

CENTRO UNIVERSITÁRIO ATENAS

KAREM CRISTINA AMORIM SILVA

**PROVAS ILÍCITAS POR DERIVAÇÃO: Teorias que atenuam  
a teoria dos frutos da árvore envenenada**

Paracatu-MG

2020

KAREM CRISTINA AMORIM SILVA

**PROVAS ILÍCITAS POR DERIVAÇÃO: Teorias que atenuam a teoria dos frutos  
da árvore envenenada**

Monografia apresentada ao curso de Direito do Centro Universitário Atenas, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Área de concentração: Ciências Criminais

Orientadora: Prof<sup>a</sup>. Msc. Erika Tuyama

Paracatu - MG

2020

S586p Silva, Karem Cristina Amorim.

**Provas ilícitas por derivação:** teorias que atenuam a teoria dos frutos da árvore envenenada. / Karem Cristina Amorim Silva. – Paracatu: [s.n.], 2020.  
29 f.

Orientador: Prof<sup>ª</sup>. Msc. Erika Tuyama.  
Trabalho de conclusão de curso (graduação) UniAtenas.

1. Provas. 2. Ilícitas. 3. Árvore envenenada. I. Silva, Karem Cristina Amorim. II. UniAtenas. III. Título.

CDU: 34

KAREM CRISTINA AMORIM SILVA

**PROVAS ILÍCITAS POR DERIVAÇÃO:** Teorias que atenuam a teoria dos frutos da árvore envenenada

Monografia apresentada ao curso de Direito do Centro Universitário Atenas, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Área de concentração: Ciências Jurídicas

Orientador: Prof<sup>a</sup>. Msc. Erika Tuyama

Banca Examinadora:

Paracatu – MG, 24 de julho de 2020.

---

Prof<sup>a</sup>. Msc. Erika Tuyama  
Centro Universitário Atenas

---

Prof. Msc. Altair Gomes Caixeta  
Centro Universitário Atenas

---

Prof. Msc. Diogo Pereira Rosa  
Centro Universitário Atenas

A toda a minha família em especial ao meu avô "Ximit". Sei que do céu, ele olha para mim todo orgulhoso e me abençoa com esta conquista.

## **AGRADECIMENTOS**

Á Deus, primeiramente, agradeço pelo dom da vida, a Nossa Senhora da Lapa que durante o curso me mostrou que com fé e determinação podemos alcançar nossos objetivos.

Á minha família, principalmente minha mãe, minhas irmãs e minha avó Osvanilde que nunca mediram esforços para me darem educação, me auxiliando sempre que necessário, dando apoio moral, material e psíquico.

Ao meu namorado Samuel, que muito me auxiliou para a realização deste Trabalho de Conclusão de Curso, e o qual me ensinou a ter amor pelo Direito.

A mestre Erika Tuyama, pela determinação e dedicação com que me orientou até mesmo em feriados, fins de semana e período de suspensão de aulas.

Aos meus colegas de estágio no Fórum de Vazante e da 7ª Delegacia de Polícia Civil que sempre me apoiaram, colaborando intensamente para minha caminhada.

Um agradecimento especial as minhas amigas da faculdade Mariana Marques Paterra, Thais Lara Veloso e Thalita Souza Araújo, as quais foram essenciais durante o curso de Direito, estando sempre presentes nestes 05 anos de caminhada.

Por fim, agradeço a todos os meus professores, em especial ao mestre Douglas Yamamoto, atualmente coordenador do curso de Direito, pela atenção e cuidado que tem com todos os alunos que vai além de sua profissão.

“As pessoas grandes não compreendem nada sozinhas, e é cansativo, para as crianças, estar toda hora explicando”.

Anotoine de Saint-Exupéry

## RESUMO

Este estudo demonstra um trabalho bibliográfico voltado para o tema das provas ilícitas por derivação. A realização da pesquisa bibliográfica buscou alcançar os seguintes objetivos foram: identificar e analisar as exceções a teorias dos frutos da árvore envenenada e compreender através das principais teorias, que a prova contaminada poderá ser admitida no processo. Pesquisar o conceito de prova ilícita, efeitos, causas e suas consequências; Verificar os entendimentos doutrinários da teoria dos frutos da árvore envenenada; Apresentar as principais teorias que atenuam a teoria dos frutos da árvore envenenada. Diferentes autores foram utilizados para explicar a temática da das provas ilícitas e das teorias que atenuam a teoria dos frutos da árvore envenenada. Dentre eles se destacam: 2009. Brasil (1941, 1988, 2008 e 2019), Cabral (2009), Prado (2009), Rangel (2015) e Távora (2016) foram os principais autores utilizados. Ambos autores discorrem da temática em questão e apontam que a identificação e análise do tema das provas ilícitas no Direito Processual brasileiro, está absolutamente relacionado com o tema do direitos norte-americano. Isso acontece porque algumas teorias aplicadas aqui tiveram sua gênese nos Estados Unidos. Nesta perspectiva não reconhecer as provas ilícitas no contexto brasileiro requer citar a teoria dos frutos da árvore envenenada. As considerações finais demonstraram que a prova é de grande relevância no ordenamento brasileiro, por esse motivo essa possui resguardo constitucional, e se produzida em desacordo com a ordem de direito material será considerada ilícita. Nesse sentido, as provas ilícitas por derivação também serão consideradas ilícitas, visto que de acordo com a teoria dos frutos da árvore envenenada, a ilicitude da prova originária passará para as provas subsequentes produzidas, no entanto, a prova ilícita por derivação poderá ser admitida e ter seu vício retirado, de acordo com as teorias que atenuam a teoria dos frutos da árvore envenenada.

**Palavras-chave:** Provas. Ilícitas. Árvore Envenenada.



## ABSTRACT

This study demonstrates a bibliographic work focused on the subject of illicit evidence by derivation. The realization of the bibliographic research sought to achieve the following objectives were: to identify and analyze the exceptions to theories of the fruit of the poisoned tree and to understand through the main theories, that the contaminated evidence may be admitted in the process. Research the concept of illicit evidence, effects, causes and their consequences; Check the doctrinal understandings of the fruit of the poisoned tree; To present the main theories that attenuate the theory of the fruit of the poisoned tree. Different authors were used to explain the theme of illicit evidence and theories that attenuate the theory of the fruit of the poisoned tree. Among them, the following stand out: 2009. Brazil (1941, 1988, 2008 and 2019), Cabral (2009), Prado (2009), Rangel (2015) and Távora (2016) were the main authors used. Both authors discuss the theme in question and point out that the identification and analysis of the theme of illicit evidence in Brazilian procedural law, is absolutely related to the theme of American rights. This is because some theories applied here had their genesis in the United States. In this perspective, not recognizing the illicit evidence in the Brazilian context requires citing the theory of the fruit of the poisoned tree. The final considerations demonstrated that the evidence is of great relevance in the Brazilian order, for that reason it has constitutional protection, and if produced in disagreement with the order of material law it will be considered illicit. In this sense, illicit proofs by derivation will also be considered illicit, since according to the theory of the fruit of the poisoned tree, the illegality of the original proof will pass to the subsequent proofs produced, however, illicit proof of derivation can be admitted and its return retired, according to the theories that attenuate the theory of the fruit of the poisoned tree.

**Keywords:** Evidence. Illicit. Poisoned. Tree.

## **LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS**

CF	Constituição Federal
CRFB 88	Constituição Federal de 1988
CPP	Código do Processo Penal

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b>	<b>12</b>
<b>1.1 PROBLEMA</b>	<b>12</b>
<b>1.2 HIPÓTESES</b>	<b>13</b>
<b>1.3 OBJETIVOS</b>	<b>13</b>
<b>1.3.1 OBJETIVO GERAL</b>	<b>13</b>
<b>1.3.2 OBJETIVOS ESPECÍFICOS</b>	<b>13</b>
<b>1.4 JUSTIFICATIVA DO ESTUDO</b>	<b>14</b>
<b>1.5 METODOLOGIA DO ESTUDO</b>	<b>14</b>
<b>1.6 ESTRUTURA DO TRABALHO</b>	<b>15</b>
<b>2 PROVA</b>	<b>16</b>
<b>2.1 CONCEITO DE PROVA</b>	<b>16</b>
<b>2.2 PRINCIPIOS QUE REGEM A TEORIA GERAL DAS PROVAS</b>	<b>16</b>
<b>2.3 SISTEMA DE AVALIAÇÃO DAS PROVA</b>	<b>17</b>
<b>2.4 FUNÇÃO DA PROVA NO PROCESSO PENAL</b>	<b>18</b>
<b>3 PROVAS PROIBIDAS</b>	<b>20</b>
<b>3.1 PROVA ILÍCITAS</b>	<b>20</b>
<b>3.1 PROVA ILEGITIMAS</b>	<b>21</b>
<b>4.2 EFEITO DAS PROVAS ILÍCITAS POR DERIVAÇÃO NO PROCESSO PENAL</b>	<b>22</b>
<b>5 TEORIAS QUE ATENUAM A TEORIA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA</b>	<b>24</b>
<b>5.1 TEORIA DA FONTE INDEPENDENTE</b>	<b>24</b>
<b>5.2 TEORIA DA DESCOBERTA INEVITÁVEL</b>	<b>24</b>
<b>5.3 TEORIA DA MANCHA PURGADA</b>	<b>25</b>
<b>5.4 TEORIA DA BOA-FÉ</b>	<b>25</b>
<b>5.5 TEORIA DA SERENDIPIIDADE</b>	<b>26</b>
<b>6 CONSIDERAÇÕES FINAIS</b>	<b>28</b>



## 1 INTRODUÇÃO

Este trabalho apresenta uma pesquisa bibliográfica de cunho qualitativo, voltada para o tema das provas ilícitas por derivação. O subtema apresentado são as teorias que atenuam a teoria dos frutos da árvore envenenada, teoria esta com gênese na Suprema Corte Americana.

Para melhor reflexão do tema é necessária uma análise semântica e algumas definições dos termos do mesmo. A prova é o meio pelo qual se busca conhecer a verdade sobre um evento ocorrido. No Direito Processual, de acordo com Tavora e Alencar (2006) a prova tem a finalidade de convencer o julgador sobre os fatos alegados pelas partes. Já as provas ilícitas, são aquelas obtidas em desconformidade com a lei, que possuem como consequência o seu desentranhamento do processo que estão vinculadas.

Na mesma linha de explicação e reflexão a teoria dos frutos da árvore envenenada de acordo com Cabral (2009) foi adaptada do direito norte-americano assim denominada de "*Fruit of the poisonous tree doctrine*". A mesma consiste em dizer que toda prova encontrada por meio lícito poderá ser corrompida pela ilegitimidade da qual se originou. Desta maneira, provas obtidas até então de maneira lícitas não poderão ser aceitas no processo penal, pois são consideradas ilícitas por derivação.

Em contra partida, a legislação norte americana, bem como, a brasileira preveem a admissibilidade das provas ilícitas por derivação através de teorias que atenuam a teoria dos frutos da árvore envenenada.

Para melhor entendimento, a temática em questão este trabalho será organizado em duas partes, primeiro será feito o levantamento das fontes e a escrita da parte bibliográfica e posteriormente será mostrado o conceito de prova ilícita, efeitos, causas e suas consequências. Também será abordado e conceituado a teoria dos frutos da árvore envenenada e assim apresentado as principais teorias que atenuam a teoria dos frutos da árvore envenenada de forma bibliográfica.

### 1.1 PROBLEMA

Quais as teorias limitativas da teoria dos frutos da árvore envenenada?

## **1.2 HIPÓTESES**

Para responder a problemática enfatizada, foi elaborada as hipóteses deste trabalho, que constituem as respostas elencadas pelas pesquisadora, à problemática enfatizada, as mesmas ressaltam que:

- Como não poderia ser diferente, para melhor e mais justa prestação jurisdicional, em seu artigo 157, inciso I, o Código de Processo Penal aduziu que são inadmissíveis as provas ilícitas por derivação.

- Entretanto, frente a um caso concreto, surgiram diversas teorias que atenuam as provas ilícitas por derivação. É sábio que, muitas destas teorias vieram do direito americano.

## **1.3 OBJETIVOS**

### **1.3.1 OBJETIVO GERAL**

Identificar e analisar as exceções a teorias dos frutos da árvore envenenada e compreender através das principais teorias, que a prova contaminada poderá ser admitida no processo.

### **1.3.2 OBJETIVOS ESPECÍFICOS**

De maneira peculiar e detida, a pesquisa irá se direcionar para a problemática que se pretende introduzir com o projeto.

Ciente das divergências que são apresentadas, tem a presente pesquisa a finalidade de despontar de modo específico toda a fundamentação elencada pela legislação, artigos, doutrina e jurisprudência, quando se manifestar acerca dos seguintes temas propostos:

- a) Pesquisar o conceito de prova ilícita, efeitos, causas e suas consequências;
- b) Verificar os entendimentos doutrinários da teoria dos frutos da árvore envenenada;
- c) Apresentar as principais teorias que atenuam a teoria dos frutos da árvore envenenada.

## **1.4 JUSTIFICATIVA DO ESTUDO**

O presente estudo está sendo realizado, para demonstrar que, apesar da vedação da admissibilidade das provas ilícitas por derivação encontrar-se respaldo legal, a mesma possui teorias que à atenuem, podendo assim serem utilizadas. Logo, este trabalho justifica-se pela necessidade da pesquisadora conhecer identificar e analisar as provas ilícitas por derivação e assim acomodar novos conhecimentos referente a temática em questão.

Outra questão importante e que também justifica este estudo é que o tema ressaltado neste estudo é relevante principalmente para os acadêmicos e profissionais do Direito, promotores, juízes, bem como as demais pessoas da sociedade civil que já passaram por questões que teve como empecilhos para condenar, defender, julgar ou absolver o acusado, tendo como única argumentação baseada em provas ilícitas ou que delas derivaram.

Cumprir salientar que, embora as teorias aqui apresentadas, sejam mais ouvidas no aspecto penal elas poderão ser utilizadas em qualquer processo, administrativo, ação civil, porém aqui as trataremos no processo penal devido a sua relevância em tal norma.

## **1.5 METODOLOGIA DO ESTUDO**

A pesquisa realizada neste trabalho é denominada de pesquisa bibliográfica, de cunho qualitativo, a mesma classifica-se como descritiva e explicativa. Buscando proporcionar maior compreensão sobre o tema abordado com o intuito de torná-lo mais explícito.

Quanto à metodologia fez-se a opção pela utilização da denominada revisão sistemática de literatura, pois como diria Gil (1986) este tipo de pesquisa é importante para qualquer estudante, pois ela permite identificar e analisar aspectos relativos neste caso as provas ilícitas por derivação, de acordo com publicações prontas de distintos autores e suas respectivas reflexões. Esta opção se justifica porque o método escolhido é amplo e traz informações gerais sobre o tema em questão.

Os materiais ora que foram analisados são pesquisas bibliográficas, com análises de livros, artigos, sites de órgãos do poder Judicial, além de pesquisas sobre

as opiniões e pareceres de doutrinadores, jurisprudências, e outros meios impressos e eletrônicos relacionados ao assunto. Para tanto, utilizou-se de obras impressas e de modo *online*.

## **1.6 ESTRUTURA DO TRABALHO**

O trabalho foi desenvolvido em seis capítulos. O primeiro capítulo mostra a introdução geral, apontando a problemática, hipóteses, objetivos, justificativa, metodologia e estrutura do trabalho.

O segundo capítulo apresenta a definição do conceito da prova. Nesse capítulo também é enfatizado os princípios que regem a teoria geral das provas, o sistema de avaliação das provas e as funções da prova no processo penal.

O terceiro capítulo conceitua, define e analisa as provas proibidas.

No quarto será abordado as provas ilícitas por derivação, o conceitos das mesmas, a teoria dos frutos da árvore envenenada e o efeito das provas ilícitas por derivação no processo penal.

No quinto capítulo as teorias que atenuam a teoria dos frutos da árvore envenenada.

Para finalizar no último capítulo são apresentadas as considerações finais do trabalho mostrando se a problemática elencada e as hipóteses constituem-se verdadeiras ou não.



## **2 PROVA**

### **2.1 CONCEITO DE PROVA**

A palavra prova vem do latim *probatio* que significa exame, uma verificação ou uma inspeção sobre determinado objeto ou causa. No âmbito do Direito é a maneira pela qual se utiliza para provar ou não se os fatos são verdadeiros ou falsos em determinados processos da justiça brasileira. (MOREIRA, 2015).

A finalidade da prova é convencimento do julgador sobre a veracidade dos fatos alegados pelas partes. Objetivando, de acordo com a doutrina a busca da verdade processual, devido à dificuldade ou até impossibilidade de se chegar a verdade histórica.

São várias as formas de provas existentes no ordenamento brasileiro, aqui podemos citar a prova documental, matéria, testemunhal, essa última consiste em manifestação oral, incluindo declaração de vítimas, assistentes técnicos, peritos e oitiva de testemunhas.

### **2.2 PRINCIPIOS QUE REGEM A TEORIA GERAL DAS PROVAS**

Os principais princípios que norteiam a teoria geral das provas são o princípio concentração dos atos processuais, princípio da oralidade, princípio da não incriminação, princípio do favor rei e o princípio da auto responsabilidade.

O princípio da concentração dos atos processuais é utilizado para dar mais celeridade ao processo, bem com, visa a economia processual ao objetivar a colheita de provas da fase pós investigatória em um único ato, no caso na Audiência de Instrução.

Já no princípio da oralidade foi aderido ao procedimento comum em decorrência da alteração da lei 11.689/08 que optou-se pela prova falada, o que antes somente era adotado no âmbito dos Juizados Especiais. A utilização de tal princípio não excluiu a prova escrita, entretanto rebaixou essa quanto a prova falada.

Previsto na Constituição Federal de 1988 e no pacto de São José da Costa Rica, o qual o Brasil é signatário, o princípio da não incriminação prevê que ninguém é obrigado a produzir provas contra si mesmo, assegurando ao acusado o direito de permanecer em silêncio. Descreve o artigo 5º, inciso LVIII: “o preso será informado de

seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado”.

Seguindo o pensamento do princípio acima, o princípio do favor rei, conhecido também como *in dubio pro reo* assegura ao acusado a presunção de sua inocência quando não houver provas suficientes de autoria ou materialidade delitiva. Ou seja, na ausência de provas o investigado será considerado inocente.

Por fim, o princípio da auto responsabilidade assevera que as partes são obrigadas a provarem os fatos que alegarem no processo, além de se responsabilizarem por eventual negligência ou erro que ocorrerem em detrimento da prova que apresentarem.

### **2.3 SISTEMA DE AVALIAÇÃO DAS PROVA**

O sistema de avaliação das provas é um critério pelo qual o magistrado se utiliza para fazer a valoração das provas. Existem basicamente quatro sistemas sobre esse assunto. Neste aspecto Rangel (2015) ressalta que “O sistema de provas é o critério utilizado pelo juiz para valorar as provas dos autos, alcançando a verdade histórica do processo. Três foram os principais sistemas adotados. (p. 515)”. Os referidos sistemas adotados são: da prova tarifada, ou sistema legal de provas, do sistema da íntima convicção e o sistema do livre convencimento.

Nesta perspectiva, é necessário citar o exemplo do sistema religioso, que consistia por exemplo em um sistema de avaliação de provas pouco discutido, criado na idade média, onde adotavam um critério divino para valorar as provas.

O sistema da prova tarifada, também conhecido como sistema da prova legal, possui a ideia de que cada prova tem um valor pré-determinado. É de conhecimento que esse sistema não está previsto na legislação brasileira, no entanto, possui resquícios no nosso ordenamento como por exemplo na maior valoração do exame de corpo de delito em relação as provas periciais nos crimes não transeuntes.

Outro sistema é o sistema da íntima convicção ou sistema da certeza, o qual dá ao magistrado a liberdade para julgar conforme a sua consciência, não sendo necessário que se fundamente a decisão proferida. No Brasil, podemos observar a excepcional aplicação deste princípio no tribunal do júri, no veredito condenatório ou absolutório dos jurados.

Adotado pelo ordenamento brasileiro o sistema do livre convencimento motivado, apresenta que o magistrado tem a liberdade de decidir o processo com base em qualquer prova obtida nos autos desde que fundamente a decisão. Atualmente esse sistema está previsto no artigo 155 do Código de Processo Penal e artigo 93, IX, da Constituição Federal.

IX-Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação; (BRASIL, 1988).

Sob a pena da nulidade, terão casos que deverão ser resguardados a imagem da pessoa, para que o mesmo não possa sofrer outras pressões, guardando assim o sigilo da fonte.

## **2.4 FUNÇÃO DA PROVA NO PROCESSO PENAL**

No Direito Processual Penal o próprio magistrado pode determinar a produção de provas, independentemente de pedido daqueles que estão envolvidos no processo, buscando a verdade real sobre os fatos, para então utiliza-las no julgamento do acusado. Lopes Jr (2018) traz que a função da prova, é assegurar o convencimento do magistrado, por meio de informações de reconstrução do fato delituoso que indica condições para “a atividade cognitiva do juiz acerca de um fato passado”.

Tavora e Alencar (2016) também ressaltam sobre a importância a prova, para eles, ela é condição fundamental para convencer os magistrados mediante a fatos concretos, sob a forma fidedigna da verdade, promovendo assim a condenação ou a absolvição do réu ou da ré.

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. Intrínseco no conceito está a sua finalidade, o objetivo, que é a obtenção do convencimento daquele que vai julgar, decidindo a sorte do réu, condenando ou absolvendo. (TÁVORA & ALENCAR, 2016, p. 112).

Portanto, a prova é considerada a alma do Processo Penal, buscando chegar o mais perto possível da verdade concreta sobre os fatos, para a partir daí o Juiz proferir uma sentença mais justa. Através da prova, é obtido dados que podem ser mensuráveis e visíveis referentes aos sujeitos que estão envolvidos no processo penal. Para que tenha seu valor, a prova deve ser alicerçada a verdade, obtida por meio lícito, pois o contrário do fato, pode gerar sua inutilização no processo, consequentemente com seu desentranhamento.

### 3 PROVAS PROIBIDAS

#### 3.1 PROVA ILÍCITAS

Para entendermos o conceito de prova ilícita por derivação que será abordada em tópico próprio, primeiramente temos que compreender o que é prova ilícita segundo a legislação brasileira. Um vocábulo dá sentido ao outro, desse modo, antes de ser conceituada prova ilícita, será verificado o que Guilherme de Souza Nucci traz a definição de ilícito:

Ilícito advém do latim (*illicitus = il + licitus*), possuindo dois sentidos: a) sob o significado restrito, quer dizer o proibido por lei; b) sob o prisma amplo, tem o sentido de ser contrário à moral, aos bons costumes e aos princípios gerais de direito. Constitucionalmente, preferimos o entendimento amplo termo ilícito, vedado-se a prova ilegal e a ilegítima (NUCCI, 2008, p. 349).

Alusivo ao direito o termo ilícito é reconhecido sobre algo que não pode ser utilizado, pois demonstra características que marcam o cidadão de maneira ilegal. Logo, o ilícito está ligado a ações do ser humano que preconizam repúdio à moral, à ética e ao respeito do ser humano.

Observa-se apesar de vários autores definirem o conceito de prova ilícita o mesmo está expressamente descrito no CPP em seu artigo 157, caput. Para Moreira (2015) provas ilícitas são aquelas conseguidas de maneira ilegais, cujo principal preceito é o desrespeito aos princípios da Legalidade brasileira que prevê as mesmas são intoleráveis pelo Código de Processo Penal. No artigo 157 do CPP é enfatizado que as provas ilícitas são (...) São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais. (BRASIL, 1941).

A Constituição Federal de 1988 - CRFB 88, ressalta em seu artigo 5º, inciso LVI que "(...) são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos" (BRASIL, 1988, art. 5º). Nesta perspectiva, se a prova for obtida mediante ato de infração ao Direito Constitucional, elas serão abordadas inicialmente como provas ilegítimas e logo passarão para a definição de provas ilícitas.

Alusivo as provas ilícitas assim explica Grinover (2009) como sendo aquelas por exemplo obtidas por abusos, torturas, por escutas telefônicas que não foram autorizadas. Nesta perspectiva este autor enfatiza que:

É o caso da confissão extorquida mediante tortura, em que o acusado indica onde se encontra o produto do crime, que vem a ser regularmente apreendido. Ou o caso da interceptação telefônica clandestina, por intermédio da qual o órgão policial descobre uma testemunha do fato que, em depoimento regularmente prestado, incrimina o acusado. (GRINOVER, 2009, p. 128).

Após as definições acima citadas compreende-se que as provas ilícitas são aquelas que ferem as normas legais e constitucionais, e que também violam regra do direito material.

### **3.1 PROVA ILEGITIMAS**

De acordo com Brasil (2019) provas ilícitas e ilegítimas pertencem ao grupo de provas ilegais, porém não são sinônimas, aonde cada uma possui características próprias. O processo de violação da prova, promoverá se ela é ilícita ou ilegítima conforme suas características.

A prova ilícita de acordo com Prado (2009) volta-se para a violação dos direitos materiais, notadamente às liberdades públicas. É extraprocessual, pois corresponde ao momento anterior a fase do processo e depois discutida sobre a criva do contraditório e ampla defesa. É uma prova inadmissível, pois não pode ser unida aos autos, e se juntada a eles deverá ser desentranhada, visto que é inadmissível.

A prova ilegítima refere-se à violação do direito processual. A mesma acontece durante o andamento do processo. É considerada nula pois o juiz assim a declara, tendo que ser refeita conforme dita o artigo 573 do Código do Processo Penal – CPP.

## **4 PROVAS ILÍCITAS POR DERIVAÇÃO**

As provas ilícitas por derivação correspondem às provas conseguidas de maneira legal, porém sua gênese foi um dado conseguido de maneira ilegal, deste modo a prova que até então era válida, transforma-se em inadequada para qualquer tipo de processo, este é o entendimento da teoria dos frutos da árvore envenenada (*fruit of the poisonous tree ou fruit doctrine*).

### **4.1 TEORIA DOS FRUTOS DA ARVORE ENVENENADA**

As provas ilícitas são atos não aprovados pelo Código do Direito Processual aonde afirma em seu Artigo 157 que as mesmas “São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais”. (BRASIL, 2008).

A suprema corte Americana fala por metáforas voltadas as provas ilícitas, desta maneira, fala da Teoria dos frutos da árvore envenenada que consiste na explicação em que uma planta transmite todos os seus vícios aos seus frutos. Nesta perspectiva, as provas ilícitas por derivação são obtidas por meio de conformidade com Lei, porém suas informações e formações derivam de um meio ilícito, tornando-se indevida para ser utilizada em qualquer processo.

A teoria dos frutos da árvore envenenada teve sua origem no direito norte americano. A gênese, o aparecimento desta teoria foi utilizada pela primeira vez no ano de 1920, no caso conhecido como Silverthorne. Naquela época a Suprema Corte dos Estados Unidos da América invalidou a intimação do acusado, que teria sido obtida por meio de uma busca ilegal.

### **4.2 EFEITO DAS PROVAS ILÍCITAS POR DERIVAÇÃO NO PROCESSO PENAL**

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, inciso LVI, apresenta que são indemissíveis a prova obtidas por meio ilícito no processo, devendo ser desentranhada nos termos da legislação processual penal brasileira. O que também deverá ocorrer com as provas ilícitas por derivação.

Sarmiento (2016) enfatiza que os efeitos, causas e consequências das provas ilícitas voltam-se para a não efetivação das mesmas como próprias de serem utilizadas, efeito também visto nas provas ilícitas por derivação.

As provas ilícitas e as ilícitas por derivação mostram ineficácia se comparadas a legalidade brasileira, pois não poderão ser utilizadas como fontes seguras no desenvolvimento do processo.

É de conhecimento que, assim como as provas ilícitas são inadmissíveis no processo penal brasileiro, aquelas que delas derivam, ainda que lícitas, serão consideradas ilícitas por derivação. No entanto, há possibilidade de as provas ilícitas por derivação serem admitidas e não invalidarem o processo.



## **5 TEORIAS QUE ATENUAM A TEORIA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA**

### **5.1 TEORIA DA FONTE INDEPENDENTE**

Conhecida no direito norte-americano por independent surce doctrine, a teoria ou exceção da fonte independente prevê a aplicabilidade da prova ilícita por derivação quando essa for obtida por uma fonte autônoma da prova originariamente lícita. Os tribunais superiores brasileiros já aplicam a exceção da fonte independente desde agosto de 2004, quando a Suprema Corte entendeu no HC 83921 em indeferir um pedido de habeas Corpus que fundamentava na invalidade de uma prova ilícita por derivação.

Já no ano de 2008, a teoria da fonte independente foi introduzida expressamente no ordenamento brasileiro, no artigo 157, §1º, do Código de Processo Penal - CPP o qual aduz 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. (BRASIL, 2008).

Já no §2º do artigo 157, apresentaram o que seria a definição de fonte independente, no entanto, para a doutrina majoritária, houve um equívoco por parte do legislador, pois tal definição refere-se ao da teoria da descoberta inevitável, como abordaremos abaixo.

### **5.2 TEORIA DA DESCOBERTA INEVITÁVEL**

A teoria da descoberta inevitável, como abordada no tópico anterior, possui, segundo doutrina majoritária, seu conceito no artigo 157, §2º, do Código de Processo Penal, quando o legislador de forma equivocada apresentou o conceito de fonte independente “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” (BRASIL, 1948).

A teoria da descoberta inevitável, propõe a regularização da prova ilícita por derivação, à medida que apresenta através de dados concretos, a maneira pela

qual, possa provar que essa seria encontrada de qualquer jeito, independentemente da prova originariamente ilícita.

O Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal já possuem entendimento pacificado em adotar a exceção da descoberta inevitável, bem como o Tribunal de Justiça mineiro julgou recentemente uma apelação criminal, que negou provimento a um recurso de apelação interposto pela defesa, sob fundamento que não era possível invalidar uma prova discutida no recurso, tendo em vista que essa poderia ser encontrada de qualquer modo ou por uma fonte independente (APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0330.14.000370-9/001 - COMARCA DE ITAMONTE).

### **5.3 TEORIA DA MANCHA PURGADA**

A Teoria da mancha purgada, também conhecida como limitação dos vícios sanados, do nexo causal atenuado ou da tinta diluída aplica-se quando entre a prova originariamente ilícita e a contaminada tenham decorrido um lapso temporal capaz de inexistir um nexo causal entre elas.

Assim, apesar da contaminação da prova secundária essa teria sua ilicitude expurgada, com consequência poderia ser utilizada por ter seu vício retirado com o decurso do tempo entre a prova primária.

É necessário ressaltar que de acordo com Rangel (2015) essa teoria até o momento não foi aplicada pelos tribunais superiores brasileiro, no entanto, no direito norte-americano, do qual é originária, já possui precedente desde o ano de 1963.

### **5.4 TEORIA DA BOA-FÉ**

Apesar de não possui precedentes no Brasil, a exceção da boa-fé teve grande repercussão no âmbito jurídico brasileiro, quando o ex-ministro da Justiça, na época juiz federal, Sérgio Mouro defendeu sua aplicação. De acordo com Prado (2009) A teoria da boa-fé defende a aplicabilidade da prova ilícita quando o agente que provocou a vício da prova não tiver atuado de má-fé, considerando válida a prova ainda que obtida em violação à princípio constitucional.

Capiberibe ressalta que a teoria da boa-fé pode ser analisada sob forma objetiva e subjetiva. Desta forma este autor ressalta que:

A boa-fé objetiva veio permear a nova teoria contratual, impondo às partes que se portem de forma honesta, leal e proba, durante todas as fases do contrato. A importância outorgada ao princípio da boa-fé objetiva é facilmente notada a partir da constatação de que tal princípio é mencionado diversas vezes ao longo do Código Civil, reconhecendo a doutrina que apenas em três casos a referência se faz à sua vertente objetiva. Inicialmente, há referência expressa a tal princípio no artigo 113 que estabelece ser necessária, na interpretação dos negócios jurídicos, observar a boa-fé. Anos do Código Civil - Aplicação, Acertos, Desacertos e Novos Rumos Volume I Posteriormente, na normatização do ato ilícito, o princípio da boa fé objetiva é mencionado no artigo 187, ao conceituar o abuso do direito do titular do direito que, ao exercê-lo, excede, dentre outros, os limites impostos pela boa-fé. O princípio da boa-fé objetiva aparece também no Código Civil como cláusula geral no artigo 422, exigindo dos contratantes que observem, seja na fase pré-contratual, seja durante sua execução, o dever de probidade e de lealdade. O princípio da boa-fé objetiva se distingue do princípio da boa-fé subjetiva exatamente porque neste é necessário fazer uma análise da percepção individual do agente cuja conduta está sendo analisada, visando a verificar se este acreditava que tal agir era correto, mesmo que esse não seja o padrão de conduta normal do homem médio naquela situação. Já a boa-fé objetiva estipula regras de conduta que prescrevem um comportamento fundado na lealdade, a ser observado por todos, que devem considerar as expectativas geradas por terceiros. (CAPIBERIBE, 20011, p.118-119).

Como já falado, não há registro de aplicação de tal teoria pelo Superior Tribunal de Justiça, nem mesmo pelo Supremo Tribunal Federal, motivo pelo qual ao fazer a análise de uma prova ilícita, tão pouco importa para o ordenamento brasileiro verificar se o agente agiu de boa-fé.

## **5.5 TEORIA DA SERENDIPIIDADE**

O encontro fortuito de provas possui vasta aplicabilidade nos tribunais superiores brasileiros, também conhecido como teoria da serendipidade, prevê que quando a prova for encontrada de forma fortuita, casual, ainda que se estiver investigando, ou buscando provas de fatos diversos essa poderá ser admitida no processo, desde que a investigação originária seja lícita.

Por essa teoria, busca-se a validade de uma prova que foi encontrada de maneira inesperada, afim de utilizá-la em investigação ou processo de fato diverso do que se buscava na diligencia inicial.

Há vários julgados em que foram aplicados a teoria da serendipidade, um de grande repercussão na mídia nacional foi no caso conhecido como lava-jato, quando através de interceptações telefônicas autorizadas judicialmente foi descoberto um escândalo de corrupção envolvendo principalmente a Petrobras S/A, inicialmente

as diligencias seriam para apurar e desvencilhar uma organização criminosa composta de doleiros.

No caso, muito se foi questionado do porquê da aplicabilidade da teoria da serendipidade, já que a descoberta da corrupção se deu através de interceptação telefônica judicialmente autorizada, então seria lícita.

No entanto, é sábio que esse tipo de diligencia possui caráter excepcional, devendo ser preenchidos alguns requisitos, por isso a utilização da interceptação telefônica que investigava um certo fato somente foi cabível para outro fato ante a aplicabilidade da teoria da serendipidade.

## 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A prova é de grande relevância no ordenamento brasileiro, por esse motivo essa possui resguardo constitucional, e se produzida em desacordo com a ordem de direito material será considerada ilícita. Nesse sentido, as provas ilícitas por derivação também serão consideradas ilícitas, visto que de acordo com a teoria dos frutos da árvore envenenada, a ilicitude da prova originária passará para as provas subsequentes produzidas.

No entanto, para melhor prestação jurisdicional surgiram algumas teorias que atenuam a teoria dos frutos da árvore envenenada, retirando o vício da prova secundária e admitido a no processo penal. Dessa maneira, chega-se mais perto daquilo que busca o processo penal, que é a busca da verdade real, e assim o magistrado poderá fundamentar suas decisões observando verdade histórica sobre os fatos sem desrespeito da norma legal e constitucional.

É mister reconhecer que os magistrados brasileiros, mesmo seguindo as leis que regem este país têm diferentes pontos de vista de uma mesma temática. Neste caso a questão das provas ilícitas por derivação que trata o Código de Processo Penal e a teoria dos frutos da árvore envenenada.

Sobre a temática em questão foi possível perceber que os juízes possuem a capacidade e a Lei lhes promovem o poder, para que utilizando as teorias que atenuam a teoria dos frutos da árvore envenenada, de forma fundamentada, possam retirar a ilicitude da prova ilícita por derivação e essa seja empregada ao processo. Assim, utilizando sua fundamentação sobre a verdade real dos fatos e prestando um julgamento mais justo.

## REFERÊNCIAS

BRASIL, Código do Processo Penal. **Decreto Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Brasília: DF. 1941. Disponível em < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm)>. Acesso em: 12 de maio de 2020.

\_\_\_\_\_. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988.

\_\_\_\_\_. Código do Processo Penal. **Lei nº 11.690, de 9 de junho de 2008. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, relativos à prova, e dá outras providências**. Brasília: DF. 2008. Disponível em < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2008/Lei/L11690.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11690.htm)> Acesso em: 12 de maio de 2020.

\_\_\_\_\_. Código do Processo Penal. **Lei nº 13.964 de 24 de dezembro de 2019**. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Brasília: DF. 2019 Disponível em < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2019-2022/2019/Lei/L13964.htm#art3](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13964.htm#art3)> Acesso em: 01 de maio de 2020.

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

CAPIBERIBE Denise de Araújo. **O princípio da Boa-fé objetiva e sua evolução doutrinária e jurisprudencial ao longo dos 10 anos de dedicação ao novo Código Civil**. Fórum Brasileiro sobre as agências reguladoras. Rio de Janeiro: EMERJ, 2011.

GIL, A. C. **Técnicas de pesquisa em economia**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 1986.

LIMA, Renato Brasileiro de. Código de Processo Penal comentado. 2. ed. rev. e atual. Salvador/BA: Editora Juspodivm, 2017.

PRADO, Leandro Cadenas. **Provas ilícitas: teoria e interpretação dos tribunais superiores**. 2. ed., rev. e atual. Niterói-RJ: Editora Impetus, 2009.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 23 ed. São Paulo. Atlas. 2015.

ROBBINS, Stephen P. **Comportamento organizacional**. 11.ed. São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2005.

SOTO, Eduardo. **Comportamento organizacional: o impacto das emoções**.1.ed. São Paulo: Cengage Learning, 2010.

TAVORA, Nestor, ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. Revista Ampliada e revisada. 11ª Ed. Jus PodVm. 2016.