

A (IN)ADMISSIBILIDADE DE PROVAS ILÍCITAS E ILÍCITAS POR DERIVAÇÃO NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO E A TEORIA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA ¹

*THE (IN) ADMISSIBILITY OF ILLICIT AND ILLICIT EVIDENCE BY DERIVATION IN THE
BRAZILIAN CRIMINAL PROCEDURE AND THE THEORY OF THE FRUITS OF THE
POISONED TREE*

Juliana Simões COLETE²

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo analisar a inadmissibilidade das provas ilícitas e ilícitas por derivação no processo penal brasileiro no contexto histórico e atual, bem como a conexão das provas ilícitas com a Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada. Tal tema tem veemente relevância social e política, pois a negligência na inquirição probatória afeta diretamente os âmbitos da vida pessoal do acusado. Juntamente, analisa-se também as oportunidades para o admissível uso das provas ilícitas. A elaboração da monografia foi baseada em pesquisa bibliográfica e documental, através do método dedutivo.

Palavras-Chave: Provas ilícitas; Provas ilícitas por derivação; Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada.

ABSTRACT

The present work aims to analyze the inadmissibility of illicit and illicit evidence by derivation in the Brazilian criminal procedure in the historical and current context, as well as the connection of illicit evidence with the Theory of the Fruits of the Poisoned Tree. This issue has vehement social and

¹ O presente artigo sintetiza a monografia de conclusão da pesquisa, realizada para o Programa Interno de Bolsas de Iniciação Científica (PIBIC 2021-2022) da Faculdade de Direito de Franca (FDF), Franca/SP.

² Graduação em andamento em direito pela Faculdade de Direito de Franca ex estagiária do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (3ª Vara Cível da Comarca de Franca) no Gabinete do Juiz e atual estagiária da Defensoria Pública do Estado de São Paulo, 10º DPE.

political relevance, as the negligence in the evidentiary inquiry directly affects the spheres of the accused's personal life. At the same time, opportunities for the admissible use of illicit evidence are also analyzed. The elaboration of the monograph was based on bibliographical and documental research, through the deductive method.

Keywords: Illicit evidence; Illicit evidence by derivation; Theory of the Fruits of the Poisoned Tree.

1 INTRODUÇÃO

Originárias do latim *probatio*, as provas, diante do Direito Processual Penal, tem o desígnio de corroborar a autenticidade dos fatos que coadjuvam para a execução de um delito. De tal originário, se evidencia uma das partições das provas em ilícitas e ilícitas por derivação. Tal partição encontra fundamento na Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada, engendrada, primeiramente, pela Suprema Corte dos Estados Unidos.

Considerando que as provas são imprescindíveis ao Direito Processual Penal, visto que são usufruídas para a composição do Direito, bem como seus direitos inalienáveis, o tema tem veemente relevância social e política, pois a negligência na inquirição probatória afeta diretamente os âmbitos da vida pessoal do acusado.

A perquirição da Constituição Federal de 1988, do Código Penal, do Código de Processo Penal e dos princípios norteadores do Direito, se faz necessária para a reflexão do inadmissível e admissível uso de provas ilícitas e ilícitas por derivação em julgamentos.

2 DA IMPORTÂNCIA DAS PROVAS

As provas possuem como características intrínsecas a si o dever de reconstrução. Essa reconstrução está associada a um determinado fato, ou determinado momento que já fora passado. É através desta reestruturação que os fatos do crime já ocorrido são direcionados até o juiz julgador, onde se cria condições para que ele exercça sua atividade cognitiva. Portanto, nota-se que, é através do processo penal e das provas que haverá a integração do convencimento do juiz, diante de determinado fato.

Acredita-se que, as provas, além de produzirem sobre o julgador uma função de persuasão, determina o que se aproxima da “verdade real” dos fatos.

Tais provas, geralmente são produzidas na fase judicial do processo, pois só nesta fase, permite-se a manifestação da outra parte, respeitando-se assim os princípios do contraditório e da ampla defesa, e oferece ao acusado a prerrogativa de ser julgado de acordo com as provas produzidas. Esta preceituação se encontra prevista no artigo 155 do Código de Processo Penal:

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

3 O QUE SÃO PROVAS ILÍCITAS E ILÍCITAS POR DERIVAÇÃO

A Constituição Brasileira em seu artigo 5º, LVI, faz referência às provas ilícitas:

“Art. 5º. são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos.”

Mas afinal, o que são provas ilícitas? Configura-se quando sua obtenção infringir direito material ou princípio constitucional. De forma exemplificativa, a prática de tortura para conseguir informações, a quebra de escuta telefônica ou a quebra de sigilo bancário sem autorização judicial.

As provas ilícitas encontram respaldo em nosso ordenamento jurídico no artigo 157, do Código de Processo Penal:

“Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais.

§3º. Preclusa a decisão de desentranhamento da prova declarada inadmissível, esta será inutilizada por

decisão judicial, facultado às partes acompanhar o incidente.”

Já as provas ilícitas por derivação, são aquelas que são entendidas como provas adquiridas em conformidade com o ordenamento jurídico e de forma lícita, porém a sua origem se deriva de uma informação obtida de prova ilicitamente colhida; e, com isso, a prova lícita acaba se tornando imprópria e inadequada para ser utilizada no processo. Este entendimento faz jus à Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada.

“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.”

4 O QUE ADOTA O SISTEMA PROCESSUAL BRASILEIRO DIANTE DAS PROVAS ILÍCITAS E ILÍCITAS POR DERIVAÇÃO

O ordenamento jurídico brasileiro, seja do ponto de vista legal ou constitucional, inadmite o uso de prova ilícita. O uso de tal, é excepcionalmente permitida quando colocar à salvo o direito de liberdade do indivíduo. Como já relacionado, de acordo com o artigo 157 do Código de Processo Penal e com o artigo 5º, LVI da Constituição Federal, constata-se que as provas devem ser desentranhadas do processo e quando forem ali trazidas, sejam retidas para que haja uma envergadura probatória incólume.

Ensina o professor Guilherme de Souza NUCCI:

“O processo penal deve formar-se em torno da produção de provas legais e legítimas, inadmitindo-se qualquer prova obtida por meio ilícito.

(...) o gênero é a ilicitude – assim em Direito Penal, quanto nas demais disciplinas, inclusive porque foi o termo utilizado na Constituição Federal – significando o que é contrário ao ordenamento jurídico, contrário ao Direito de um modo geral, que envolve tanto o ilegal quanto o ilegítimo, isto é, tanto a infringência às normas legalmente produzidas, de direito material e processual, quanto aos princípios gerais de direito, aos bons costumes e à moral.”

À título de exemplificação:

“HABEAS CORPUS – VIOLÊNCIA DOMÉSTICA – AMEAÇA – DETERMINAÇÃO DE DESENTRANHAMENTO DE GRAVAÇÃO (CONVERSA ENTRE ADVOGADO E CLIENTE) – ALEGADO CERCEAMENTO DE DEFESA – NÃO CONFIGURAÇÃO – INADMISSIBILIDADE DE PROVA OBTIDA POR MEIO ILÍCITO – VIOLAÇÃO AO SIGILO PROFISSIONAL (CED/OAB, ART. 36) – FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA – CONSTRANGIMENTO ILEGAL INEXISTENTE – ORDEM DENEGADA. (TJPR - 1ª C. Criminal - XXXXX-77.2021.8.16.0000 - Cornélio Procópio - Rel.: DESEMBARGADOR TELMO CHEREM - J. 24.07.2021)”

“APELAÇÃO PENAL. CRIME DE POSSE IRREGULAR DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO. ART. 12, CAPUT, DA LEI Nº 10.826 /2003. 1. ABSOLVIÇÃO POR AUSÊNCIA DE PROVA DA EXISTÊNCIA DO CRIME. NULIDADE DAS PROVAS OBTIDAS POR MEIO ILÍCITO. INADMISSIBILIDADE. VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO NÃO CARACTERIZADA: O CRIME DE POSSE IRREGULAR DE ARMA DE FOGO É DE CARÁTER PERMANENTE, CUJA CONSUMAÇÃO SE PROLONGA NO TEMPO, DE SORTE QUE NÃO HÁ NULIDADE POR VIOLAÇÃO DE GARANTIA FUNDAMENTAL QUANDO POLICIAIS ADENTRAM O DOMICÍLIO DO APELANTE, SEM AUTORIZAÇÃO OU ORDEM JUDICIAL,

DIANTE DA FUNDADA SUSPEITA DE OCORRÊNCIA DE CRIME E COMPROVA O FATO, CARACTERIZANDO SITUAÇÃO DE FLAGRÂNCIA EXCEPCIONADA NO ARTIGO 5º , INCISO XI , DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL . CONDENAÇÃO MANTIDA. 2. REDIMENSIONAMENTO DA PENA-BASE AO PATAMAR MÍNIMO LEGAL: IMPOSSIBILIDADE. AO COMPULSAR OS AUTOS, VERIFIQUEI QUE O JUÍZO A QUO ANALISOU DE FORMA IRRETOCÁVEL AS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DO ARTIGO 59 DO CP , FIXANDO A PENA-BASE ACIMA DO PATAMAR MÍNIMO LEGAL, ANTE A ESCORREITA VALORAÇÃO NEGATIVA DO VETOR ANTECEDENTES CRIMINAIS, PONDERANDO CORRETAMENTE AS CIRCUNSTÂNCIAS ATENUANTES E AGRAVANTES DA PENA, BEM COMO AS CAUSAS DE AUMENTO E DIMINUIÇÃO DE PENA PRESENTES NO CASO EM APREÇO, EM ESTRITA OBSERVÂNCIA AOS PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E DA RAZOABILIDADE, NÃO HAVENDO RAZÃO PARA MODIFICAR O QUANTUM DA PENA APLICADA NO ÉDITO CONDENATÓRIO. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO, NA ESTEIRA DO RESPEITÁVEL PARECER MINISTERIAL. UNANIMIDADE. ACÓRDÃO Acordam as Excelentíssimas Senhoras Desembargadoras componentes da 1ª Turma de Direito Penal, por unanimidade, em conhecer do presente recurso e, no mérito, negar provimento às pretensões recursais, nos termos do voto da Relatora. Sala das Sessões do Tribunal de Justiça do Estado do Pará, aos dias 28 do mês de maio de 2019. Julgamento presidido pela Excelentíssima Senhora Desembargadora Maria Edwiges Miranda Lobato. Belém-PA, 28 de maio de 2019. Desembargadora Rosi Maria Gomes de Farias Relatora”

5 A TEORIA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA

A teoria dos frutos da árvore envenenada emergiu através do direito norte-americano oferecendo o entendimento que, as provas obtidas por meio de uma primeira prova que foi descoberta por meios ilícitos, deverão ser descartadas do processo na persecução penal, uma vez que se considerarão ilícitas por derivação.

No Brasil, há que se notar que tal teoria é aceita desde 2007, em um julgamento de RHC, antes mesmo de se ter a reforma do nosso Código de Processo Penal.

A doutrina teoria dos frutos da árvore envenenada renega, por constitucionalmente inadmissíveis, aqueles meios probatórios que, não obstante produzidos, vantajosamente, em momento posterior, acham-se afetados, no entanto, pelo grave vício da ilicitude originária, que transmite-se, contaminando-os, por efeito de repercussão causal.

6 OPORTUNIDADES PARA ADMISSIBILIDADE DAS PROVAS ILÍCITAS NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

Majoritariamente, tem-se que o entendimento da doutrina e da jurisprudência procede no caminho de que, a prova ilícita poderá ser admitida no processo penal à benefício do acusado. O processo penal tem a pretensão de fixar garantias ao acusado, tratando-se de um conjunto de regras protetivas do réu, afim de se evitar arbitrariedades da pretensão punitiva.

Pauta-se que a ampla defesa está sob a ilicitude das provas, cabendo ao réu, o dever e direito à defesa sem qualquer impedimento de seus direitos constitucionais. Conclui-se, portanto, que as provas ilícitas podem ser admitidas no processo penal quando em favor ao réu, garantindo-se sua presunção de inocência e sua liberdade.

Existe um consenso entre doutrinadores em razão do uso do princípio da proporcionalidade em benefício do uso da prova ilícita no processo penal. Neste caso, engendra-se com os direitos fundamentais. Observa-se então, os requisitos de proporcionalidade, adequação e necessidade em sentido estrito, que ao serem postos em uma balança conclui-se que deverá prevalecer o direito à liberdade do indivíduo e,

quando houver uma prova ilícita que demonstre a inocência deste, deverá ser admitida em autos.

Há, conjuntamente, o entendimento que, a ilicitude de uma prova poderá ser afastada quando for obtida pelo acusado sob estado de necessidade, pois está colocando em xeque seu direito à liberdade.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Podemos constatar, portanto, que as provas são de extrema importância em um processo, e, decorrente de tal valia, usufruir de provas que causam a ilicitude destas, se posta contrário a princípios norteadores do Direito e adverso à Leis já estabelecidas.

Assim como qualquer ser humano, o acusado, em um processo penal, também externa possuir o direito à dignidade de pessoa humana e à moralidade. Seu julgamento deverá ser justo e seguindo-se os ritos necessários para que não haja malefícios aos princípios intrínsecos a si.

Visto acima, o uso de tais provas é inconstitucional. Parametrando-se com a Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada, não há que se dar valor algum há provas que são e se encontram contaminadas. Deste modo, não existe possibilidade de um julgamento idôneo.

Entretanto, há possibilidades para a admissão de tais provas. Observa-se, nestes casos, a situação a qual o acusado se encontra. Há que se usá-las quando existe o ferimento de liberdade deste e quando se está em caso de extrema necessidade.

É de suma importância que haja um balanceamento de direitos e deveres entre o acusado e o Estado de direito.

8 REFERÊNCIAS

VILLANI BONACCORSI, Daniela. **As provas obtidas por meios ilícitos**. Editora D'Plácido. 01 de janeiro de 2014.

MARCANTE, Marcelo. **Limites à atividade probatória**. Emais Editora e Livraria Jurídica. 01 de janeiro de 2020.

AGUIAR MUNHOZ SOARES, Fábio. **Prova ilícita no processo**. Editora Juruá. 17 de Janeiro de 2019.

Jus.com.br. A teoria do fruto da árvore envenenada (“fruits of the poisonous tree”). <https://jus.com.br/artigos/72070/a-teoria-do-fruto-da-arvore-envenenada-fruits-of-the-poisonous-tree>. 17 de março de 2021.

Planalto.gov.br. LEI Nº 11.690, DE 9 DE JUNHO DE 2008. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/111690.htm. 11 de março de 2021.

LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal**. Editora Saraiva JUR. 2022. 19ª edição.

STANZIOLA VIEIRA, Renato. **Controle da Prova Penal, obtenção e admissibilidade**. Editora ThomsonReuters LATAM. 25 de maio de 2021.

Jus.com.br. É permitido o uso da prova ilícita a favor do réu no processo penal. <https://jus.com.br/artigos/88664/e-permitido-o-uso-da-prova-ilicita-a-favor-do-reu-no-processo-penal>. 21 de fevereiro de 2021.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. 3. 31. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

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

MOREIRA, José Barbosa. **A constituição e as provas ilicitamente obtidas**, Revista de Processo 84. out./dez.,1996. Disponível em: <file:///C:/Users/acsan/Downloads/BARBOSA%20MOREIRA%20-%20A%20Constitui%C3%A7%C3%A3o%20e%20as%20provas%20ilicitamente%20obtidas.pdf>. Acesso em: 2 jul. 2020.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do processo de conhecimento**. São Paulo: RT, 2001.

KNIJNIK, Danilo. **A doutrina dos frutos da árvore venenosa e os discursos [...]**. Ajuris, 66. a. XXIII, mar. 1996.

COSTA, Susana Henriques da. **Os poderes do juiz na admissibilidade das provas ilícitas**. Revista de Processo São Paulo: Revista dos Tribunais, a. 31. n. 133, mar. 2006.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

BOBBIO, Norberto. **Teoria Geral do Direito**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

FERNANDES, Antonio Scarance, **Processo penal constitucional**, 4 ed., São Paulo: RT, 2005.

MORAES, Alexandre de, **Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional**, 2ª Edição, 2003, São Paulo, Editora Atlas, páginas 382/383.

AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas ilícitas: interceptações telefônicas e gravações clandestinas**. 3. ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 1999.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

STANZIOLA VIEIRA, Renato. **Controle da Prova Penal, obtenção e admissibilidade**. Editora ThomsonReuters LATAM. 25 de maio de 2021.

Jus.com.br. É permitido o uso da prova ilícita a favor do réu no processo penal. <https://jus.com.br/artigos/88664/e-permitido-o-uso-da-prova-ilicita-a-favor-do-reu-no-processo-penal> . 21 de fevereiro de 2021.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2011.

OLIVEIRA, Eugenio Paccelli. **Curso de Processo Penal**. 17. ed.rev. e amp. atual. São Paulo: Atlas, 2013.