



UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA – UnB
FACULDADE DE DIREITO

ARY MATHEUS VIEIRA DE MELO

A PROVA ILÍCITA DERIVADA E A EXCEÇÃO DA DESCOBERTA INEVITÁVEL:
uma análise segundo a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça

Brasília - DF

2024

ARY MATHEUS VIEIRA DE MELO

A PROVA ILÍCITA DERIVADA E A EXCEÇÃO DA DESCOBERTA INEVITÁVEL:
uma análise segundo a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça

Monografia apresentada como requisito parcial à
obtenção do grau de Bacharel em Direito pela Faculdade
de Direito da Universidade de Brasília – UnB.

Professor Orientador: Reynaldo Soares da Fonseca

Brasília – DF

2024

ARY MATHEUS VIEIRA DE MELO

A PROVA ILÍCITA DERIVADA E A EXCEÇÃO DA DESCOBERTA INEVITÁVEL:
uma análise segundo a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça

Apresentado em 21 de agosto de 2024

BANCA EXAMINADORA:

Prof. Dr. Reynaldo Soares da Fonseca
Orientador

Prof. Dr. Vinicius Gomes de Vasconcellos
Examinador

Prof. Dr. Evandro Charles Piza Duarte
Examinador

AGRADECIMENTOS

A Deus, por tantas graças recebidas ao longo desta jornada. Agradeço por cada momento de inspiração e por cada oportunidade de aprendizado. Que ele continue a me guiar e abençoar em cada passo da vida.

Aos meus pais, Adriana e José de Arimatea, por me apoiarem em todos os momentos. Agradeço por todos os sacrifícios feitos, pelos valores e ensinamentos transmitidos. Sem vocês, esta conquista não seria possível.

Ao meu grande amigo Lucas Mateus, cuja amizade e companheirismo marcaram profundamente minha caminhada na graduação. Agradeço por cada conversa, risada e conselho. Agradeço por cada momento e pelas festas que vivenciamos juntos. Sua amizade é inesquecível. Obrigado por tudo, irmão. Descanse em paz!

Ao professor Reynaldo Soares da Fonseca, por toda a ajuda e por me conceder a honra de ser seu orientando.

Ao gabinete do Min. André Mendonça e ao escritório GMVV, pela colaboração essencial para o meu desenvolvimento profissional e acadêmico.

Ao amigo e professor Vinicius Vasconcellos, pelas conversas diárias e incentivos ao desenvolvimento deste trabalho.

Ao professor Evandro Piza, por aceitar o convite para fazer parte da banca avaliadora. Sua participação tem imenso valor.

À Equipe de Direito e Processo Penal da Universidade de Brasil, por me proporcionar uma experiência inimaginável e por cada amizade conquistada ao longo das competições.

Aos colegas de graduação pela amizade que tornou esta jornada inesquecível.

Muito obrigado!

RESUMO

O direito à prova, como qualquer outro direito fundamental, não é absoluto. Assim, pode ser limitado quando entra em conflito com outros direitos fundamentais igualmente protegidos. A Constituição da República, no art. 5º, inc. LVI, estabelece que as provas obtidas por meios ilícitos são inadmissíveis no processo. Em complemento, o Código de Processo Penal, no art. 157, §1º, diz que a ilicitude originária se transmite a prova que dela derivar (teoria dos frutos da árvore envenenada). Nada obstante, a reforma promovida pela Lei n. 11.690/2008 introduziu no CPP hipótese de exceção à inadmissibilidade da prova ilícita por derivação: a exceção da descoberta inevitável. O presente trabalho tem como objeto central de estudo a teoria da descoberta inevitável e sua aplicabilidade no âmbito do Superior Tribunal de Justiça e, para tanto, realizar-se-á pesquisa empírica no *site* oficial da Corte, a fim de especificar os elementos ou informações que permitiram os colegiados a concluir pela inevitabilidade da descoberta da prova derivada, bem como identificar a existência de divergência quanto à compreensão dessa inevitabilidade. O recorte temporal leva em consideração os acórdãos publicados entre 11 de agosto de 2008 e 1ª de março de 2024. A problemática reside no fato de que, se aplicada de modo inadequada e sem restrições, a teoria da descoberta inevitável pode representar em um perigoso instrumento de convalidação de provas declaradas ilícitas.

Palavras-chave: Prova ilícita por derivação. Teoria da descoberta inevitável. Processo penal. Superior Tribunal de Justiça.

ABSTRACT

The right to proof, like any other fundamental right, is not absolute. Thus, it may be limited when it conflicts with other equally protected fundamental rights. The Constitution of the Republic, in Article 5, Inc. LVI, establishes that evidence obtained by illegal means is inadmissible in the process. In addition, the Criminal Procedure Code, in Article 157, §1º, states that the original illegality is transmitted to the evidence derived from it (the "fruit of the poisonous tree" doctrine). However, the reform introduced by Law No. 11,690/2008 introduced an exception to the inadmissibility of illicitly derived evidence in the CPP: the exception of inevitable discovery. This work focuses on the theory of inevitable discovery and its applicability within the scope of the Superior Court of Justice. To this end, empirical research will be conducted on the Court's official website to specify the elements or information that allowed the committees to conclude that the discovery of derived evidence was inevitable, as well as to identify the existence of divergence regarding the understanding of this inevitability. The study period considers rulings published between August 11, 2008, and March 1, 2024. The main issue lies in the fact that, if applied inappropriately and without restrictions, the theory of inevitable discovery can represent a dangerous instrument for validating evidence declared illegal.

Keywords: Illegally derived evidence, inevitable discovery theory, criminal proceedings, Superior Court of Justice.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
CAPÍTULO 1 – QUESTÕES-CHAVE SOBRE PROCESSO PENAL, PROVA, PROVA ILÍCITA E ILICITUDE POR DERIVAÇÃO.....	12
1.1 Conceito, acepções e finalidades da prova	12
1.2 Direito à prova e o devido processo legal.....	14
1.3 Fonte de prova, meios de provas e meios de obtenção de prova.....	17
1.4 Sistemas processuais penais.....	18
1.4.1 Sistema Inquisitório.....	18
1.4.2 Sistema Acusatório.....	20
1.5 Iniciativa instrutória do juiz, sistema acusatório e <i>adversary system versus inquisitorial system</i>	22
1.6 Sistemas de avaliação das provas	24
1.6.1 Sistema da íntima convicção do magistrado ou da certeza moral do juiz.....	24
1.6.2 Sistema da prova tarifada ou da certeza moral do legislador.....	25
1.6.3 Sistema do livre convencimento motivado ou da persuasão racional do juiz	26
1.7 Prova ilícita: a distinção clássica e a reforma promovida pela Lei n. 11.690/2008 no Código de Processo Penal.....	27
1.7.1 Restrições ao direito à prova	29
1.7.2 Tratamento da inadmissibilidade das provas ilícitas (art. 5º, inc. LVI, da CF/88).....	31
1.7.3 A prova ilícita e a sua exclusão dos autos: a regra de exclusão (<i>exclusionary rule</i>).....	34
1.7.4 Origem da regra de exclusão: caso <i>Weeks v. United States</i> (EUA, 1914).....	34
1.8 Provas ilícitas por derivação e a teoria dos frutos da árvore envenenada (<i>fruits of the poisonous tree</i>): Caso <i>Nardone v. United States</i> (EUA, 1939) e a ordem jurídica brasileira.....	36

CAPÍTULO 2 – EXCEÇÃO À PROVA ILÍCITA POR DERIVAÇÃO	38
2.1 Limitações à regra da inadmissibilidade das provas derivadas das ilícitas	38
2.2 Exceção da descoberta inevitável (<i>inevitable discovery exception</i>): Caso Nix v. Williams (EUA, 1984). E a ordem jurídica brasileira.	39
2.2.1 <i>Descoberta inevitável vs. fonte independente: distinção imprescindível...</i>	41
CAPÍTULO 3 – A ADOÇÃO DA DESCOBERTA INEVITÁVEL SEGUNDO O SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA: PESQUISA EMPÍRICA E DADOS ESTATÍSTICOS	42
3.1 Colocação do problema e metodologia de pesquisa	42
3.2 Acórdãos proferidos pela 5ª Turma do STJ: análise qualitativa	46
3.2.1 <i>AgR no REsp n. 1.630.097/RJ, 5ª Turma, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, j. 18/04/2017, p. 28/04/2017</i>	47
3.2.2 <i>HC n. 359.549/PR, 5ª Turma, Rel. Jorge Mussi, j. 04/12/2018, p. 12/12/2018</i>	49
3.2.3 <i>AgR no REsp 1.771.698/SP, 5ª Turma, Rel. Min. Felix Fischer, j. 07/02/2019, p. 19/02/2019</i>	50
3.2.4 <i>AgR no HC 521.228/RJ, 5ª Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 03/12/2019, p. 16/12/2019</i>	51
3.2.5 <i>AgR no HC 638.935/MG, 5ª Turma, Rel. Min. Felix Fischer, j. 30/03/2021, p. 09/04/2021</i>	52
3.2.6 <i>AgR no HC n. 783.183/CE, 5ª Turma, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. 06/12/2022, p. 14/12/2022</i>	54
3.3 Acórdãos proferidos pela 6ª Turma do STJ: análise qualitativa	55
3.3.1 <i>HC n. 52.995/AL, 6ª Turma, Rel. Min. Og Fernandes, j. 16/09/2010, p. 04/10/2010</i>	56
3.3.2 <i>HC n. 436.603/SC, 6ª Turma, Min. Rel. Laurita Vaz, j. 03/12/2019, p. 16/12/2019</i>	58
3.3.3 <i>HC n. 695.895/MS, 6ª Turma, Min. Rel. Rogerio Schiatti, j. 08/11/2022, p. 16/11/2022</i>	60

3.4 Acórdão proferido pela 3ª Seção do STJ: análise qualitativa	62
3.4.1 Rcl n. 36.734/SP, 3ª Seção, Rel. Min. Rogério Schietti, j. 10/02/2021, p. 22/02/2021	62
CONCLUSÕES	64
REFERÊNCIAS	68

INTRODUÇÃO

A evolução histórica da teoria da prova no processo penal é marcada pela sucessão de sistemas processuais (inquisitivo, acusatório e misto) e dos sistemas de avaliação da prova (prova tarifada, íntima convicção do juiz e livre convencimento motivado). Nesse quadro, insere-se ainda a prova ilícita, figurando, sem dúvidas, como um dos temas centrais nos debates sobre a atividade probatória. Ao se discutir ilicitude probatória, as questões ultrapassam o mero juízo técnico-processual de inadmissibilidade/admissibilidade dos elementos de informação obtidos no curso da persecução criminal. A discussão adentra também na esfera ética dos meios utilizados para a obtenção da prova. A atual compreensão jurídica é no sentido de que, em regra, o vício da ilicitude da prova originária se transmite aos elementos e informações que dela derivar, direta ou indiretamente, muito embora haja hipóteses excepcionais que relativizam a repercussão da ilicitude.

O presente trabalho se propõe a enfrentar a temática da inadmissibilidade da prova ilícita por derivação à luz da exceção da descoberta inevitável, bem como analisar sua aplicação no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, considerando as alterações promovidas pela Lei n. 11.690/2008.

De início, abordar-se-á, no Capítulo 1, a terminologia de prova em suas mais variadas acepções no aspecto jurídico-processual a partir das lições doutrinárias, bem como a direito à prova como direito fundamental. No mesmo capítulo, analisar-se-á a distinção entre fonte de prova, meios de provas e meios de obtenção de prova, bem como os principais aspectos que distinguem e caracterizam os sistemas processuais inquisitório e acusatório. Posteriormente, tem-se um estudo pontual dos principais sistemas de valoração da prova.

Após, dá-se incursão na temática de ilicitude da prova no processo penal que abrange desde o debate doutrinário a respeito do conceito de prova ilícita antes e depois da Lei n. 11.690/2008 até a consequência jurídica da declaração de ilicitude da prova a partir de uma reconstrução histórica da origem da regra de exclusão pela Suprema Corte dos Estados Unidos e do direito pátrio.

Ao final do Capítulo 1, abordar-se-á a repercussão da ilicitude da prova originária aos elementos e informações que dela derivar, expondo o início da construção jurisprudencial no direito norte-americano, inclusive, da expressão “Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada” até a sua introdução no direito pátrio à luz da doutrina e da jurisprudência.

No Capítulo 2, dá-se início ao estudo crítico da hipótese de exceção à prova derivada da ilícita a partir do *leading case* que reconheceu e aplicou a *inevitable discovery exception* pela Suprema Corte dos Estados Unidos, incluindo as lições doutrinária e jurisprudencial no

sentido de restringir a aplicabilidade da exceção. Também expõe a desacertada tentativa, pelo legislador brasileiro, de importar a teoria da descoberta inevitável para o direito brasileiro. Por fim, caracteriza-se as diferenças entre a descoberta inevitável e a fonte independente.

No Capítulo 3, realizar-se-á a pesquisa empírica com a apresentação do problema, dos limites e da metodologia utilizada na pesquisa, bem como a exibição das justificativas em torno do objeto de pesquisa e dos dados estatísticos resultantes. Em seguida, proceder-se-á a análise qualitativa dos acórdãos proferidos pelo Corte Superior (5ª e 6ª Turmas e 3ª Seção) e, finalmente, as conclusões a partir do que analisado nos julgados que houve o efetivo debate da teoria da descoberta inevitável.

CAPÍTULO 1 – QUESTÕES-CHAVE SOBRE PROCESSO PENAL, PROVA, PROVA ILÍCITA E ILICITUDE POR DERIVAÇÃO

1.1 Conceito, acepções e finalidades da prova

A palavra “prova”, semanticamente, segundo o Dicionário Aurélio, é “aquilo que atesta a veracidade ou a autenticidade de alguma coisa; demonstração evidente”.¹ A análise etimológica indica que o termo tem origem do latim *proba*, de *probare* – demonstrar, reconhecer, formar juízo de –, entende-se, assim, no sentido jurídico, a *demonstração*, que se faz, pelos meios legais, da existência ou veracidade de um fato material ou de um ato jurídico, em virtude da qual se conclui pela existência do fato ou ato demonstrado.²

Do ponto de vista jurídico-processual, o termo “prova” pode assumir múltiplas acepções. Em sentido amplo, a definição de prova é entendida como “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 fundamentos do exercício dos direitos de ação e defesa.”³

O professor Magalhães Filho anota três acepções do termo “prova” na linguagem do direito processual. Para o autor, “prova” pode assumir o significado de “demonstração” que consiste na apresentação de elementos de demonstração, dados de conhecimento legítimos mediante os quais se verificará se as proposições alegadas pelas partes são verdadeiras.

Também pode significar “experimentação” que se trata do processo de avaliação de determinadas alegações sobre os fatos, se são verdadeiras, ou não, sejam elas feitas pelas partes, sejam colocadas pelo próprio juiz. Por fim, enquanto “desafio”, a “prova” será encarada como um obstáculo a ser superado para se alcançar o reconhecimento de certas qualidades ou aptidões.⁴ Nota-se que a palavra prova tem natureza polissêmica à luz de definições mais restritas.

¹ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo dicionário Aurélio de língua portuguesa*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986, p. 1215.

² SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. 31 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 1.243.

³ RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 30ª ed. São Paulo: Grupo GEN, 2023. E-book. ISBN 9786559773060. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559773060/>. Acesso em: 23 set. 2023.

⁴ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Notas sobre a terminologia da prova (reflexos no processo penal brasileiro)*. In. *Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover*. Coord. Flávio Luiz Yarshell e Maurício Zanoide de Moraes. São Paulo: DPJ, 2005, p. 306.

Nessa linha, a doutrina de Guilherme Souza Nucci adota a tríplice conceituação da palavra “prova” no âmbito do direito processual:

O termo *prova* possui, fundamentalmente, três sentidos: a) como ato: é o processo pelo qual se verifica a exatidão do fato alegado pela parte (ex.: fase da prova); b) como *meio*: trata-se do instrumento pelo qual se demonstra a verdade de algo (ex.: prova testemunhal); c) como resultado: é o produto extraído da análise dos instrumentos de prova oferecidos, demonstrando a verdade de um fato.⁵

Quanto à finalidade, as provas constituem mecanismos pelos quais as partes estruturam proposições lógicas de fatos passados com objetivo principal de convencer o juiz, de modo que a atividade probatória, desenvolvida no curso do processo, deve ser idônea suficiente para despertar, no julgador, a certeza⁶ em relação aos fatos alegados e eliminar qualquer condição psicológica ou sentimento caracterizado pela dúvida.⁷

Nas palavras de Tourinho Filho, a finalidade da prova é:

(...) formar a convicção do Juiz sobre os elementos necessários para a decisão da causa. Para julgar o litígio, precisa o Juiz ficar conhecendo a existência do fato sobre o qual versa a lide. Pois bem: a finalidade da prova é tornar aquele fato conhecido do Juiz, convencendo-o da sua existência. As partes, com as provas produzidas, procuram convencer o Juiz de que os fatos existiram, ou, então, de que ocorreram desta ou daquela maneira.⁸

Renato Marcão destaca que o propósito da prova é:

A *finalidade da prova é demonstrar* que algo ocorreu, ou não, de uma ou outra maneira, e assim *influenciar* na convicção do magistrado a respeito da existência ou inexistência de um fato ou alegação pertinente e relevante para o julgamento da causa, por isso o acerto de Manzini quando diz que “la prova penale è l’attività processuale immediatamente diretta allo scopo di ottenere la certezza giudiziali,

⁵ NUCCI, Guilherme de S. *Provas no processo penal*. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2009, p. 16.

⁶ “O juiz tem certeza de um fato quando, de acordo com as provas produzidas, pode racionalmente considerar que uma hipótese fática é a preferível entre as possíveis. Ou seja, e em linguagem mais simples, o juiz tem certeza quando as provas o fazem acreditar que o seu conhecimento é verdadeiro” (BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. 11 ed. ev. atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters, 2023, p. 375)

⁷ LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. São Paulo: Editora Saraiva, 2023. E-book. ISBN 9786553626355. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553626355/>. Acesso em: 2 set. 2023.

⁸ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. 20. ed. ev. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 220.

secondo il criterio della verità reale, circa l'imputazione o altra affermazione o negazione interessante un provvedimento del giudice".⁹

As provas ainda desempenham um papel dentro do processo (*endroprocessual*) quanto fora dele (*extraprocessual*).¹⁰ Na primeira perspectiva, a prova é o instrumento pela qual o julgador se esclarece sobre os fatos. Já na segunda perspectiva, a prova desempenha a finalidade de justificar a decisão adotada diante do meio social, ou seja, a atividade probatória deve obedecer a ritos e padrões pré-definidos, mediante os quais a sociedade possa reconhecê-los como válidos.

Portanto, constata-se que a prova exerce função na ciência processual (convencimento do julgador) e na ciência social (vetor de reconhecimento e aceitação do meio).

Consoante baliza a doutrina, a prova "(...) além de ser um procedimento cognitivo, a prova é também um fenômeno psicossocial; daí a extraordinária importância da *natureza* das provas e do *modo* como são elas obtidas e incorporadas ao processo".¹¹

Resumidamente, quando se discute o conceito jurídico de prova, é essencial ter em mente quatro elementos centrais: *objeto* (os fatos que se pretende provar); *meios* (os instrumentos legais de obtenção); *métodos* (os procedimentos que devem ser observados no momento da obtenção) e *resultado* (o que resultou demonstrado nos autos como verdadeiro). Subjetivamente, as provas envolvem um *destinatário* e sua *convicção* (o julgador) e *as partes* (a quem compete o ônus da prova), de modo que a *finalidade imediata* reside na formação da convicção do julgador e *mediata* na promoção de justiça.¹²

1.2 Direito à prova e o devido processo legal

A Constituição Federal de 1988, em seu Título II, dispõe dos "Dos Direito e Garantias Fundamentais", os quais representam as aspirações políticas das sociedades democráticas modernas, estabelecendo limites ao poder estatal por meio de mecanismos a fim de prevenir e punir os abusos. Assim, os direitos fundamentais são entendidos como um conjunto de bens e vantagens descritos na norma constitucional, inerente a todos os cidadãos, nacionais ou

⁹ MARCÃO, Renato F. *Curso de processo penal*. São Paulo: Editora Saraiva, 2021. E-book. ISBN 9786555594485. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555594485/>. Acesso em: 2 set. 2023.

¹⁰ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p.13.

¹¹ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p.13

¹² COLUCCI, Maria da Glória Lins da Silva; SILVA, Maria Regina Caffaro. *Prova ilícitas no processo penal*. Brasília: Revista de informação legislativa, v. 25, n. 97, 1988, p. 238-239.

estrangeiros, com o objetivo de assegurar condições dignas de sobrevivência dentro da sociedade. De modo mais simples, são regras básicas e fundamentais ao exercício da cidadania e indeclináveis à própria existência da dignidade humana.¹³

Com a finalidade de assegurar uma prestação jurisdicional justa e adequada, é essencial respeitar os direitos fundamentais e suas garantias, especialmente, no contexto de proteção do direito à liberdade em processos de natureza penal. Nesse contexto, a cláusula do devido processo legal se destaca como uma das garantias mais abrangentes e relevantes dentro da ordem jurídica-constitucional, constituindo um dos pilares dos sistemas de justiça consolidados nas ideias do Estado Democrático de Direito.¹⁴

A amplitude desta cláusula reside no fato de que, ao mencioná-la, podemos estar nos referindo a uma série de direitos e garantias que estruturam o princípio do devido processo legal.¹⁵ É comum, portanto, fazer referência direta à cláusula constitucional em vez de citar individualmente as cláusulas tradicionais como, por exemplo, a ampla defesa e contraditório (artigo 5º, inc. LV, da CF); o juiz natural (artigo 5º, inc. LIII, da CF); o direito de ação (art. 5º, inc. XXXV, da CF); o direito ao silêncio e a não autoincriminação (artigo 5º, inc. LXIII, da CF); a inadmissibilidade de provas ilícitas (art. 5º, inc. LVI, da CF); a presunção de inocência (artigo 5º, inc. LVII, da CF).¹⁶

O direito à prova (*right to evidence*) se apresenta implicitamente como consectário lógico do devido processo legal, na medida que o processo deve se estruturar a partir de uma legítima base probatória construída durante a persecução criminal. Nessa compreensão,

¹³ MOSSIN, Heráclito A. *Garantias Fundamentais na área criminal*. São Paulo: Editora Manole, 2014. E-book. ISBN 9788520448519. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788520448519/>. Acesso em: 23 set. 2023.

¹⁴ ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. *A iniciativa instrutória do juiz no processo penal*. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2003, p. 123.

¹⁵ MENDES, Gilmar Ferreira.; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 15 ed. São Paulo: Saraiva Educação. 2020, p. 602.

¹⁶ O Min. Celso de Mello, em seu voto, esclarece bem o âmbito de proteção alargado do devido processo legal, assinalando que “o exame da cláusula referente ao “*due process of law*” permite nela identificar alguns elementos essenciais à sua configuração como expressiva garantia de ordem constitucional, destacando-se, entre eles, por sua inquestionável importância, as seguintes prerrogativas: (a) direito ao processo (garantia de acesso ao Poder Judiciário); (b) direito à citação e ao conhecimento prévio do teor da acusação; (c) direito a um julgamento público e célere, sem dilações indevidas; (d) direito ao contraditório e à plenitude de defesa (direito à autodefesa e à defesa técnica); (e) direito de não ser processado e julgado com base em leis “*ex post facto*”; (f) direito à igualdade entre as partes; (g) direito de não ser processado com fundamento em provas revestidas de ilicitude; (h) direito ao benefício da gratuidade; (i) direito à observância do princípio do juiz natural; (j) direito ao silêncio (privilegio contra a autoincriminação); (k) direito à prova; e (l) direito de presença e de “participação ativa” nos atos de interrogatório judicial dos demais litisconsortes penais passivos, quando existentes” (STF, AgR no HC n. 111.567, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, j. 05/08/2014, p. 30/10/2014)

quanto ao direito à prova, Pellegrini Grinover assevera ser “aspecto insuprimível das garantias da defesa e do contraditório”.¹⁷

Thiago de Ávila, por seu turno, afirma que “o direito de acesso ao Poder Judiciário, expresso traz implícito em si o direito à prova como direito à prestação jurisdicional justa, adequada aos fatos objetos do litígio”.¹⁸ Conclui ainda que “(...) sendo a prova instrumento de formação da convicção do magistrado, inclui-se o direito à sua produção no direito de acesso ao Judiciário, constituindo, portanto, uma garantia fundamental tanto da defesa quanto da acusação”.¹⁹

No contexto jurídico internacional, o direito à prova tem previsão na Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) no seu artigo 8.2, alínea “f”: “direito da defesa de inquirir as testemunhas presentes no tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos”.

Também é previsto no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de 1966, no seu artigo 14.3, alínea “e”: “de interrogar ou fazer interrogar as testemunhas de acusação e de obter o comparecimento e o interrogatório das testemunhas de defesa nas mesmas condições de que dispõem as de acusação”.

Ambos os tratados incorporados no ordenamento jurídico brasileiro pelo Decreto Legislativo n. 678, de 6 de novembro de 1992 e pelo Decreto 592, de 6 de julho de 1992, do Presidente da República, respectivamente.

É importante citar, por fim, a interessante constatação que mestre Magalhães Filho faz no tocante ao disposto no artigo 5º, §2º, da CF/88²⁰ que dispõe sobre o reconhecimento de direitos e garantias fundamentais previstos em tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. Segundo o autor, a incorporação dos citados tratados

¹⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Novas tendências do direito processual de acordo com a Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990, p. 21.

¹⁸ ÁVILA, Thiago André Pierobom de. *Provas ilícitas e proporcionalidade: uma análise da colisão entre os princípios da proteção penal eficiente e da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos*. Dissertação (Mestrado em Direito): Universidade de Brasília, Brasília, 2006, p. 94.

¹⁹ ÁVILA, Thiago André Pierobom de. *Provas ilícitas e proporcionalidade: uma análise da colisão entre os princípios da proteção penal eficiente e da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos*. Dissertação (Mestrado em Direito): Universidade de Brasília, Brasília, 2006, p. 95.

²⁰ Art. 5º, §3º, CF/88: Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

internacionais, na forma do rito constitucional, faz com que o direito à prova se torne expresso no nosso sistema de garantias fundamentais.²¹

Portanto, o direito à prova e o devido processo legal são temas fundamentais e profundamente ligados. São pilares essenciais para assegurar a justiça e a equidade dos sistemas legais, contribuindo para a construção de decisões judiciais fundamentadas racionalmente.

1.3 Fonte de prova, meios de provas e meios de obtenção de prova

Conforme visto, o termo “prova” pode assumir vários sentidos e, como tais premissas foram esclarecidas, cumpre, neste tópico, estabelecer a distinção mais específicas entre fonte de prova, meios de provas e os meios de obtenção de prova.

Em primeiro, compreende-se, como *fontes de provas*, as pessoas ou objetos mediante os quais se pode extrair a prova, razão pela qual leva a doutrina a classificá-las em duas categorias: fonte pessoais (testemunha, ofendido, peritos) e fonte reais (documentos, em sentido amplo).²²

A origem das provas é independente e anterior ao processo. Em outras palavras, as fontes de prova existem ainda que não introduzidas no processo e levadas ao conhecimento do magistrado, surgindo a partir do cometimento do delito.²³ Tudo aquilo que servir para esclarecê-lo será denominado de fonte de prova.²⁴

Em segundo lugar, existem *os meios de provas*, que são os instrumentos que introduzem a fonte de prova no processo, como, por exemplo, um depoimento de uma testemunha.

Para melhor compreensão, Gustavo Badaró didaticamente explica que:

“(…) a testemunha de um fato é a fonte de prova, enquanto suas declarações em juízo são o meio de prova. O documento é uma fonte de prova, a sua incorporação ao processo é o meio de prova. O livro contábil é a fonte de prova, enquanto a

²¹ “E, por força, do disposto pelo art. 5º, §2º, da Constituição da República, essa garantia possui estrutura e dignidade constitucionais, na medida que complementa e reforça o rol do art. 5º, *caput*, da Lei Maior, tornando expresso direito que já se entendia em nosso sistema de garantias fundamentais”. (GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 82-83)

²² DE LIMA, Renato Brasileiro. *Manual de processo penal*. 3ª ed. Salvador: Juspodivm, 2015 p.577.

²³ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Ônus da prova no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 164.

²⁴ DE LIMA, Renato Brasileiro, *Manual de processo penal*. 3ª ed. Salvador: Juspodivm, 2015, p.577.

perícia contábil é o meio de prova. O meio de prova, portanto, somente existe no processo. Já as fontes são anteriores e extraprocessuais.”²⁵

Por fim, *os meios de obtenção de prova* (ou meios de investigação da prova) se referem, em regra, a procedimentos extraprocessuais, previstos em lei, com o fim de obter as provas materiais, que podem ser realizados tanto pelas autoridades judiciárias quanto pelo Ministério Público.²⁶

De acordo com a doutrina de Aury Lopes: “são instrumentos que permitem obter-se, chegar-se à prova. Não é propriamente ‘a prova’, senão meios de obtenção”.²⁷ Exemplificando, cita-se, como meios de obtenção de prova mais usuais, a interceptação telefônica, buscas e apreensões, delações premiadas, dentre outros.

É importante esclarecer a distinção entre meio de prova e meios de obtenção de prova, pois isso permite definir a consequência jurídica diante de eventuais vícios no momento da produção e obtenção. Em suma, se o vício reveste o *meio de prova*, a consequência, em regra, será a declaração de nulidade, em razão da sua natureza endoprocessual. Lado outro, se o vício se encontra no *meio de obtenção da prova*, a consequência será o reconhecimento de sua inadmissibilidade (art. 5º, inc. LVI, da CF) e, posteriormente, o desentranhamento dos autos (art. 157, *caput*, do CPP).²⁸

1.4 Sistemas processuais penais

1.4.1 Sistema Inquisitório

O sistema inquisitório foi regido pelo direito canônico (sistema de leis estabelecido pela Igreja Católica) a partir do século XII até o final do século XVIII, período compreendido entre a Idade Média e o início da Idade Moderna. Sistema que exerceu forte influência em toda Europa Ocidental. Cabia ao Tribunal Eclesiástico (também chamado de Santo Ofício)

²⁵ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Ônus da prova no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 166.

²⁶ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 303-318.

²⁷ JR., Aury L. *Direito processual penal*. São Paulo: SRV Editora LTDA, 2023. E-book. ISBN 9786553626355. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553626355/>. Acesso em: 23 jul. 2024.

²⁸ LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal: volume único*. 8 ed. ver., ampl. e atual. Salvador: Juspodvim, 2020, p.661.

aplicá-lo, bem como era de sua competência, em um primeiro momento, processar e julgar aqueles considerados hereges.²⁹

No ápice da inquisição, o direito canônico se sobrepôs ao direito laico, sendo, portanto, aplicado também pelos Tribunais Seculares de forma suplementar. Em certo momento, a união Igreja-Estado era tamanha que oportunizou a expansão da competência dos Tribunais Eclesiásticos de modo a permitir que a caça aos “hereges” e às “bruxas” se tornasse essencialmente uma operação judicial.³⁰

No contexto do processo penal, a inquisição se valia, em matéria de prova, de técnicas desumanas e irracionais para a determinação da culpa ou da inocência. Métodos³¹ que submetiam os acusados a condições extremas de castigos físicos com o objetivo de obter, sobretudo, a rainha das provas: a confissão. A ideia por trás desses julgamentos residia na crença da intervenção divina, pois acreditava-se que o Juízo de Deus interviria para demonstrar a verdade. Resumidamente, se o acusado fosse inocente, o poder de Deus intercederia em seu favor, salvando-o. Caso contrário, era considerado culpado.³²

Não raro, tais mecanismos eram suscetíveis de manipulação e, frequentemente, questionáveis sob os aspectos morais e legais. À medida que os séculos avançavam, os sistemas legais evoluíam, incorporando gradualmente práticas racionais baseadas em evidências. Especificamente, a partir dos ideais iluministas no século XVIII, buscou-se a completa superação da barbárie e da irracionalidade.

Outrossim, o sistema inquisitório tem, como essência, a concentração de poderes na figura do *juiz-inquisidor*. Em outras palavras, as funções de acusar, defender e julgar ficam a cargo de um único personagem (*o inquisidor*) que dispõe de ampla iniciativa na gestão da

²⁹ JR., Aury L. Direito processual penal. São Paulo: SRV Editora LTDA, 2023. E-book. ISBN 9786553626355. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553626355/>. Acesso em: 23 jul. 2023.

³⁰ NASPOLINI, Samyra Haydeê. *Aspectos históricos, políticos e legais da inquisição*. In: WOLKMER, Antônio Carlos. *Fundamentos de história do direito*. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2022, p. 191.

³¹ “Os ordálios eram denominados Juízos de Deus, sob falsa crença de que a Divindade intervinha nos julgamentos e, num passe de mágica, deixava demonstrado se o réu era ou não culpado. Embora conhecido de outros povos, o sistema ordálico desenvolveu-se e *aprimorou-se* na Idade Média, entre os europeus, “sob o domínio germânico-barbárico”. Submetia-se o pretense culpado a uma prova, para se aferir a sua responsabilidade. Havia a prova da água fria: jogado o indiciado à água, se submergisse, era inocente, se viesse à tona, era culpado ... A do ferro em brasa: o pretense culpado, com os pés descalços, teria de passar por uma chapa de ferro em brasa. Se nada lhe acontecesse, era inocente; se queimasse, sua culpa era manifesta... O *judicium offae*; o indivíduo devia engolir, de uma só vez grande quantidade de alimento – notadamente farinha de trigo. Se não o fizesse, era culpado....” (TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. 20. ed. ev. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 240)

³² NOVINSKY, Anitta. *A inquisição*. 3ª ed. São Paulo: Brasiliense, 1982, p. 18.

prova dentro de um processo sigiloso no qual inexistia contraditório. Suprimida publicidade e dialéctica entre as partes, o acusado assume a posição de mero objeto de satisfação do *jus puniendi*.³³

O acúmulo de funções em um único órgão, aliadas as outras características, resulta na perda da imparcialidade do julgador³⁴, na medida que o *juiz-inquisidor*, ativamente envolvido nas investigações, tende a buscar, na sentença, a confirmação de uma verdade preestabelecida em sua mente.³⁵

É intrínseco ao modelo, portanto, o desrespeito aos direitos e garantias fundamentais, daí a sua maior compatibilidade com regimes totalitários ou absolutistas, uma vez que o sistema inquisitório se revela uma ferramenta eficaz para manter os interesses do poder central, permitindo julgamentos com base em critérios subjetivos à margem do devido processo legal.³⁶

1.4.2 Sistema Acusatório

Para alguns autores, o sistema acusatório tem origem histórica que remonta à Antiguidade, primeiro com os gregos e, posteriormente, com os romanos, sendo, contudo, substituído gradualmente pelo sistema inquisitório a partir do Século XII.³⁷ A esse respeito destaca Gustavo Badaró: “o sistema acusatório, com essas características históricas, vigorou durante quase toda a Antiguidade grega e romana, bem como na Idade Média, nos domínios do direito germano. Somente no século XII entrou em declínio, passando a vigorar o processo inquisitivo”.³⁸

³³ JR., Aury L. Direito processual penal. São Paulo: SRV Editora LTDA, 2023. E-book. ISBN 9786553626355. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553626355/>. Acesso em: 23 jul. 2023.

³⁴ Sobre a imparcialidade, Afrânio Silva Jardim assinala que “(...) os princípios mais importantes para o processo penal moderno são da imparcialidade do Juiz e o do contraditório. Pode-se mesmo dizer que os demais princípios nada mais são do que consequências lógicas destes dois princípios reitores”. (JARDIM, Afrânio Silva. *Direito processual penal*. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 400)

³⁵ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Ônus da prova no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 117.

³⁶ “A estrutura do processo penal variou ao longo dos séculos, conforme o predomínio da ideologia punitiva ou libertária. Goldschmidt afirma que a estrutura do processo penal de um país funciona como um termômetro dos elementos democráticos ou autoritários de sua Constituição”. (JR., Aury L. Direito processual penal. São Paulo: SRV Editora LTDA, 2023. E-book. ISBN 9786553626355. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553626355/>. Acesso em: 14 nov. 2023.)

³⁷ JR., Aury L. Direito processual penal. São Paulo: SRV Editora LTDA, 2023. E-book. ISBN 9786553626355. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553626355/>. Acesso em: 23 jul. 2023.

³⁸ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Ônus da prova no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p.127.

Entretanto, Mauro Fonseca Andrade explica que, embora não sejam a maioria, existem autores que discordam dessa ideia, alegando que o sistema acusatório surgiu após o sistema inquisitivo. Segundo o autor: “(...) uma pequena corrente doutrinária – não menos importante que a anterior – afirma exatamente o contrário: o inquisitivo foi o sistema que primeiro se manifestou apontando o acusatório como a forma de processo “*más temprana de todas*”.³⁹

Diferentemente do inquisitório, o sistema acusatório tem, como característica principal, a existência de vários sujeitos que desempenham funções processuais diferentes, isto é, ao acusador, cabe a função de acusar; ao defensor, cabe a função de defender e, ao juiz, cabe a função de julgar.⁴⁰ É o denominado *actum trium personarum*.⁴¹ De forma secundária, são outras características: a realização do processo de forma oral e pública, a excepcionalidade da prisão, a predominância do contraditório e a prevalência da presunção de inocência etc.⁴²

Quanto à gestão da prova, cabe às partes a produção de provas, ao passo que o magistrado desempenha um papel de coadjuvante, não lhe sendo permitido atuar de forma ativa. Assim, é encargo das partes a produção de provas, enquanto o magistrado desempenha um papel inerte, à espera das provas.

Ademais, Douglas Fischer e Eugênio Pacelli acrescentam que a função de investigar, de maneira nenhuma, pode ficar sob responsabilidade do julgador. Os autores assinalam que “o Poder Judiciário, em um sistema processual penal acusatório, isto é, em um sistema no qual as funções de acusar (daí acusatório) e de julgar são atribuídas a órgãos distintos, não tem poderes investigatórios”.⁴³ Conclui-se que a adoção do sistema acusatório permite

³⁹ ANDRADE, Mauro Fonseca. *Sistemas processuais penais e seus princípios reitores*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 50

⁴⁰ SEABRA, Silvia Cives. *Sistemas processuais*. In: Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, nº 15, 2002, p. 269.

⁴¹ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 26ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 304.

⁴² VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. *O “sistema acusatório” do processo penal brasileiro: apontamentos acerca do conteúdo da acusatoriedade de decisões do Supremo Tribunal Federal/ The “accusatorial system” of brazilian criminal procedure: notes on the concept of accusatorialism from the federal supreme court’s decisions*. In: Revista Direito, Estado e Sociedade, Rio de Janeiro, nº 47, 2015, p. 190.

⁴³ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de; FISCHER, Douglas. *Comentários ao Código de Processo Penal e sua Jurisprudência*. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 18.

concentrar, no mesmo sujeito processual, as funções de investigação e de acusação, sendo perfeitamente compatíveis, não havendo desvirtuamento do modelo.⁴⁴

Sendo assim, a característica marcante do modelo acusatório: a existência de vários sujeitos processuais que desempenham funções distintas. É certo que a função investigativa não pode ser desempenhada pelo julgador.⁴⁵

Ademais, cumpre enfatizar que os sistemas processuais penais modernos não são puros, ou seja, não seguem à risca as características somente de um ou de outro.

1.5 Iniciativa instrutória do juiz, sistema acusatório e *adversary system* versus *inquisitorial system*

A questão referente à iniciativa instrutória do juiz está diretamente ligada às categorias do processo *adversary system* e *inquisitorial system*. Com isso, é importante elucidar alguns aspectos conceituais no tocante à oposição entre tais categorias, as quais, por sua vez, não devem ser confundidas com o binômio acusatório-inquisitório.

Primeiramente, adianta-se que “o termo processo inquisitório, em oposição ao acusatório, não corresponde ao inquisitorial (em inglês), o qual se contrapõe ao adversarial”.⁴⁶ Em segundo lugar, os aspectos referentes à dicotomia clássica acusatório-inquisitório foram suficientemente abordados nos tópicos anteriores. Por fim, não há dúvidas sobre a postura do julgador perante o processo penal no modelo inquisitório: poderes ilimitados e atuação de ofício.

Posto isso, *adversary system* e *inquisitorial system* são categorias típicas do processo anglo-saxão e da Europa continental, respectivamente, que dizem respeito à postura do magistrado e das partes no processo.⁴⁷ Entende-se, em síntese, como *adversary system* o modelo que atribui, exclusivamente, às partes o protagonismo processual para a iniciativa

⁴⁴ Recentemente, o Supremo Tribunal Federal reconheceu, no julgamento em repercussão geral do Recurso Extraordinário n. 593.727, o poder de investigação do Ministério Público. (RE n. 593.727, Rel. Min. Cezar Peluso, Red. para o acórdão Min. Gilmar Mendes, p. 8.9.2015).

⁴⁵ ANDRADE, Mauro Fonseca. *Sistemas processuais penais e seus princípios reitores*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 123.

⁴⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini. *A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório*. Revista brasileira de ciências criminais, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 27, p. 71-79, 1999, p. 72.

⁴⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini. *A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório*. Revista brasileira de ciências criminais, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 27, p. 71-79, 1999, p. 72.

probatória e para impulsionar a marcha processual, sendo o juiz um mero mediador, sem qualquer iniciativa instrutória.⁴⁸

De modo contrário, *inquisitorial system* é modelo caracterizado pela participação de destaque do juiz em relação às partes em tais atividades.⁴⁹ Nessa concepção, o juiz apresenta uma postura mais ativa no processo, inclusive, com iniciativa instrutória que independe da provocação das partes. Ou seja, é conferido poderes ao juiz para produzir provas diante da inércia das partes. Não obstante a isso, tal postura não o torna inquisidor, na medida que há preservação do *fair trial*.⁵⁰

Ada Pellegrini⁵¹ e Gustavo Badaró⁵² destacam a distinção crucial entre as categorias *acusatório-inquisitório* e *adversarial-inquisitorial*. Para os autores, o modelo acusatório pode adotar a estrutura tanto do *adversarial system* quanto do *inquisitorial system*. Isso porque a centralidade do modelo de índole acusatória é a clara separação de funções entre diferentes sujeitos (julgar, acusar e defender), sendo as outras características não essenciais, isto é, de natureza secundária cuja ausência não altera o aspecto fundamental do modelo.

Muito embora, em termos históricos, o sistema acusatório esteja associado à atuação inerte do julgador quanto à iniciativa probatória, tal aspecto não lhe é fundamental.⁵³ Por isso, o referido autor pontua que:

(...) havendo separação de funções, sendo a acusação conferida a uma pessoa distinta do julgador, que terá a missão exclusiva de julgar, sendo-lhe vedado exercer conjuntamente a acusação, ter ou não este juiz poderes instrutórios é algo que não diz respeito com a essência do sistema.⁵⁴

⁴⁸ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Ônus da prova no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 126.

⁴⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini. *A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório*. Revista brasileira de ciências criminais, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 27, p. 71-79, 1999, p. 71.

⁵⁰ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Ônus da prova no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 136.

⁵¹ GRINOVER, Ada Pellegrini. *A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório*. Revista brasileira de ciências criminais, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 27, p. 71-79, 1999, p. 72.

⁵² BADARÓ, Gustavo Henrique. *Ônus da prova no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 137.

⁵³ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Ônus da prova no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 137.

⁵⁴ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Ônus da prova no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 112-113.

Portanto, em síntese, o sistema processual penal de índole acusatório é compatível com a iniciativa instrutória do magistrado (*inquisitorial system*), mas também com a proeminências das partes na produção de provas (*adversarial-system*).

1.6 Sistemas de avaliação das provas

Sobre a temática, não é a intenção deste tópico fazer uma investigação histórica, mas apenas fazer um estudo pontual dos principais sistemas de valoração da prova. A doutrina processual penal costuma apontar três sistemas como principais:⁵⁵ 1 - sistema da íntima convicção do magistrado; 2 - sistema da prova tarifada e 3 - sistema do livre convencimento motivado.

1.6.1 Sistema da íntima convicção do magistrado ou da certeza moral do juiz

O sistema da íntima convicção (ou da certeza moral do juiz) se trata de sistema probatório em que o legislador outorga plena confiança ao julgador para apreciar as provas.⁵⁶ Em termos diretos, o juiz é livre para apreciar as provas, inclusive aquelas inexistentes nos autos, de acordo com sua consciência e íntima convicção, sendo desnecessário, para tanto, fundamentar seu convencimento.⁵⁷ Julgava *secundum conscientiam*.

Ou seja, é suficiente, como fundamento, apenas o sentimento íntimo do julgador, condição na qual viabiliza que “o juiz julgue com base na prova dos autos, sem as provas dos autos, ou até mesmo contra as provas dos autos”.⁵⁸

O sistema da certeza moral do juiz não foi adotado pelo ordenamento pátrio, uma vez que a Constituição de 1988 é clara ao estabelecer o dever de fundamentação de todas as decisões emanadas do Poder Judiciário (art. 93, inc. IX, da CF/88).⁵⁹

⁵⁵ “(...) são basicamente três os sistemas de apreciação da prova em que podem ser acolhidos pelos ordenamentos processuais: a) o da *prova legal*, em que a lei fixa o valor a ser atribuído a cada meio de prova; b) o da valoração *secundum conscientiam*, em que ela deixa ao juiz integral liberdade de avaliação; c) o da chamada *persuasão racional*, em que o juiz forma livremente o seu convencimento, porém dentro de critério racionais que devem ser indicados”. (CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 26ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 381). Nesse sentido: JR., Aury L. Direito processual penal. São Paulo: SRV Editora LTDA, 2023. E-book. ISBN 9786553626355. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553626355/>. Acesso em: 11 nov. 2024. DE LIMA, Renato Brasileiro. DE LIMA, Renato Brasileiro, *Manual de processo penal*. 3ª ed. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 603.

⁵⁶ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. 20. ed. ev. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 241.

⁵⁷ LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. São Paulo: Editora Saraiva, 2023, p. 181. E-book. ISBN 9786553626355. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553626355/>. Acesso em: 11 nov. 2023.

⁵⁸ DE LIMA, Renato Brasileiro. DE LIMA, Renato Brasileiro, *Manual de processo penal*. 3ª ed. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 603.

Entretanto, observa-se que tal sistema foi incorporado na sistemática do Tribunal do Júri, constituindo exceção. Isso porque foi concedido ao Conselho de Sentença a possibilidade de julgar livremente e sem a obrigação de fundamentar a decisão.⁶⁰

Por fim, a respeito do tema, o autor Paulo Rangel sustenta haver incompatibilidade entre a íntima convicção adotada no Tribunal do Júri e o dever de fundamentação previsto pela Constituição da República.⁶¹

1.6.2 Sistema da prova tarifada ou da certeza moral do legislador

Ao contrário do sistema anterior, o sistema da prova tarifada, chamado também de sistema da certeza moral do legislador, retira do julgador a liberdade para apreciar as provas e lhe impõe regras preestabelecidas que fixam os valores de cada prova. Aqui, o legislador passa a desconfiar do julgador, de modo que afasta dele qualquer margem de discricionariedade para avaliar as provas, ficando rigorosamente vinculado aos valores impostos em lei.⁶²

Nesse contexto, a confissão detém valor significativamente superior aos das demais provas, daí decorre o título de “rainha das provas”, pois, uma vez obtida a confissão, já se permite, de imediato, a declaração de culpa.

Ademais, esse modelo demanda a presença de mais de um testemunho para que houvesse validade legal – *testi unus, testis nullus* –, vale dizer, o depoimento de uma única testemunha não tinha significado, independentemente de sua qualidade.⁶³ O juiz se manifesta não de acordo com a convicção resultante das provas, mas sim em conformidade com o valor legal estabelecido.

É certo que tal sistema é, em regra, típico de sociedades rudimentares, a pesar de o atual Código de Processo Penal guardar resquícios da lógica da prova tarifada. Por exemplo, cita-se as hipóteses dos arts. 155, parágrafo único, do CPP, o qual prevê que “somente quanto

⁵⁹ Art. 93, inc. IX, CF/88: 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;

⁶⁰ DE LIMA, Renato Brasileiro. DE LIMA, Renato Brasileiro, *Manual de processo penal*. 3ª ed. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 603

⁶¹ Para uma análise mais detalhada, ver: RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. São Paulo: Grupo GEN, 2023. E-book. ISBN 9786559773060. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559773060/>. Acesso em: 12 dez. 2023.

⁶² TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. 20. ed. ev. São Paulo: Saraiva, 1998 p. 241.

⁶³ JR., Aury L. *Direito processual penal*. São Paulo: SRV Editora LTDA, 2023. E-book. ISBN 9786553626355. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553626355/>. Acesso em: 23 nov. 2023.

ao estado das pessoas serão observadas as restrições estabelecidas na lei civil” e o 158, *caput*, do CPP, que dispõe que “quando a infração deixar vestígios, será indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado”.⁶⁴

1.6.3 Sistema do livre convencimento motivado ou da persuasão racional do juiz

Por último, o sistema do livre convencimento motivado (ou da persuasão racional do juiz) se apresenta como ponto de equilíbrio em comparação aos sistemas anteriores, de tal maneira que, apesar de inexistir critérios rígidos de valoração definidos em lei, o magistrado é obrigado a valorar as provas a partir de critérios racionais e lógicos, os quais são passíveis de controle na via recursal.⁶⁵

De acordo com esse modelo, o julgador pode atuar de forma livre ao avaliar as provas presentes nos autos, contanto que evidencie motivadamente o raciocínio desenvolvido.

Observa-se que o juiz tem discricionariedade no momento da valoração das provas. Entretanto, tal liberdade não é incondicionada, uma vez que a valoração se restringe apenas às provas constantes nos autos (*quod non est in actis non est in mundus*, ou seja, o que não está nos autos, não está no mundo), impondo-se ao juiz a obrigação de fundamentar sua decisão.⁶⁶

Magalhães Filho explica o sentido da liberdade conferida ao magistrado. Diz o mestre:

“(…) a liberdade na apreciação das provas não se confunde com uma autorização para que o juiz adote decisões arbitrárias, mas apenas lhe confere a possibilidade de estabelecer a verdade judicial com base em dados e critérios objetivos e de uma forma que seja controlável”.⁶⁷

Aury Lopes salienta que “(…) o livre convencimento é, na verdade, muito mais limitado do que livre. E assim deve sê-lo, pois se trata de poder e, no jogo democrático do processo, todo poder tende a ser abusivo. Por isso, necessita de controle”.⁶⁸

⁶⁴ CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. São Paulo: Editora Saraiva, 2023. E-book. ISBN 9786553626072. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553626072/>. Acesso em: 20 dez. 2023.

⁶⁵ FERRER BELTRÁN, Jordi. *La valoración racional de la prueba*. Marcial Pons, 2007, p. 64-65.

⁶⁶ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Ônus da prova no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 407.

⁶⁷ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *As reformas no processo penal: as novas leis de 2008 e os projetos de reforma*. Coordenação Maria Thereza Rocha de Assis Moura. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 249.

⁶⁸ JR., Aury L. *Direito processual penal*. São Paulo: SRV Editora LTDA, 2023. E-book. ISBN 9786553626355. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553626355/>. Acesso em: 23 dez. 2024.

No Brasil, o sistema da valoração racional da prova é assegurado no texto constitucional, ao dispor sobre o dever de fundamentação das decisões judiciais (art. 93, inc. IX, da CF). Complementando essa premissa, o art. 155, *caput*, do CPP, preconiza que: “o juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial (...)”.

1.7 Prova ilícita: a distinção clássica e a reforma promovida pela Lei n. 11.690/2008 no Código de Processo Penal

Não há dúvidas que a ilicitude da prova figura como um dos temas centrais nos debates sobre a atividade probatória. Ao se discutir ilicitude probatória, as questões ultrapassam o mero juízo técnico processual de inadmissibilidade/admissibilidade de determinados elementos obtidas no curso da persecução criminal, avançam também em dimensões éticas dos procedimentos utilizados na descoberta da verdade.⁶⁹

Fala-se, na doutrina, da distinção clássica, proposta pelo italiano Pietro Nuvolone, entre provas ilícitas e provas ilegítimas. Para o jurista, a prova será considerada *ilícita* quando for obtida mediante a violação a normas cuja natureza seja de direito material. Ao passo que, para a prova ser considerada ilegítima, será necessário que haja ofensa a normas cuja natureza seja de direito processual.⁷⁰

Tal concepção foi tradicionalmente adotada por parte da doutrina brasileira com especial destaque para Pellegrini Grinover, Gomes Filho e Scarance Fernandes,⁷¹ apesar de que, após as alterações promovidas pela Lei n. 11.690/2008 no art. 157, do CPP⁷², alguns autores argumentam que essa distinção não se sustenta mais, na medida que a nova redação não faz diferenciação entre provas ilícitas e provas ilegítimas.

Aury Lopes, por exemplo, se filia a esta última linha de pensamento, afirmando que:

Para o legislador, não há distinção entre provas ilícitas e provas ilegítimas, na medida em que o art. 157 consagra as duas espécies sob um mesmo conceito, o de prova ilícita. Ao afirmar que são ilícitas as provas que violem normas

69 SILVA COLUCCI, Maria da Glória da.; CAFFARO SILVA, Maria Regina. Provas ilícitas no processo penal. Revista Informativa Legislativa, v. 25, n. 97, 1988, p. 238

70 NUVOLONE, Pietro. *Le prove vietate nel processo penale nei paesi di diritto latino*. Rivista di Diritto Processuale, Padova, n. 21 (II serie), 1996, p. 448

71 BADARÓ, Gustavo Henrique. *Ônus da prova no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 396.

72 Art. 157, *caput*, do CPP: são inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais.

constitucionais ou legais, coloca ambas – ilícitas e ilegítimas – na mesma categoria. Esse é o tratamento legal.⁷³

À luz da doutrina clássica, se faz a distinção, ainda, quanto ao momento e à consequência jurídica da violação: no caso das provas *ilegítimas*, a transgressão ocorre, em regra, na fase de *produção*, ou seja, ao longo do processo, sendo sancionada com a declaração de nulidade. Por outro lado, nas provas *ilícitas*, a violação ocorre, em regra, durante a *obtenção*, fora do processo e a consequência respectiva é sua *inadmissibilidade* (caso já tenham sido admitidas, devem ser *desentranhadas*).⁷⁴

Por fim, Magalhães Filho, de forma crítica, aponta que a nova redação do citado dispositivo não parece ter sido a melhor opção para a definição legal de prova ilícita. Veja-se:

Por isso, a opção do legislador nacional por uma definição legal de prova ilícita, longe de esclarecer o sentido da previsão constitucional, pode levar a equívocos e confusões, fazendo crer, por exemplo, que a violação de regras processuais implica ilicitude da prova e, em consequência, o seu desentranhamento do processo. O descumprimento da lei processual pode levar à *nulidade* do ato de formação da prova e impor a necessidade de sua renovação, nos termos do que determina o art. 573 *caput* do CPP. No caso da prova ilícita, diversamente, ordenamento *veda* absolutamente o seu ingresso no processo e conseqüente valoração pelo juiz.⁷⁵

Neste trabalho, adota-se a distinção classifica estruturada pelo jurista italiano Pietro Nuvolone, pois acredita-se que não se pode confundir ilicitude e nulidade, sendo institutos diferentes com características e consequências distintas. Para as provas ilegítimas, vigora o regime jurídico da teoria das nulidades. Logo, havendo ofensa à lei de caráter processual, será declarado a nulidade do ato e impondo-se a sua renovação, conforme o art. 573, *caput*, do CPP, para o devido saneamento do vício: “Os atos, cuja nulidade não tiver sido saneada, na forma dos artigos anteriores, serão renovados ou retificados”.⁷⁶

⁷³ LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. São Paulo: Editora Saraiva, 2023. E-book. ISBN 9786553626355. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553626355/>. Acesso em: 13 nov. 2023

⁷⁴ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *A inadmissibilidade das provas ilícitas no processo penal brasileiro*. São Paulo: RBCRIM n. 85, 2010, p. 399.

⁷⁵ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *A inadmissibilidade das provas ilícitas no processo penal brasileiro*. São Paulo: RBCRIM n. 85, 2010, p. 399.

⁷⁶ Nesse sentido: “3. A Constituição Federal considera inadmissível a prova obtida por meio ilícito e a consequência dessa inadmissão é aquela prevista no art. 157 do CPP. Embora a redação desse dispositivo, operada pela reforma de 2008, não haja distinguido a natureza da norma violada, tal não significou a superação da separação feita pela doutrina (amplamente aceita pela jurisprudência) de que provas contrárias à lei material ou a direitos do investigado ou réu, derivados da Constituição da República, pertencem ao gênero das provas

Lado outro, as provas ilícitas serão declaradas inadmissíveis, o que impede o seu ingresso no processo, tornando-se imprestáveis. E, caso introduzidas, deverão ser excluídas dos autos.

1.7.1 Restrições ao direito à prova

Inexiste direito fundamental de natureza absoluta no atual estágio do constitucionalismo brasileiro. O direito à vida, ainda que considerado um direito basilar do qual decorre o exercício dos demais direitos, sofre relativizações em determinados contextos. Segundo Alexandre de Moraes, essa relativização tem origem no princípio das convivências das liberdades públicas ou relatividade. Sobre isso, o autor afirma que:

Os direitos humanos fundamentais, dentre eles os direitos e garantias fundamentais e coletivos consagrados no art. 5º da Constituição Federal, não podem ser utilizados como um *verdadeiro escudo protetivo* da prática de atividade ilícitas, tampouco como argumento para afastamento ou diminuição da responsabilidade civil ou penal por atos criminosos, sob pena de total consagração ao desrespeito a um verdadeiro Estado de Direito. Os direitos e garantias fundamentais consagrados pela Constituição Federal, portanto, não são ilimitados, uma vez que encontram seus limites nos demais direitos igualmente consagrados pela Carta Magna (*Princípio da relatividade ou convivência das liberdades públicas*).⁷⁷

Sendo assim, o direito à prova, como qualquer outro direito fundamental, não é absoluto. A redação do art. 5º, inc. LVI, da CF/88⁷⁸, impõe hipótese de limite ao direito à prova, vedando a utilização de provas ilícitas em geral.

Em complemento, o art. 157, *caput*, do CPP reputa: “inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais”

Dessa forma, tanto Poder Público quanto os particulares encontram limites no exercício do direito à prova, não podendo utilizar métodos de obtenção de provas inidôneas

ilegais. 4. A prova ilícita, em sentido estrito, deve, então, ser associada, exclusivamente, às obtidas com violação de direitos fundamentais, materiais ou protetivos de liberdades públicas, e não àquelas obtidas com a vulneração de normas puramente processuais, ainda que estas possam ter algum subsídio constitucional. 5. Assim, as provas ilegais são ilegítimas quando infringirem normas de caráter procedimental ou de direito processual; e ilícitas quando violarem os princípios ou garantias constitucionais fundamentais ou as normas que versam sobre o direito material. E a consequência processual para a prova ilícita é a sua inadmissibilidade, a impedir o seu ingresso (ou exclusão) no processo, enquanto a prova ilegítima gera sua nulidade” (STJ, Rcl n. 36.734/SP, Rel. Min. Rogerio Schietti, 3ª Seção, j. 10/02/2021, p. 22/02/2021).

⁷⁷ MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 35 ed. São Paulo: Grupo GEN, 2019, p. 31.

⁷⁸ Art. 5º, inc. LVI, CF/88: são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos.

que violem os direitos fundamentais e as suas garantias, independente da gravidade dos fatos discutidos ou da repercussão social que envolve o caso.

Isso porque, em uma sociedade estruturada em princípios democráticos, o sistema jurídico e, em especial, o direito e o processo penal não devem se tornar mecanismo de vingança em que os fins justificam os meios adotados, em clara política maquiavélica visando a busca pela verdade a qualquer custo.⁷⁹

A validade de uma prova exige a conformidade com rigorosos princípios éticos e legais, que orientam tanto a atuação do magistrado quanto a conduta das partes.⁸⁰ São ainda filtros que se concretizam a partir da observância de regras preestabelecidas e procedimentos específicos. Não se tratam, portanto, de meras formalidades destituídas de objetividade ou exigências inúteis e desarrazoadas.⁸¹ Ao revés, representam instrumentos de garantia voltados à proteção dos indivíduos, a fim de assegurar, acima de tudo, a legalidade da prova ao longo da persecução criminal.⁸²

Segundo a doutrina de Magalhães Filho⁸³, as limitações ao direito à prova podem ser classificadas como extraprocessuais (políticas), ou como processuais (lógicas, epistemológicas). As primeiras se referem à proibição de introdução de provas obtidas mediante violações aos direitos fundamentais. Já as segundas dizem respeito às provas irrelevantes ou impertinentes para o processo.

⁷⁹ Tal posicionamento encontra-se amparado pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: “ A Constituição da República, em norma revestida de conteúdo vedatório (CF, art. 5º, LVI) desautoriza, por incompatível com os postulados que regem uma sociedade fundada em bases democráticas (CF, art. 1º), qualquer prova cuja obtenção, pelo Poder Público, derive de transgressão a cláusulas de ordem constitucional, repelindo, por isso mesmo, quaisquer elementos probatórios que resultem de violação do direito material (ou, até mesmo, do direito processual), não prevalecendo, em consequência, no ordenamento normativo brasileiro, em matéria de atividade probatória, a fórmula autoritária do “*male captum, bene retentum*””. (STF, HC n. 103.325, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, j. 03/04/2012)

⁸⁰ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 92.

⁸¹ “(...) os limites à atividade probatória surgem como decorrência do nível de evolução do processo penal que conduz à valoração da forma dos atos processuais enquanto “garantia” a ser respeitada” (LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. São Paulo: Editora Saraiva, 2023. E-book. ISBN 9786553626355. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553626355/>. Acesso em: 17 dez. 2023)

⁸² GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As nulidades no processo penal*. 11 ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 122.

⁸³ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 93.

A vedação das provas ilícitas apresenta ainda uma função pedagógica, na medida que os agentes estatais responsáveis pela produção probatória são desestimulados a adotar práticas ilegais no curso das investigações criminais.⁸⁴

1.7.2 Tratamento da inadmissibilidade das provas ilícitas (art. 5º, inc. LVI, da CF/88)

A respeito do tema, a Constituição Federal, no seu art. 5º, inc. LVI, preconiza que são “inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”.

De início, cabe destacar o cenário político à época da elaboração da Constituição da República, que foi concebida em contexto político no qual o país se recuperava de período autoritário (1964-1985) marcado pela sistemática violação aos direitos fundamentais. O abuso de poder se manifestava por meio de prisões injustificáveis, torturas, investigações arbitrárias, ofensas à privacidade, à intimidade e ao devido processo legal. Portanto, a Constituição de 1988 inaugurou um novo paradigma e, com isso, o legislador constituinte incorporou, expressamente, rol de direitos e garantias constitucionais indeclináveis a um Estado Democrático de Direito em resposta aos anos de arbitrariedade vividos pela sociedade brasileira. Insere-se, nesse conjunto, a proibição de provas adquiridas ilicitamente.⁸⁵

O debate sobre a admissão, ou não, pode ser visto à luz de dois sistemas:⁸⁶ o primeiro (*legalista*) está intrinsecamente ligado à busca da “verdade real”, viabilizando a utilização de métodos de investigação não convencionais que ofendem às normas jurídicas. Esse sistema vigorou, no ordenamento jurídico nacional, desde a vigência do Código de Processo Penal, em 01/01/1942, até meados da década de 70.⁸⁷

Em tais casos, em que pese a prova tenha sido colhida mediante o desrespeito às normas jurídicas, prevalecerá o interesse da Justiça Penal pela busca da verdade, de modo que

⁸⁴ “Mais que uma afirmação de propósitos éticos no trato das questões do Direito, as aludidas normas, constitucional e legal, cumprem uma função ainda mais relevante, particularmente no que diz respeito ao processo penal, a saber: a vedação das provas ilícitas atua como controle da regularidade da atividade estatal persecutória, inibindo e desestimulando a adoção de práticas probatórias ilegais por parte de quem é o grande responsável pela sua produção. Nesse sentido, cumpre função eminentemente *pedagógica*, ao mesmo tempo que tutela determinados valores reconhecidos pela ordem jurídica”. (PACELLI DE OLIVEIRA, Eugênio. *Curso de processo penal*. 12ª ed. Editora Lumen Juris. Rio de Janeiro. 2009, p. 332)

⁸⁵ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *A constituição e as provas ilicitamente adquiridas*. Rio de Janeiro: Revista de Direito do Ministério Público, n. 4, 1996, p. 102-103.

⁸⁶ GOMES, Luiz Flávio. *Prova ilícita: direito à exclusão dos autos do processo (exclusionary rule)*. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, v. 92, n. 809, 2003, p. 472.

⁸⁷ GOMES, Luiz Flávio. *Prova ilícita: direito à exclusão dos autos do processo (exclusionary rule)*. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, v. 92, n. 809, 2003, p. 472.

a ilicitude que as reveste não interferirá no seu valor como elemento útil para a formação do convencimento judicial.⁸⁸

Como consequência, pune-se, tão somente, o agente violador; admite-se, por outro lado, o ingresso, no processo, da prova obtida ilicitamente.⁸⁹ Concede-se grau máximo de confiabilidade aos agentes policiais e aos seus métodos de investigação, não se questionando os possíveis abusos de poder.⁹⁰ Daí se extrai o brocardo jurídico: *male captum bene retentum*, ou seja, mal colhido, mas bem conservado.

O sistema legalista se estrutura basicamente em três princípios: a) o do *livre convencimento*; b) o da *fé pública*, em que se presume que a prova produzida pelas autoridades públicas é válida, cabendo ao interessado invalidá-las; c) e o da *veracidade da prova* – a prova é analisada pela carga de convencimento que contém, não interessando forma de sua obtenção.⁹¹

O segundo sistema (*constitucionalista*), como oposição, reputa insustentável a admissão, no processo, de prova reconhecida como ilícita, na medida que o direito não pode favorecer comportamentos antijurídicos, tampouco permitir que aqueles que desrespeitaram o devido processo legal obtenham vantagens indevidas, resultando em prejuízo alheio. Diante de tal situação, o Poder Judiciário declarará a inadmissibilidade das provas adquiridas de maneira ilegal.⁹²

A evolução de um sistema para outro (da admissibilidade para a inadmissibilidade) tem como marco inicial a primeira decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, em 1977, no julgamento do RE n. 85.439/RJ (RTJ 84/609). Apesar de ser em processo de natureza civil, a Corte determinou a desentranhamento de fitas gravadas clandestinamente,

⁸⁸ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *A constituição e as provas ilicitamente adquiridas*. Rio de Janeiro: Revista de Direito do Ministério Público, n. 4, 1996, p. 103.

⁸⁹ “A conversa telefônica interceptada fica mantida como prova, processando-se o ofensor pela violação da lei adequada; a fotografia obtida mediante violação da intimidade vale como prova, punindo-se o violador; a gravação obtida sub-repticiamente permanece, embora se reconheça a má-fé do exibidor. Por um de seus insígnis seguidores, Fraco Cordero, foi criada a expressão: *male captum, bene retentum*. Isto é, mal colhida, porém bem produzida”. (ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. *Da prova no processo penal*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 47-48).

⁹⁰ GOMES, Luiz Flávio. *Prova ilícita: direito à exclusão dos autos do processo (exclusionary rule)*. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, v. 92, n. 809, 2003, p. 472-473.

⁹¹ CARVALHO, Ricardo Cintra Torres de, 1995, apud GOMES, Luiz Flávio, 2003.

⁹² BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *A constituição e as provas ilicitamente adquiridas*. Rio de Janeiro: Revista de Direito do Ministério Público, n. 4, 1996, p. 103.

referente à interceptação de conversa telefônica da mulher, feita pelo marido, para juntar em processo de separação judicial.⁹³ Eis o teor da ementa:

EMENTA: - Prova civil. Gravação magnética, feita clandestinamente pelo marido, de ligação telefônica da mulher. Inadmissibilidade de sua utilização em processo judicial, por não ser meio legal nem moralmente legítimo (art. 332 CPC). Recurso extraordinário conhecido e provido.

Na seara penal, a primeira decisão do STF ocorreu em 1986, no julgamento do RHC n. 63.834/SP (RTJ 122/47), momento em que houve o reconhecimento da inadmissibilidade da prova ilícita e, conseqüentemente, o trancamento do inquérito policial fundado em interceptação telefônica feita por particulares.⁹⁴ A partir daí, a jurisprudência foi se alinhando no sentido de declarar a proibição das provas obtidas ilicitamente. Segue o teor da ementa:

EMENTA: - HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. PROVA ILÍCITA. CONSTITUCIONAL. GARANTIAS DOS §§ 9º E 15 DO ART. 153 DA LEI MAIOR. (INOBSERVÂNCIA). TRANCAMENTO DO INQUÉRITO POLICIAL. 1 – Os meios de prova ilícitos não podem servir de sustentação ao inquérito ou à ação penal. 2 – As provas produzidas no inquérito ora em exame – gravações clandestinas – além de afrontarem o princípio da inviolabilidade do sigilo das comunicações (§9º, art. 153, CF) cerceiam a defesa e inibem o contraditório, em ofensa, igualmente, à garantia do §15, art. 153, da Lei Magna. 3 – Inexistência, nos autos, de outros elementos que, por si só, justifiquem a continuidade da investigação criminal. 4 – Trancamento do inquérito, o qual poderá ser renovado, fundando-se em novos indícios, na linha de previsão do estatuto processual penal. 5 – Voto vencido que concedia a ordem em menor extensão. RHC provido para determinar o trancamento do inquérito policial.

Pouco tempo depois, a Constituição brasileira, em 1988, estabeleceu, de forma expressa, a inadmissibilidade das provas adquiridas por meios ilícitos. Trata-se de exame prévio feito pelo julgador com o objetivo de impedir o ingresso, no processo, das provas tidas como ilícitas, de sorte que estas perdem o *status* de prova e passam a ser consideradas atos inexistentes incapazes de produzir quaisquer efeitos jurídicos válidos. Trata-se de *não ato*, de *não prova*, que as remetem à categoria da inexistência jurídica.⁹⁵

⁹³ GRINOVER, Ada Pellegrini, GOMES FILHO, Antonio Magalhães, SCARENCE, Antonio Fernandes. *As nulidades no processo penal*. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 139.

⁹⁴ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023, p. 397.

⁹⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini, GOMES FILHO, Antonio Magalhães, SCARENCE, Antonio Fernandes. *As nulidades no processo penal*. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 143.

Nesse sentido, Magalhães Filho assinala que:

*A inadmissibilidade da prova constitui, portanto, um conceito de direito processual e consiste numa valoração prévia feita pelo legislador, destinada a evitar que elementos provenientes de fontes espúrias, ou meios de provas reputados inidôneos, tenham ingresso no processo e sejam considerados pelo juiz na reconstrução dos fatos: daí a sua habitual formulação em termos negativos: inadmissibilidade, proibição de prova, “exclusionary rules”.*⁹⁶

1.7.3 A prova ilícita e a sua exclusão dos autos: a regra de exclusão (exclusionary rule)

Como visto, a ordem jurídica-constitucional vigente proíbe as provas obtidas em desrespeitos ao direito e às garantias constitucionais, sendo declaradas inadmissíveis, para não serem introduzidas nos processos. Por seu turno, a regra de exclusão (*exclusionary rule*) tem incidência nas hipóteses de tais provas terem sido juntadas ao processo. Nesse caso, as provas viciadas deverão ser obrigatoriamente desentranhadas dos autos, por força do direito de exclusão.⁹⁷

1.7.4 Origem da regra de exclusão: caso *Weeks v. United States* (EUA, 1914)

A regra de exclusão (*exclusionary rule*) tem origem na jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos, no caso *Boyd v. United States*,⁹⁸ em 1886, mas foi no julgamento do paradigmático caso *Weeks v. United States*,⁹⁹ em 1914, que a aludida regra ganhou contornos expressivos.¹⁰⁰ Na ocasião, a Corte concluiu que as provas obtidas em violação ao que estabelecido pela IV Emenda da Constituição Norte-Americana não poderiam ser utilizadas em contexto de processos criminais.¹⁰¹

O caso em questão tratava da invasão policial à residência de Fremont Weeks, com a realização de buscas não autorizadas em vários locais, resultando na obtenção de provas posteriormente utilizadas para condená-lo por enviar bilhetes de loteria pelo correio. Na

⁹⁶ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p.95.

⁹⁷ GOMES, Luiz Flávio. *Prova ilícita: direito à exclusão dos autos do processo (exclusionary rule)*. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, v. 92, n. 809, 2003, p. 472-473

⁹⁸ U.S. Supreme Court, *Boyd v. United States*, 116 U.S. 616 (1886). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/116/616/> Acesso em: 03/01/2024.

⁹⁹ U. S. Supreme Court, *Weeks v. United States*, 232. U.S 383 (1914). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/232/383/> Acesso em: 03/01/2024.

¹⁰⁰ REBOUÇAS, Sérgio. *Curso de direito processual penal*. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 543-544

¹⁰¹ ÁVILA, Thiago André Pierobom de. *Provas ilícitas e proporcionalidade: uma análise da colisão entre os princípios da proteção penal eficiente e da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos*. Dissertação (Mestrado em Direito): Universidade de Brasília, Brasília, 2006, p. 140.

situação, alegou-se a violação do direito à inviolabilidade de documentos privados, garantido pela IV Emenda da Constituição dos Estados Unidos da América.¹⁰²

O dispositivo constitucional tem escopo de defesa voltado à segurança dos cidadãos contra as arbitrariedades praticadas pelas autoridades no momento das detenções, buscas e apreensões. Extraí-se do seu teor:

O direito das pessoas de estarem seguras em suas pessoas, casas, documentos e demais pertences em face de buscas e apreensões desarrazoadas não pode ser violado, e nenhum mandado o pode infringir, salvo quando calcado em causa provável, fundamentado por juramento, e descritos particularmente o local a ser revistado e as pessoas ou coisas a serem apreendidas (tradução livre).¹⁰³

O Tribunal salientou que não seria adequado atribuir legalidade às provas obtidas por meio de busca e apreensão que violassem a IV Emenda, sob o risco de enfraquecer a sua eficácia normativa. Além disso, destacou que os esforços das investigações não devem ser auxiliados pelo sacrifício dos direitos fundamentais assegurados pela Constituição.¹⁰⁴

Contudo, o citado entendimento, em um primeiro momento, tinha sua aplicabilidade restrita aos casos submetidos à jurisdição federal, pois a tese alcançaria tão somente a relação entre instituições federais e cidadãos. Isso ficou evidenciado no julgamento do caso *Wolf v. Colorado*, em 1949, momento em que o Colegiado firmou que cada Estado da federação detém autonomia e discricionariedade para determinar as consequências da ofensa à cláusula do devido processo legal, logo não cabe a *exclusionary rule* aos casos situados em nível de jurisdição estadual.¹⁰⁵

Em 1961, ocorreu a superação de tal entendimento por via do julgamento do caso *Mapp v. Ohio*, a Corte ampliou os efeitos da regra de exclusão para a jurisdição estadual. Em outras palavras, é imperativa a exclusão das provas ilícitas no processo (*exclusionary rule*)

¹⁰² ÁVILA, Thiago André Pierobom de. *Provas ilícitas e proporcionalidade: uma análise da colisão entre os princípios da proteção penal eficiente e da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos*. Dissertação (Mestrado em Direito): Universidade de Brasília, Brasília, 2006, p. 140.

¹⁰³ WANDERLEY, Gisela Aguiar. *A quarta emenda e o controle judicial da atividade policial: busca e apreensão e stop and frisk na jurisprudência da Suprema Corte Estadunidense*. Santa Catarina: Revista de Direito Brasileira v. 24, n. 9, 2019, p. 344.

¹⁰⁴ U. S. Supreme Court, *Weeks v. United States*, 232. U.S 383 (1914). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/232/383/> Acesso em: 03/01/2024.

¹⁰⁵ WANDERLEY, Gisela Aguiar. *A quarta emenda e o controle judicial da atividade policial: busca e apreensão e stop and frisk na jurisprudência da Suprema Corte Estadunidense*. Santa Catarina: Revista de Direito Brasileira v. 24, n. 9, 2019, p. 347.

obtidas em violação à IV Emenda, de modo que a sua aplicabilidade se estende aos tribunais federais e estaduais.¹⁰⁶

Assim, o precedente desenvolvido, a partir do caso *Weeks v. United States*, tem conteúdo direcionado, sobretudo, para as autoridades policiais responsáveis pela atividade típicas de investigação e repressão.

1.8 Provas ilícitas por derivação e a teoria dos frutos da árvore envenenada (*fruits of the poisonous tree*): Caso *Nardone v. United States* (EUA, 1939) e a ordem jurídica brasileira

As denominadas provas ilícitas por derivação têm origem também na jurisprudência norte-americana. A extensão do reconhecimento de ilicitude se refere àquelas provas que são lícitas em si mesmo, mas foram produzidas a partir de uma origem ilícita.¹⁰⁷

Em outras palavras, as provas, embora formalmente lícitas, são declaradas ilícitas, tendo em vista que derivam, direta ou indiretamente, de outras provas oriundas de práticas ilícitas. Com isso, as provas derivadas estão igualmente contaminadas pelo vício da ilicitude devido ao nexo de causalidade existente entre uma e outra. E, portanto, são também inadmissíveis no processo.¹⁰⁸

Os efeitos da repercussão da ilicitude podem ser verificados, a título de exemplo, nas hipóteses em que os suspeitos confessam, mediante tortura, a autoria de crime de homicídio, e, a partir, unicamente, da confissão (prova ilícita originária), chega-se à localização e apreensão do cadáver (prova ilícita por derivação).¹⁰⁹ Nota-se que existe uma inequívoca relação de causalidade entre prova ilícita originária e a prova ilícita por derivação, de modo que a confissão é fator *sine qua non* para localizar e apreender o cadáver.

Sendo assim, todas as provas decorrentes ou resultantes da utilização de elementos ou informações contidos em material probatório adquirido com ofensa aos direitos fundamentais e suas garantias, devem ser, por repercussão, declaradas igualmente inadmissíveis.

¹⁰⁶ WANDERLEY, Gisela Aguiar. *A quarta emenda e o controle judicial da atividade policial: busca e apreensão e stop and frisk na jurisprudência da Suprema Corte Estadunidense*. Santa Catarina: Revista de Direito Brasileira v. 24, n. 9, 2019, p. 347.

¹⁰⁷ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *A inadmissibilidade das provas ilícitas no processo penal brasileiro*. São Paulo. RBCCRIM. n. 85, 2010, p. 401.

¹⁰⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini, GOMES FILHO, Antonio Magalhães, SCARENCE, Antonio Fernandes. *As nulidades no processo penal*. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 137.

¹⁰⁹ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023, p. 402.

A prova ilícita por derivação, como já dito, é originária da jurisprudência norte-americana, especificamente, no julgamento do caso *Silverthorne Lumber v. United States*, em 1920.¹¹⁰ Contudo, a expressão “Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada” (*Frutis Of The Poisonous Tree*) foi batizada, pela primeira vez, pelo juiz Felix Frankfurter, no julgamento do caso *Nardone v. United States, de 1939*.¹¹¹

O nome “Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada” é sugestivo e alude à árvore doente que produz frutos também doentes. É possível curiosamente encontrar semelhante analogia em termos bíblicos no versículo de Mateus 7:17: “assim, toda árvore boa produz bons frutos, porém a árvore má produz frutos maus”.

A referida teoria, precipuamente, visa dissuadir a atividade policial ilegal, ou seja, controlar métodos de investigação da polícia norte-americana, marcada por uma estrutura descentralizada, em vários pequenos departamentos autônomos, com áreas de atuação limitadas.¹¹²

No Brasil, a doutrina de Pellegrini Grinover, Gomes Filho e Scarance Fernandes defende que, no atual sistema constitucional, as provas ilícitas por derivação são inadmissíveis. Veja-se:

Na posição mais sensível às garantias da pessoa humana, e conseqüentemente mais intransigente com os princípios e normas constitucionais, a ilicitude da obtenção da prova transmite-se às provas derivadas, que são igualmente banidas do processo.¹¹³

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, inicialmente, no julgamento da AP n. 307/DF, em 1994, afastou a aplicação da teoria dos frutos da árvore envenenada.¹¹⁴ No voto condutor, o Min. Moreira Alves, por meio de interpretação literal, sustentou que “o texto constitucional se restringe às provas ilícitas em si mesmas, não dando margem à figura retórica dos frutos da árvore venenosa”. Para Sua Excelência, a redação do art. 5^a, inc. LVI, da CF/88, trouxe hipótese única de inadmissibilidade no processo: a prova ilícita originária.

¹¹⁰ U. S. Supreme Court, *Silverthorne Lumber Co., v. United States*, 251, U.S. 385 (1920). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/251/385/> Acesso em: 04/01/2024.

¹¹¹ MORO, Sérgio Fernando; MOSER, Manoela Pereira. *Provas ilícitas no processo penal e a teoria dos frutos da árvore envenenada*. Economic Analysis of Law Review, Brasília, v. 10, n. 1, 2019, p. 288.

¹¹² ÁVILA, Thiago André Pierobom de. *Provas ilícitas e proporcionalidade: uma análise da colisão entre os princípios da proteção penal eficiente e da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos*. Dissertação (Mestrado em Direito): Universidade de Brasília, Brasília, 2006, p. 156.

¹¹³ GRINOVER, Ada Pellegrini, GOMES FILHO, Antonio Magalhães, SCARENCE, Antonio Fernandes. *As nulidades no processo penal*. 7^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 137.

¹¹⁴ STF, AP n. 307/DF, Rel. Min. Ilmar Galvão, Segunda Turma, j. 13/12/1994, p. 13/10/1995.

Não estendendo tal inadmissibilidade àquelas que dela derivar, que, por sua vez, devem ser encaradas como pistas obtidas ilicitamente.

A temática voltou a ser alvo de discussão na Corte, em 1996, no julgamento do HC n. 73.351/SP.¹¹⁵ A controvérsia jurídica, inicialmente, foi submetida à Primeira Turma que decidiu afetar o julgamento ao Tribunal Pleno, ocasião em que o Colegiado se posicionou favorável à adoção da teoria do fruto 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.¹¹⁶

Apenas em 2008, com a reforma do Código de Processo Penal, promovida pela Lei. n. 11.690/2008, o legislador inseriu expressamente a teoria dos frutos da árvore envenenada no título VII relativo à prova. Assim, foi positivado na legislação processual penal o que a jurisprudência e doutrina defendiam há anos. Conforme a primeira parte art. 157, §1º, do CPP: “são também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas (...)”.

Portanto, não há dúvida de que as consequências aplicáveis à prova ilícita originária se estendem à prova derivada, qual seja, a inadmissibilidade e a exclusão dos autos. Outrossim, a finalidade também é no sentido de desestimular a atuação ilícita no momento da obtenção das provas.

CAPÍTULO 2 – EXCEÇÃO À PROVA ILÍCITA POR DERIVAÇÃO

2.1 Limitações à regra da inadmissibilidade das provas derivadas das ilícitas

Conforme visto, a Suprema Corte dos Estados Unidos deu início à construção jurisprudencial da regra de exclusão (*Weeks v. United States, 1914*) e da teoria dos frutos da árvore envenenada (*Nardone v. United States, 1939*). Entretanto, a própria Corte posteriormente desenvolveu critérios excepcionais, a fim de relativizar a inadmissibilidade

¹¹⁵ LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal: volume único*, 8ª ed. ver., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 691.

¹¹⁶ STF, HC n. 73.351/SP, Rel. Min. Ilmar Galvão, Tribunal Pleno, j. 09/05/1996, p. 13/03/1999.

das provas derivadas das ilícitas. Ou seja, a teoria dos frutos da árvore envenenada não tem natureza absoluta.

Essas exceções são identificadas como: 1 – teoria da fonte independente (*independent source doctrine*); 2 – teoria do nexo causal atenuado (*attenuated connection doctrine*); 3 – exceção da descoberta inevitável (*inevitable discovery exception*) e 4 – exceção da boa-fé (*good faith exception*).

2.2 Exceção da descoberta inevitável (*inevitable discovery exception*): Caso Nix v. Williams (EUA, 1984). E a ordem jurídica brasileira.

A descoberta inevitável, também chamada de fonte hipotética independente, é a concepção que relativiza à inadmissibilidade da prova derivada da ilícita com base no argumento de que tal prova seria encontrada de qualquer forma em dado momento. Com isso, a prova tem efetiva relação de causalidade (ou de dependência) com a fonte ilícita, mas as circunstâncias do caso concreto permitem considerar, de forma hipotética, que a mesma prova seria inevitavelmente obtida mais cedo ou mais tarde por meios lícitos, mesmo que excluída a fonte ilícita.¹¹⁷

O *leading case* que reconheceu e aplicou a *inevitable discovery exception* foi o *Nix v. Williams*, em 1984. O caso em questão envolvia um investigado acusado de ter matado uma criança e ocultado o cadáver, o que motivou o início de localização dos corpos pelas autoridades locais e por 200 voluntários. Ao mesmo tempo do desenrolar das buscas, a polícia obteve ilegalmente a confissão do investigado, que indiciou a localização do cadáver da vítima.¹¹⁸

Nada obstante a confissão ter sido considerada ilícita (prova ilícita originária), a Suprema Corte norte-americana entendeu que a descoberta do corpo (prova derivada) seria inevitável, pois, com base nas circunstâncias concretas do caso – 200 voluntários que iniciaram as buscas pelo cadáver em perímetro delimitado em plano prévio –, era possível fazer um raciocínio hipotético real de que, em questão de tempo, o cadáver seria encontrado.

¹¹⁷ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *A inadmissibilidade das provas ilícitas no processo penal brasileiro*. São Paulo: RBCRIM n. 85, 2010, p. 405.

¹¹⁸ ÁVILA, Thiago André Pierobom de. *Provas ilícitas e proporcionalidade: uma análise da colisão entre os princípios da proteção penal eficiente e da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos*. Dissertação (Mestrado em Direito): Universidade de Brasília, Brasília, 2006, p. 158

Veja que, para sustentar a teoria, é imprescindível realizar um juízo hipotético, a partir de dados e elementos concretos, no sentido de que a prova derivada seria inevitavelmente produzida, ainda que excluída a prova ilícita originária.¹¹⁹ Nessa linha, a doutrina¹²⁰ e a jurisprudência¹²¹ defendem ser insustentável alegar a mera possibilidade da descoberta da prova deriva a partir critérios especulativos e abstratos que não correspondem a uma hipótese real de que a prova seria alcançada uma hora ou outra.

Nessa lógica, Nereu Giacomolli adverte que:

(...) não é qualquer curso causal hipotético que é admissível, mas o que tem alta probabilidade de ocorrer, em razão de circunstâncias fáticas demonstradas concretamente, pois uma vez aceita a descoberta inevitável, a prova será admitida. Então, há de exigir-se um grau considerável de probabilidade da descoberta (inevitável) e que o curso causal saia da mera abstração e seja demonstrado no plano da realidade fática (concreta e casuística) dos autos.¹²²

Na ordem jurídica brasileira, a doutrina majoritária entende que a exceção da descoberta inevitável foi inserida no art. 157, §2º, do CPP, a partir das alterações promovidas pela Lei n. 11.609/2008. Infelizmente, a técnica legislativa, na redação do dispositivo, foi imprecisa e imprópria, de modo que o legislador atribuiu o conceito da descoberta inevitável à fonte independente.

O referido dispositivo aduz que: “Considera-se fonte independente aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova”.

De fato, nota-se que a definição apresentada não está relacionada à teoria da fonte independente, mas sim à teoria da descoberta inevitável.¹²³ Não há dúvidas do equívoco.

¹¹⁹ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *A inadmissibilidade das provas ilícitas no processo penal brasileiro*. São Paulo: RBCRIM n. 85, 2010, p. 405.

¹²⁰ “A aplicação dessa teoria não pode ocorrer com base em dados meramente especulativos, sendo indispensável a existência de dados concretos a confirmar que a descoberta seria inevitável. Somente com base em fatos históricos demonstrados capazes de pronta verificação será possível dizer que a descoberta seria inevitável. Em outras palavras, não basta um juízo do possível. É necessário um juízo do provável, baseado em elementos concretos de prova”. (LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal: volume único*, 8ª ed. ver., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 693)

¹²¹ STJ, HC n. 695.895, Rel. Min. Rogério Schietti, Sexta Turma, j. 08/11/2022, p. 16/11/2022.

¹²² GIACOMOLLI, Nereu José. *Reformas (?) do processo penal: considerações críticas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 47.

¹²³ “É verdade que o legislador não se refere de maneira expressa à teoria da descoberta inevitável. Porém, como dito acima, seu conteúdo pode ser extraído do art. 157, § 2º, do CPP (...). Parece ter havido uma confusão por parte do legislador ao se referir à fonte independente, pois o conceito por ele trazido é o da limitação da

Magalhães Filho reforça que “parece ter havido aqui uma confusão do legislador entre as exceções da *fonte independente* e da descoberta inevitável consagradas pela jurisprudência norte-americana”.¹²⁴

Cumprido frisar que esta é uma exceção à regra que se desvia da norma constitucional que preconiza a inadmissibilidade das provas ilícitas (art. 5^a, inc. LVI, da CF). A sua aplicação acontece apenas em situações extraordinárias e, por isso, a teoria deve ser interpretada de forma restrita. Na atual ordem jurídica-constitucional, não se pode admitir que proposições especulativas tenham força suficiente para relativizar direitos fundamentais, especialmente, a presunção de inocência, norma fundamental que marca a evolução constitucional brasileira.

No STJ, a Sexta Turma, no julgamento do HC n. 52.995/AL, de relatoria do Ministro Og Fernandes, adotou, de forma pioneira, a teoria da descoberta inevitável.¹²⁵

2.2.1 Descoberta inevitável vs. fonte independente: distinção imprescindível

É certo que a teoria da descoberta inevitável se distingue da teoria fonte independente, em pese a mencionada confusão promovida pelo legislador brasileiro. Mostra-se necessário, portanto, evidenciar brevemente essa distinção, a fim de esclarecê-la.

De início, cumpre observar que a teoria da fonte independente (*independent source doctrine*) tem origem também no direito norte-americano por via do julgamento emblemático do caso *Bynum v. United States*, em 1960. Na hipótese, Bynum foi preso de forma ilegal e, posteriormente, submetido à identificação dactiloscópica, de modo que, por esse meio, ficou comprovado a sua ligação com o roubo.¹²⁶

Diante disso, a Corte determinou, inicialmente, a exclusão das impressões digitais, na medida que derivavam da prisão ilegal. Entretanto, no segundo julgamento, a acusação apresentou um conjunto de impressões digitais do acusado que se encontravam guardadas nos arquivos do FBI e colhidas anteriormente à empreitada criminosa. A ausência de nexo de

descoberta inevitável”. (LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*, 3^a ed. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 617)

¹²⁴ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *A inadmissibilidade das provas ilícitas no processo penal brasileiro*. São Paulo: RBCRIM n. 85, 2010, p.

¹²⁵ Para mais detalhes, consulte o item 3.3.1

¹²⁶ LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal: volume único*, 8^a ed. ver., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 692.

causalidade entre as impressões antigas e a prisão ilegal (fonte ilícita originária) tornou possível a admissão da primeira, sendo classificada de fonte independente.¹²⁷

Assim, a fonte lícita (impressões digitais preexistentes) não guarda qualquer relação de dependência fonte ilícita (prisão ilegal), de modo que, se esta for excluída do processo, aquela continuará existindo, sem nenhum vínculo causal e, portanto, considerada válida.

Veja que, na teoria da fonte independente, existem efetivamente duas fontes provas: 1) a ilícita e 2) a lícita, se analisará com qual das fontes a prova derivada tem, ou não, uma relação de causalidade. De certo modo, parece um raciocínio óbvio lógica não se enquadrando propriamente como uma exceção. Ora, se uma prova não tem nexos de causalidade com a fonte ilícita, então ela é independente. Se ela é independente, então é lícita.¹²⁸

Nesse sentido, Magalhães Filho explica que “a rigor, no primeiro caso (fonte independente) nem mesmo seria correto falar em exceção à regra de contaminação das provas derivada, pois na verdade o que se exclui é a própria relação de causalidade”.¹²⁹

Diferentemente, na teoria da descoberta inevitável, a prova é originária de uma fonte ilícita, ou seja, há evidente nexos de causalidade, porém, com base nas circunstâncias fáticas é possível, a partir de um juízo hipotético, acreditar que a prova seria inevitavelmente produzida, ainda que excluída a fonte ilícita.

CAPÍTULO 3 – A ADOÇÃO DA DESCOBERTA INEVITÁVEL SEGUNDO O SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA: PESQUISA EMPÍRICA E DADOS ESTATÍSTICOS

3.1 Colocação do problema e metodologia de pesquisa

Delineadas as premissas fundamentais concernentes à teoria da descoberta inevitável desde a sua origem no direito norte-americano até a previsão legal no direito processual penal brasileiro, será apresentado, neste tópico, a problemática do presente trabalho e a metodologia de pesquisa utilizada.

¹²⁷ LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal: volume único*, 8ª ed. ver., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 692.

¹²⁸ LOPES JR., Aury, *Direito processual penal*. São Paulo: Editora Saraiva, 2023. E-book. ISBN 9786553626355. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553626355/>. Acesso em: 13 jan. 2024.

¹²⁹ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *A inadmissibilidade das provas ilícitas no processo penal brasileiro*. São Paulo: RBCRIM n. 85, 2010, p. 406.

Conforme apresentado, a descoberta inevitável consiste em hipótese de exceção à teoria dos frutos da árvore envenenada. Segundo a doutrina e a jurisprudência, para a sua adoção, é necessária a realização de um juízo hipotético a partir de dados concretos e objetivos do caso.¹³⁰ Sendo assim, os elementos adquiridos por meios ilegais podem ser admitidos no processo, contanto que evidencie que seriam produzidos de qualquer forma por uma fonte lícita.

Os motivos que justificam a investigação em torno da temática são relevantes tanto do ponto de vista jurídico quanto social. A ausência de balizas legais objetivas e o alto grau de subjetivismo inerente à teoria se mostram preocupantes, na medida que o debate sobre a inevitabilidade da descoberta da prova derivada, independentemente da fonte ilícita originária, pode levar a interpretações equivocadas. Se aplicada de modo inadequado, a teoria pode se transformar em um instrumento perigoso de exercício arbitrário, validando provas declaradas ilícitas e contornando direitos fundamentais. Além disso, pode incentivar práticas abusivas por parte das autoridades.

Outra preocupação significativa reside no impacto sobre a integridade e credibilidade do sistema de justiça diante da sociedade, pois admitir, como prova legítima, elementos ou informações obtidas em desacordo com a lei contraria os anseios de justiça de uma sociedade estruturada nos princípios do Estado Democrático de Direito.

Motivos pelos quais se faz necessário uma pesquisa empírica no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, para analisar especificamente os fundamentos dos acórdãos proferidos pelos órgãos colegiados criminais (5ª e 6ª Turma; e 3ª Seção). O propósito é entender quais foram os elementos ou informações que permitiram os colegiados a concluir pela inevitabilidade da descoberta da prova derivada, bem como identificar a existência de divergências internas quanto à compreensão dessa inevitabilidade.

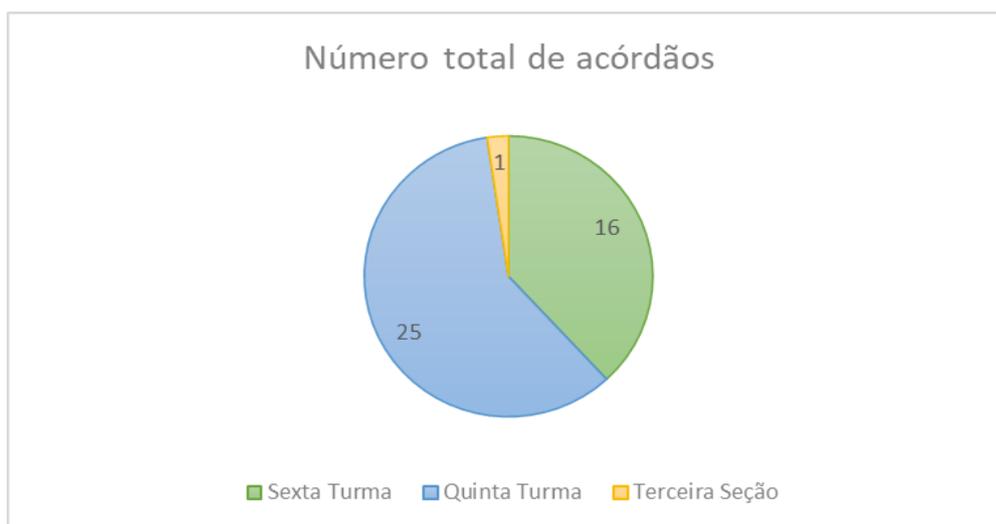
Para isso, adotou-se como recorte temporal as decisões publicadas entre 11 de agosto de 2008 e 1ª de março de 2024. A data inicial se justifica por marcar o início do vigor da Lei n. 11.690/2008, que reformou o CPP e introduziu, no art. 157, §2º, a previsão legal à teoria da descoberta inevitável. Já a data final se justifica por corresponder à publicação do último acórdão adotando os parâmetros estabelecidos nesta pesquisa.

¹³⁰ Para análise mais detalhada, consulte o item 2.2.

O recorte institucional, por sua vez, justifica-se, pois a 5ª e 6ª Turma e a 3ª Seção, são os órgãos internos do STJ responsáveis pela uniformização da interpretação da lei federal em matéria penal, cuja missão principal é preservar a unidade e conferir a interpretação adequada do direito federal ordinário. A pesquisa utiliza a base de dados de jurisprudência disponível no *site* oficial do STJ.¹³¹ A seguir, são apresentados dados gerais relacionados aos números de acórdãos analisados, à distribuição por turma, à divisão por classe processual e por ministro relator.

Utilizou-se, como critério de pesquisa, a palavra-chave “teoria da descoberta inevitável”, o que resultou no total de 42 acórdãos, sendo 25 da 5ª Turma, 16 da 6ª Turma e 1 da 3ª Seção.

Gráfico 1 - número total de acórdãos distribuídos

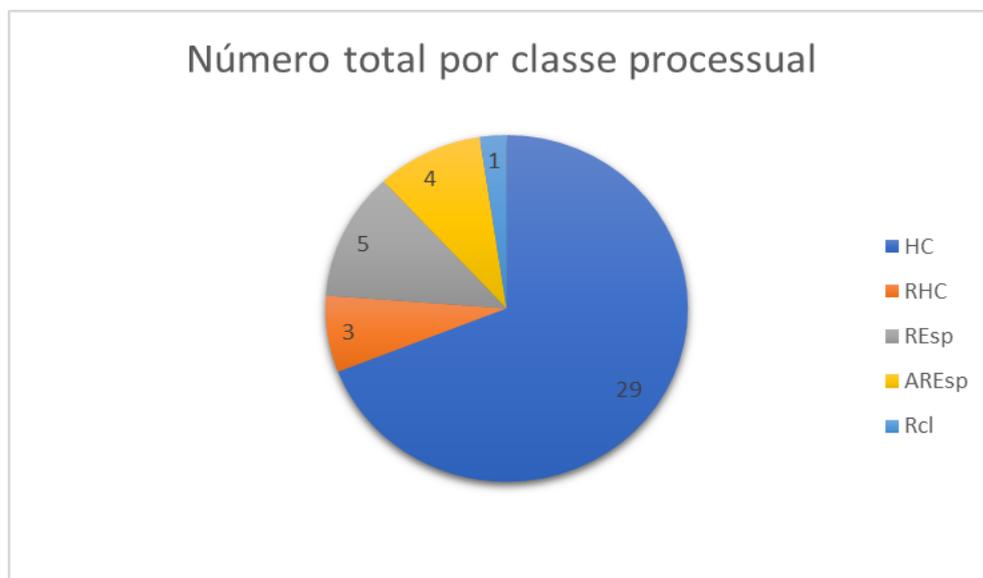


Fonte: gráfico de autoria própria.

Dos 42 acórdãos, 29 correspondem à classe processual *habeas corpus*; 3 (três) à classe recurso em *habeas corpus*; 5 à classe recurso especial; 4 à classe agravo em recurso especial e 1 à classe reclamação.

¹³¹ Acesso em: <https://processo.stj.jus.br/SCON/>

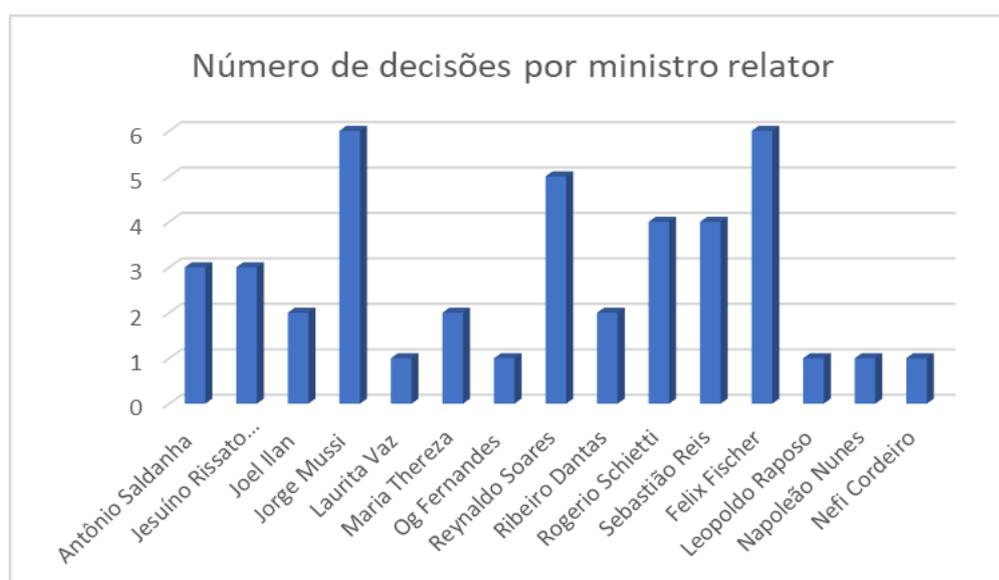
Gráfico 2 - número total de acórdãos por classe processual



Fonte: gráfico de autoria própria

Extrai-se, ainda, a quantidade de processos distribuídos para cada ministro relator, que pode ser representada pelo seguinte gráfico:

Gráfico 3 - número de decisões por ministro relator



Fonte: gráfico de autoria própria.

Cumprе enfatizar que não entra no escopo da pesquisa os acórdãos em que o relator afirma que a análise da teoria da descoberta inevitável demandaria o reexame de fatos e provas, limitando-se a se reportar aos fundamentos da decisão proferida pela instância antecedente.

Após a coleta dos dados, iniciou-se a análise dos fundamentos jurídicos e fáticos de cada acórdão para sustentar a adoção da teoria da descoberta inevitável. Para fins organizacionais, a análise foi dividida em 3 grupos principais: decisões emanadas da 5ª Turma, da 6ª Turma e da 3ª Seção.

3.2 Acórdãos proferidos pela 5ª Turma do STJ: análise qualitativa

Após a leitura do inteiro teor de cada acórdão (25), constatou-se que apenas em 6 houve um debate efetivo sobre a aplicabilidade da teoria da descoberta inevitável. Nos outros 19, o tema central foi diverso, abrangendo questões como a aplicação da teoria da fonte independente, óbices processuais que impedem a discussão de mérito e a declaração de ilicitude pelo colegiado, delegando ao magistrado de primeiro grau a competência para examinar a possível aplicação das teorias da descoberta inevitável ou da fonte independente.

Do total de 6 acórdãos, a teoria da descoberta inevitável foi aplicada em 4 casos – ou seja, a prova deriva foi considerada lícita, ainda que reconhecido o nexo de causalidade com a ilícita –, sendo que em 1 deles (HC 638.935), consideramos a adoção adequada. Contudo, nos outros 3 casos (HC 359.549; HC 521.228 e REsp 1.771.698 AgR) discordamos da aplicação devido à ausência de fundamentação suficiente para assegurar a teoria, na medida que não foi exposto elementos ou informações concretas, de modo a concluir pela inevitabilidade da prova, tão somente fala-se genericamente “curso normal das investigações”.

Por outro lado, a Turma afastou a teoria em 2 casos (REsp 1.630.097 e HC 783.183) que concordamos, visto que não foi evidenciado a existência da inevitabilidade de forma concreta.

Verifica-se também que, em 4 casos, a fonte originária questionada decorreu do acesso ao telefone celular sem autorização judicial por parte da polícia (REsp 1.630.097 AgR; HC 359.549; HC 521.228; HC 638.935). Em 1 caso, a origem decorreu de violação de sigilo bancário e telemático sem autorização judicial (REsp 1.771.698 AgR) e, em outro caso, resultou de uma invasão de domicílio sem autorização judicial (HC 783.183).

É importante ressaltar que em nenhum dos julgados ocorreu a divergência de algum membro da turma sobre a inevitabilidade.

3.2.1 AgR no REsp n. 1.630.097/RJ, 5ª Turma, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, j. 18/04/2017, p. 28/04/2017

Trata-se de recurso especial interposto pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro contra acórdão do Tribunal de Justiça que deu provimento à apelação defensiva para absolver o recorrente do crime de tráfico de drogas (art. 33, da Lei n. 11.343/06) com fundamento na ilegalidade da prova colhida durante a abordagem policial.

Assim, requer o afastamento da ilicitude da prova, pois “em nada se assemelharia à quebra de sigilo telefônico, mas em evidente encontro fortuito de prova”.

No caso, o recorrente foi abordado pela polícia e, durante a diligência, foi forçado a atender, no modo viva-voz, a ligação telefônica de sua mãe que, por sua vez, relatou a existência de “material guardado na casa”. Daí os policiais o levaram até sua residência, para que fosse apreendido as drogas.

O Ministério Público, nas razões do REsp, alegou que:

(...) não há qualquer ilicitude na conduta de policiais militares que, durante revista pessoal, terminam por ouvir conversação telefônica travada pelo investigado, na qual se inferia que este guardava em sua residência droga destinada ao comércio ilícito. A situação abordada pelo v. Acórdão, **evidente encontro fortuito de prova**, em nada se assemelha à quebra ilegal de sigilo telefônico. Com efeito, se trata de abordagem policial de rotina, em virtude de atitude suspeita, e não de investigação em curso sobre a prática de determinada atividade ilícita. Ademais, não é possível presumir a ilegalidade na atuação policial simplesmente porque assim o quer o julgador, tecendo-se ilações sobre o motivo pelo qual teria o recorrido permitido que o policial ouvisse a conversa no sistema 'viva-voz'. Em situações em tudo semelhantes com a aqui em análise esse C. Superior Tribunal de Justiça, por meio de decisões monocráticas da lavra dos Eminentes Ministros Og Fernandez e Marco Aurélio Bellizze, já teve oportunidade de referendar a licitude da atuação policial. (grifo nosso).

No voto condutor, o Relator assentou que:

No caso presente, o Tribunal de origem considerou que, embora nada de ilícito houvesse sido encontrado em poder do acusado, a prova da traficância foi obtida em flagrante violação ao direito constitucional à não autoincriminação, uma vez que

aquele foi compelido a reproduzir, contra si, conversa travada com terceira pessoa pelo sistema viva-voz do celular, que conduziu os policiais à sua residência e culminou com a arrecadação de todo material estupefaciente em questão.

Veja que, apesar de o Ministério Público alegar, no REsp, a aplicação da teoria do encontro fortuito de provas, o Relator concluiu pela não aplicabilidade da teoria da descoberta inevitável:

Não se cogita estar diante de descoberta inevitável, porquanto este fenômeno ocorre quando a prova derivada seria descoberta de qualquer forma, com ou sem a prova ilícita, o que não se coaduna com o caso aqui tratado em que a prova do crime dependeu da informação obtida pela autoridade policial quando da conversa telefônica travada entre o suspeito e terceira pessoa.

O relato dos autos demonstra que a abordagem feita pelos milicianos foi obtida de forma involuntária e coercitiva, por má conduta policial, gerando uma verdadeira autoincriminação. Não se pode perder de vista que qualquer tipo de prova contra o réu que dependa dele mesmo só vale se o ato for feito de forma voluntária e consciente, e quem, por si só, imprimiria o ato de expor sua conversa privada "em alto e bom som" para que a autoridade pudesse ouvi-la? Por oportuno, transcrevo o referido trecho do julgado, que condiz com essa ideia.

(...)

Como visto, está-se diante de situação onde a prova está contaminada, diante do disposto na essência da teoria dos *frutos da árvore envenenada* (*fruits of the poisonous tree*), consagrada no art. 5º, inciso LVI, da Constituição Federal, que proclama a nódia de provas, supostamente consideradas lícitas e admissíveis, mas obtidas a partir de outras declaradas nulas pela forma ilícita de sua colheita.

Desse modo, sem consentimento do réu ou prévia autorização judicial, é ilícita a prova colhida de forma coercitiva pela polícia de conversa travada pelo investigado com terceira pessoa em telefone celular, por meio do recurso "viva-voz", que conduziu ao flagrante do crime de tráfico ilícito de entorpecentes, devendo o v. acórdão recorrido ser mantido pelos seus próprios fundamentos.

Parece haver uma confusão entre a teoria da descoberta inevitável e a teoria do encontro fortuito de provas, que possuem aplicabilidade em cenários distintos.

Ainda assim, depreende-se, a partir da narrativa do caso, que de fato não há que se falar na adoção da teoria da descoberta inevitável, considerando, sobretudo, a ausência de

elementos ou de informações concretas que leve a acreditar que a prova derivada seria descoberta de forma inevitável, independentemente do acesso ilegal ao telefone celular.

3.2.2 HC n. 359.549/PR, 5ª Turma, Rel. Jorge Mussi, j. 04/12/2018, p. 12/12/2018

Trata-se de *habeas corpus* em que se requer, em síntese, a declaração de ilicitude de prova obtida por meio do acesso, sem autorização judicial, do aparelho celular do paciente, bem como das provas derivadas.

No caso, o corréu da paciente foi abordado pela polícia e encontraram com ele 860 gramas de maconha, bem como um aparelho celular contendo mensagens relativas ao desenvolvimento e à prática do comércio ilícito de drogas. Ocasão em que os policiais acessaram o conteúdo do celular com a exposição do comércio ilícito de drogas, sem autorização judicial.

No voto condutor, o Relator, apesar de reconhecer a ilicitude das provas decorrentes da devassa, afirmou que:

(...) ao contrário do que sustentado na impetração, **o vício nos aludidos elementos de convicção não tem o condão de contaminar as demais provas obtidas por ocasião do flagrante.**

Isso porque, consoante a teoria da descoberta inevitável, desenvolvida pela Suprema Corte norte-americana em 1984 no caso Nix v. Williams, o certo é que o curso normal das investigações conduziria ao mesmo desfecho obtido com a devassa nos aparelhos celulares dos acusados.

Com efeito, o só fato de o corréu Victor Hugo haver confessado informalmente a prática criminosa, afirmando que agia sob as ordens do corréu Rafael e indicando que as drogas eram guardadas na casa do pai deste, local em que a paciente também foi abordada trazendo consigo substâncias entorpecentes, demonstra que as mensagens ilegalmente devassadas não foram determinantes para a apuração dos ilícitos.

(...)

Ademais a apreensão dos celulares com a paciente e o corréu Victor Hugo levou a autoridade policial a requerer judicialmente a perícia técnica nos aparelhos e nos chips, o que foi deferido (e-STJ fl. 285), ao passo que o Ministério Público pleiteou a quebra do sigilo telefônico, de dados cadastrais e bilhetagem, bem como o rastreamento telefônico dos investigados, providências também autorizadas pelo magistrado singular (e-STJ fls. 298/303), pedidos típicos e comuns em casos análogos, e que demonstram que se está diante de provas autônomas, nos termos dos §§ 1º e 2º do artigo 157 do Código de Processo Penal, *verbis*. (grifo nosso)

Depreende-se, que, apesar de reconhecer a ilicitude do acesso ao celular (fonte ilícita), o Relator entendeu que ilicitude não se transmite as demais provas sustentando a aplicação da teoria da descoberta inevitável ao argumento de que “o curso normal das investigações conduziria ao mesmo desfecho obtido com a devassa nos aparelhos celulares”.

Respeitosamente, compreendemos que, neste caso, houve inadequada aplicação da teoria da descoberta inevitável devido à ausência de fundamentos suficientes para sustentá-la, o que se observa é a invocação apenas da possibilidade de alcançar as demais provas, sem apontar elementos concretos ou informações objetivas produzidas de forma desvinculada da fonte ilícita.

3.2.3 AgR no REsp 1.771.698/SP, 5ª Turma, Rel. Min. Felix Fischer, j. 07/02/2019, p. 19/02/2019

Trata-se de agravo regimental interposto em face de decisão monocrática que não conheceu em parte e, nessa extensão, desproveu o recurso especial. O agravante sustenta que ofensa ao art. 157, *caput*, e §§1ª e 2º, do CPP sob o argumento de que o acórdão, ao manter a condenação, baseou-se em em provas ilícitas, diante da ilicitude das interceptações telefônicas, deferidas em desacordo com a lei, bem como posterior utilização do material resultante desta (prova derivada).

Alegou ainda que:

“a quebra do sigilo fiscal e bancário das aludidas pessoas físicas e jurídicas investigadas (cujo resultado foi igualmente utilizado para justificar o deferimento da interceptação telefônica que deu azo ao presente processo) também se deu de modo ilegal, ou seja, diretamente pelo órgão acusador, sem a imprescindível autorização judicial" (fl. 8.967), o que foi reconhecido pelo Tribunal que, de forma indevida, ratificou a ilegalidade aplicando a teoria da descoberta inevitável de forma equivocada”.

O Relator, ao analisar o caso, entendeu que:

Essa Corte Superior possui entendimento quanto à legitimidade de aplicação da referida teoria quando demonstrado, com base em elementos concretos constantes dos autos, que a prova supostamente contaminada poderia ser obtida de forma independente (teoria da fonte independente) ou de forma inevitável (teoria da descoberta inevitável), não havendo que se falar, portanto, em violação ao art. 157, **caput**, e §§ 1º e 2º, do Código de Processo Penal, uma vez que foi asseverado no acórdão objurgado que "*diante dos indícios detectados de maneira independente*

pela área aduaneira da Receita Federal em face da empresa PRIME, os quais, inclusive, vieram a integrar o conjunto probatório da acusação, há de se reputar como inevitável a descoberta das demais provas, quer dizer, aquelas derivadas das ilícitas. Justifica-se, portanto, no presente caso, a aplicação da teoria da descoberta inevitável na forma de verdadeira restrição à doutrina dos frutos da árvore envenenada (§ 1º, do artigo 157 do CPP), pelo que fica afastada, por completo, a alegada ilicitude das provas derivadas, certo também que a discriminação das provas ilícitas ou não, bem como a valoração das que são legítimas, correspondem à apreciação do mérito" bem como, quanto à suposta ilicitude do "dóssie criminal" preparado por Genivaldo, que "conforme o r. Juízo bem esclareceu, foi apenas o conteúdo do depoimento prestado por GENILSON utilizado para desencadear uma investigação inicialmente no âmbito do Ministério Público Federal que coletou dados e elementos (de forma lícita como será examinado a seguir) para subsidiar pedido de interceptação telefônica deferido pelo Judiciário, bem como a continuidade das investigações pela Polícia Federal com o auxílio da Receita Federal, que culminaram na presente ação penal", o que afasta a aventada ilicitude das provas defendida pela combativa defesa.

Do que foi exposto no acórdão, respeitosamente, entendemos que, neste caso, há um equívoco ao considerar eventual aplicação da teoria da descoberta inevitável, pois o Relator faz um raciocínio abstrato sobre a possibilidade de descoberta da prova por outro meios. Não se evidenciam elementos ou informações concretas produzidas em uma investigação desvinculada da fonte ilícita

3.2.4 AgR no HC 521.228/RJ, 5ª Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 03/12/2019, p. 16/12/2019

Trata-se de agravo regimental interposto contra decisão monocrática que não conheceu da impetração. O agravante alega que “os policiais teriam acessado os dados contidos no aparelho celular do corrêu sem a sua anuência e sem prévia autorização judicial, o que ensejaria nulidade das provas obtidas com a medida”.

Além disso, sustenta a inaplicabilidade da teoria da descoberta inevitável, na medida que “a prova do crime dependeu da informação obtida pela polícia ao acessar indevidamente as conversas contidas no celular do corrêu”. Motivos pelos quais requer o trancamento da ação penal.

O Relator, ao analisar o caso, entendeu que:

Na espécie, não obstante os policiais tenham acessado o conteúdo do aparelho celular sem prévia autorização judicial, agiram com a expressa autorização do corréu Bruno (e-STJ fls. 62/63), o que afasta a eiva articulada na impetração.

(...)

Ainda que assim não fosse, o acesso ao conteúdo dos celular do corréu Bruno sem prévia autorização judicial não teria o condão de contaminar as demais provas obtidas por ocasião do flagrante.

Isso porque o curso normal das investigações conduziria ao mesmo desfecho obtido com a devassa nos aparelhos celulares dos acusados, ensejando a aplicação da teoria da descoberta inevitável.

Com efeito, o só fato de os corréus Roney e Bruno haverem confessado informalmente a prática criminosa, afirmando que o segundo adquiriu os entorpecentes do ora paciente, demonstra que as mensagens supostamente devassadas não foram determinantes para a apuração dos ilícitos. (Fl. 10)

Contata-se que, apesar de afastar a ilicitude da prova com base na anuência do corréu para investigar o celular, o Relator vislumbra a aplicação da teoria da descoberta inevitável, pois o “curso normal das investigações conduziria ao mesmo desfecho”. Acrescenta que o fato de os corréus terem confessado informalmente demonstra que as mensagens obtidas devassadas não foram determinantes.

Com a devida vênia, entendemos que, neste caso, há um equívoco ao considerar eventual aplicação da teoria da descoberta inevitável, pois faz um raciocínio vago e abstrato sobre a possibilidade de descoberta da prova por outro meios. Não se evidenciam elementos ou informações concretas produzidas em uma investigação desvinculada da fonte ilícita.

3.2.5 AgR no HC 638.935/MG, 5ª Turma, Rel. Min. Felix Fischer, j. 30/03/2021, p. 09/04/2021

Trata-se de agravo regimental interposto contra decisão monocrática que não conheceu do *habeas corpus*. A parte agravante sustenta que “ilicitude das provas obtidas no acesso do aparelho celular sem ordem judicial”. Ainda ressalta que:

(...) a exceção prevista na teoria da descoberta inevitável, com previsão legal nos §§ 1º e 2º art. 157 CPP, conhecida como fonte independente, não se aplica no presente caso concreto, isso porque as mensagens não trata-se de fonte autônoma. Os policiais militares, ao prenderem o corréu Herickson Santos de Oliveira, acessaram as conversas do aplicativo whatsapp sem a devida ordem judicial, tomando

conhecimento do teor daquelas, o que fez iniciar todo o procedimento criminal com base exclusiva nas provas ilícitas.

Por esses motivos, requer a declaração de ilicitude das provas obtidas através do conteúdo de mensagem do aparelho celular do corréu e, conseqüentemente, o seu desentranhamento do processo.

No voto condutor, o Relator entendeu que:

(...)

Desse modo, conquanto haja prova ilícita nos autos, **as demais provas incriminatórias seriam, infalivelmente, obtidas pelo desenvolvimento regular, lícito e ordinário das atividades investigativas**, as quais não se maculam pela ilicitude da prova originária. Portanto, se preservam como fonte idônea para comprovação de materialidade e de autoria delitiva.

Cita ainda o entendimento exposto pelo Ministério Público Federal em parecer sobre o caso defendendo a aplicação da teoria da descoberta inevitável. Eis o teor:

Feita essa introdução, é preciso divisar que nem sempre a existência de prova ilícita determinará a contaminação imediata de todas as outras constantes do processo, devendo ser verificada, no caso concreto, a configuração da derivação por ilicitude, de modo que **a teoria dos frutos da árvore envenenada não detém alcance ilimitado.**

Nesse ponto, cumpre destacar da sentença o fato de que antes mesmo da apreensão do indigitado aparelho celular, **havia um trabalho de cooperação investigativa entre a polícia civil e a polícia militar, de modo que a conclusão sobre o cometimento dos crimes a que chegaram as autoridades não seria diferente acaso não estivessem em posse do aparelho.**

(...)

Com efeito, concomitante à teoria dos frutos da árvore envenenada, há a doutrina da fonte independente, ao passo que esta funciona como uma limitação àquela. Também a teoria da descoberta inevitável serve como uma atenuadora à primeira teoria, estando ambas positivadas, respectivamente, nos §§ 1º e 2º do artigo 157 do Código de Processo Penal, *verbis*

(...)

Nesse prisma, para se chegar a uma resposta acerca da licitude da prova na espécie, deve-se levar em conta a teoria dos frutos da árvore envenenada e suas atenuadoras, de modo que, **na espécie, o que se tem como incontroverso é que as autoridades policiais chegariam às mesmas conclusões, independentemente das conversas degravadas do aparelho celular, e mais, essa degravação ocorreu após autorização judicial, tal como consta do acórdão atacado** (fl. 241).

Todo o exposto leva à conclusão de que as provas guardam a legalidade e a higidez necessárias e suficientes à comprovação da materialidade e autoria delitivas.

Depreende-se do acórdão que as provas ilícitas decorrentes da devassa ao celular do corréu seriam inevitavelmente descobertas, considerando que já estava em andamento prévio trabalho de investigação e de inteligência realizado em cooperação entre a Polícia Militar e a Polícia Civil sobre o envolvimento dos réus na prática de tráfico de drogas.

Do que foi exposto no acórdão, compreendemos que este caso concreto pode representar aplicação adequada da teoria da descoberta inevitável. Apesar da obtenção das provas por meio ilícito (devassa ao celular), havia em curso investigação prévia entre os órgãos de segurança que conduziria ao mesmo desfecho, independentemente da fonte ilícita. Constata-se, assim, que a teoria foi sustentada a partir de argumento baseado em elementos reais que possibilitam realizar um juízo hipotético de que inevitavelmente se chegaria à materialidade e à autoria do crime de tráfico de drogas.

3.2.6 AgR no HC n. 783.183/CE, 5ª Turma, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. 06/12/2022, p. 14/12/2022

Trata-se de agravo regimental interposto pelo Ministério Público Federal em face de decisão monocrática que não conheceu da impetração, entretanto concedeu a ordem de ofício, para reconhecer a nulidade diligência que ensejou a prisão do paciente, em razão da invasão domiciliar e, como consequência, absolvê-lo da prática do crime previsto no art. 12 da Lei n. 10.826/03 (posse ilegal de arma de fogo).

O *parquet* federal, ao sustentar a aplicação da teoria de descoberta inevitável, alegou que

embora o ingresso na residência de Francisco deva ser considerado indevido, a arma foi encontrada em outro local e, considerando que a existência e localização do objeto foi apontada pelo paciente, não é possível afirmar que o encontro da arma, na casa do adolescente, é decorrência direta da diligência ilegal.

Com isso, requer a manutenção da condenação pelo crime do art. 12, da Lei n. 10.826/2003, em razão da apreensão da arma de fogo, tendo em vista que a prova não foi decorrência direta da diligência declarada ilegal.

No voto condutor, o Relator, ao citar a denúncia, ressaltou que:

indene de dúvidas que a apreensão da arma na residência do menor foi decorrência direta da já intitulada ilegal abordagem relacionada ao paciente. Nesse contexto, não se pode - como pretende o recorrente - afirmar que a arma seria encontrada de outra forma que não mediante a informação passada pelo paciente, sendo inaplicável, assim, a teoria da descoberta inevitável à hipótese.

Neste caso, compreendemos que o agravante não forneceu um fundamento adequado para sustentar a incidência da descoberta inevitável em relação ao crime de porte de arma de fogo. Não foram apresentados elementos objetivos e concretos que indicassem que as armas seriam inevitavelmente descobertas, mesmo sem a busca domiciliar ilegal. Portanto, trata-se de raciocínio hipotético desvinculado de qualquer fonte concreta passível de verificação em plano real.

Ademais, não se pode desconsiderar que os órgãos responsáveis pela investigação e persecução criminal podem utilizar de modo inadequado a exceção com o objetivo de conferir aparência lícita à prova derivada da ilícita. Ou seja, a polícia ou o Ministério Público, na fase investigativa, produzem a prova originária (que a partir dela resultaram outras provas) sem qualquer controle judicial ou legal, seja consciente ou inconscientemente. Posteriormente, quando essas provas são confrontadas em Juízo, sustentam a aplicabilidade da descoberta inevitável ao argumento de que o “curso normal das investigações” levariam infalivelmente ao mesmo resultado. Ou seja, valendo-se de investigação regular, que poderia ter ocorrido, mas não ocorreu, com o fim de validar a prova obtida de origem ilícita.

3.3 Acórdãos proferidos pela 6ª Turma do STJ: análise qualitativa

Após a leitura do inteiro teor de cada acórdão (16), constatou-se que apenas em 3 houve debate efetivo sobre a teoria da descoberta inevitável. Nos outros 13, o tema central foi diverso, abrangendo questões como a aplicação da teoria da fonte independente, óbices processuais que impedem a discussão de mérito e a declaração de ilicitude pelo colegiado, que delegou ao Juízo de primeiro grau a competência para examinar a possível aplicação das teorias da descoberta inevitável ou da fonte independente.

Do total de 3 acórdãos, houve a aplicação da teoria em 1 caso (HC 52.995) que compreendemos como adequada a adoção, de modo evidenciar em dados objetivos e concretos a inevitabilidade da prova derivada. Por outro lado, nos outros 2 casos (HC 436.603 e HC 695.895), a Turma afastou a teoria, apresentando votos bem fundamentados que expuseram de forma clara e objetiva os limites do sentido da inevitabilidade da prova derivada. Outrossim, destacaram a necessidade de fundamentação adequada e específica para sustentar a teoria, reforçando que o raciocínio hipotético não deve ser com suporte em meras conjecturas e abstrações.

Verifica-se também que, em 1 caso, a fonte originária questionada decorreu de acesso à documento protegido por sigilo (HC 52.995). Em 1 caso, a origem decorreu de interceptação telefônica realizada fora das condições legais (HC 436.603) e, em outro caso, resultou da invasão domiciliar sem autorização judicial (HC 695.895).

Novamente, nenhum dos julgados ocorreu a divergência de algum membro da turma sobre a inevitabilidade da prova derivada.

3.3.1 HC n. 52.995/AL, 6ª Turma, Rel. Min. Og Fernandes, j. 16/09/2010, p. 04/10/2010

Trata-se de *habeas corpus* em que se requer a nulidade da sentença e do acórdão confirmatório, haja vista que “toda investigação se originou com base em prova ilícita, consistente em documento expedido pelo Banco do Brasil sem a devida autorização judicial”.

O impetrante alega que “a autorização para quebra de sigilo bancário dos pacientes só se concretizou 6 (seis) meses depois da publicidade dada ao documento que gozava da proteção do sigilo bancário”.

No caso, os pacientes foram condenados, pois subtraíram o valor de R\$ 166.000,00 da conta da vítima e, posteriormente, mataram-na. Após o fato, o sobrinho da vítima, que também era seu herdeiro, decidiu averiguar as operações bancárias e obteve na agência o extrato comprobatório da transferência fraudulenta realizada pelos pacientes.

O Relator, ao analisar o caso, sustentou a adoção da teoria da descoberta inevitável sob os seguintes argumentos:

A segunda consideração, não menos importante, é que o extrato bancário foi obtido por herdeiro da vítima. **É de se verificar que a obtenção dos dados ocorreria de qualquer maneira, inclusive para documentação em inventário, o que ensejaria**

o desenrolar do processo tal qual ocorreu na espécie, com a produção ampla de novas provas incriminadoras durante a instrução criminal.

Sob esse prisma, impõe-se que se faça breve apontamento acerca da admissibilidade da prova ilícita e da prova dela derivada, disciplinada no art. 157, do Código de Processo Penal, com redação dada pela Lei nº 11.690/08, que diz o seguinte:

(...)

Parte da doutrina sustenta que a redação conferida ao § 2º do art. 157 do CPP, o qual trata da fonte independente diz respeito, também, à teoria da descoberta inevitável (inevitable discovery). Ou seja, a prova ilícita poderia ser aceita quando demonstrado que ela (a prova) seria inevitavelmente descoberta por outros meios legais. Nesse particular, oportunas as lições do Ministro Gilmar Ferreira Mendes:

(...)

Assim, o § 2º do art. 157 do CPP serve, em última análise, para mitigar a teoria da contaminação da prova, restringindo-a para os casos em que a prova ilícita foi absolutamente determinante para a descoberta da prova derivada que, sem aquela não existiria, o que não aconteceu na espécie.

No caso, **repita-se, o sobrinho da vítima, na condição de herdeiro, teria, inarredavelmente, após a habilitação no inventário, o conhecimento das movimentações financeiras e, certamente, saberia do desfalque que a vítima havia sofrido; ou seja, a descoberta seria inevitável.**

Não vejo, portanto, razoabilidade alguma em se anular todo o processo e demais provas colhidas não só durante a instrução criminal, mas também aquelas colhidas na fase pré-processual investigativa, em razão do que foi exposto.

Compreendemos que este caso concreto pode exemplificar adequada adoção da teoria da descoberta inevitável. Apesar de o documento ter sido obtido de forma ilícita, o sobrinho, na sua qualidade de herdeiro, buscaria o destino do dinheiro seguindo os trâmites legais. Assim, os dados do desfalque estariam aparentes no inventário, o que justificaria a descoberta inevitável da irregularidade.¹³²

¹³² Tal compreensão também foi acolhida por Fabiano Yuji. (TAKAYANAGI, Fabiano Yuji. *Críticas às exceções legais às provas ilícitas por derivação no processo penal brasileiro e análise de jurisprudência após a reforma da lei 11.690/08*, Dissertação (Mestrado em Direito Processual) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014, p. 196)

3.3.2 HC n. 436.603/SC, 6ª Turma, Min. Rel. Laurita Vaz, j. 03/12/2019, p. 16/12/2019

Trata-se de impetração em que se requer, em suma, a declaração de nulidade das provas originariamente ilícitas e, por consequência, absolvição do paciente em relação a ambos os crimes pelos quais foi condenado.

Extrai-se que a defesa do paciente alega que:

o material apreendido com a busca e apreensão declarada ilegal pelo próprio Juízo singular (anotações, arma, touca, espada, réplica de uniforme policial) "*constituía provas originariamente ilícitas, ou seja, sua ilicitude não decorria da contaminação de provas anteriores, mas sim da própria ilegalidade do ato que resultou diretamente na sua produção. Portanto, a teoria da descoberta inevitável sequer era juridicamente aplicável ao presente caso*" (fl. 6).

(...) "*ainda que possível sua aplicação, a teoria da descoberta inevitável não pode ser utilizada para 'substituir' mentalmente a ação ilícita da polícia por uma ação lícita. Ao contrário, ela deve partir justamente da presença da ilegalidade — mas que, apesar disso, não contaminaria as demais provas que inevitavelmente seriam encontradas*" (fl. 7).

(...)

não havia operação policial voltada à prisão do PACIENTE – do contrário, por certo, haveria mandado. O que se tinha era apenas a vaga informação (reconhecida como fraca pelo próprio Magistrado) de que um integrante do PCC estaria na rodoviária. E só. Tudo o mais foi descoberto aleatoriamente (e ilegalmente) a partir dessa prisão" (fl. 7).

Na origem, o paciente foi abordado por policiais na rodoviária e, na ocasião, os agentes deram cumprimento ao mandado de prisão em desfavor do paciente. Em seguida, realizaram a busca e apreensão na casa do paciente, momento em que encontraram provas de atividades criminosas.

O magistrado, na sentença, reconheceu a ilegalidade da busca e apreensão realizada em razão da ausência de prévia autorização judicial. Contudo, no mesmo ato, o Juízo entendeu que as provas decorrentes da busca e apreensão (o produto da apreensão e depoimento dos policiais) poderiam ser utilizadas, pois se aplica ao caso a teoria da descoberta inevitável. Eis os principais trechos proferidos na sentença citados pela Relatora:

(...) é crível reconhecer que a representação pela busca e apreensão que seria apresentada pela autoridade policial seria deferida pelo Juízo, cuja diligência

certamente seria exitosa, sobretudo porque, tal como dito linhas atrás, os objetos não seriam retirados da residência.

(...) Trocando em miúdos: era inevitável a colheita dessas provas, pois em casos com indícios semelhantes, a busca e apreensão foi deferida por este Juízo, de modo que o resultado seria igualmente alcançado.

(...) em que pese a diligência dos policiais ter sido declarada nula, as provas delas decorrentes, em especial o produto da apreensão e o depoimento dos policiais civis não o são, em virtude da aplicação da teoria da descoberta inevitável.

A Relatora, ao afastar a aplicação da teoria da descoberta inevitável, assinalou que:

Como se vê, a fundamentação apresentada pelo Juízo singular não pode ser considerada idônea, pois baseada apenas em **meras conjecturas e presunções**, em um claro exercício de futurologia, que ficou evidenciado, em especial, pela utilização, por quatro vezes, do verbo ser no futuro do pretérito do indicativo – "seria apresentada"; "seria deferida"; "seria exitosa"; "não seriam retirados" –, sem a apresentação de qualquer dado concreto que demonstrasse que as provas decorrentes da busca e apreensão ilegal seriam inevitavelmente descobertas.

A prevalecer a argumentação das instâncias ordinárias, praticamente qualquer prova derivada da ilícita seria descontaminada. Bastaria descrever, de maneira abstrata, qual a conduta que deveria ter sido adotada pela autoridade policial e pronto, estaria autorizada a utilização das provas decorrentes da ilícita. Sem sombra de dúvidas, a teoria da descoberta inevitável não foi aplicada de forma adequada.

É certo que o Juízo sentenciante indicou que "*os policiais civis já tinham informações de que o réu era faccionado*", que "*já havia a confissão informal do acusado de ser 'final do estado' da facção PCC*", bem como mencionou o "*fato notório de existir uma guerra de facções criminosas nessa cidade de Joinville, a qual originou diversos processos para a apuração de crimes de homicídio praticados contra integrantes do PCC e do PGC*" (fl. 284). No entanto, em nenhum momento foi apontada a existência de elementos que pudessem demonstrar que, **inevitavelmente**, as autoridades públicas chegariam ao endereço do Acusado, que foi indevidamente invadido pelos policiais. Tanto é assim que, em depoimento prestado nos autos do processo-crime, um dos policiais noticiou que "*tinha um mandado de prisão expedido contra ele e, em diversas diligências, não conseguiram dar cumprimento*" (fl. 278; grifei), o que indica que as autoridades públicas sequer tinham conhecimento do local onde foi realizada a busca ilegal. Ademais, nem mesmo foi ressaltada a existência de investigação paralela que,

fatalmente, levaria ao domicílio do Acusado e, por conseguinte, aos objetos lá encontrados.

(...)

Assim, considerando que as provas coletadas por meio do ingresso dos policiais no domicílio do Paciente são ilícitas, a própria demonstração da materialidade do crime previsto no art. 12 da Lei n.º 10.826/2003 está viciada, o que impõe a declaração de nulidade do processo e, desde já, a absolvição do Paciente pela prática do crime de posse ilegal de arma de fogo.

Neste caso em exame, entendemos que a Relatora, em voto bem fundamentado, afastou corretamente a teoria da descoberta inevitável, além de rememorar a origem histórica, assinalou a necessidade de fundamentação adequada para sustenta a descoberta inevitável, reforçando que raciocínios hipotéticos com base em mera conjecturas e abstrações não são suficientes.

3.3.3 HC n. 695.895/MS, 6ª Turma, Min. Rel. Rogério Schietti, j. 08/11/2022, p. 16/11/2022

Trata-se de *habeas corpus* contra ato do Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul, em que se requer a concessão da ordem, para que o paciente seja absolvido da acusação do crime previsto no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/06. Resumidamente, a defesa, em suas razões, alega:

“toda a presente ação penal se desenrola a partir da ‘apreensão’ ILEGAL do aparelho celular do suspeito pelos policiais responsáveis pela abordagem, que, sem qualquer autorização do réu ou da Justiça, atendeu chamada que não lhe era destinada e conversou com suposto traficante, o encorajando a passar a barreira policial que estaria vazia, passando-se por um dos acusados” (fl. 8)

Extrai-se do caso em exame que o paciente foi abordado por policiais e submetido a busca veicular, porém nada de ilícito foi encontrado. Ainda assim, foi levado para a base policial cujo objetivo era questioná-lo sobre suposta atividade ilícita, pois existia a suspeita de que o paciente fosse um abatedor do tráfico. Na base, o celular do paciente tocou, sendo que um dos agentes tomou posse do celular e atendeu a ligação, ou seja, o policial se passou pelo paciente.

O outro interlocutor era o corréu, que estava dirigindo o automóvel que transportava as drogas e queria saber do acusado se havia fiscalização policial e se era seguro prosseguir.

Fingindo ser o paciente, o policial respondeu afirmativamente e ordenou a abordagem do veículo, onde foram encontrados os entorpecentes.

O Tribunal de origem afastou a ilegalidade sustentada pela defesa ao argumento e ainda cogitou a aplicação da teoria da descoberta inevitável ao argumento de que:

Ainda a título de argumentação, registro que, mesmo se possível fosse acoimar de ilícita a prova produzida, é certo que incidiria a teoria da descoberta inevitável, já que o curso normal dos acontecimentos conduziria à apreensão da remessa de drogas transportadas, e, por conseguinte, na elucidação da autoria delitiva. Isto porque a atividade ilícita era previamente investigada pela Polícia Federal, sendo de conhecimento que o apelante e os corréus partiram do Estado do Espírito Santo com destino a Dourados visando adquirir uma carga de entorpecentes, sendo inclusive todos eles visualizados juntos (havendo, a esse respeito, registros fotográficos) em um dos veículos utilizados durante o transporte da maconha (p. 407-415). Portanto, o desfecho seria exatamente o mesmo, na medida em que o transporte pela via rodoviária fatalmente seria interceptado pela ação policial, de modo que a atividade ilícita seria descoberta de qualquer maneira.

No STJ, o Ministro Relator, além de reconhecer a ilicitude da prova originária de todas as provas dos autos, rechaçou a adoção da teoria da descoberta inevitável nos seguintes termos:

(...)

Já na situação debatida no presente writ, diferentemente do consignado pelo Tribunal de origem, compreendo que o fato de os acusados já serem previamente investigados pela polícia, a qual tinha informações de que eles fariam o transporte de entorpecentes, não bastava para assegurar que as drogas seriam apreendidas e eles, presos de qualquer forma.

Faço lembrar, por oportuno, que o objetivo da ligação do corréu José Carlos ao paciente – “interceptada” pelo policial – era justamente o de verificar com ele, que atuava como batedor, se era seguro prosseguir no transporte da droga ou se havia fiscalização policial, a evidenciar que o desfecho poderia ter sido completamente diverso – fuga, desvio de rota, desfazimento das drogas etc – se o militar não houvesse atendido a ligação e, fazendo-se passar pelo réu, garantido ao comparsa que ele poderia continuar sem receios por aquele caminho.

Em um comparativo com o precedente da Suprema Corte dos EUA, seria necessário provar, por exemplo, que os policiais já tinham fundadas suspeitas que autorizassem a busca veicular, que já seguiam de perto o comparsa na rodovia e que já havia

bloqueios e cercos policiais no entorno que impossibilitassem qualquer tentativa de fuga ou desfazimento das drogas pelo corréu, mesmo se alertado pelo batedor.

Entendemos que o Relator afastou adequadamente a teoria da descoberta inevitável. Trata-se de voto bem fundamentado que expõe de forma clara e objetiva os limites da teoria da descoberta inevitável. Além disso, destacou a necessidade de fundamentação adequada para sustentar a descoberta inevitável, reforçando que raciocínios hipotéticos com base em mera conjecturas e abstrações não são suficientes.

3.4 Acórdão proferido pela 3ª Seção do STJ: análise qualitativa

Neste último grupo, encontrou-se apenas 1 caso e nele houve o debate efetivo sobre a teoria da descoberta inevitável. Além disso, este foi o único caso de toda a pesquisa em que existe divergência quanto à inevitabilidade da prova deriva. A fonte originária questionada decorreu do acesso ao telefone celular sem autorização judicial por parte da polícia.

3.4.1 Rcl n. 36.734/SP, 3ª Seção, Rel. Min. Rogério Schietti, j. 10/02/2021, p. 22/02/2021

Na hipótese, o reclamante alega que o Juízo de Direito da 1ª Vara Criminal de Barretos/SP descumpriu a autoridade de decisão emanada nos autos do RHC n. 89.385/SP.

Antes de tudo, cumpre descrever o contexto fático do caso concreto que se iniciou pela prisão em flagrante do reclamante pelo porte de 6 gramas de maconha, em uma blitz de trânsito, realizada por policiais militares, razão pela qual foi conduzido à delegacia e ocorreu, ainda, a apreensão do seu telefone celular. A autoridade policial, sem prévia autorização judicial, acessou aos registros telefônicos e ao histórico de conversas do Whatsapp. A partir daí se descobriu a prática do crime de tráfico de drogas.

A questão chegou ao STJ, na via do RHC n. 89.385/STJ, ocasião em que a Corte declarou ilícitas as provas obtidas pela autoridade policial que ensejou a imputação por tráfico de drogas, determinando o seu desentranhamento e a renovação do julgamento. O magistrado, por sua vez, excluiu as provas declaradas ilícitas, reabriu a instrução processual, e, após manifestação do MP, determinou a realização de perícia no celular, nos termos legais, ao argumento de que se tratava de prova repetível.

Diante disso, houve o ajuizamento da Rcl n. 36.734/SP, apontando desrespeito à decisão do STJ, tendo em vista que o magistrado determinou a realização de nova perícia, o que denotaria verdadeira reabertura da instrução criminal.

Nos autos da Rcl, o Ministro Relator ressaltou dois pontos importantes; i) não houve descumprimento, por parte do juízo de primeiro grau, ao que decidido no RHC n. 89.385/SP, portanto, a reclamação é improcedente; ii) a decisão emanada no RHC n. 89.385/SP se mostrou equivocada, pois o processo deveria ter sido anulado desde o início e não apenas a sentença condenatória em razão do crime de tráfico de drogas foi apenas descoberto por meio das provas ilícitas. Nesse sentido, concedeu a ordem de ofício.

Quanto ao primeiro ponto, o colegiado, por unanimidade, seguiu o Relator. No tocante ao segundo ponto (é o que interessa a este trabalho), o Min. Ribeiro Dantas, em seu voto-vista, abriu a divergência, seguida pelo Min. Felix Fischer, considerando a aplicação da teoria da descoberta inevitável ao caso.

a) Divergência quanto à (in)evitabilidade da descoberta da prova ilícita

Voto Ministro Relator Rogerio Schietti Cruz

Para o Relator, não há que se falar na descoberta inevitável da prova ilícita (as conversas de WhatsApp). No entendimento de Sua Excelência, o processo-crime, pela conduta de tráfico, foi lastreada, exclusivamente, no acesso ilegal ao conteúdo do telefone celular, sem existir qualquer indicativo ou informações concretas anteriores referentes à prática criminosa. É certo que a única maneira de ter acesso ao conteúdo do dispositivo dependeria de autorização judicial, o que poderia ser negado. Portanto, concluiu pela inaplicabilidade da teoria descoberta inevitável, anulando o processo desde o início.

Voto-vista Ministro Ribeiro Dantas – seguido pelo Ministro Felix Fischer

De modo contrário, o Ministro Ribeiro Dantas entendeu não só pela aplicação da teoria da descoberta inevitável, mas também pela teoria da mancha purgada. Segundo Sua Excelência, o caso revela alta probabilidade de a autoridade policial representar pela quebra do sigilo de dados, caso fosse excluído o fato de o aparelho ter sido alvo de averiguação pela autoridade policial. Assim, a prova ilegítima (as conversas de WhatsApp) seria obtida de qualquer maneira, ante a possibilidade do deferimento judicial para realizar a perícia sobre o aparelho.

Insta frisar que o voto faz a ressalva no sentido de que não se estava defendendo a validação de prova ilícita, mas “apenas a permitir que o magistrado, mediante requerimento do Órgão acusador, uma vez reconhecida a ilicitude da prova por ausência de autorização

judicial, realize o saneamento do feito de modo a obter prova que, de qualquer forma, seria obtida”.

Voto-vista Ministro Reynaldo Soares da Fonseca – acompanhando o Relator

No ponto sobre a descoberta inevitável da prova ilícita, o Ministro asseverou que, ao seu ver, não era possível chegar à conclusão que a descoberta do crime de tráfico de drogas “seria, infalivelmente, obtida pelo desenvolvimento regular, lícito e ordinário das atividades investigativas. Nesse contexto, considero não se tratar de hipótese de aplicação da teoria da descoberta inevitável”.

Neste caso, compreendemos respeitosamente que a argumentação em favor da adoção da teoria da descoberta inevitável é equivocada, na medida que não existia fonte lícita de produção probatória em pleno andamento quando se procedeu o acesso ilegal ao conteúdo do telefone, nos termos da jurisprudência e da doutrina. Sequer havia informações ou elementos objetivos e concretos prévios sobre a prática de crime de tráfico de drogas. Depreende-se dos autos que só se descobriu o crime depois da devassa ao celular. Não se pode presumir, sem qualquer suporte fático, que a autoridade policial iria pedir a quebra de sigilo e, depois, presumir, novamente, que a autoridade judiciária iria deferi-la.

CONCLUSÕES

De início, conclui-se que o direito à prova constitui direito fundamental imprescindível aos exercícios de defesa e da acusação. Apesar disso, a Constituição da República impõe limites ao direito à prova, expondo que as provas ilícitas são inadmissíveis no processo. No Brasil, a jurisprudência se consolidou no sentido de que a inadmissibilidade da prova ilícita se impõe a qualquer processo independentemente da natureza.

Verifica-se ainda que a inadmissibilidade da prova adquirida por meios ilícitos está prevista no art. 5º, inc. LVI, da CF/88. Contudo, o texto da Constituição não traz o conceito de prova ilícita, tendo a doutrina clássica adotado a distinção entre ofensa às normas de natureza material e ofensa às normas de natureza processual. Posteriormente, o art. 157, *caput*, do CPP, com a redação dada pela Lei n. 11.690/2008, dispôs que são consideradas provas ilícitas aquelas obtidas em violação a normas constitucionais ou legais, não determinando a natureza da norma se material ou processual. Por esse motivo, parte da

doutrina contemporânea (especialmente o prof. Aury Lopes Jr.) sustenta a superação da distinção

Ressalta-se que a distinção proposta pela doutrina clássica é amplamente aceita pela jurisprudência consoante sinaliza o voto condutor do Min. Rogerio Schietti no julgamento da Rcl n. 36.734/SP, no STJ.

A par desse aspecto, defende-se, neste trabalho, a distinção estruturada pela doutrina italiana e aceita pela doutrina clássica e pela jurisprudência brasileira, na medida que, havendo violação à norma de caráter material, será declarada a ilicitude e, conseqüentemente, a sua exclusão dos autos. Lado outro, havendo violação à norma de caráter processual, vigora o regime jurídico da teoria das nulidades. Não se pode confundir nulidade com ilicitude.

A regra de exclusão (*exclusionary rule*) tem origem no direito norte-americano, especialmente, no caso *Weeks v. United States*, em razão da violação à IV Emenda da Constituição. De início, a regra tinha aplicabilidade restrita aos casos submetidos à jurisdição federal. A partir do caso *Mapp v. Ohio*, houve a ampliação dos efeitos da regra exclusão para a jurisdição estadual com objetivo de dissuadir o abuso de poder das autoridades responsáveis pela atividade típica de investigação e repressão.

A Suprema Corte norte-americana, a partir do caso *Silverthorne Lumber v. United States*, construiu a teoria dos frutos da árvore envenenada (*fruits of the poisonous tree doctrine*). Na ordem jurídica brasileira, o legislador inseriu expressamente a mencionada teoria na primeira parte do art. 157, §1º, do CPP.

Entretanto, a própria Suprema Corte dos Estados Unidos desenvolveu hipóteses de exceções à ilicitude por derivação: (i) teoria da fonte independente (*independet source doctrine*); (ii) teoria do nexos causal atenuado (*attenuated connection doctrine*); (iii) exceção da descoberta inevitável (*inevitable discovery exception*) e (iv) exceção da boa-fé (*good faith exception*).

Quanto à teoria da descoberta inevitável, constata-se, inicialmente, que o legislador infraconstitucional, ao tentar incorporá-la no direito pátrio, a partir das alterações promovidas pela Lei n. 11.690/2008, acabou por se distanciar da concepção originária estruturada no direito norte-americano, de modo que a leitura do art. 157, §2º, além de confusa e equivocada, permite o intérprete ampliar o campo de incidência da teoria, valendo-se do conteúdo vago e

abstrato do que seria “seguinte os trâmite típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal”, o que pode significar o esvaziamento da garantia da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos e de suas derivadas.

De fato, impor limites à exceção pode evitar a seguinte situação: a polícia ou o Ministério Público, na fase investigativa, produzem a prova originária (que a partir dela resultaram outras provas) sem qualquer controle judicial ou legal, seja consciente ou inconscientemente. Posteriormente, quando essas provas são confrontadas em Juízo, sustentam a aplicabilidade da descoberta inevitável ao argumento de que o “curso normal das investigações” levariam infalivelmente ao mesmo resultado. Ou seja, valendo-se de investigação regular, que poderia ter ocorrido, mas não ocorreu, com o fim de validar a prova obtida de origem ilícita.

Importante ressaltar o fato de que, apesar de originárias do direito norte-americano, as exceções da descoberta inevitável e da fonte independente são teorias distintas aplicadas em contextos diversos. No Brasil, é comum haver confusão entre ambas, pois, como visto, o art. 157, §2º, do CPP, atribui erroneamente o conceito de descoberta inevitável à fonte independente.

Motivos pelos quais este trabalho adere à corrente doutrinária defendida especialmente pelo prof. Antonio Magalhães Gomes Filho no sentido de que o §2º, do art. 157, do CPP é inconstitucional.¹³³

Extrai-se da pesquisa empírica as seguintes conclusões gerais:

- 1) Os resultados obtidos, a partir da análise quantitativa, informam que discussão efetiva da teoria da descoberta inevitável representa apenas 10 casos em relação ao total de acórdãos analisados, com a sua aplicabilidade em 4 casos e rejeição em 6 casos.
- 2) Apenas em 1 caso (Rcl 36.734) ocorreu a divergência de compreensão quanto à inevitabilidade da prova derivada. Constata-se que, uma vez proferido o voto do Relator, seja pela aplicabilidade ou inaplicabilidade da teoria da descoberta inevitável, a tendência do colegiado é a adoção unânime de tal entendimento.
- 3) Os resultados obtidos, a partir da análise qualitativa, evidenciam que a construção jurisprudencial no sentido de atribuir interpretação restritiva à teoria da descoberta

¹³³ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *A inadmissibilidade das provas ilícitas no processo penal brasileiro*. São Paulo: RBCRIM n. 85, 2010, p. 406.

inevitável decorre principalmente de duas decisões proferidas no âmbito da Sexta Turma (HC n. 436.603/SC, relatoria da Min. Laurita Vaz e o HC n. 695.895/MS, relatoria do Min. Rogerio Schietti). Assim, definiu-se que a adoção da teoria da descoberta inevitável somente pode ser apoiada em informações e elementos concretos aferíveis no plano fático, jamais em ilações e conjecturas.

- 4) O fundamento genérico lastreado no argumento “curso normal das investigações”, sem estabelecer um juízo hipotético a partir de dados objetivos e concretos, foi utilizado em 3 casos para assegurar a aplicabilidade (HC 359.549 e HC 521.228, ambos de relatoria do Min. Jorge Mussi; REsp 1.771.698/SP, de relatoria do Min. Felix Fischer).
- 5) Constatou-se também que, em 2 casos, a teoria da descoberta inevitável pode representar adequada aplicação, já que se sustentou a inevitabilidade por existir investigação criminal em curso cujo objeto é o mesmo da origem ilícita (HC 638.935, de relatoria do Min. Felix Fischer) e pela condição de herdeiro que já havia iniciado o processo de inventário (HC 52.995, relatoria do Min. Og Fernandes).

REFERÊNCIAS

- ANDRADE, Mauro Fonseca. *Sistemas processuais penais e seus princípios reitores*. Curitiba: Juruá, 2008.
- ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. *Da prova no processo penal*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.
- ÁVILA, Thiago André Pierobom de. *Provas ilícitas e proporcionalidade: uma análise da colisão entre os princípios da proteção penal eficiente e da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos*. Dissertação (Mestrado em Direito): Universidade de Brasília, Brasília, 2006.
- BADARÓ, Gustavo Henrique. *Ônus da prova no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. 11 ed. ev. atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters, 2023.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *A constituição e as provas ilicitamente adquiridas*. Rio de Janeiro: Revista de Direito do Ministério Público, n. 4, 1996.
- CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. São Paulo: Editora Saraiva, 2023. E-book. ISBN 9786553626072. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553626072/>. Acesso em: 20 dez. 2023
- CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 26ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- COLUCCI, Maria da Glória Lins da Silva; SILVA, Maria Regina Caffaro. *Prova ilícitas no processo penal*. Brasília: Revista de informação legislativa, v. 25, n. 97, 1988.
- COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *O papel do novo juiz no processo penal*. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (coord.). *Crítica à Teoria Geral do Processo Penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- DE LIMA, Renato Brasileiro. *Manual de processo penal*. 3ª ed. Salvador: Juspodivm, 2015.
- DEZEM, Guilherme Madeira. *Da prova penal: tipo processual, provas típicas e atípicas*. Campinas/SP: Millennium Editora, 2008.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo dicionário Aurélio de língua portuguesa*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986.

FERRER BELTRÁN, Jordi. *La valoración racional de la prueba*. Marcial Pons, 2007.

GIACOMOLLI, Nereu José. *Reformas (?) do processo penal: considerações críticas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *A inadmissibilidade das provas ilícitas no processo penal brasileiro*. São Paulo: RBCRIM n. 85, 2010.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *A motivação das decisões penais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *As reformas no processo penal: as novas leis de 2008 e os projetos de reforma*. Coordenação Maria Thereza Rocha de Assis Moura. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p.13

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Notas sobre a terminologia da prova (reflexos no processo penal brasileiro)*. In. *Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover*. Coord. Flávio Luiz Yarshell e Maurício Zanoide de Moraes. São Paulo: DPJ, 2005.

GOMES, Luiz Flávio. *Prova ilícita: direito à exclusão dos autos do processo (exclusionary rule)*. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, v. 92, n. 809, 2003.

GRINOVER, Ada Pellegrini, GOMES FILHO, Antonio Magalhães, SCARENCE, Antonio Fernandes. *As nulidades no processo penal*. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório*. Revista brasileira de ciências criminais, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 27, p. 71-79, 1999.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Novas tendências do direito processual de acordo com a Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As nulidades no processo penal*. 11 ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

JARDIM, Afrânio Silva. *Direito processual pena*. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

JR., Aury L. *Direito processual penal*. São Paulo: SRV Editora LTDA, 2023. E-book. ISBN 9786553626355. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553626355/>. Acesso em: 23 jul. 2024.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal: volume único*, 8ª ed. ver., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2020.

LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. São Paulo: Editora Saraiva, 2023. E-book. ISBN 9786553626355. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553626355/>. Acesso em: 2 set. 2023.

MARCÃO, Renato F. *Curso de processo penal*. São Paulo: Editora Saraiva, 2021. E-book. ISBN 9786555594485. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555594485/>. Acesso em: 2 set. 2023

MENDES, Gilmar Ferreira.; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 15 ed. São Paulo: Saraiva Educação. 2020.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo penal*. 18ª ed. São Paulo: Atlas, 2006.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 35 ed. São Paulo: Grupo GEN, 2019.

MORO, Sérgio Fernando; MOSER, Manoela Pereira. *Provas ilícitas no processo penal e a teoria dos frutos da árvore envenenada*. Economic Analysis of Law Review, Brasília, v. 10, n. 1, 2019.

MOSSIN, Heráclito A. *Garantias Fundamentais na área criminal*. São Paulo: Editora Manole, 2014. E-book. ISBN 9788520448519. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788520448519/>. Acesso em: 23 set. 2023

NASPOLINI, Samyra Haydeê. *Aspectos históricos, políticos e legais da inquisição*. In: WOLKMER, Antônio Carlos. *Fundamentos de história do direito*. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2022.

NOVINSKY, Anitta. *A inquisição*. 3ª ed. São Paulo: Brasiliense, 1982.

NUCCI, Guilherme de S. *Provas no processo penal*. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2009.

NUVOLONE, Pietro. *Le prove vietate nel processo penale nei paesi di diritto latino*. Rivista di Diritto Processuale, Padova, n. 21 (II serie), 1996.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de; FISCHER, Douglas. *Comentários ao Código de Processo Penal e sua Jurisprudência*. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005.

RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 30ª ed. São Paulo: Grupo GEN, 2023. E-book. ISBN 9786559773060. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559773060/>. Acesso em: 23 set. 2023.

RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. São Paulo: Grupo GEN, 2023. E-book. ISBN 9786559773060. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559773060/>. Acesso em: 12 dez. 2023

REBOUÇAS, Sérgio. *Curso de direito processual penal*. Salvador: JusPodivm, 2017.

SEABRA, Silvia Cives. *Sistemas processuais*. In: Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, nº 15, 2002.

SILVA COLUCCI, Maria da Glória da.; CAFFARO SILVA, Maria Regina. *Provas ilícitas no processo penal*. Revista Informativa Legislativa, v. 25, n. 97, 1988.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. 31 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

TAKAYANAGI, Fabiano Yuji. *Críticas às exceções legais às provas ilícitas por derivação no processo penal brasileiro e análise de jurisprudência após a reforma da lei 11.690/08*, Dissertação (Mestrado em Direito Processual) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. 20. ed. ev. São Paulo: Saraiva, 1998.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. 20. ed. ev. São Paulo: Saraiva, 1998.

VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. *O “sistema acusatório” do processo penal brasileiro: apontamentos acerca do conteúdo da acusatoriedade de decisões do Supremo Tribunal Federal/ The “accusatorial system” of brazilian criminal procedure: notes on the concept of accusatorialism from the federal supreme court’s decisions*. In: Revista Direito, Estado e Sociedade, Rio de Janeiro, nº 47, 2015.

WANDERLEY, Gisela Aguiar. *A quarta emenda e o controle judicial da atividade policial: busca e apreensão e stop and frisk na jurisprudência da Suprema Corte Estadunidense*. Santa Catarina: Revista de Direito Brasileira v. 24, n. 9, 2019.

ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. *A iniciativa instrutória do juiz no processo penal*. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2003.