


A prova ilícita derivada e a exceção da descoberta inevitável: uma análise segundo a doutrina e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça


Derivative illegally obtained evidence and the inevitable discovery exception: an analysis based on the doctrine and case law of the Superior Court of Justice

Ary Matheus Vieira de Melo¹

Universidade de Brasília – Brasília, Distrito Federal, Brasil

ary.matheusmelo@gmail.com


 <http://lattes.cnpq.br/4881351207307955>


 <https://orcid.org/0009-0001-9633-1685>

Reynaldo Soares da Fonseca²

Universidade de Brasília – Brasília, Distrito Federal, Brasil

reynaldofonseca@gmail.com

 <http://lattes.cnpq.br/8704330210273297>

 <https://orcid.org/0000-0003-2080-6100>

RESUMO: O presente artigo tem como propósito analisar os argumentos fáticos e jurídicos que fundamentaram as decisões da Corte Superior sobre a inevitabilidade da descoberta de provas ilícitas por

-
- ¹ Graduado em Direito pela Universidade de Brasília (UnB). Associado ao Instituto de Ciências Criminais (ICP). Membro da Equipe de Direito e Processo Penal da UnB. Membro do Grupo de Estudos em Direito e Processo Penal da UnB.
 - ² Pós-Doutorado em Democracia e Direitos Humanos - Ius Gentium Conimbrigae - Centro de Direitos Humanos (IGC) - Universidade de Coimbra - Portugal. Doutorado em Direito Constitucional pela FADISP-SP, com pesquisa realizada na Universidade de Siena- Itália. Mestrado em Direito Público (PUC/SP). Pós-Graduação em Direito Constitucional (UFMA), Direito Penal (UNB) e Inteligência Financeira (ESAF). Graduação em Direito pela Universidade Federal do Maranhão.

derivação. Para tanto, inicia-se, de forma introdutória, com um estudo teórico a respeito da prova ilícita e da regra de exclusão. Em seguida, examina-se a ilicitude por derivação e, posteriormente, a exceção à prova ilícita por derivação, consistente na teoria da descoberta inevitável. Teoria esta que é abordada sob uma perspectiva crítica e histórica, desde a origem na jurisprudência norte-americana até a sua incorporação no direito brasileiro por meio das alterações promovidas pela Lei nº 11.690/2008, destacando a problemática envolvida na sua adoção. Por fim, é realizada uma análise empírica, com base em decisões do Superior Tribunal de Justiça (STJ), utilizando o banco de dados disponível no *site* oficial de jurisprudência do STJ e seguindo critérios metodológicos previamente definidos.

PALAVRAS-CHAVE: prova ilícita; ilicitude por derivação; teoria da descoberta inevitável; Superior Tribunal de Justiça.

ABSTRACT: *The purpose of this article is to analyze the factual and legal arguments that underpin the decisions of the Superior Court regarding the inevitability of the discovery of illegal evidence through derivation. To this end, it begins with a theoretical study on illegal evidence and the exclusionary rule. Next, it examines the illegality by derivation and, subsequently, the exception to illegal evidence by derivation, which is based on the theory of inevitable discovery. This theory is addressed from a critical and historical perspective, tracing its origins in U.S. case law to its incorporation into Brazilian law through the amendments introduced by Law No. 11.690/2008, highlighting the issues involved in its adoption. Finally, an empirical analysis is conducted, based on decisions of the Superior Court of Justice, using the database available on the official Court jurisprudence website and following previously defined methodological criteria.*

KEYWORDS: *Illegal evidence; illegality by derivation; theory of inevitable discovery; Superior Court of Justice.*

INTRODUÇÃO

Ao se discutir ilicitude probatória, as questões ultrapassam o mero juízo técnico de inadmissibilidade/admissibilidade dos elementos de

convicção obtidos no curso da persecução criminal. A discussão adentra também a esfera ética dos meios utilizados para adquirir a prova.³

A atual ordem jurídica brasileira proíbe a utilização de provas ilícitas e suas derivadas (teoria dos frutos da árvore envenenada), conforme o art. 5º, inc. LVI, da Constituição Federal de 1988, dispositivo que foi ampliado pelo art. 157 do Código de Processo Penal (CPP) após a reforma legislativa de 2008. Trata-se de imposição constitucional de um limite ao direito à prova com o objetivo de direcionar essencialmente à conduta das partes e à atividade do magistrado durante toda a persecução criminal.⁴

Nada obstante, existem teorias jurídicas que podem relativizar a ilicitude por derivação. Ou seja, apesar de a prova estar contaminada pelo vício da ilicitude decorrente da prova ilícita originária, será considerada válida, o que demanda uma maior cautela ao acolher quaisquer das hipóteses de relativização sob pena de comprometer direitos e garantias de natureza constitucional.

Sendo assim, o presente trabalho se propõe a abordar, de forma crítica, a exceção da descoberta inevitável a partir da ótica doutrinária brasileira e à luz da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ), levando em conta aspectos que abrangem desde o contexto originário no direito norte-americano até a sua introdução no direito brasileiro pela Lei nº 11.690/2008.

O estudo tem como objetivo analisar a construção dos argumentos fáticos e jurídicos que fundamentaram as decisões do STJ sobre a inevitabilidade da descoberta de provas ilícitas por derivação. Para tanto, é realizada uma análise empírica de natureza quantitativa e qualitativa com base em decisões do STJ, obtidas no banco de dados do *site* oficial de jurisprudência da Corte e selecionadas de acordo com os critérios metodológicos previamente definidos. Desse modo, o presente artigo não se propõe a realizar um estudo comparado entre sistemas jurídicos, mas

³ COLUCCI, Maria da Glória Lins da Silva; SILVA, Maria Regina Caffaro. Prova ilícitas no processo penal. *Revista de Informação Legislativa*, v. 25, n. 97, Brasília, 1988. p. 238.

⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Provas ilícitas, interceptações e escutas*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. p. 414.

sim a compreender, no âmbito jurídico brasileiro, de que forma a Corte Superior vem aplicando a teoria da descoberta inevitável.

1. A PROVA ILÍCITA E A ORDEM JURÍDICA BRASILEIRA

Historicamente, a temática jurídica da prova ilícita pode ser vista à luz de dois sistemas⁵. O primeiro é o legalista, que está associado à busca pela “verdade real”, com especial destaque para a sobreposição do interesse da Justiça Penal na busca pela verdade em detrimento das garantias dos cidadãos, de modo que o vício da ilicitude não interfere no valor da prova como elemento útil para formação do convencimento judicial. Como consequência, pune-se, tão somente, o agente violador; admite-se, por outro lado, o ingresso da prova ilícita no processo.⁶

Contrariamente, o segundo sistema é o constitucionalista, que reputa insustentável a admissão de prova ilícita no processo ao argumento, sobretudo, de que o direito não pode favorecer comportamentos antijurídicos, tampouco permitir que os agentes violadores de direitos fundamentais obtenham vantagens indevidas, resultando em prejuízo alheio.⁷ Destaca-se que, no Supremo Tribunal Federal (STF), a evolução de um sistema para outro (da admissibilidade para a inadmissibilidade) tem como marco inicial, em matéria penal, a decisão proferida no julgamento do RHC nº 63.834/SP, em 1986.

A Constituição da República de 1988, no art. 5º, inc. LVI, preconiza que: “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”. Já o art. 157, caput, do Código de Processo Penal (CPP) aduz

⁵ GOMES, Luiz Flávio. *Prova ilícita: direito à exclusão dos autos do processo (exclusionary rule)*. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 92, n. 809, 2003, p. 472.

⁶ “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 insígnios 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).

⁷ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A constituição e as provas ilicitamente obtidas. *Revista de Direito do Ministério Público*, Rio de Janeiro, n. 4, 1996, p. 103.

que: “são inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais”.

Dessa forma, a Constituição Federal expressamente veda a admissibilidade de provas adquiridas em ofensa às normas constitucionais ou legais. O CPP, além disso, prevê as consequências jurídicas decorrentes dessa irregularidade.

O juízo de (in)admissibilidade, na prática, corresponde à análise prévia realizada pelo julgador a fim de impedir o ingresso de provas ilícitas no processo. Assim, ao ser declarado ilícito, o elemento de informação perde o *status* de prova e passa a ser considerado imprestável, incapaz de produzir quaisquer efeitos jurídicos válidos.⁸ Todavia, caso introduzido no processo, deverá ser, como consequência jurídica, desentranhado dos autos, por força da regra de exclusão (*exclusionary rule*).⁹

2. ORIGEM DA REGRA DE EXCLUSÃO: CASO WEEKS VS. 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*, em 1886, mas foi no julgamento do paradigmático caso *Weeks v. United States*, em 1914, que a aludida regra ganhou contornos expressivos.¹⁰

O caso em questão se tratava da invasão policial à residência de Fremont Weeks, mediante a realização de buscas não autorizadas, o que resultou na apreensão de provas que, posteriormente, foram utilizadas para

⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *As nulidades no processo penal*. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 143, 2001.

⁹ GOMES, Luiz Flávio. *Prova ilícita: direito à exclusão dos autos do processo (exclusionary rule)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 92, n. 809, 2003, p. 475.

¹⁰ REBOUÇAS, Sérgio. *Curso de direito processual penal*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: D'Plácido, 2022. p. 685-686.

condená-lo pelo delito de transportar bilhetes de loteria pelo correio.¹¹ Diante disso, alegou-se desrespeito à Quarta Emenda.¹²

No caso, ocorreu a incidência da *exclusionary rule*. Todavia, o citado entendimento, inicialmente, tinha aplicabilidade restrita aos casos sob jurisdição federal, pois a tese alcançaria tão somente a relação entre instituições federais e os cidadãos, o que foi evidenciado no julgamento do caso *Wolf v. Colorado*, em 1949.¹³

Em 1961, no caso *Mapp v. Ohio*, a Corte reavaliou tal entendimento e estendeu os efeitos da *exclusionary rule* às jurisdições estaduais.¹⁴ Com isso, a exclusão das provas ilícitas no processo tornou-se imperativa, com repercussões tanto na jurisdição federal quanto na jurisdição estadual.¹⁵

3. PROVA ILÍCITA POR DERIVAÇÃO: TEORIA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA (*FRUITS OF THE POISONOUS TREE*)

As denominadas provas ilícitas por derivação têm origem na jurisprudência norte-americana especificamente no julgamento do caso *Silverthorne Lumber v. United States*, em 1920. Todavia, a expressão “teoria dos frutos da árvore envenenada” (*fruit of the poisonous tree*) foi

¹¹ 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.

¹² Extraí-se o seguinte teor da Quarta Emenda: 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 descrito particularmente o local a ser revistado e as pessoas ou coisas a serem apreendidas (tradução livre).

¹³ 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. *Revista de Direito Brasileira*, Santa Catarina, v. 24, n. 9, 2019, p. 347.

¹⁴ *Ibidem*, *idem*.

¹⁵ *Ibidem*, *idem*.

empregada originariamente pelo juiz Felix Frankfurter, no julgamento do caso *Nardone v. United States*, em 1939.¹⁶

A extensão do reconhecimento da ilicitude refere-se, em síntese, às provas que, embora sejam formalmente lícitas, são consideradas ilícitas, pois derivam de outras provas adquiridas de maneira ilícita.¹⁷ Com isso, as provas derivadas estão igualmente contaminadas pelo vício da ilicitude devido ao efetivo nexo de causalidade estabelecido com a prova originariamente ilícita.

Sobre os efeitos da repercussão da ilicitude, o professor Badaró ilustra a seguinte hipótese: “encontra-se um cadáver em cumprimento a um mandado de busca domiciliar (prova em si ilícita), mas a informação do local em que o cadáver estava foi obtido por meio de uma confissão mediante tortura”.¹⁸ Observa-se que existe uma inegável relação de causalidade entre a prova ilícita originária e a prova por derivação, de modo que a confissão é fator *sine qua non* para localizar e apreender o cadáver.

No Brasil, a partir da Lei nº 11.690/2008, a teoria dos frutos da árvore envenenada passou a constar expressamente no art. 157, §1º, do CPP: “são inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas (...)”.

Destaca-se que, antes do dispositivo acima, a doutrina de Pellegrini Grinover, Gomes Filho e Scarance Fernandes¹⁹ já defendia que a consequência jurídica da inadmissibilidade, aplicável à prova ilícita, se

¹⁶ 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..

¹⁷ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. A inadmissibilidade das provas ilícitas no processo penal brasileiro. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 85, 2010, p. 401.

¹⁸ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023, p. 402.

¹⁹ “Na posição mais sensível às garantias da pessoa humana, e consequentemente, 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”. (GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; SCARENCE, Antonio Fernandes. *As nulidades no processo penal*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 137).

estenderia à prova ilícita por derivação.²⁰ Outrossim, a finalidade também era de desestimular a atuação ilícita das autoridades na ocasião da obtenção de provas.

Portanto, é possível concluir, até o momento, que toda prova que deriva de elementos obtidos a partir de acervo probatório contaminado pela ilicitude será também considerada ilícita nos termos do art. 157, §1º, do CPP e, como consequência, será inadmissível no processo.

4. EXCEÇÃO À PROVA ILÍCITA POR DERIVAÇÃO: TEORIA DA DESCOBERTA INEVITÁVEL

A descoberta inevitável (ou fonte hipotética independente) é uma das concepções que relativiza a inadmissibilidade da prova ilícita por derivação²¹ sob o argumento de que tal prova seria, de qualquer maneira, inevitavelmente descoberta.

Em outros termos, a prova derivada tem efetiva relação de causalidade (de dependência) com a prova ilícita, mas as circunstâncias do caso permitem considerar hipoteticamente que ela seria adquirida, mais cedo ou mais tarde, por meios lícitos, ainda que excluída a fonte ilícita.²²

O *leading case* que reconheceu e aplicou a descoberta inevitável (*inevitable discovery exception*) foi o *Nix v. Williams* (*Williams II*), em 1984. O caso em questão envolvia um investigado de ter matado uma criança e ocultado o cadáver, o que motivou as autoridades e 200 voluntários a iniciarem as buscas para localizar o corpo ocultado. Durante o desenrolar

²⁰ “A prova derivada da ilícita também se sujeita ao princípio de inadmissibilidade, segundo a lógica dos *fruits of the poisonous tree* (‘frutos da árvore envenenada’). Entende-se por prova derivada aquela que, embora não produzida diretamente por meios ilícitos, encerra nexo de causalidade com a outra prova obtida com direta transgressão à ordem jurídica”. (REBOUÇAS, Sérgio. Limites ao princípio de inadmissibilidade de provas ilícitas e derivadas de ilícitas? In: MADEIRA, Guilherme; BADARÓ, Gustavo; SCHIETTI CRUZ, Rogério. *Código de Processo Penal: Estudos comemorativos aos 80 anos de vigência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, t. II, 2021, p. 214).

²¹ São outras exceções: 1) teoria da fonte independente; 2) teoria do nexo causal atenuado; 3) exceção da descoberta inevitável; e 4) exceção da boa-fé.

²² REBOUÇAS, Sérgio. *Curso de direito processual penal*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: D’Plácido, 2022, p. 712-713,

das buscas, a polícia obteve ilegalmente a confissão do suspeito, que acabou por indicar a localização do cadáver da vítima.²³

Nada obstante a confissão ter sido considerada ilícita (prova ilícita originária), a Suprema Corte norte-americana entendeu que a descoberta do corpo (prova ilícita por derivação) seria inevitável, pois, com base nas circunstâncias concretas do caso – autoridades e voluntários que, momento anterior à confissão, iniciaram as buscas pelo cadáver em perímetro delimitado em um plano –, era possível fazer um raciocínio hipotético de que, cedo ou tarde, o cadáver seria encontrado.²⁴ Diante disso, a ilicitude da prova derivada (o corpo) é afastada, passando a ser considerada como admissível. Por outro lado, a ilicitude da prova originária permanece.

Constata-se que é imprescindível, para sustentar a mencionada teoria, realizar um juízo hipotético indicando que a prova ilícita por derivação seria inevitavelmente produzida, ainda que excluída a prova ilícita originária.²⁵ Nessa linha, a doutrina²⁶ e a jurisprudência²⁷ defendem ser insustentável alegar a mera possibilidade da descoberta da prova derivada com suporte em critérios especulativos e abstratos que não correspondem a uma hipótese concreta e objetiva de que a prova, de fato, seria alcançada uma hora ou outra.

²³ 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.

²⁴ *Ibidem*, *idem*.

²⁵ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. A inadmissibilidade das provas ilícitas no processo penal brasileiro. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 85, 2010, p. 405.

²⁶ “(...) 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” (GIACOMOLLI, Nereu José. *Reformas (?) do processo penal: considerações críticas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 47).

²⁷ STJ, HC nº 695.895, Rel. Min. Rogerio Schietti, Sexta Turma, j. 08/11/2022, p. 16/11/2022.

No Brasil, a teoria da descoberta inevitável foi inserida no art. 157, §2º, do CPP, a partir da reforma promovida pela Lei nº 11.609/2008. Todavia, a técnica legislativa utilizada na redação do dispositivo foi imprecisa e confusa, resultando na atribuição equivocada do conceito de 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. A respeito disso, o professor Magalhães Filho assinala que “parece ter havido aqui uma confusão do legislador entre as exceções da fonte independente e da descoberta inevitável consagradas pela jurisprudência norte-americana”.²⁸

Sobre a descoberta inevitável, na forma que foi descrita na redação do dispositivo acima, Sérgio Rebouças ressalta que:

A fonte objeto da norma seria, portanto, uma linha de investigação paralela, mas não que constitui um dado probatório efetivo, e sim um fator que pode conduzir ao mesmo resultado da prova derivada da ilícita. Tem-se, assim, propriamente uma descoberta inevitável da prova, a partir de uma fonte ou linha de investigação autônoma de investigação.²⁹

Em seguida, ilustra o seguinte exemplo: “a autoridade representa, também a partir de confissão ilicitamente obtida, pela busca domiciliar, quando o Ministério Público, em procedimento investigativo autônomo, já obtivera as mesmas informações sobre o paradeiro do objeto, por meios idôneos (por exemplo, prova testemunhal).”³⁰

²⁸ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. A inadmissibilidade das provas ilícitas no processo penal brasileiro. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 85, 2010, p. 405.

²⁹ REBOUÇAS, Sérgio. *Curso de direito processual penal*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: D’Plácido, 2022, p. 714-715..

³⁰ REBOUÇAS, Sérgio. *Curso de direito processual penal*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: D’Plácido, 2022, p. 715.

4.1 DESCOBERTA INEVITÁVEL VS. FONTE INDEPENDENTE: DISTINÇÃO

A teoria da fonte independente (*independent source*) tem origem também no direito norte-americano por via do julgamento 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 ao suposto roubo investigado.³¹

Diante disso, a Corte determinou, inicialmente, a exclusão das impressões digitais, na medida que derivavam de sua 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 causalidade entre as impressões antigas e a prisão ilegal (fonte ilícita originária) tornou possível a admissão da primeira teoria, classificada como de fonte independente.³²

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

Na teoria da fonte independente, existem, de fato, duas fontes de provas: 1) a ilícita e 2) a lícita. Analisar-se-á, assim, o vínculo lógico entre as provas, ou seja, a existência, ou não, do nexo de causalidade. De certo modo, trata-se de um raciocínio aparentemente óbvio que não configura exatamente uma exceção, já que, se uma a prova não tem nexo de causalidade com a fonte ilícita, ela é considerada independente. Sendo independente, conseqüentemente é lícita.³³

Nesse sentido, Magalhães Filho explica que “a rigor, no primeiro caso (fonte independente), nem mesmo seria correto falar em exceção

³¹ LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal*: volume único, 8. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 692.

³² LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal*: volume único, 8. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 692.

³³ LOPES JR., Aury, *Direito processual penal*. São Paulo: Saraiva, 2023. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553626355/>. Acesso em: 13 jan. 2024.

à regra de contaminação das provas derivada, pois, na verdade, o que se exclui é a própria relação de causalidade”.³⁴ Ricardo Gloeckner alerta que:

A inevitable discovery é ainda mais perigosa do que a limitação da *independent source* pelo fato de tornar ainda mais frágeis as amarras que condicionam a admissibilidade da prova. Enquanto na fonte autônoma é preciso que a prova seja efetivamente produzida, despidida de relação com as consideradas ilícitas, a descoberta inevitável contenta-se com a mera presunção de probabilidade de colheita de uma prova. Aqui, bastaria a mera conjectura de realizabilidade da prova para que se pudesse admitir a prova ilícita.³⁵

Diferentemente, na teoria da descoberta inevitável, “o que há é o *aproveitamento da própria prova derivada de ilícita*, justificado pela *hipótese real* de que seria obtida de qualquer maneira, mais cedo ou mais tarde”.³⁶

5. A ADOÇÃO DA DESCOBERTA INEVITÁVEL SEGUNDO O SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

5.1 COLOCAÇÃO DO PROBLEMA E METODOLOGIA DE PESQUISA

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

As causas que justificam o estudo referente à temática são relevantes, considerando que a ausência de limites legais objetivos e o elevado grau de subjetividade, que envolve a aplicação da teoria da descoberta

³⁴ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. A inadmissibilidade das provas ilícitas no processo penal brasileiro. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 85, 2010, p. 406.

³⁵ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Nulidades no processo penal: introdução principiológica à teoria do ato processual irregular*. Salvador: Juspddivm, 2013, p. 409.

³⁶ REBOUÇAS, Sérgio. *Curso de direito processual penal*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: D'Plácido, 2023, p. 713.

inevitável, mostram-se preocupantes, haja vista que o debate sobre a inevitabilidade da descoberta da prova ilícita por derivação pode ensejar interpretações equivocadas.

Caso adotada inadequadamente, a descoberta inevitável pode se transformar em um instrumento perigoso de validação de provas contaminadas pelo vício da ilicitude, contornando direito e garantias fundamentais. Além disso, pode eventualmente estimular práticas abusivas por parte das autoridades públicas, sob a convicção de que as provas obtidas por meios ilícitos poderiam conduzir à obtenção de novas provas (as derivadas), as quais posteriormente seriam introduzidas no processo e consideradas lícitas.³⁷

Por essas razões, faz-se necessária uma pesquisa empírica no âmbito do STJ com o fim de analisar especificamente os fundamentos dos acórdãos proferidos pelos órgãos colegiados especializados em matéria penal (Quinta e Sexta Turmas e Terceira Seção). O propósito é analisar a construção dos argumentos fáticos e jurídicos que fundamentaram as decisões da Corte sobre a inevitabilidade da descoberta de provas ilícitas por derivação.

Para isso, a pesquisa utiliza a base de dados de jurisprudência disponível no *site* oficial da Corte³⁸ e tem como recorte temporal abrange as decisões publicadas entre 11 de agosto de 2008 e 31 de outubro de 2024. A data inicial se justifica por marcar o início do vigor da Lei nº 11.690/2008, a qual reformou o CPP e introduziu, no art. 157, §2º, a teoria da descoberta inevitável, conferindo-lhe previsão legal. Já a data final representa o limite temporal escolhido para a análise, abrangendo decisões mais recentes, o que permite uma investigação mais atualizada.

O recorte institucional, por sua vez, justifica-se pelo fato de a Quinta e a Sexta Turmas (as quais formam a Terceira Seção) serem órgãos internos do STJ responsáveis pela uniformização da interpretação da legislação federal em matéria penal, cuja missão principal é preservar a unidade e conferir interpretação adequada ao direito federal ordinário.

³⁷ AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. *Provas ilícitas: interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 70.

³⁸ <https://scon.stj.jus.br/SCON/>

Como critério de pesquisa, foi utilizada a palavra-chave “teoria da descoberta inevitável”, o que resultou no total de 43 acórdãos: 26 da Quinta Turma, 16 da Sexta Turma e 1 da Terceira Seção, conforme se depreende do filtro “Órgão Julgadores”

Depreende-se que, dos 43 acórdãos, 30 correspondem à classe processual *habeas corpus*; 3 à classe recurso em *habeas corpus*; 5 à classe recurso especial; 4 à classe agravo em recurso especial; e 1 à classe reclamação, conforme se depreende do filtro “Classe”

Iniciou-se a leitura do inteiro teor dos 43 acórdãos e, como critério de exclusão, foram desconsiderados aqueles que o conteúdo decisório abordava outras questões. Assim, foram excluídos 29 acórdãos. Ao final, 13 acórdãos resultaram como de interesse para o estudo, por tratarem efetivamente da teoria da descoberta inevitável, os quais foram lidos em sua íntegra, considerando a ementa, o relatório e os votos tanto do relator quanto dos demais membros.³⁹

6. ANÁLISE DOS ARGUMENTOS QUE FUNDAMENTARAM AS DECISÕES DA CORTE SUPERIOR SOBRE A INEVITABILIDADE DA DESCOBERTA INEVITÁVEL DA PROVA ILÍCITA POR DERIVAÇÃO

6.1 QUINTA TURMA DO STJ

No âmbito da Quinta Turma, extrai-se que a teoria da descoberta inevitável foi reconhecida em 7 casos (1. AgR-HC nº 638.935; 2. HC nº 359.549; 3. AgR-HC nº 521.228; 4. AgR-REsp nº 1.771.698; 5. AgR-HC nº 722.827; 6. AgR-HC nº 737.486 e 7. AgR-HC nº 648.004). Por outro lado, o Colegiado afastou a teoria em 2 casos (1. REsp nº 1.630.097 e 2. AgR-HC nº 783.183).

No julgamento do AgR-HC nº 638.935, de relatoria do Ministro Felix Fischer, após reconhecer a ilegalidade das provas adquiridas mediante

³⁹ Dados brutos depositados em: MELO, Ary Matheus V.; FONSECA, Reynaldo S. *Conjunto de dados de “A prova ilícita derivada e a exceção da descoberta inevitável: uma análise segundo a doutrina e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça”*, SciELO Data, v1, 2025. <https://doi.org/10.48331/scielodata.A7WK2J>

acesso ao aparelho celular de terceiro sem autorização judicial, a Turma, ao acolher a teoria da descoberta inevitável, entendeu que as demais provas seriam “infalivelmente, obtidas pelo desenvolvimento regular, lícito e ordinário das atividades investigativas”, pois, segundo consta do acórdão, havia em andamento trabalho de investigação e de inteligência realizado em cooperação entre a Polícia Militar e a Polícia Civil sobre o envolvimento dos acusados na prática de atividades criminosas.

No julgamento do HC nº 359.549 e do AgR-HC nº 521.228, ambos de relatoria do Ministro Jorge Mussi, a defesa sustentou que o acesso sem autorização judicial ao conteúdo do celular invalidaria todas as provas decorrentes. A Turma, por sua vez, adotou a teoria da descoberta inevitável, pois o “curso normal das investigações conduziria ao mesmo desfecho”.

No primeiro caso, o corréu havia confessado informalmente a prática criminosa e indicou a localização do material ilícito dentro da casa, o que “demonstra que as mensagens ilegalmente devassadas não foram determinantes para a apuração”. Já no segundo caso, os corréus também teriam confessado informalmente, o que, de igual maneira, “demonstra que as mensagens supostamente devassadas não foram determinantes para a apuração dos ilícitos”.

No julgamento do AgR-REsp nº 1.771.698, de relatoria do Ministro Felix Fischer, o agravante sustenta ofensa ao art. 157, caput e §§1^a e 2^o, do CPP sob o argumento de que o acórdão, ao manter a condenação, baseou-se 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).

O Relator, no voto condutor, ao analisar o caso, entendeu ao argumento de 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 §§ 1^o e 2^o, 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.

No julgamento do AgR-HC nº 722.827, de relatoria do Ministro Jesuíno Rissato, a defesa alegou que “ainda que a condenação dos pacientes não tenha se centrado no conteúdo das mensagens de WhatsApp, todos os elementos de convicção derivaram do acesso ilegal da polícia aos aparelhos celulares”.

O Relator, ao examinar o caso, entendeu, pela adoção da teoria da descoberta inevitável, que “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”.

Assim, o Relator, no voto condutor, embora destaque que seja ilícita a obtenção de provas diretamente do celular sem autorização judicial, entendeu que o caso se enquadra na aplicação da teoria da descoberta inevitável.

Por sua vez, no julgamento do AgR-HC nº 737.486, o Relator Ministro Jesuíno Rissato, ao acolher a teoria da descoberta, em caso que se alegava ilegalidade da prova colhida a partir da devassa ao celular do

paciente, reportou-se, em síntese, ao que foi decidido pela instância antecedente, sem se aprofundar na fundamentação jurídica que eventualmente justificaria a aplicação da teoria ao caso concreto.

Já no julgamento do AgR-HC nº 648.004, de relatoria do Ministro Felix Fischer, a Quinta Turma, embora se reconheça a ilicitude das provas, consignou que “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”, adotando, dessa forma, a teoria da descoberta inevitável. E ainda ressaltou que “adotar entendimento diverso ao estabelecido pelo Tribunal de origem requer a verticalização da prova, medida obstada no âmbito do habeas corpus”.

Quanto aos casos que rejeitaram a teoria da descoberta inevitável, a Quinta Turma, no AgR-HC nº 783.183, de relatoria do Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, 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.

Assim, concluiu-se que não foram apresentados elementos concretos que indicassem que as armas seriam inevitavelmente descobertas, mesmo sem a busca domiciliar.

Por fim, no julgamento do AgR-REsp nº 1.630.097, de relatoria do Ministro Joel Ilan Paciornik, a Quinta Turma decidiu afastar com o seguinte fundamento:

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.

Depreende-se, portanto, que não ocorreu a adoção da teoria da descoberta inevitável, considerando, sobretudo, a ausência de elementos ou de informações concretas que levem a acreditar que a prova derivada seria descoberta de forma inevitável, independentemente do acesso ilegal ao telefone celular.

6.2 SEXTA TURMA DO STJ

No âmbito da Sexta Turma, a teoria da descoberta inevitável foi reconhecida em 1 caso (HC nº 52.995). Por outro lado, foi afastada a incidência em 2 casos (HC nº 436.603 e HC 695.895).

No julgamento do HC nº 52.995, de relatoria do Ministro Og Fernandes, o impetrante alegou 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 fraudulentamente o valor de R\$ 166.000,00 da conta da vítima e depois a mataram. Após o fato, o sobrinho da vítima, que também era seu herdeiro, decidiu averiguar as operações bancárias e obteve, sem autorização judicial, na agência, o extrato comprobatório da transferência fraudulenta (documento protegido pelo sigilo bancário) realizada pelos pacientes.

No voto condutor, o Relator, ao analisar o caso, entendeu, a aplicação 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. [...]

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. [...]

O Relator defendeu a adoção da teoria da descoberta inevitável a partir do fato de que o sobrinho, na qualidade de herdeiro da vítima, saberia de qualquer maneira do dinheiro desviado e da destinação da verba após a habilitação do inventário, meio legal pelo qual se regula e apura os bens deixados aos herdeiros.

No julgamento do HC nº 436.603, de relatoria da Ministra Laurita Vaz, depreende-se que o paciente foi abordado por policiais na rodoviária e, na ocasião, os agentes deram cumprimento ao mandado de prisão em seu desfavor. 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, entendeu que as provas decorrentes da busca e apreensão (o produto da apreensão e depoimento dos policiais) poderiam ser válidas, pois se aplicaria ao caso a teoria da descoberta inevitável. Eis os principais trechos proferidos na sentença que foram citados no acórdão:

[...] 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 tal entendimento, assinalou que a teoria da descoberta inevitável exige, para sua adoção, fundamentação adequada “com base em elementos concretos constantes dos autos, que a prova derivada da ilícita seria obtida de forma inevitável”.

Sobre o caso, enfatizou que a fundamentação adotada pelas instâncias antecedentes foi “baseada em meras conjecturas e presunções, sem a apresentação de qualquer dado concreto que demonstrasse que as provas decorrentes da busca e apreensão seriam inevitavelmente descobertas”.

Por fim, no julgamento do HC nº 695.895, de relatoria do Ministro Rogério Schietti, extrai-se do caso que o paciente foi abordado por policiais e submetido à busca veicular, porém nada de ilícito foi encontrado. Ainda assim, foi levado para a base policial com o objetivo de 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 aparelho e atendeu a ligação como se fosse o 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 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 acoiar 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.

Todavia, no STJ, o Ministro Relator, além de reconhecer a ilicitude de todas as provas dos autos, rechaçou a adoção da teoria da descoberta inevitável afirmando que “tal teoria deve ser interpretada restritivamente, até como forma de dar conformidade constitucional ao dispositivo legal, que limita o âmbito de aplicação da norma contida na Carta Magna à exclusão das provas ilícitas”.

E ainda asseverou que “apesar de se tratar de um juízo hipotético, não basta que se faça um raciocínio vago e abstrato de mera possibilidade da descoberta da prova por outro meio, sob pena de se converter a exceção em regra e, assim, fragilizar sobremaneira a garantia constitucional”.

6.3 TERCEIRA SEÇÃO DO STJ

Finalmente, observa-se que, Rcl nº 36.734, a parte sustenta que o Juízo de Direito da 1ª Vara Criminal de Barretos/SP descumpriu a autoridade de decisão emanada nos autos do RHC nº 89.385/SP. O caso teve início com a prisão em flagrante do reclamante por portar 6g de maconha, durante blitz policial. Na ocasião, seu celular foi apreendido e, sem autorização judicial, a polícia acessou as conversas no WhatsApp, o que levou à imputação por tráfico de drogas.

No julgamento do RHC 89.385, o STJ declarou ilícitas as provas obtidas do celular, determinando seu desentranhamento e a renovação do julgamento. O juízo de origem cumpriu parcialmente a decisão: excluiu as provas ilícitas, reabriu a instrução e, após manifestação do MP, autorizou nova perícia no celular, com base na alegação de se tratar de prova repetível.

Diante disso, foi ajuizada a Rcl 36.734, apontando descumprimento a decisão do STJ. No julgamento, o Ministro Relator entendeu que não houve descumprimento à decisão anterior, mas reconheceu, de ofício, que o processo deveria ter sido anulado desde o início, pois as provas ilícitas foram a única base da denúncia por tráfico. Rejeitou, assim, a aplicação

da teoria da descoberta inevitável, pois não havia elementos prévios que justificassem o acesso ao conteúdo do celular.

Divergindo, o Ministro Ribeiro Dantas aplicou tanto a teoria da descoberta inevitável quanto a da mancha purgada, sustentando que a autoridade policial poderia ter obtido a autorização judicial para a perícia, mesmo sem a análise prévia do aparelho.

O Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, por sua vez, asseverou que, a seu ver, não era possível chegar à conclusão de 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”.

7. RESULTADOS

A partir da exposição acima, constata-se que, em síntese, a jurisprudência do STJ, nos HC nº 436.603 e HC nº 695.895/MS adota interpretação restrita da teoria da descoberta inevitável. Ambos os julgados reforçam que a sua adoção exige fundamentação lastreada em dados concretos aferíveis na realidade, jamais em abstrações ou meras suposições, em consonância com a doutrina

Apesar disso, identificam-se decisões, como no HC nº 359.549 e HC nº 521.228, que amparam a aplicação da teoria no argumento “curso normal das investigações”, sem justificativas robustas, o que revela fragilidade argumentativa que não corresponde ao nível exigido para dar suporte à possível relativização da ilicitude por meio da teoria da descoberta inevitável, a qual demanda um exame mais aprofundado do caso concreto e dos critérios atinentes à inevitabilidade da descoberta da prova. Sendo assim, o cotejo das decisões demonstra uma diferença de abordagem quanto à interpretação da teoria da descoberta inevitável entre os colegiados. Enquanto a Sexta Turma adota um entendimento mais restrito, a Quinta apresenta uma compreensão mais ampla, admitindo sua adoção com base em pressupostos menos rigorosos.

Essa dissonância destaca, sobretudo, a necessidade de se estabelecer critérios mais objetivos e seguros, a fim de evitar decisões

lastreadas em presunções subjetivas, ainda que, de fato, não se possa excluir por completo o subjetivismo das etapas de aplicação da teoria da descoberta inevitável.

Ante o cenário, revela-se imprescindível a submissão da matéria à Terceira Seção do STJ, com o fim de pacificar a controvérsia e definir parâmetros objetivos e racionais, de modo a garantir que a teoria se submeta a etapas de verificação mais rígidos, compatíveis aos direitos fundamentais atingidos, evitando, dessa forma, soluções casuísticas e, ao mesmo tempo, preservando a proteção aos direitos fundamentais e a efetividade da justiça penal.

Nessa linha, destacam-se os seguintes critérios: i) a exigência de inquérito policial ou outro instrumento legal em curso, anterior ou paralelo ao acesso à prova ilícita, ii) a comprovação de uma probabilidade concreta e real de que a prova seria descoberta por meios lícitos, afastando hipóteses incipientes ou meramente conjecturais e abstratas, e iii) decisão judicial fundamentada, detalhando os elementos investigativos concretos e autônomos que conduziram à inevitabilidade da prova ilícita.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Suprema Corte dos Estados Unidos desenvolveu a regra de exclusão (*exclusionary rule*), bem como a teoria dos frutos da árvore envenenada (*fruits of the poisonous tree*). Ainda, a própria Corte desenvolveu a teoria da descoberta inevitável (*inevitable discovery exception*), a partir do caso *Nix v. Williams* (*Williams II*), que consiste em hipótese de exceção à ilicitude por derivação.

É certo que o legislador brasileiro, ao tentar incorporá-la no direito pátrio, com as alterações promovidas pela Lei nº 11.690/2008, estruturou uma teoria que se distancia da concepção originária desenvolvida no direito norte-americano.

O art. 157, §2º, do CPP, possibilita que o intérprete amplie o seu campo de incidência devido ao conteúdo genérico/abstrato do que efetivamente seria “seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova”.

O que, inquestionavelmente, pode conduzir ao esvaziamento da garantia constitucional da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos, permitindo que provas contaminadas pelo vício da ilicitude, de alguma forma, pudessem ser legitimadas com base na interpretação aberta do dispositivo legal.

De imediato, a doutrina, conforme apresentado, já alertava sobre os devidos cuidados ao adotar a teoria, de modo que a inevitabilidade da prova ilícita jamais poderia ser embasada em critérios especulativos, carentes de base empírica, sendo inegáveis os riscos da ausência de critérios objetivos para definir o que consiste em “trâmites típicos e de praxe”, uma vez que se trata de conceitos cuja amplitude abre espaço para a discricionariedade e, conseqüentemente, ocasiona maior insegurança jurídica.

O sentimento de insegurança decorre justamente do fato de a prova ilícita derivada, embora tenha inequívoca relação de causalidade com a prova originariamente ilícita, ser admissível no processo a partir de um juízo subjetivo que relativiza, especialmente, a presunção de inocência e a regra de exclusão, normas de natureza constitucionais.

Sendo assim, é imprescindível o debate a respeito da necessidade de conferir uma interpretação restritiva ao art. 157, §2º, do CPP, de modo a resguardar a integridade do sistema de direitos e garantias constitucionais no processo penal e evitar o uso de provas derivadas de condutas ilícitas sem os devidos limites e cautelas. Para isso, cabe ao Poder Judiciário, somado à doutrina, exercer o papel essencial no controle dessas situações, com destaque ao Superior Tribunal de Justiça na função de uniformização da legislação federal.

A ausência de critérios objetivos pode comprometer até mesmo a isonomia entre os jurisdicionados e fragilizar a proteção dos direitos fundamentais. Desse modo, parece legítimo a Corte Superior se debruçar sobre o tema e estabelecer diretrizes claras, alinhadas aos princípios constitucionais e ao devido processo legal, a fim de evitar relativizações que permitam práticas abusivas.

REFERÊNCIAS

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.

AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. *Provas ilícitas: interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas*. 3ª ed. São Paulo: Editora 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. *Revista de Direito do Ministério Público*, n. 4, Rio de Janeiro, 1996.

COLUCCI, Maria da Glória Lins da Silva; SILVA, Maria Regina Caffaro. Prova ilícitas no processo penal. *Revista de Informação Legislativa*, v. 25, n. 97, Brasília, 1988.

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

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

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Nulidades no processo penal: introdução principiológica à teoria do ato processual irregular*. Salvador: Juspodivm, 2013.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. A inadmissibilidade das provas ilícitas no processo penal brasileiro. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 18, n. 85,, São Paulo, 2010.

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

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Provas ilícitas, interceptações e escutas*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

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

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

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

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

MELO, Ary Matheus V.; FONSECA, Reynaldo S. Conjunto de dados de “A prova ilícita derivada e a exceção da descoberta inevitável: uma análise segundo a doutrina e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça”, SciELO Data, v1, 2025. <https://doi.org/10.48331/scielodata.A7WK2J>

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

REBOUÇAS, Sérgio. *Curso de direito processual penal*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: D’Plácido, 2022.

REBOUÇAS, Sérgio. Limites ao princípio de inadmissibilidade de provas ilícitas e derivadas de ilícitas? In: MADEIRA, Guilherme; BADARÓ, Gustavo; SCHIETTI CRUZ, Rogério. *Código de Processo Penal: Estudos comemorativos aos 80 anos de vigência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, t. II, 2021.

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. *Revista de Direito Brasileira*, Santa Catarina, v. 24, n. 9, 2019.

Authorship information

Ary Matheus Vieira de Melo. Graduado em Direito pela Universidade de Brasília (UnB). Associado ao Instituto de Ciências Criminais (ICP). Membro da Equipe de Direito e Processo Penal da UnB. Membro do Grupo de Estudos em Direito e Processo Penal da UnB. Membro do Instituto de Garantias Penais (IGP). ary.matheusmelo@gmail.com

Reynaldo Soares da Fonseca. Pós-Doutorado em Democracia e Direitos Humanos - Ius Gentium Conimbrigae - Centro de Direitos Humanos (IGC) - Universidade de Coimbra - Portugal. Doutorado em Direito Constitucional pela FADISP-SP, com pesquisa realizada na Universidade de Siena- Itália. Mestrado em Direito Público (PUC/SP). Pós-Graduação em Direito Constitucional (UFMA), Direito Penal (UNB) e Inteligência Financeira (ESAF). Graduação em Direito pela Universidade Federal do Maranhão. reynaldofonseca@gmail.com.

Additional information and author's declarations (scientific integrity)

Conflict of interest declaration: the authors confirm that there are no conflicts of interest in conducting this research and writing this article.

Declaration of authorship: all and only researchers who comply with the authorship requirements of this article are listed as authors; all coauthors are fully responsible for this work in its entirety.

- *Ary Matheus Vieira de Melo:* conceptualization, methodology, data curation, investigation, writing – original draft, validation, writing – review and editing, final version approval.
- *Reynaldo Soares da Fonseca:* conceptualization, methodology, data curation, investigation, writing – original draft, validation, writing – review and editing, final version approval.

Declaration of originality: the authors assure that the text here published has not been previously published in any other resource and that future republication will only take place with the express indication of the reference of this original publication; they also attest that there is no third party plagiarism or self-plagiarism.

Data Availability Statement: In compliance with open science policies, the dataset of this article is available in an open repository at the following link: <https://doi.org/10.48331/scielodata.A7WK2J>

Editorial process dates (<https://revista.ibraspp.com.br/RBDPP/about>)

- Submission: 08/04/2025
- Desk review and plagiarism check: 10/04/2025
- Review 1: 23/04/2025
- Review 2: 25/04/2025
- Review 3: 18/05/2025
- Review 4: 22/05/2025
- Preliminary editorial decision: 07/07/2025
- Correction round return 1: 25/09/2025
- Preliminary editorial decision 2: 26/09/2025
- Correction round return 2: 19/10/2025
- Final editorial decision: 20/10/2025

Editorial team

- Editor-in-chief: 1 (VGV)
- Reviewers: 4

HOW TO CITE (ABNT BRAZIL):

MELO, Ary Matheus V.; FONSECA, Reynaldo S. A prova ilícita derivada e a exceção da descoberta inevitável: uma análise segundo a doutrina e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, vol. 11, n. 3, e1218, set./dez. 2025. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v11i3.1218>



License Creative Commons Attribution 4.0 International.