

**FUNDAÇÃO EDUCACIONAL MACHADO DE ASSIS  
FACULDADES INTEGRADAS MACHADO DE ASSIS  
CURSO DE DIREITO**

**NICOLE ZGIERSKI**

**A (IN)ADMISSIBILIDADE DAS PROVAS ILÍCITAS NO PROCESSO PENAL  
BRASILEIRO  
TRABALHO DE CURSO**

Santa Rosa  
2024

**NICOLE ZGIERSKI**

**A (IN)ADMISSIBILIDADE DAS PROVAS ILÍCITAS NO PROCESSO PENAL  
BRASILEIRO  
TRABALHO DE CURSO**

Monografia apresentada às Faculdades Integradas  
Machado de Assis, como requisito parcial para  
obtenção do Título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Esp. William Dal Bosco Garcez Alves

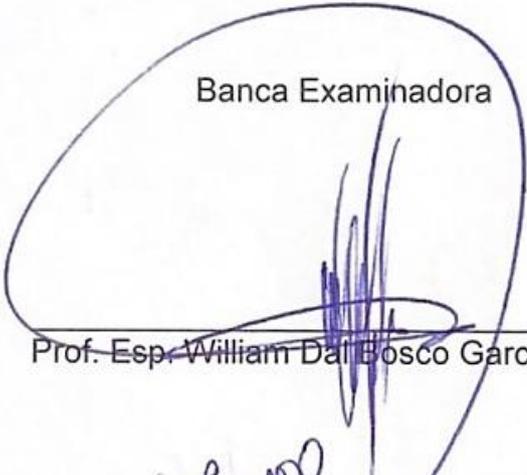
Santa Rosa  
2024

**NICOLE ZGIERSKI**

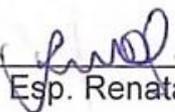
**A (IN)ADMISSIBILIDADE DAS PROVAS ILÍCITAS NO PROCESSO PENAL  
BRASILEIRO  
TRABALHO DE CURSO**

Monografia apresentada às Faculdades Integradas  
Machado de Assis, como requisito parcial para  
obtenção do Título de Bacharel em Direito.

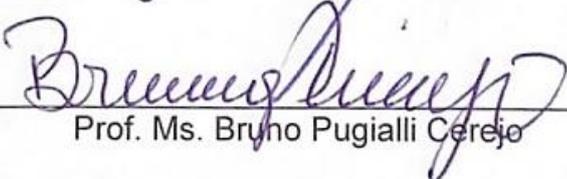
Banca Examinadora



Prof. Esp. William Dal Bosco Garcez Alves



Esp. Renata Tams Diehl



Prof. Ms. Bruno Pugialli Cerejo

Santa Rosa, 03 de julho de 2024.

## **DEDICATÓRIA**

Dedico este trabalho aos meus amados pais, Edson Zgierski e Maristela Zgierski, vocês são a minha verdadeira fortaleza e a luz que guia meus passos. Esta monografia se revela como uma pequena homenagem diante de todo o carinho, dedicação, cuidado e esforço de meus pais durante toda a minha existência. Com minha eterna gratidão.

## **AGRADECIMENTOS**

De início, agradeço a Deus por me conceder a força, sabedoria e o discernimento necessários para a condução deste trabalho.

Aos meus pais, Edson Zgierski e Maristela Zgierski, reservo os mais profundos agradecimentos por todo o apoio, amor incondicional e compreensão durante esta longa jornada acadêmica, sem vocês nada disso seria possível.

Aos demais familiares, por também acreditarem, sempre, em meu potencial, principalmente a minha querida avó, Margarida Reginaldo da Veiga e a meu tio, Antônio Adelar Reginaldo da Veiga, meus grandes apoiadores e pilares de minha criação.

Em especial, agradeço ao meu orientador, Prof. William Garcez, por todo o comprometimento e dedicação de seu tempo e conhecimento, bem como por sua paciência e confiança durante o processo de elaboração desta monografia.

Também gostaria de agradecer ao Dr. Gidione Bombassaro, minha grande fonte de inspiração e incentivo perante os desafios da vida acadêmica.

Aos meus estimados professores, por todo o ensino e pelas valiosas contribuições enriquecedoras de meu crescimento acadêmico e pessoal.

E, por fim, minha sincera gratidão a todos os amigos que estiveram ao meu lado no decorrer desta caminhada, tornando-a mais leve e memorável.

A todos vocês, obrigada por fazerem-me sorrir com o coração.

“Tudo tem o seu tempo determinado, e há tempo para todo o propósito debaixo do céu.”

-Eclesiastes 3:1

## RESUMO

A presente monografia tem como temática a (in)admissibilidade das provas ilícitas no processo penal brasileiro. Delimita-se esta pesquisa à análise da possibilidade ou não de admissão das provas ilícitas no direito brasileiro, tendo por base o princípio da busca pela verdade real e levando em consideração a teoria dos frutos da árvore envenenada no quesito inadmissibilidade, bem como as suas possíveis exceções e a aplicação do princípio da proporcionalidade. Nesse contexto, a pergunta problematizadora deste estudo questiona a possibilidade de valoração das provas ilícitas, sobretudo as provas ilícitas por derivação a partir das exceções a teoria dos frutos da árvore envenenada, vez que o direito é uma área que está sempre em constante evolução. Desse modo, como objetivo geral da pesquisa pretende-se examinar a partir do Código de Processo Penal, da Constituição Federal e de pesquisas bibliográficas e entendimentos principiológicos e jurisprudenciais dos Tribunais Superiores, qual a possibilidade de aceitação das provas ilícitas e suas derivadas no ordenamento jurídico brasileiro a partir das limitações existentes, principalmente aquelas atinentes a ilicitude por derivação. Justifica-se a escolha do estudo referente as provas ilícitas por se tratar de tema não tão abordado quanto deveria ser, vez que as provas são de grande valor social e relevância para o processo penal. Quanto a metodologia utilizada no presente trabalho, este desenvolve-se por meio de natureza teórica com tratamento de dados feitos de forma qualitativa. O método de abordagem é o descritivo e o plano de coleta de dados ocorre por meio de documentação indireta, enquanto que o plano de análise e de interpretação de dados efetua-se por intermédio do método hipotético-dedutivo, bem como pelo comparativo. Esta monografia divide-se em dois capítulos, de forma que o primeiro busca descrever a figura da prova no processo penal, com ampla pesquisa a respeito de sua natureza, importância, conteúdos e princípios que a ela se relacionam, ao passo que o segundo capítulo aborda os limites do direito à prova e se aprofunda ao estudo do princípio que veda a admissão das provas ilícitas e suas derivadas, tal como o princípio da proporcionalidade e possíveis exceções a teoria dos frutos da árvore envenenada. Como considerações finais, denota-se que diante da incessante evolução do direito, bem como que nenhuma garantia constitucional tem caráter absoluto, o princípio da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos, o que abrange as provas ilícitas por derivação, não pode ser observado irrefletidamente em sua totalidade frente a existência de teorias que mitigam a inutilização de tais provas a depender da necessidade de cada caso em específico, motivo pelo qual a temática deste estudo deve permanecer como objeto de pesquisas futuras a fim de ampliar a discussão e entendimento do tema.

**Palavras-chave:** possibilidade – admissão – provas ilícitas – provas ilícitas por derivação – processo penal.

## ABSTRACT

This monograph's theme is the (in)admissibility of illicit evidence in Brazilian criminal proceedings. This research is limited to the analysis of the possibility or not of admitting illicit evidence in Brazilian law, based on the principle of searching for real truth and taking into account the theory of the fruits of the poisoned tree in terms of inadmissibility, as well as its possible exceptions and the application of the principle of proportionality. In this context, the problematizing question of this study questions the possibility of valuing illicit evidence, especially illicit evidence derived from exceptions to the theory of the fruits of the poisoned tree, since law is an area that is always in constant evolution. Thus, as a general objective of the research, we intend to examine, based on the Code of Criminal Procedure, the Federal Constitution and bibliographical research and principiological and jurisprudential understandings of the Superior Courts, what is the possibility of accepting illicit evidence and its derivatives in the legal system. Brazilian based on existing limitations, mainly those relating to illicitness by derivation. The choice of the study regarding illicit evidence is justified because it is a topic that is not covered as much as it should be, since the evidence is of great social value and relevance to the criminal process. As for the methodology used in this work, it is developed through a theoretical nature with qualitative data processing. The approach method is descriptive and the data collection plan occurs through indirect documentation, while the data analysis and interpretation plan is carried out through the hypothetical-deductive method, as well as comparative. This monograph is divided into two chapters, so that the first seeks to describe the figure of evidence in criminal proceedings, with extensive research regarding its nature, importance, contents and principles that relate to it, while the second chapter addresses the limits of the right to evidence and delves into the study of the principle that prohibits the admission of illicit evidence and its derivatives, such as the principle of proportionality and possible exceptions to the theory of the fruits of the poisoned tree. As final considerations, it is noted that given the incessant evolution of the law, as well as that no constitutional guarantee has an absolute character, the principle of inadmissibility of evidence obtained by illicit means, which covers illicit evidence by derivation, cannot be observed carelessly in its entirety given the existence of theories that mitigate the unusability of such evidence depending on the needs of each specific case, which is why the theme of this study must remain an object of future research in order to expand the discussion and understanding of the topic.

**Keywords:** possibility – admission – illicit evidence – illegal evidence by derivation – criminal process.

## **LISTA DE ABREVIações, SIGLAS E SÍMBOLOS.**

art. – artigo;

arts. – artigos;

FEMA – Fundação Educacional Machado de Assis;

p. – página;

§ - parágrafo;

s.d – sem data;

inc. – inciso;

nº– número;

ex – exemplo;

apud – citado por;

et al – e outros;

CF/88 – Constituição Federal;

CPP/1941 – Código de Processo Penal;

CPC/2015 – Código de Processo Civil;

LEP/1984 – Lei de Execução Penal;

OEA – Organização dos Estados Americanos;

STF – Supremo Tribunal Federal;

STJ – Superior Tribunal de Justiça.

## SUMÁRIO

|  |           |
|--|-----------|
| <b>INTRODUÇÃO .....</b>  | <b>12</b> |
| <b>1 TEORIA GERAL DA PROVA .....</b>   | <b>15</b> |
| 1.1 A PROVA E A SUA CLASSIFICAÇÃO NO PROCESSO PENAL .....  | 15        |
| 1.2 OBJETO DA PROVA E MEIOS DE PROVA .....   | 20        |
| 1.3 SISTEMAS DE AVALIAÇÃO DAS PROVAS .....   | 26        |
| 1.4 PRINCÍPIOS ATINENTES ÀS PROVAS NO PROCESSO PENAL.....  | 30        |
| <b>2 DO DIREITO A PROVA .....</b>  | <b>36</b> |
| 2.1 DOS LIMITES AO DIREITO À PROVA.....  | 36        |
| 2.2 PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO DAS PROVAS OBTIDAS POR MEIOS ILÍCITOS E A<br>ILICITUDE POR DERIVAÇÃO..... | 41        |
| 2.3 TEORIA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA E AS SUAS POSSÍVEIS<br>EXCEÇÕES.....                    | 46        |
| 2.4 PROVAS ILÍCITAS PRO REO E PRO SOCIETATE DIANTE DO PRINCÍPIO DA<br>PROPORCIONALIDADE .....      | 52        |
| <b>CONCLUSÃO .....</b>   | <b>58</b> |
| <b>REFERÊNCIAS .....</b>   | <b>63</b> |

## INTRODUÇÃO

A presente monografia tem como temática a (in)admissibilidade das provas ilícitas no processo penal brasileiro. Como delimitação, esta pesquisa tem por pauta a análise quanto à possibilidade ou não de admissão das provas ilícitas no direito brasileiro, tendo por base o princípio da busca pela verdade real e levando em consideração a teoria dos frutos da árvore envenenada (*fruits of the poisonous tree*) no quesito inadmissibilidade, bem como as suas possíveis exceções e a aplicação do princípio da proporcionalidade, capazes de valorar a prova oriunda da obtida de forma ilícita no processo, desde que admitidas pelo ordenamento jurídico brasileiro.

O problema norteador da pesquisa questiona a possibilidade de valoração das provas ilícitas, sobretudo as provas ilícitas por derivação a partir das exceções a teoria dos frutos da árvore envenenada, bem como a aplicação do critério de proporcionalidade às provas ilícitas.

Por conseguinte, observa-se o surgimento de duas hipóteses ante a problemática apresentada. A primeira delas entende que a inadmissibilidade tem de prevalecer, sendo nula toda e qualquer prova obtida por meios ilícitos, as quais devem ser inteiramente vedadas pelo direito brasileiro, o que também se estende as provas que derivam de conduta ilícita, sendo inconcebível a sua presença no processo quando evidenciado for o nexo de causalidade entre ambas as provas, conforme estipula a Constituição Federal e o Código de Processo Penal. Em contrapartida, o segundo panorama afirma que, como nenhuma garantia constitucional é absoluta e a inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos assume caráter relativo, concebível também seria, além das exceções quanto a teoria dos frutos da árvore envenenada, o critério denominado como princípio da proporcionalidade, que tem por base a busca pela verdade real a fim de justificar a admissão das provas ilícitas em casos realmente excepcionais.

Como objetivo geral, pretende-se examinar por meio do Código de Processo Penal, da Constituição Federal e de pesquisas bibliográficas e entendimentos principiológicos e jurisprudenciais dos Tribunais Superiores, qual a possibilidade de

aceitação das provas ilícitas e suas derivadas no ordenamento jurídico brasileiro com base nas limitações existentes, principalmente aquelas atinentes a ilicitude por derivação.

Assim sendo, os objetivos específicos deste trabalho correspondem ao estudo da prova no processo penal, percorrendo a sua natureza e finalidade, a maneira como é classificada, seu objeto e os meios pela qual ela é produzida, tal como a perquirição sobre os seus sistemas de valoração e os princípios mais relevantes ao seu conteúdo. Igualmente, a discussão acerca do direito a prova será aprofundada, de maneira a estudar os limites que a permeiam e esquadrihar o princípio da vedação das provas obtidas por meios ilícitos, o que também engloba a ilicitude por derivação e as suas possíveis exceções, assim como a plausível aplicabilidade do princípio da proporcionalidade em favor do réu e da sociedade.

Justifica-se o estudo referente as provas ilícitas por se tratar de tema não tão abordado quanto deveria ser, vez que a prova no processo penal é de grande valor social e relevância, caracterizando elemento essencial por ser ela a responsável em suscitar a convicção do magistrado em sua decisão. Dessa forma, ao versar sobre a possibilidade de admissão das provas ilícitas e as suas derivadas, há o propósito de compreender até que ponto as provas podem ser exploradas a fim de se efetivar aquilo que denominamos como justiça ao mesmo tempo em que se busca garantir o exercício dos direitos e garantias constitucionais, seja em favor do indivíduo ou da coletividade. Todavia, salienta-se que não existe meio capaz de assegurar integralmente a aplicação de tais garantias constitucionais, de modo que ainda persistem no meio jurídico concepções excepcionalmente favoráveis a aplicação dessas provas, questão que traz à tona a teoria dos frutos da árvore envenenada e suas prováveis exceções, como também o critério da proporcionalidade.

Quanto a metodologia do presente estudo, cuida-se de pesquisa de natureza teórica com tratamento de dados feitos de forma qualitativa. O método de abordagem é o descritivo com conduta bibliográfica e documental no que concerne aos procedimentos técnicos, e o plano de coleta de dados ocorre por meio de documentação indireta, enquanto que o plano de análise e de interpretação de dados efetua-se por intermédio do método hipotético-dedutivo e comparativo.

Esta monografia divide-se em dois capítulos, de forma que o primeiro intitula-se “teoria geral da prova”, buscando descrevê-la no processo penal, com ampla

pesquisa a respeito de sua natureza, importância, conteúdos e princípios que a ela se relacionam, ao passo que o segundo capítulo denomina-se “do direito a prova”, abordando seus limites e se aprofundando no estudo do princípio que veda a admissão das provas ilícitas e suas derivadas, tal como o princípio da proporcionalidade e possíveis exceções a teoria dos frutos da árvore envenenada.

## 1. TEORIA GERAL DA PROVA

O presente capítulo tem como objetivo o estudo da prova no processo penal, a fim de, primeiramente, compreender a sua natureza, finalidade e importância, bem como a análise de sua classificação que diverge perante a doutrina. Por conseguinte, aborda-se mais precisamente o objeto da prova e os seus meios, sobretudo as formas de produção da prova para, em seguida, fazer a explanação acerca dos seus principais sistemas de valoração, assim como os princípios que regem a prova e que são de maior relevância para este estudo.

### 1.1 A PROVA E A SUA CLASSIFICAÇÃO NO PROCESSO PENAL

No processo penal, a prova é elemento essencial, caracterizada pela capacidade de formar a convicção do julgador a partir da reconstrução de fatos ou alegações destes, os quais são integralmente submetidos ao contraditório e a ampla defesa.

A importância da prova como uma ciência do processo corresponde a correta verificação dos fatos alegados pelas partes, o que é fundamental para a existência de uma decisão justa baseada em provas que mais se assemelham com a verdade, sobretudo se for possível alcançar a prova cabal do fato criminoso, ou seja, aquela que é irrefutável e capaz de superar a presunção de inocência do acusado (Gomes Filho, 2005).

Na linguagem comum ou vulgar, a prova pode ser interpretada como um sinal ou exame, representando “tudo aquilo que pode levar ao conhecimento de um fato, de uma qualidade, da existência ou exatidão de uma coisa” (Aranha, 1994 apud Mossin, 2013, p. 386). Ao passo que, no meio jurídico, o vocábulo “prova” ainda possui diversas denominações que são empregadas por vários autores e em diferentes ramos do direito.

Assim dizendo, no campo da Filosofia Geral, a prova advém de uma operação mental, ou seja, é o processo conduzido pela inteligência até se chegar à verdade de um fato; no Direito Civil, a prova envolve a demonstração de existência de negócios jurídicos a partir de um conjunto de meios legais capazes de comprová-los; no Direito Processual, a prova é o instrumento utilizado pelas partes durante o processo para

apuração da verdade, determinando a convicção do magistrado e convencendo-o da verdade, ou não, dos fatos alegados em juízo, desde que seja de caráter idôneo, legal e moralmente legítimo (Lalande; e Beviláqua, [s.d] apud Diniz, 2022, p. 428).

Segundo Guilherme de Souza Nucci, o termo “prova”:

[...] origina-se do latim – probatio –, que significa ensaio, verificação, inspeção, exame, argumento, razão, aprovação ou confirmação. Dele deriva o verbo provar – probare –, significando ensaiar, verificar, examinar, reconhecer por experiência, aprovar, estar satisfeito com algo, persuadir alguém a alguma coisa ou demonstrar (Nucci, 2023, p. 447).

Para tanto, Nucci compreende que a prova sempre irá possuir um valor relativo, vez que consiste no apanhado de tudo o que pretender-se-á demonstrar a veracidade, já que se tratam de circunstâncias supostamente verdadeiras, em que a descoberta da verdade também será de cunho relativo (o verdadeiro para alguns, pode ser o falso para outros). Assim sendo, o conjunto probatório é o meio mais seguro para se obter uma noção do que pode ter ocorrido no plano da realidade e formar a convicção do juiz, ou seja, a sua certeza íntima a respeito do que aconteceu a partir da alegação que lhe for mais convincente (Nucci, 2023).

Ainda, é oportuno trazer à tona mais três interpretações referentes a prova, as quais Edilson Mougenot Bonfim entende como sendo:

- a) a atividade realizada, em regra, pelas partes, com o fim de demonstrar a veracidade de suas alegações (ex.: reconhecimento pessoal de “X” pela testemunha, observando o disposto no art. 226 do CPP<sup>1</sup>);
- b) os meios ou instrumentos utilizados para a demonstração da verdade de uma afirmação ou existência de um fato (ex.: o réu apresenta atestado médico – documento – comprovando que no dia Y, horário Z, foi submetido a exames);
- c) o resultado final da atividade probatória, ou seja, a certeza ou convicção que surge no espírito de seu destinatário (Bonfim, 2019, p. 418).

---

<sup>1</sup> Art. 226 - Quando houver necessidade de fazer-se o reconhecimento de pessoa, proceder-se-á pela seguinte forma: I - a pessoa que tiver de fazer o reconhecimento será convidada a descrever a pessoa que deva ser reconhecida; II - a pessoa, cujo reconhecimento se pretender, será colocada, se possível, ao lado de outras que com ela tiverem qualquer semelhança, convidando-se quem tiver de fazer o reconhecimento a apontá-la; III - se houver razão para recear que a pessoa chamada para o reconhecimento, por efeito de intimidação ou outra influência, não diga a verdade em face da pessoa que deve ser reconhecida, a autoridade providenciará para que esta não veja aquela; IV - do ato de reconhecimento lavrar-se-á auto pormenorizado, subscrito pela autoridade, pela pessoa chamada para proceder ao reconhecimento e por duas testemunhas presenciais (Brasil, 1941).

Ou seja, a prova, no processo penal, pode corresponder a uma atividade, meio ou instrumento e ao resultado final da atividade probatória, desde que a demonstração de veracidade de suas alegações tenha sido responsável por atingir o seu fim último, qual seja, a formação de convicção do julgador.

Assim, passamos ao entendimento de Fernando Capez, para quem a prova é:

“[...] o conjunto de atos praticados pelas partes, pelo juiz [...] e por terceiros (p. ex., peritos), destinados a levar ao magistrado a convicção acerca da existência ou inexistência de um fato, da falsidade ou veracidade de uma afirmação. Trata-se, portanto, de todo e qualquer meio de percepção empregado pelo homem com a finalidade de comprovar a verdade de uma alegação” (Capez, 2023, p. 135).

Aqui, novamente assimila-se a prova como o meio pelo qual o julgador irá decidir acerca da veracidade ou falsidade de um fato ou alegação. Desse modo, Guilherme de Souza Nucci entende que “a finalidade da prova é convencer o juiz a respeito da verdade de um fato litigioso, buscando-se a verdade processual, ou seja, a verdade atingível ou possível” (Nucci, 2023, p. 454).

Enquanto Gonçalves e Reis denominam a prova como os “elementos aptos a transmitir informação relativa a um fato” (Gonçalves; Reis, 2023, p. 141), Edilson Mougnot Bonfim afirma que a sua finalidade é, justamente, “permitir que o julgador conheça os fatos sobre os quais fará incidir o direito” (Bonfim, 2019, p. 418).

De tal maneira, pode-se dizer que é por intermédio das provas que o processo penal consegue reconstruir fatos do passado com a maior proximidade da realidade que lhe for possível, o que permite o exercício da atividade recognitiva do magistrado quanto ao fato histórico que constar na peça acusatória, ou seja, as provas oportunizam ao juiz a efetividade de sua função de averiguação e ou reconhecimento do referido fato, de modo que, tanto o processo penal como a prova nele acolhida compõem os meios de convencimento do julgador, a fim de formar a sua convicção a respeito dos fatos alegados (Lopes Jr., 2023).

Nesse íterim, Norberto Avena aponta que a prova “não se destina, portanto, às partes que a produzem ou requerem, mas ao magistrado, possibilitando, destarte, o julgamento de procedência ou improcedência da ação penal” (Avena, 2023, p. 436).

Logo, depreende-se que o conceito de prova presente no mundo jurídico corresponde ao meio instrumental de quem fazem uso as partes envolvidas no processo, uma vez que autor e réu irão utilizar de provas para comprovar os fatos por

eles declarados a fim de garantir o exercício de seus direitos de ação e defesa. Entretanto, sendo a finalidade, ou o objetivo maior da prova, o convencimento do magistrado acerca da veracidade dos fatos apresentados por ambas as partes, salienta-se ser ele o principal destinatário da prova, enquanto as partes são as destinatárias indiretas, aquelas que possuem a opção de aceitar ou não a decisão judicial final do juiz, o que pode vir a acarretar o exercício do duplo grau de jurisdição (Rangel, 2023).

Além do mais, frisa-se que as provas podem ser classificadas em espécies ou critérios, mas como o seu estudo oscila perante a doutrina, de modo que variadas são as suas formas de classificação, a maneira pela qual se apresentam vai depender do método adotado por cada doutrinador. Então, inicialmente utilizando-se dos preceitos propostos por Edilson Mougnot Bonfim (2019) e Fernando Capez (2023), podemos dizer que a classificação da prova ocorre da seguinte maneira:

Quanto ao objeto: corresponde ao fato que necessita de comprovação da sua existência. Pode ser direta ou indireta, de forma que a primeira, por si só, já demonstra um fato imediatamente, como por exemplo, o flagrante e o corpo de delito. Já a segunda, ocorre quando o fato principal é alcançado por intermédio de raciocínio lógico-dedutivo, dada a existência de fatos secundários que possuem relação com o fato que se busca provas, a exemplo disso há os indícios, suspeitas e o caso de um alibi (Capez, 2023);

Quanto ao efeito ou valor: a prova pode ser plena ou não plena. Aqui, a prova plena (perfeita/completa) corresponde aquela que é convincente o suficiente, estando apta a formar um juízo de certeza no espírito do julgador, como a prova que é exigida para a condenação ou a prova documental, testemunhal e pericial. Do contrário, a prova não plena (imperfeita/incompleta) apenas possui um juízo de mera probabilidade, não sendo suficiente para comprovar a existência do fato, por isso, também pode ser chamada de prova indiciária, pois a exemplo da mesma estão os indícios, assim como a fundada suspeita (Bonfim, 2019);

Quanto ao sujeito ou causa: este pode ser real, quando surgir de coisa ou objeto, ou seja, consiste em forças externas capazes de atestar uma afirmação, como um cadáver ou uma arma, os vestígios de um crime. Ou, também poderá pessoal, as quais tem sua origem no ser humano, pois emanam do consciente ou de afirmações

personais, tais quais os interrogatórios, os depoimentos e as conclusões periciais (Capez, 2023);

Quanto à forma ou aparência: nesse caso, as provas podem ser divididas em testemunhais (resulta de uma afirmação pessoal, como o depoimento prestado por um sujeito estranho ao processo a respeito dos fatos litigiosos que são por ele conhecidos), documentais (são as produzidas por documentos, sejam afirmações escritas ou gravadas) e materiais (obtidas por meio químico, físico, biológico ou por qualquer materialidade capaz de convencer o juiz sobre o fato probando, como os exames e o corpo de delito) (Bonfim, 2019; e Capez, 2023).

Enquanto que, para Gonçalves e Reis a prova se categoriza:

**1) Quanto à eficácia representativa:**

- a) direta (inartificial ou histórica) — diz-se que é direta a prova quando, por si só, demonstra o fato controvertido;
- b) indireta (crítica, oblíqua ou artificial) — é a prova que demonstra um fato do qual se deduz o fato que se quer provar.

**2) Quanto ao valor:**

- a) plena (perfeita ou completa) — é aquela apta a, por si só, conduzir o julgador a um juízo de certeza ou, em outras palavras, é aquela que faz tanta fé quanto basta para terminar a controvérsia;
- b) não plena (imperfeita ou incompleta) — autoriza apenas o juízo de probabilidade acerca da ocorrência de um fato, isto é, aquela que produz alguma fé, mas não tanta que possa levar o juiz a proferir sentença.

**3) Quanto à origem:**

- a) originária — quando não há intermediários entre o fato e o meio de prova (testemunha presencial);
- b) derivada — quando existe intermediação entre o fato e o meio de prova (testemunho do testemunho, p. ex.).

**4) Quanto à fonte:**

- a) pessoal — tem como fonte alguma manifestação humana, ou seja, “é a fornecida por ente humano” (testemunho, confissão, conclusões periciais etc.);
- b) real — tem como fonte a apreciação de elementos físicos distintos da pessoa dotada de personalidade, ou seja, “é a que consiste em coisa” (o cadáver, a arma do crime etc.) (Gonçalves; Reis, 2023, p. 155, grifo acrescentado).

Entretanto, o doutrinador Renato Marcão não só compactua com tais formas de classificação das provas, como também inclui nesse rol a figura da prova razoável, a qual é ramificação quanto ao valor da prova ou, como compreendido pelo mesmo, quanto o conteúdo ou força da prova, de modo que a prova razoável seria aquela que, apesar de não possuir a robustez necessária para embasar o fato probando, é considerada prova o suficiente da probabilidade do referido fato (Marcão, 2023).

Contudo, Aury Lopes Junior detém pensamento diverso dos demais no quesito objeto/eficácia das provas, vez que acredita que a classificação destas em diretas e indiretas é um equívoco, que conforme dito por Cordero, “exceituando-se os delitos cometidos na sala de audiência (em que o juiz passa a ser testemunha ou vítima), todas as provas são indiretas, pois consistem em signos do suposto fato” e, dado que o juiz é parte ignorante do processo, somente conhecendo do fato por intermédio da prova, esta sempre será de caráter indireto porque ao julgador deve-se atribuir a imparcialidade, característica incompatível com a forma de contato direto do fato, o qual será objeto de julgamento (Cordero, 2000, v. 2, p. 3, apud Lopes Junior, 2023, p. 164).

Diferente é o pensamento de Taruffo quanto as provas diretas e indiretas, de modo que “a prova poderá definir-se como direta ou indireta em função da relação que se dê entre o fato a provar e o objeto da prova. Está-se diante de uma prova direta quando a prova versa sobre o fato principal” (Taruffo, 2011, p. 455-456, apud Marcão, 2023, p. 196).

Então, uma vez realizada a descrição inicial acerca da prova e a sua essencialidade para o processo penal, bem como a sua finalidade e destino final, passa-se a explanação quanto ao objeto e os meios de prova.

## 1.2 OBJETO DA PROVA E MEIOS DE PROVA

No que concerne ao objeto da prova, mais especificadamente, Fernando Capez o entende como “toda circunstância, fato ou alegação referente ao litígio sobre os quais pesa incerteza, e que precisam ser demonstrados perante o juiz para deslinde da causa” (Capez, 2023, p. 135).

Logo, infere-se que o objeto da prova se trata da veracidade, ou não, de certa imputação, o que corresponde a todos os fatos a serem demonstrados e comprovados ao longo processo, sem os quais restaria prejudicada a finalidade da prova, uma vez que o julgador precisa conhecer do conjunto de fatos em que a norma jurídica irá incidir, a fim de emitir seu juízo de valor final sobre os mesmos (Marcão, 2023).

Ainda, nas palavras de Edilson Mougén Bonfim, “apenas os fatos que constituem, sob a incidência do ordenamento jurídico, as relações jurídicas relevantes

para a resolução da lide é que deverão ser provados (princípio da economia processual)” (Bonfim, 2019, p. 419).

Nessa linha, Roberto Avena aduz que o objeto da prova corresponde a “todos os fatos, principais ou secundários, que reclamem uma apreciação judicial e exijam uma comprovação” (Avena, 2023, p. 437).

Contudo, certos fatos independem de prova e, portanto, não carecem de comprovação, o quais segundo Nucci se classificam em: “a) fatos notórios, que envolvem os evidentes e intuitivos; b) fatos que contêm uma presunção legal absoluta; c) fatos impossíveis; d) fatos irrelevantes ou impertinentes.” (Nucci, 2023, p. 454).

Igualmente, de acordo com Norberto Avena (2023) e Fernando Capez (2023), tais fatos ainda podem ser denominados como:

**Axiomáticos ou intuitivos:** aqueles apontados como de caráter indubitável, em que a evidência gera incontestável grau de certeza e, conseqüentemente, de convicção a respeito do fato, o que dispensa a necessidade de prova ou qualquer outro tipo de questionamento. É o que ocorre no caso de morte violenta, onde a lesão externa torna explícita a sua causa, não havendo necessidade do exame de corpo de delito interno, conforme prevê o artigo 162, parágrafo único do CPP<sup>2</sup> (Capez, 2023);

**Notórios:** são regidos pelo princípio do *notorium non eget probatione*, isto é, “o que é notório não depende de prova”, afinal se trata de uma verdade que é de conhecimento geral da nação, como, por exemplo, o fato de que no dia 07 de setembro se comemora a independência do Brasil (Avena, 2023);

**Presunções legais:** são certezas advindas da própria lei, podendo ser absolutas (*juris et de jure*) ou relativas (*juris tantum*). As primeiras não admitem prova em contrário, de forma que, por exemplo, a acusação não pode comprovar que um menor de 18 anos de idade tinha plena capacidade de seu ato criminoso, pois a lei prevê a sua incapacidade penal (inimputabilidade) absoluta. Já as segundas permitem a produção de prova em sentido oposto, como no caso da presunção de imputabilidade do maior de 18 anos de idade, que pode vir a ser descaracterizada a partir de laudo médico que comprove a sua insanidade mental e, portanto, a sua falta de discernimento a respeito do delito cometido (Capez, 2023);

---

<sup>2</sup> Art. 162, Parágrafo único - Nos casos de morte violenta, bastará o simples exame externo do cadáver, quando não houver infração penal que apurar, ou quando as lesões externas permitirem precisar a causa da morte e não houver necessidade de exame interno para a verificação de alguma circunstância relevante (Brasil, 1941).

Fatos inúteis: fatos que, embora possam ser verdadeiros, em nada influenciam na decisão da causa e por isso são dispensados de análise pelo magistrado. Cita-se, como exemplo de um fato inútil, saber quais são as preferências sexuais do acusado por crime de roubo (Avena, 2023).

Ademais, interpreta-se que a produção de provas reputadas impertinentes e irrelevantes deve ser proibida, visto que não possuem a capacidade de influenciar na análise da decisão final, em nada contribuindo para o julgamento da causa. Desta forma, “só se pode afirmar como pertinente a prova que tenha relação com objeto do processo” (Marcão, 2023, p. 194).

Porquanto, com base na tamanha influência dos fatos ante as decisões do processo, na responsabilidade penal e na estipulação de pena ou medida de segurança, e também segundo o princípio da economia processual, só os fatos relevantes e aqueles que ensejam dúvidas ao longo do processo ou que possuam relação com a causa são capazes de integrar a atividade probatória (Capez, 2023).

Porém, ainda há a figura dos fatos incontroversos, que segundo Avena são considerados:

[...] fatos incontestes, ou seja, que não foram refutados ou impugnados pelas partes. Estes, ao contrário do que ocorre no processo civil (o art. 374, III, do CPC/2015, dispõe que não dependem de prova os fatos admitidos no processo como incontroversos), não dispensam a prova [...] (Avena, 2023, p. 437).

Então, diferentemente dos fatos anteriormente citados, os fatos incontroversos, também denominados incontestes, apesar de não contestados pelas partes envolvidas no processo, são aqueles que não excluem o objeto da prova, que pode vir a ser necessário, até mesmo, para corroborar a veracidade dos respectivos fatos (Cagliari, 2001).

No mais, quanto ao objeto da prova, todos os fatos remanescentes devem ser provados, estando o juiz vinculado aos elementos apontados pelas partes nos fatos incontroversos, porém, sem avocar para si o papel referente a produção de provas, que, inclusive, deve cumprir com certos requisitos. Dessa maneira, acentua-se que a prova deve ser:

- (i) **admissível** (permitida pela lei ou costumes judiciários). É também conhecida como prova genética, como tal entendida toda a prova admitida pelo direito;
- (ii) **pertinente ou fundada** (aquela que tenha relação com o processo, contrapondo-se à prova inútil);
- (iii) **concludente** (visa esclarecer uma questão controvertida); e
- (iv) **possível de realização** (Capez, 2023, p.135).

Isto é, quando o fato não se tratar daqueles que independem de prova e seu meio de produção for admissível, pertinente, concludente e possível de realização, a prova deverá ser aceita, pois do contrário se estará diante de uma ilegalidade, sanável por intermédio de correição parcial devido a erro de procedimento (Capez, 2023).

Ainda com relação ao objeto da prova, convém não o confundir com o objeto de prova, vez que seus significados são distintos. Enquanto o objeto da prova, conforme já mencionado, é todo fato ou acontecimento do caso penal que deve ser levado ao conhecimento do juiz a fim de que seja valorado, o objeto de prova é todo fato ou coisa que deve ser provado, ou seja, saber o objeto de prova também é saber o que se deve provar (Rangel, 2023).

Outra coisa são os intitulados meios de prova, que segundo Nucci, “são todos os recursos, diretos ou indiretos, utilizados para alcançar a verdade dos fatos no processo”, e que podem ser “lícitos – que são admitidos pelo ordenamento jurídico – ou ilícitos – contrários ao ordenamento” (Nucci, 2023, p. 449).

Os meios de prova são os canais de informação de que dispõe o juiz, de forma que correspondem aos instrumentos ou atividades endoprocessuais desenvolvidas à sua frente e com a participação e a ciência das partes, o que possibilita a inserção e fixação dos dados probatórios, ou seja, dos elementos de prova (dados objetivos que validam ou denegam as asserções sobre um fato de interesse para a causa e para a convicção do juiz; ex: declaração de testemunha), no processo (Gomes Filho, 2005).

E, apesar de o doutrinador Renato Brasileiro de Lima também compartilhar desta ideia a respeito dos meios de prova, atividades realizadas durante a fase processual da persecução penal sob a análise do contraditório, para ele, os dados probatórios simbolizariam as fontes de prova (as pessoas ou coisas das quais se pode adquirir a prova; ex: peritos e documentos), e não os elementos. Então, como tais meios somente existem no processo, reputam-se instrumentos capazes de introduzir as fontes de prova, que são anteriores ao processo e de caráter extraprocessual (Lima, 2019).

Ou seja, tanto Magalhães Gomes Filho como Renato Brasileiro de Lima entendem que o objetivo final dos meios de prova é a inclusão de dados probatórios no processo, porém o significado destes respectivos dados é o que varia para ambos os autores. Ao mesmo tempo em que Gomes Filho compreende que os meios de prova possibilitam a inserção e fixação dos elementos de prova, Renato Brasileiro de Lima entende que seriam as fontes de prova as inseridas no processo (Gomes Filho, 2005; e Lima, 2019).

Compreendidos como os instrumentos utilizados na busca pela verdade processual, os meios de prova são os responsáveis por oferecer ao julgador o conhecimento necessário para a formação da história do crime e, conseqüentemente, o resultado probatório que irá embasar a sua decisão (Lopes Jr., 2023). Assim sendo, os meios correspondem ao caminho percorrido pela prova até se chegar ao processo, e, a exemplo disso, Renato Marcão refere:

O fato ou alegação que interessa à parte poderá ser provado, portanto, mediante depoimento de testemunha (prova testemunhal); por documento (prova documental); por laudo pericial (prova pericial); busca e apreensão de objeto (prova real ou material); gravação de som e imagem, ou qualquer outro meio que não seja ilícito (Marcão, 2023, p. 199).

Acerca do assunto, Magalhães Gomes Filho ainda assegura que, “os mecanismos probatórios visam à formação e a justificação do convencimento judicial, [...] pois somente a concreta apreciação da prova, verificável pela motivação da sentença, assegura a efetividade do direito à prova” (Gomes Filho, 1997, p. 89, apud Rangel, 2023, p. 398).

Atualmente, o Código de Processo Penal lista os seguintes meios de prova:

[...] exame de corpo de delito e perícias em geral (arts. 158 a 184); o interrogatório do acusado (arts. 185 a 196); a confissão (arts. 197 a 200); a oitiva do ofendido (art. 201); a oitiva de testemunhas (arts. 202 a 225); o reconhecimento de pessoas e coisas (arts. 226 a 228); a acareação (arts. 229 e 230); os documentos (arts. 231 a 238); os indícios (art. 239), e a busca e apreensão de pessoas e coisas (arts. 240 a 250) (Marcão, 2023, p. 200).

Vale evidenciar que o referido rol é de caráter exemplificativo e não exaustivo, visto que os meios de prova podem ou não estar previstos em lei, afinal, desde que moralmente legítimos, serão aceitos pelo ordenamento jurídico e intitulados como “provas inominadas” (Rangel, 2023).

Dessarte, as provas inominadas e as nominadas são ramos dos meios de prova que podem ser utilizados pelo juiz, de maneira que as primeiras não possuem designação judicial, enquanto que as segundas são aquelas que a própria lei nomeia (Nucci, 2023).

De tal modo, Rangel ainda expõe que, “tudo aquilo que o juiz utiliza para alcançar um fim justo no processo é considerado meio de prova” (Rangel, 2023, p. 398). E, em sendo possível a produção de outras provas, vislumbra-se a presença dos princípios da verdade real e da liberdade probatória, que procuram evitar a limitação das provas, porém, sem o completo sucesso, uma vez que tais princípios não são absolutos e acabam por sofrer restrições (Capez, 2023).

Porquanto, citam-se os seguintes artigos do CPP que configuram limitações a liberdade probatória: artigos 92 e 93 (questões prejudiciais heterogêneas que serão julgadas por um juiz de outra competência); artigo 155, parágrafo único (em relação ao estado das pessoas, a prova deverá observar as formalidades impostas pela lei civil); artigo 157 (vedação a utilização de provas ilícitas); artigo 158 (exige o exame de corpo de delito para quando a infração deixar vestígios); artigo 207 (sobre as pessoas proibidas de depor em razão de sua função, ministério, ofício ou profissão, salvo se desobrigadas deste dever de sigilo); artigo 479 (veda a exibição de objeto e leitura de documento no plenário do Tribunal do Júri quando não juntado aos autos com, no mínimo, 03 dias úteis de antecedência) (Brasil, 1941).

Nada obstante, cabe trazer à tona a diferença entre os meios de prova e os meios de obtenção (ou investigação) de prova, os quais correspondem a certos procedimentos regulados por lei e são, em regra, extraprocessuais, sendo executados durante a fase preliminar de investigação (também podem ocorrer durante o curso do processo) e normalmente por policiais que possuem tal atribuição referente as infrações penais, o que comumente ocorre por intermédio de prévia autorização paralela a fiscalização judicial, como, por exemplo, a busca domiciliar e as interceptações telefônicas (Lima, 2019).

Trata-se de um campo amplo que, segundo Antonio Scarance Fernandes, pode ser, genericamente, compreendido em quatro grupos distintos, quais sejam: “a) os exames, as vistorias, as revistas; b) as buscas, apreensões, os sequestros; c) as interceptações, as escutas; as quebras de sigilo; c) as ações encobertas, a infiltração

policial”. Todos meios de obtenção de prova e que comumente constituem providências de natureza cautelar (Fernandes; Almeida; Moraes, 2011, p. 10).

Ademais, tais meios (de obtenção) possuem como propósito o alcance das provas materiais, o que se realiza com fundamento na surpresa, afinal, os investigados desconhecerão da ocorrência de tal prática (Lima, 2019).

A partir destas observações, passa-se a análise dos sistemas de apreciação e ou valoração da prova no processo penal, com o intuito de entender as suas diferenças e como ocorre a atividade probatória judicial.

### 1.3 SISTEMAS DE AVALIAÇÃO DAS PROVAS

O direito à prova engloba a necessidade de avaliação pelo julgador, o que ocorre por meio dos sistemas de valoração da prova, também chamado de sistemas de apreciação da prova. Porém, como dito por Renato Marcão, “a apreciação é algo que se verifica logicamente em momento anterior ao da valoração”, sendo neste que “o juiz irá atribuir alguma medida de credibilidade à prova que apreciou”, a qual é a “geradora de sua convicção a respeito dos fatos” de forma a “decidir e, coerentemente, fundamentar seu veredicto” (Marcão, 2023, p. 202).

O tema voltado para a apreciação da prova penal interessa ao julgamento da causa pelo magistrado e as provas desenvolvidas em juízo, visto que após o encerramento da instrução, ao juiz caberá a análise do conteúdo das provas carreadas aos autos com o propósito de formar o seu convencimento, alcançando-se a verdade mais condizente com a realidade dos fatos demonstrados pelas provas, o que servirá de base para sua avaliação e conclusão final, qual seja, o resultado de procedência ou improcedência da sentença (Lima, 2019).

Segundo Paulo Rangel “a verdade processual que tanto se busca em um processo tem o seu ponto culminante na avaliação das provas”, sendo este o sistema e “o critério utilizado pelo juiz para valorar as provas dos autos, alcançando a verdade histórica do processo” (Rangel, 2023, p. 431).

Dessarte, ao longo da história, três foram os sistemas de valoração das provas de maior destaque e relevância:

**Sistema da íntima convicção ou da certeza moral do juiz:** Nesse sistema, o legislador impõe ao magistrado toda a responsabilidade pela avaliação das

provas, dando a ele liberdade para decidir de acordo, única e exclusivamente, com a sua consciência. O magistrado não está obrigado a fundamentar sua decisão, pois pode valer-se da experiência pessoal que tem, bem como das provas que estão ou não nos autos do processo. [...] O fundamento da sentença é a certeza moral do juiz. O principal argumento da decisão é a convicção do magistrado. O sistema da íntima convicção, hodiernamente, está previsto no Tribunal do Júri, pois os jurados não são obrigados a fundamentar o seu voto (art. 486 do CPP<sup>3</sup>, com redação da Lei nº 11.689/2008);

**Sistema das regras legais ou certeza moral do legislador ou da prova tarifada:** [...] significa dizer que todas as provas têm seu valor prefixado pela lei, não dando ao magistrado liberdade para decidir naquele caso concreto, se aquela prova era ou não comprovadora dos fatos, objeto do caso penal. Pois, se a Lei dizia que aquela prova valia tanto, o magistrado não poderia dizer que valia menos tanto. Da mesma forma que, se a lei estabelecia que aquele fato somente se poderia provar desta ou daquela forma, o juiz não poderia adotar outro meio de prova se não aquele que era imposto pela lei. Em verdade [...], é a desconfiança que o legislador tem do juiz. Estabelece-se, assim, a certeza moral do legislador. Em termos de provas, não vale mais o que o juiz diz, mas, sim, o que o legislador estabelece como meio de prova prioritário;

**Sistema da livre convicção ou da persuasão racional:** A adoção do sistema do livre convencimento é expressão da vontade do legislador, que dá ao juiz liberdade de agir de acordo com as provas que se encontram nos autos, pois, se não estão nos autos, não existem no mundo. [...] A apreciação é da prova. Deve haver prova nos autos, seja para condenar, seja para absolver. O juiz não pode se afastar da análise da prova que consta dos autos. O sistema da livre convicção não estabelece valor entre as provas, pois nenhuma prova tem mais valor do que a outra [...]. Porém, o juiz está obrigado a motivar sua decisão diante dos meios de provas constantes dos autos, fazendo com que [...] somente condene com base nas provas contraditadas, ou seja, aquelas que foram objeto de análise judicial e submetidas às partes para que pudessem utilizar do contraditório, impedindo, assim, a chamada condenação com base em “provas” do inquérito policial (Rangel, 2023, p. 434, grifo acrescentado).

Notabiliza-se que cada sistema de valoração da prova está ligado a um momento histórico, todavia, sem possuir a pretensão de exteriorizar sua evolução histórica, mas sim explanar sobre as suas particularidades, cabe mencionar a existência de um radicalismo em comum entre os dois primeiros sistemas, os quais são de caráter antagônico.

Assim dizendo, o sistema da íntima convicção do juiz confere a este uma ampla liberdade decisória, sem regras a serem cumpridas no momento da valoração ou a necessidade de fundamentação a respeito de sua decisão, ou seja, o juiz irá decidir de acordo com a sua consciência e nada mais. Frisa-se que tal sistema ainda persiste

---

<sup>3</sup> Art. 486 - Antes de proceder-se à votação de cada quesito, o juiz presidente mandará distribuir aos jurados pequenas cédulas, feitas de papel opaco e facilmente dobráveis, contendo 7 (sete) delas a palavra *sim*, 7 (sete) a palavra *não* (Brasil, 1941).

em nosso meio na forma das decisões deliberadas pelos jurados no Tribunal do Júri, os quais não têm de fundamentar ou explicar o porquê de seu voto (Capez, 2023).

Em objeção ao sistema anterior está o da prova legal/tarifada, dado que é o sistema onde toda e qualquer prova já possui um valor predeterminado em lei, o que impede o juiz de exercer a atividade de apreciação e valoração da prova, já que se encontra limitado pelo legislador em seu próprio exercício de julgador. Pode-se dizer que existem resquícios do referido sistema em nosso ordenamento, quando a lei exige que certa prova seja produzida de uma forma específica, como o exame de corpo de delito que é essencial nos casos em que a infração deixar vestígios (Nucci, 2023).

Dessa forma, o magistrado está proibido de aceitar, por exemplo, uma confissão no lugar da prova tida como crucial, visto que o valor atribuído a certas provas foi modificado ao longo do tempo, como é caso da confissão, prova outrora reputada ficta e absoluta, ao contrário dos dias atuais, onde a mesma não é crível o suficiente para ensejar uma condenação (Avena, 2023).

E, por último, está o sistema adotado pelo Código de Processo Penal atual, o da livre convicção ou da persuasão racional, também chamado de sistema do livre convencimento fundamentado ou da verdade real, uma vez que o juiz poderá formar a sua convicção pela livre apreciação das provas produzidas nos autos com base em sua “lógica de raciocínio, experiência, formação, compromisso e grau de responsabilidade”, o que não significa que ele está desobrigado de motivar a sentença, muito pelo contrário, é indispensável que a sua decisão esteja devidamente fundamentada a partir do material probatório existente no processo (Marcão, 2023, p. 203).

Ademais, de acordo com Renato Brasileiro de Lima, a partir da adoção do sistema da livre persuasão racional do juiz, derivam alguns efeitos: “não há prova com valor absoluto; deve o magistrado valorar todas as provas produzidas no processo, mesmo que para refutá-las e; somente serão consideradas válidas as provas constantes do processo” (Lima, 2019, p. 640-641).

Ao longo da evolução dos sistemas, foi possível constatar que, tanto a gestão de prova como a sua apreciação pelo juiz tiveram de suportar certas variações, porém, foi o último sistema adotado quem trouxe destaque a uma exigência de grande importância, qual seja a atribuição da autoridade judicial de revelar qual o motivo de seu convencimento no provimento jurisdicional, respeitando a transparência

necessária do ato de julgar a fim de que subsista a conformação das partes ante o resultado da sentença e a possibilidade de fiscalização do órgão judicante (Antonni; Távora, 2009).

No plano legislativo, tal sistema está previsto no artigo 155 do CPP:

Art. 155. O juiz formará sua convicção pela **livre apreciação da prova** produzida em contraditório judicial, **não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos** colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.  
Parágrafo único. Somente quanto ao estado das pessoas serão observadas as restrições estabelecidas na lei civil (Brasil, 1941, grifo acrescentado).

Para tanto, acentua-se que, com exceção as provas não repetíveis e antecipadas (cita-se como exemplo os artigos 225<sup>4</sup> e 366<sup>5</sup>, do CPP) os elementos informativos não poderão ser objeto de fundamentação única e exclusivamente da sentença, uma vez que colhidos apenas na fase do inquérito policial (Capez, 2023).

Ou seja, apesar de a prova ser considerada um “elemento apto a transmitir informação”, em muito se difere com os elementos informativos, que por terem sido adquiridos durante a fase investigativa, não possuem o contraditório e nem a ampla defesa, uma vez que não houve a participação dialética das partes como ocorre com a prova no processo penal. Ainda assim, os elementos informativos podem ser utilizados, desde que não isoladamente, a fim de somar com a prova produzida em juízo e servir como elemento de convicção (Nucci, 2023).

Outrossim, a exigência de fundamentação das decisões do magistrado encontra respaldo na Constituição Federal, em seu art. 93, inc. IX, com redação da Emenda Constitucional n° 45, de 2004:

Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:  
IX- todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e **fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade**, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito

<sup>4</sup> Art. 225 - Se qualquer testemunha houver de ausentar-se, ou, por enfermidade ou por velhice, inspirar receio de que ao tempo da instrução criminal já não exista, o juiz poderá, de ofício ou a requerimento de qualquer das partes, tomar-lhe antecipadamente o depoimento (Brasil, 1941);

<sup>5</sup> Art. 366 - Se o acusado, citado por edital, não comparecer, nem constituir advogado, ficarão suspensos o processo e o curso do prazo prescricional, podendo o juiz determinar a produção antecipada das provas consideradas urgentes e, se for o caso, decretar prisão preventiva, nos termos do disposto no art. 312 (Brasil, 1941).

à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação (Brasil, 1988, grifo acrescentado).

Por fim, evidencia-se que, é somente por intermédio das provas que se torna possível o alcance da verdade real, o que configura um dos princípios, se não o principal, do processo penal. Como princípio, a busca pela verdade real surgiu da necessidade de a doutrina nomear toda a reconstrução histórica de um fato e as suas circunstâncias, a fim “de que a instrução probatória se aproximasse o máximo possível da forma como esse fato ocorreu” (Capez, 2023, p. 23).

Finda essa análise, sucede-se para o estudo quanto aos princípios que regem a prova e são de maior importância para a sua funcionalidade e proteção.

#### 1.4 PRINCÍPIOS ATINENTES ÀS PROVAS NO PROCESSO PENAL

A palavra “princípio” pode ser interpretada de diversas formas, tal qual o vocábulo “prova”, seja dentro do âmbito jurídico como também fora deste. Ao discorrer sobre alguns dos princípios fundamentais do processo penal, com ênfase aqueles relativos à prova penal, o presente estudo irá dispor dos princípios como mandamentos nucleares de um sistema, sendo o seu

verdadeiro alicerce [...], disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para exata compreensão e inteligência delas, exatamente porque define a lógica e a racionalidade do sistema normativo [...]”. Eis porque: **“violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos.** É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio violado, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra (Mello, 2015, p. 03, grifo acrescentado).

Ou seja, os princípios são, em verdade, grandes juízos fundamentais dotados de caráter normativo e de observância obrigatória, na medida em que a sua violação configura ato ilegal ou inconstitucional apontado como de maior gravidade do que a infração de uma norma, em que pese o seu desprovimento de evidências concretas, afinal, seria impossível a existência da ciência sem o devido fundamento em pressupostos, de forma que é a aplicação dos princípios a responsável por sanar

qualquer dúvida subsistente, o que importa na necessidade de discussão e análise acerca dos princípios que se associam a matéria probatória (Reale, 1999).

Nesse íterim, considerando a vastidão dos princípios norteadores do processo penal no campo da atividade probatória, é possível destacar os princípios do contraditório e ampla defesa, da comunhão de provas, da oralidade, da publicidade, da não autoincriminação (*nemo tenetur se detegere*) e da busca pela verdade real, os quais serão delineados a seguir.

**Princípio do contraditório e da ampla defesa:** ambos estão previstos no art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal, que possui a seguinte redação: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes” (Brasil, 1998). Com isso, por força do princípio do contraditório, deve ser assegurado a ambas as partes a oportunidade de fiscalização de todos os atos praticados no curso do processo, de forma que a produção de prova por uma das partes irá admitir a contraprova pela outra, garantindo-se a estrutura dialética do processo (Avena, 2023).

Assim, somente serão considerados como prova, os “elementos de convicção produzidos, em regra, no curso do processo judicial, [...] com a necessária participação dialética das partes, sob o manto do contraditório e da ampla defesa” (Lima, 2019, p. 55). Quanto à ampla defesa, diz-se que esta é uma consequência do contraditório, em que independentemente de quem for o acusado, o crime cometido e as circunstâncias que o levaram a tal, a ele será garantido o direito a defesa (Sobreiras, 2010).

**Princípio da comunhão das provas:** significa dizer, que uma vez produzida, a prova passará a servir ao juízo, pois no campo penal não existe prova que pertença somente a uma das partes, mas sim a todos os sujeitos processuais, independentemente de quem a indicou ou introduziu ao processo (Rangel, 2023).

Em consagração a tal princípio, cita-se o art. 401, § 2º, do CPP, que dispõe sobre a possibilidade de a parte desistir da oitiva da testemunha por ela arrolada, independentemente da concordância da parte contrária, salvo apenas quando o magistrado, munido de seus poderes instrutórios, deseje ouvir a testemunha em juízo (Lima, 2019).

Ocorre que, existe divergência na doutrina perante o teor do referido artigo e o que preconiza o presente princípio. Assim, enquanto parte da doutrina defende que,

caso a parte insista no depoimento da testemunha que a parte contrária desistiu, estaria o magistrado obrigado a determinar a sua oitiva, parte divergente da doutrina entende que só existe comunhão de prova após a sua produção e, portanto, o princípio se aplicaria apenas as provas já produzidas, sendo possível a desistência unilateral da testemunha (Zago; Rolim; Cury, 2023).

**Princípio da oralidade:** a oralidade passou a ser adotada como regra, a partir das alterações determinadas pela Lei nº 11.719/08 e pela Lei nº 11.689/08, tanto no procedimento comum como nas fases do procedimento bifásico do Júri, de forma que existe preferência às provas produzidas oralmente sobre as que são escritas (Lima, 2019).

Deste princípio originam-se dois subprincípios, o da concentração, em que se buscará concentrar a produção da prova em apenas uma audiência ou no menor número possível delas, e o subprincípio da imediação, que diz respeito ao contato que o juiz deve ter com as provas quando da sua colheita, a fim de melhorar valorá-las na sentença (Avena, 2023).

**Princípio da publicidade:** é o responsável por garantir que o acesso aos atos da instrução criminal, inclusive aqueles atinentes à produção de provas, sejam de conhecimento do público, assim como são dos sujeitos processuais, objetivando a vedação de atividades secretas, salvo quando a lei estabelece que a publicidade seja restrita, como nos casos em que o próprio Código de Processo Penal prevê exceções à regra da publicidade ampla:

a) possibilidade de o juiz determinar, para tutela da intimidade, vida privada, honra ou imagem do ofendido, dentre outras providências, o segredo de justiça em relação a dados, depoimentos e outras informações constantes dos autos a respeito da vítima, para evitar sua exposição aos meios de comunicação (art. 201, § 6º);

b) possibilidade de o juiz ou tribunal, de ofício ou a requerimento da parte ou do Ministério Público, determinar que o ato processual seja realizado a portas fechadas e com número limitado de pessoas, sempre que da publicidade puder resultar escândalo, inconveniente grave ou perigo de perturbação da ordem (art. 792, § 1º) (Reis e Gonçalves, 2023, p. 145).

**Princípio da não autoincriminação:** também conhecido como *nemo tenetur se detegere*, significa que o acusado não pode ser obrigado a produzir provas contra si mesmo. É um princípio aplicável a qualquer pessoa a quem possa ser atribuída a prática de uma infração penal, vez que corresponde a modalidade de autodefesa passiva, onde o indivíduo irá exercer uma inatividade, que não poderá ser objeto de

coação ou intimidação, tendo como fim maior a proteção contra os excessos praticados pelo Estado (Lima, 2019).

Devendo ser analisado de duas maneiras, tal princípio faz com que o investigado tenha o direito de não exercer comportamento ativo em seu desfavor, entretanto isso não engloba o que derivou de seu comportamento passivo, como as provas que não exigiram um fazer seu para a sua colheita. Ainda, cabe relatar seis desdobramentos relacionados a este princípio: o aviso de Miranda, direito ao silêncio/de ficar calado, direito de não ser constrangido a confessar prática de ilícito penal, inexigibilidade de dizer a verdade, direito de não praticar comportamento ativo que possa incriminá-lo e direito de não produzir prova incriminadora invasiva (Zago; Rolim; Cury, 2023).

**Princípio da busca pela verdade real:** com respaldo nos dizeres do jurista italiano Michele Taruffo, Gomes Filho afirmou que “mesmo sendo inatingível uma verdade absoluta, é possível admitir que uma asserção é verdadeira, desde que existam razões (provas) suficientes para reconhecê-la como tal” (Taruffo, 1992, p. 415 apud Gomes Filho, 2005, p. 305).

Antigamente, dizia-se que vigorava no processo penal o princípio da verdade material, também chamada de verdade substancial ou real, o que sugeria uma busca incansável e a qualquer preço pela verdade, sendo justificável a prática de arbitrariedades, injustiças e violações de direitos pelas autoridades, assim como o amplo poder probatório que era concedido ao juiz. Contudo, diante da impossibilidade de se atingir uma verdade enquanto espelhamento da realidade, a doutrina mais moderna entende que, atualmente, o que vige é o princípio da busca pela verdade, que tem por escopo a aproximação da realidade por meio da maior exatidão possível na reconstituição dos fatos controversos (Lima, 2019).

Isto é, ao longo do processo buscar-se-á reproduzir o mais fielmente possível o que ocorreu no mundo dos fatos passados, desde que não implique em violação de direitos nem seja concedido poder probatório em demasia ao juiz.

Com isso, ressalta-se que, como princípio consectário ao da liberdade probatória e basilar do processo penal, a busca pela verdade é autorizada pela legislação, consoante se observa no Código de Processo Penal, em seu art. 156, inciso II:

**Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício:**

I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida;

**II – determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante** (Brasil, 1941, grifo acrescentado).

Logo, embora a regra seja o ônus probatório ser atribuído as partes do processo, as quais compartilham da incumbência de demonstração atinente as suas alegações, admitem-se exceções como a do dispositivo acima. Contudo, cumpre observar que apenas o inciso segundo merece destaque em razão da parcial revogação do inciso primeiro, pois este não mais será observado a partir da implementação do instituto do “Juiz das Garantias”, o qual veda a possibilidade de o magistrado determinar, de ofício, a produção de prova durante a investigação criminal (Gonçalves; Reis, 2023).

De tal modo, a fim de melhor elucidar a questão, frisa-se que a aplicação do “Juiz das Garantias” já foi determinada constitucional e obrigatória pelo STF, e deverá ocorrer no prazo máximo de dois anos a contar da publicação do acórdão (19/12/2023), para que os tribunais possam se adequar da melhor forma a permitir a implementação do novo sistema a partir das diretrizes do Conselho Nacional de Justiça. O denominado juiz das garantias será responsável por atuar na fase do inquérito policial, no controle de legalidade da investigação e salvaguarda dos direitos individuais dos investigados, de forma que a sua competência cessará com o oferecimento da denúncia, passando o encargo a ser do juiz da instrução (STF, 2023).

Ou seja, haverá a permanência do inciso segundo do art. 156 em nosso ordenamento jurídico, apesar da discordância de alguns autores, como Aury Lopes Junior, que não concorda com a constitucionalidade do art. 156 em sua totalidade e, muito menos, com a existência do princípio da busca pela verdade, o qual ele alega não passar de um mito, devendo o juiz “conformar-se com a atividade probatória incompleta das partes”, pois do contrário estaria ferindo o “sistema acusatório, o contraditório e a imparcialidade” (Lopes Jr., 2023, p. 24).

Todavia, é necessário compreender que essa busca por uma verdade crível se baseia no interesse público, indo muito além da elucidação de fatos para a fundamentação da sentença do magistrado, visto que os direitos fundamentais do cidadão podem ser seriamente afetados por uma condenação criminal errônea (Nucci,

2023). Afinal, desconsiderar a importância deste princípio significa colocar em risco, conforme preconiza o art. 5º, caput, da CF, a garantia aos “brasileiros e estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade” (Brasil, 1988).

E, como bem exposto por Renato Marcão:

A ordem constitucional vigente exige de todo magistrado postura compatível com o processo penal acusatório e, por isso, proíbe todo tipo de iniciativa judicial na fase de investigação e a adoção de postura que implique substituição da atuação probatória das partes.

A tarefa conferida ao juiz de é a de vasculhar a prova apresentada em juízo, com o objetivo de nela alcançar elementos de convicção que o aproximem da verdade real, sem que isso implique arvorar-se detentor de iniciativa probatória (Marcão, 2023, p. 27).

Então, diferentemente do que ocorre na esfera cível, em que a revelia do acusado faz com que as alegações do autor sejam presumidas como verdadeiras, na esfera criminal “ainda que o réu admita o teor da acusação, o juiz determinará a produção de provas, havendo um cuidado maior para não levar ao cárcere um inocente, visto que estão em jogo, sempre, interesses indisponíveis”. Igualmente, destaca-se que busca pela verdade não equivale a uma desenfreada produção de provas, pois esta encontra limites na moral e na legalidade (Nucci, 2023, p. 100).

Assim, salienta-se que a imparcialidade do juiz não é sinônimo para neutralidade ou desinteresse, de tal modo que sua atuação na ordenação da prova de ofício é supletiva, sendo reservada apenas para os casos em que determinado estado de dúvida não fora superado na fase de instrução do processo, que acontece após a fase de investigação e anteriormente a fase de julgamento (Brasil, 1941).

Findada esta análise quanto alguns dos princípios mais relevantes no tocante às provas, após a apresentação das principais questões atreladas a prova no processo penal mediante a abordagem de suas diversas formas de classificação, a definição de objeto, meios de prova e obtenção, bem como o exame dos seus sistemas de avaliação, enfatiza-se que os princípios da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos e o da proporcionalidade serão explorados no decorrer do segundo capítulo, passando-se ao estudo da vedação das provas ilícitas e as que desta derivam, o que caracteriza limitação ao direito à prova, que também será perscrutado a partir da exploração das suas possíveis exceções.

## 2 DO DIREITO A PROVA

O respectivo capítulo versa sobre temática do direito a prova, atribuição destinada, em regra, às partes no processo penal e que tem por escopo a busca pela verdade real, que assim como a atividade probatória, encontra limitações frente aos direitos e garantias fundamentais assegurados constitucionalmente, em especial o princípio da vedação as provas obtidas por meios ilícitos, que será objeto de análise quanto a uma possível admissão no ordenamento jurídico, o que se estende as provas ilícitas por derivação, frente às exceções a teoria dos frutos da árvore envenenada e o princípio da proporcionalidade.

### 2.1 DOS LIMITES AO DIREITO À PROVA: PROVAS ILÍCITAS

A prova é como o alicerce de todo o processo penal, estando altamente relacionada com a busca pela verdade, que somente pode se concretizar através do exercício do direito à prova, o qual emerge da garantia constitucional e assegura as partes o direito de buscar demonstrar a sua realidade dos fatos e influir na convicção do julgador, conforme o art. 5º, inciso LV da CF/88: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes” (Brasil, 1988).

Nesse contexto, importante trazer à tona a colocação de Grinover, Scarance Fernandes e Magalhães Gomes Filho a respeito do assunto:

[...] o direito à prova como aspecto de particular importância no quadro do contraditório, uma vez que a atividade probatória representa o momento central do processo: estritamente ligada à alegação e à indicação dos fatos, visa ela a possibilitar a demonstração da verdade, revestindo-se de particular relevância para o conteúdo do provimento jurisdicional. O concreto exercício da ação e da defesa fica essencialmente subordinado à efetiva possibilidade de se representar ao juiz a realidade do fato posto como fundamento das pretensões das partes, ou seja, destas poderem servir-se das provas (Grinover; Gomes Filho; Fernandes, [s.d], p. 105).

Ou seja, o direito à prova constitui elemento fundamental que emana dos princípios do contraditório e ampla defesa, porém, como todo e qualquer direito fundamental, este não é absoluto, já que está sujeito a certas limitações diante de

outros direitos também assegurados pelo ordenamento jurídico brasileiro (Capez, 2023).

Da mesma forma, Magalhães Gomes Filho destacou a seriedade da “exigência de limitações a atividade probatória em face da proteção que a Constituição dá aos direitos e garantias fundamentais”, a qual já era prevista pela doutrina processual penal ante a falta de preceitos legais expressos (Gomes Filho, 2010, p. 394). Limitações que também foram observadas por José Frederico Marques no quesito da busca pela verdade, sendo “inadmissível, na Justiça penal, a adoção do princípio de que os fins justificam os meios, para assim tentar legitimar a procura da verdade através de qualquer fonte probatória” (Marques, 1965, p. 294, apud Gomes Filho, 2010, p. 394).

Nesta senda, tem de se reconhecer que, apesar das dificuldades inerentes a busca pela verdade, esta deve ser vista como um guia de orientação aos olhos dos operadores do direito, uma vez que a atividade probatória precisa ser exercida frente a um processo democrático, conciliando o anseio por justiça com o respeito aos direitos fundamentais dos indivíduos (Freitas, 2010).

Ainda porque seria ilógico que para a apuração de um ilícito penal, a fim de saciar sua pretensão punitiva, o Estado se utilizasse de métodos violadores, desconsiderando princípios e regras constitucionais que conferem os direitos e garantias fundamentais e, portanto, fazendo o uso do ilícito em nome da busca pela verdade (Lima, 2019).

Fato é que o Código de Processo penal deixa de esclarecer quais são os meios de prova taxativamente admissíveis, estando regulados somente os meios de uso constante, o que sugere certa liberdade probatória, com exceção do disposto no parágrafo único do art. 155 do CPP, em que os fatos com relação estado das pessoas precisarão observar as restrições à prova impostas pela lei civil. De igual modo, irão carecer de acatamento as proibições legais, independentemente da amplitude do rol de meios de provas que são admissíveis, sendo necessário, em cada caso, o exame a respeito do meio de prova que fora utilizado, averiguando-se a sua legalidade/licitude (Bonfim, 2024).

Dessarte, por esse motivo Reis e Gonçalves apontam que a ilicitude da prova pode decorrer das mais diversas ações, como por exemplo:

busca domiciliar sem mandado, quando não houver consentimento do morador ou situação de flagrância; violação de sigilo bancário; exercício de ameaças para obtenção de confissão; interceptação de comunicações telefônicas sem autorização judicial; colheita de testemunho em Juízo sem a presença de defensor etc. (Reis; Gonçalves, 2023, p. 146).

Nesse sentido, foi elaborado e incluído na Constituição Federal o artigo 5º, inciso LVI, o qual determina que: “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos” (Brasil, 1988).

Assim, o referido artigo configura uma limitação ao princípio da liberdade da prova, de tal modo que, apesar de o sistema de avaliação adotado pelo Código de Processo Penal ser o da livre apreciação das provas, algumas destas são vedadas perante os direitos e garantias constitucionais e, portanto, não devem ser objeto de análise e nem da consideração do magistrado (Rangel, 2023).

Em consonância com o ordenamento constitucional está o artigo 157, *caput*, do Código de Processo Penal, que fora inserido com a reforma da Lei nº 11.690/2008 e prevê: “são inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais” (Brasil, 2008).

Todavia, ao contrário do que se encontra nas doutrinas, nota-se que tanto a Constituição Federal como o Código de Processo Penal deixaram de conceituar as provas ilícitas, bem como não as distinguiram das provas ilegítimas. E tratando-se do artigo 157, *caput*, do CPP, este acabou por abranger as duas referidas espécies (ilícitas e ilegítimas) sobre o mesmo conceito, de modo que se consideram ilícitas as provas violadoras direito material e processual (Lopes Jr., 2023).

Sobre o assunto, vale destacar, primeiramente, o que Fernando Capez ao citar Uadi Lammêgo Bulos conceituou como provas ilícitas, isto é:

“(...) provas obtidas por meios ilícitos são as contrárias aos requisitos de validade exigidos pelo ordenamento jurídico. Esses requisitos possuem a natureza formal e a material. A ilicitude formal ocorrerá quando a prova, no seu momento introdutório, for produzida à luz de um procedimento ilegítimo, mesmo se for lícita a sua origem. Já a ilicitude material delinea-se através da emissão de um ato antagônico ao direito e pelo qual se consegue um dado probatório, como nas hipóteses de invasão domiciliar, violação do sigilo epistolar, constrangimento físico, psíquico ou moral a fim de obter confissão ou depoimento de testemunha etc.” (*Constituição Federal anotada*, 2001, p. 244 apud Capez, 2023, p. 136).

A partir desta, percebe-se uma subdivisão da prova ilícita em formal ou processual e material, ocorre que ainda subsiste na doutrina outra distinção, em que a prova ilegal é o gênero da qual são espécies a prova ilegítima e a ilícita que, de acordo Aury Lopes Jr., são conceituadas como:

**Prova ilegítima:** quando ocorre a violação de uma regra de direito processual penal no momento da sua produção em juízo, no processo. A proibição tem natureza exclusivamente processual, quando for imposta em função de interesses atinentes à lógica e à finalidade do processo. [...];

**Prova ilícita:** é aquela que viola regra de direito material ou a Constituição no momento da sua coleta, anterior ou concomitante ao processo, mas sempre exterior a este (fora do processo). [...] (Lopes Jr., 2023, p. 188, grifo acrescentado).

No entanto, apesar de doutrinariamente existir tal diferenciação, o Código de Processo Penal optou por abordar a prova ilícita como sendo aquela produzida ao arrepio das normas constitucionais ou legais, o que gerou divergências na doutrina, pois uma parte compreendeu que a violação se daria com infração a norma constitucional ou infraconstitucional, aqui compreendidos o direito material ou processual, responsáveis por gerar a prova ilícita que não poderá ingressar no processo ou, caso já se encontre nos autos, deverá ser desentranhada por determinação do julgador (Nucci, 2023).

Por sua vez, outra parte da doutrina optou por aderir a distinção entre provas ilícitas e ilegítimas, de forma que a prova violadora de direito processual não implica ilicitude da prova e conseqüentemente não deve ser desentranhada do processo tal qual a prova ilícita, visto que a prova ilegítima apenas acarreta a nulidade do ato de formação da prova, sendo necessária a sua renovação, conforme dita o artigo 573, *caput*, do CPP (Gomes Filho, [s.d], apud Nucci, 2023, p. 451): “Os atos, cuja nulidade não tiver sido sanada [...], serão renovados ou retificados (Brasil, 1941).

No presente trabalho será adotado entendimento análogo ao anterior quanto ao tema das provas ilícitas, que somente farão jus ao seu nome quando forem coletadas em prejuízo dos direitos assegurados aos indivíduos, de modo que, quando o art. 157, *caput*, do CPP menciona “normas legais”, está a se referir unicamente as normas de direito material, o que não engloba as provas ilegítimas, que permanecem com o regime jurídico da teoria das nulidades, a fim de evitar o surgimento de equívocos pela falta de distinção das transgressões de direito material ou processual, como por exemplo a ideia errônea de que violar regra processual provoca sua ilicitude

e desentranhamento quando, em verdade, leva apenas a nulidade do ato de formação, implicando sua renovação (Lima, 2019).

No campo das proibições da prova, tal distinção a respeito da sua natureza é de grande relevância, pois não obstante a violação do impedimento de regra processual ou material representar uma ilegalidade em ambos os casos, de acordo com Nuvolone: “enquanto no primeiro caso haverá um ato ilegítimo, no segundo caso haverá um ato ilícito”. Para tanto, Ada Grinover ainda constata que constituem provas ilícitas “as obtidas com violação do domicílio (art. 5º, XI, da CF) ou das comunicações (art.5º, XII, da CF); as conseguidas mediante tortura ou maus-tratos (art.5º, III, da CF); as colhidas com infringência à intimidade (art.5º, X, da CF) etc.” (Nuvolone, [s.d], apud Grinover; Gomes Filho; Fernandes, [s.d], p. 113-114).

Outrossim, o pacto de São José da Costa Rica, integrante do ordenamento jurídico interno, dispõe em seu art. 11, denominado o artigo da Proteção da Honra e da Dignidade, que:

“1. Toda pessoa tem direito ao respeito de sua honra e ao reconhecimento de sua dignidade; 2. Ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, na de sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra ou reputação; e 3. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais ingerências ou tais ofensas” (OEA, Convenção Americana de Direitos Humanos, 1969).

Além do mais, para o doutrinador Paulo Rangel existem dentro da categoria de prova ilegal as denominadas provas irregulares, assim compreendidas as provas que descumpriram formalidades legais exigidas, isto é, provas que são admitidas pela norma processual, mas que foram coletadas em desrespeito aos requisitos que necessitam de cumprimento para a sua devida aclamação perante o ordenamento jurídico (Rangel, 2023).

Em resumo, observa-se que a prova ilegal é gênero da qual pode emanar uma tríade de espécies de provas que são proibidas, quais sejam as provas ilícitas, ilegítimas e as irregulares. Contudo, o objeto do presente estudo perfaz em volta das provas ilícitas e as que desta derivam, de modo a identificar até que ponto as garantias constitucionais podem se inclinar a favor do acusado e em detrimento da sociedade.

Após breve introdução quanto ao direito a prova e as limitações a liberdade probatória, desencadeando a temática referente as provas ilícitas, sucede-se o

assunto quanto ao princípio que veda a admissão de tais provas, bem como a ilicitude por derivação.

## 2.2 PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO DAS PROVAS OBTIDAS POR MEIOS ILÍCITOS E A ILICITUDE POR DERIVAÇÃO

Em suma, independentemente da existência de divergências quanto a natureza das normas violadas pelas provas ilícitas, a questão primordial gira em torno do consenso da legislação a respeito da sua vedação, o que independe da existência de alguns pontos de conflito perante a doutrina, vindo a caracterizar um dos princípios atinentes a prova no processo penal.

De início, até a promulgação da Constituição de 1988, pode-se dizer que o que prevalecia sobre a essência das provas era o brocardo “male captum, bene retentum”, que significa “mal colhida, mas bem recebida”, uma vez que mesmo as provas ilicitamente obtidas eram consideradas eficazes e válidas em prol das premissas do livre convencimento e da verdade real, sem que os responsáveis por sua colheita fossem responsabilizados civil, penal ou disciplinarmente (Lima, 2019).

Posteriormente, ainda que admitida a prova colhida ilicitamente, sanções passaram a ser aplicadas aos agentes desta obtenção, de forma que somente após significativa posição adotada pelo STF em três importantes julgamentos que ocorrerá uma evolução no direito brasileiro, em que a admissibilidade se tornou inadmissibilidade das provas ilícitas (Cagliari, 2001).

Assim sendo, importante trazer à baila as referidas decisões em que fora suscitada a questão de validade de interceptações telefônicas clandestinas:

A primeira decisão é de 11 de novembro de 1977, ocasião em que foi determinado o desentranhamento de fitas gravadas, correspondentes à interceptação de conversa telefônica da mulher, feita pelo marido, para instruir processo de separação judicial (RTJ 84/609). Segue-se a essa, em outro processo cível, a decisão de 28 de junho de 1984, também em caso de captação clandestina de conversa telefônica, igualmente determinando o desentranhamento dos autos da gravação respectiva (RTJ 110/798). Finalmente, e agora em processo penal, o Supremo Tribunal Federal, em decisão de 18 de dezembro de 1986, determinou o trancamento de inquérito policial baseado em interceptações telefônicas feitas por particulares, confessadamente ilícitas (RTJ 122/47) (Grinover; Gomes Filho; Fernandes, [s.d], p. 118).

Enfim, fora consolidado o denominado princípio da vedação ou inadmissibilidade das provas ilícitas com a Constituição Federal de 1988, ao determiná-lo em seu artigo 5º, inciso LVI, como um direito e garantia fundamental que concerne na impossibilidade de se obter provas por meios ilícitos, o que é característica inerente ao Estado Democrático de Direito (Rangel, 2023).

A discussão acerca da inadmissibilidade das provas ilícitas gira em torno da busca ilimitada pela verdade *versus* o respeito aos direitos e garantias fundamentais, isto é, um embate de preferências entre o interesse público na persecução penal e a ideia de um processo eticamente estruturado. Obviamente que, com a existência do princípio que veda a utilização de provas ilícitas, prevaleceu entendimento no sentido ético, mesmo que isso significasse o dispêndio na constatação da verdade (Lima, 2019).

Sobretudo, a vedação das provas obtidas por meios ilícitos deriva do princípio da dignidade da pessoa humana, pois não haveria como garantir a dignidade ao se admitir uma prova que vai contra as normas legais em vigor, ofendendo direta ou indiretamente as garantias e os princípios constitucionais (Marcão, 2024).

Assim, o correto seria o não ingresso da prova ilícita dentro do processo, porém, caso já esteja presente nos autos, a sua valoração não deve ser realizada e o magistrado terá de determinar a sua retirada através do desentranhamento. Não obstante, caso a prova “proibida” ou “vedada” acabe por ser valorada, a sentença que se fundar nesta deverá ser considerada nula (Bonfim, 2024).

Com isso, têm-se que as provas ilícitas são inadmissíveis de pleno direito, pois ao serem obtidas com o auxílio de meios ilegais, acabam por contaminar o seu conteúdo, infringindo regras de direito material. De tal modo, é válido dizer que o referido princípio visa a proteção do acusado, e não apenas o seu favorecimento em oposição ao interesse da coletividade (Reis; et al., 2021).

Salienta-se que em atenção a norma constitucional, o artigo 157, *caput*, do Código de Processo Penal também dispõe sobre a inadmissibilidade das provas ilícitas, mas é o seu § 3º que institui a obrigatoriedade de retirada dos autos: “preclusa a decisão de desentranhamento da prova declarada inadmissível, esta será inutilizada por decisão judicial, facultado às partes acompanhar o incidente” (Brasil, 2008).

Dessarte, o referido parágrafo do CPP passou a amparar o direito das partes a obter um pronunciamento judicial sobre a ilicitude ou não da prova antes mesmo de

ser proferida a sentença, a fim de que com o reconhecimento do ilícito seja a prova devidamente retirada dos autos do processo, sendo facultado as partes o acompanhamento do incidente para sua destruição. Ademais, frisa-se que não há tempo hábil para a arguição de ilicitude de uma prova, podendo esta ser discutida em fase recursal ou depois do trânsito em julgado da sentença condenatória, a fim de conquistar a reforma da decisão ou a anulação do processo ou da decisão que havia sido proferida (Avena, 2023).

Edilson Mougenot Bonfim entende “como marco de preclusão o trânsito em julgado da sentença penal condenatória ou absolutória, ou até mesmo a renúncia das partes quanto à impugnação das provas” (Bonfim, 2024, p. 180).

Todavia, existe impasse no que condiz a inutilização da prova tida como ilícita, que ao ser destruída não mais poderá ser utilizada em favor do réu, e para alguns doutrinadores até mesmo em favor da sociedade a depender da gravidade do crime. Por conseguinte, exige-se maior esmero durante a aplicação do dispositivo, justamente porque em muitas vezes a evidência a ser desentranhada e inutilizada pode ser de algum terceiro lesado com a sua retirada, bem como pode configurar o próprio corpo de delito ou a prova de situação ilícita distinta (Marcão, 2024)

Igualmente, Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar ressaltam a necessidade de cautela:

"[...] não só porque a destruição da prova ilícita pode implicar na eliminação da materialidade de algum crime cometido para realizá-la, como a falsificação de documento público ou uma falsa perícia, mas também, e não menos importante, porque com o ato, caso haja equívoco judicial na aferição da falsidade, corre-se o risco de perpetuar-se a injustiça, como na condenação de um inocente, ou a absolvição de réu culpado, pela eliminação do material probatório reputado equivocadamente ilegal" (Távora; Alencar, 2009, p. 156).

Para tanto, surgiram algumas interpretações a respeito da decisão a ser tomada pelo julgador, quais sejam:

**Primeira: A disciplina do art. 157, caput, obriga ao desentranhamento da prova declarada inadmissível, sendo que o § 3.º impõe a sua inutilização.** Trata-se de interpretação bastante rigorosa [...], compreendendo-se como a intenção do legislador estabelecer a paridade de armas entre acusação e defesa, exterminando a orientação jurisprudencial, segundo a qual, pelo princípio da proporcionalidade, é possível a utilização da prova ilícita em favor do réu quando for a única forma de comprovar-lhe a inocência.

**Segunda: O art. 157, § 3.º, permite que o juiz, embora reconheça a prova como ilícita, decida por não a desentranhar dos autos ou, se assim o**

**fizer, não a inutilizar.** Considera-se que, apesar de reconhecer a ilicitude da prova, poderá o juiz não a desentranhar ou não a inutilizar, em face da possibilidade excepcional de sua utilização, especialmente em favor do réu, quando, no caso concreto, concluir que dificilmente surgirão outras provas que conduzam à verdade real. [...] baseia-se no fato de que o § 3.º do art. 157 emprega a palavra “decisão” ao se referir ao desentranhamento da prova ilícita e à sua inutilização, o que sugere possibilidade de escolha, opção do julgador.

**Terceira: A prova reconhecida como ilícita por decisão transitada em julgado deverá ser obrigatoriamente desentranhada (art. 157, caput), facultando-se ao juiz decidir por sua inutilização ou não (art. 157, § 3.º).**

Esta exegese, que reputamos ser a aceitável, busca harmonizar o caput do art. 157 do CPP com o seu § 3.º, dado que a interpretação literal destes dispositivos os torna contraditórios. Afinal, enquanto o caput obriga ao desentranhamento da prova ilícita, o § 3.º refere-se a uma decisão [...], sugerindo que possa o magistrado optar por desentranhá-la ou não. Pois bem, segundo esta [...], deve-se entender que o § 3.º, ao referir-se à “decisão de desentranhamento da prova declarada inadmissível”, contém impropriedade redacional, sendo que a única forma de conciliá-lo com o caput é interpretá-lo em sua 1.ª parte como referente, não à decisão de desentranhamento, mas, sim, à decisão que declarar a prova inadmissível (Avena, 2023, p. 456).

Logo, apesar de Norberto Avena deixar bem claro que em seu campo de visão a interpretação mais aceitável é a terceira, sendo necessária releitura do dispositivo a fim de compreender se há ou não a possibilidade de o juiz decidir por não inutilizar a prova, a questão gira em torno do necessário reexame da matéria, que pode acabar por ser compreendido de forma diversa da adotada pelo autor a depender do posicionamento do intérprete a respeito da viabilidade de utilização da prova ilícita em casos apontados como excepcionais, sejam em favor do réu ou da sociedade.

De resto, considerando que inexistente expressa previsão legal no que tange à possibilidade de interposição de recurso, Edilson Mougenot Bonfim capta que “será possível, por interpretação extensiva, o manejo de recurso em sentido estrito (art. 581, XIII, do CPP). Porém, a decisão que não considere a prova ilícita poderá desafiar habeas corpus” (Bonfim, 2024, p. 180).

Outrossim, notabiliza-se que a ilicitude das provas obtidas por meios ilícitos se estende as provas que destas se originam, tornando-se igualmente inadmissíveis. Portanto, considerando a impossibilidade de uma prova ilícita conceber outra prova não eivada de ilicitude, denominam-se provas ilícitas por derivação as que correspondem aos meios probatórios que, embora produzidos de forma válida e em momento posterior, foram contaminados pelo vício da ilicitude originária (Zago; Rolim; Cury, 2023).

Tal questão a respeito da inadmissibilidade das provas ilícitas por derivação encontra-se no próprio artigo 157, em seu § 1º, primeira parte, o qual também foi alterado com a entrada em vigor da Lei nº 11.690/2008 e traz a seguinte previsão: “são também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexó de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras” (Brasil, 2008, grifo acrescentado).

No tocante a intolerância da ilicitude por derivação, Renato Marcão interpreta o dispositivo no sentido de que

“Qualquer prova que decorra direta e essencialmente de prova ilícita, por consequência lógica e inevitável, é considerada prova ilícita por derivação. O nexó de causalidade contamina de ilicitude a prova sequencialmente obtida. [...]”. Entretanto, “se determinada prova decorrer de prova ilícita e também de outra fonte lícita independente, prevalecerá sua lícitude” (Marcão, 2024).

Equitativamente, Grinover, Scarance e Magalhães Gomes Filho sustentam que, não obstante as provas ilícitas por derivação serem intrinsecamente lícitas, estas foram alcançadas em virtude de uma informação angariada por prova ilícita, de maneira que

“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”. Concebendo a título de exemplo “o caso da confissão extorquida mediante tortura, em que o acusado indica onde se encontra o produto do crime, que vem a ser regularmente apreendido. Ou o caso da interceptação telefônica clandestina, por intermédio da qual o órgão policial descobre uma testemunha do fato que, em depoimento regularmente prestado, incrimina o acusado” (Grinover; Gomes Filho; Fernandes, [s.d], p. 116).

Então, analogamente as provas ilícitas e ilegítimas, configura espécie de prova ilegal aquela que decorre da ilicitamente obtida e, em regra, é repelida pela doutrina e jurisprudência que muito já discutiram acerca de sua aceitação ou não no ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que equivalem a provas lícitas pela sua essência, mas contaminadas por derivação, vez que foram produzidas a partir de uma prova ilícita ou de uma situação de ilegalidade (Avena, 2023).

Já pacificada a questão de a ilicitude do meio ser responsável por contaminar o teor da prova, convém esclarecer a maneira pela qual se deu a elaboração do conteúdo desta espécie de prova ilegal, que se vê associada

“ao **caso SILVERTHORNE LUMBER CO v. US, de 1920**, em que a Suprema Corte norte-americana reputou **inválida uma intimação que tinha sido expedida com base numa informação obtida por meio de uma busca ilegal**. A acusação não poderia usar no processo a prova obtida diretamente da busca ilegal, nem a prova obtida indiretamente por meio da intimação baseada nessa busca. Posteriormente, no julgamento do **caso NARDONE v. US (1939)**, foi **cunhada a teoria dos frutos da árvore envenenada** (em inglês, *fruits of the poisonous tree*, segundo a qual o vício da planta se transmite a todos os seus frutos) [...]. **O ápice dessa teoria foi atingido no famoso julgamento MIRANDA v. ARIZONA, de 1966**, em que a Suprema Corte Americana firmou o entendimento de que nenhuma validade pode ser conferida às declarações feitas pela pessoa à polícia, a não ser que antes ela tenha sido claramente informada de: **1) que tem o direito de não responder; 2) que tudo o que disser pode vir a ser utilizado contra ele; 3) que tem o direito à assistência do defensor escolhido ou nomeado**. [...] denominada de **aviso de Miranda** (Miranda Rights ou Miranda-warnings) - era o bastante para inquirar de nulidade as declarações da pessoa, notadamente a confissão e as provas conseguidas a partir dela” (Lima, 2019, p. 647, grifo acrescentado).

Ocorre que, muito antes de ser introduzida a proibição as provas ilícitas por derivação na legislação, esta já começava a se encontrar em consonância com as teses pacificadas jurisprudencialmente a respeito de sua inaplicabilidade, no entanto, foi somente em 2008 com a edição da Lei nº 11.690 no Código de Processo Penal, que a lei processual passou a prever, expressamente, a vedação das provas ilícitas derivadas (Reis; Gonçalves, 2023).

Assim sendo, a aplicabilidade e os desdobramentos da teoria norte-americana dos frutos da árvore envenenada (*fruits of the poisonous tree*) serão melhor aprofundados no tópico a seguir.

### 2.3 TEORIA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA E AS SUAS POSSÍVEIS EXCEÇÕES

Com base na teoria dos frutos da árvore envenenada, o vício da planta se transmite a todos os seus frutos, ou seja, as provas ilícitas por derivação encontram-se contaminadas pelo vício da ilicitude originária, a qual se transmite por efeito da

repercussão causal que, segundo conclusão do disposto no art. 573, §1º, do CPP<sup>6</sup>, acaba por “envenenar” todos os frutos da árvore (Capez, 2023).

Em outras palavras, conquanto os elementos probatórios desta espécie de prova não tenham infringido nenhuma norma jurídica durante sua obtenção, a sua descoberta só se tornou exequível a partir de um fato ilícito praticado anteriormente, fato este que cunhado aos moldes da teoria dos frutos da árvore envenenada, equipara-se as raízes viciadas de uma árvore doente, infectando tudo que dela provém (Souza, 2004).

Inicialmente, a aludida teoria fora rechaçada pelo Supremo Tribunal Federal, prevalecendo a ideia de que são inadmissíveis apenas as provas ilícitas em si mesmas, enquanto as suas derivações seriam conceituadas como pistas de caráter lícito. Foi somente em 1996 que o STF retornou a trama ao se posicionar favoravelmente à adoção da teoria dos frutos da árvore envenenada, na qual “sem a edição de lei definidora das hipóteses e da forma indicada no art. 5º, inc. XII, da Constituição<sup>7</sup>, não pode o Juiz autorizar a interceptação de comunicação telefônica para fins de investigação criminal”. Mais adiante, ainda seria firmada a aceção de que as provas obtidas por meios ilícitos tão-somente contaminam aquelas que dela decorrem exclusivamente (Lima, 2019, p. 647).

Analogamente, Renato Marcão aponta parte da ementa de julgado pelo STF em que o Min. Celso de Mello relatou o seguinte:

“Ninguém pode ser investigado, denunciado ou condenado com base, unicamente, em provas ilícitas, quer se trate de ilicitude originária, quer se cuide de ilicitude por derivação. Qualquer novo dado probatório, ainda que produzido, de modo válido, em momento subsequente, não pode apoiar-se, não pode ter fundamento causal nem derivar de prova comprometida pela mácula da ilicitude originária. **A exclusão da prova originariamente ilícita — ou daquela afetada pelo vício da ilicitude por derivação — representa um dos meios mais expressivos destinados a conferir efetividade à garantia do *due process of law***<sup>8</sup> e a tornar mais intensa, pelo banimento da prova ilicitamente obtida, a tutela constitucional que preserva os direitos e prerrogativas que assistem a qualquer acusado em sede processual penal.

---

<sup>6</sup> Art. 573, §1º- A nulidade de um ato, uma vez declarada, causará a dos atos que dele diretamente dependam ou sejam consequência (Brasil, 1941).

<sup>7</sup> Art. 5º, inc. XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal (Brasil, 1988).

<sup>8</sup> Princípio do devido processo legal - “Previsto pelo artigo 5º, inciso LIV, da Constituição Federal, garante que o indivíduo só será privado de sua liberdade ou terá seus direitos restringidos mediante um processo legal, exercido pelo Poder Judiciário, por meio de um juiz natural, assegurados o contraditório e a ampla defesa.” (Brasil, 1988 apud CNMP).

(...) **A doutrina da ilicitude por derivação (teoria dos ‘frutos da árvore envenenada’) repudia, por constitucionalmente inadmissíveis, os meios probatórios, que, não obstante produzidos, validamente, em momento ulterior, acham-se afetados, no entanto, pelo vício (gravíssimo) da ilicitude originária, que a eles se transmite, contaminando-os, por efeito de repercussão causal.** [...] Revelam-se inadmissíveis, desse modo, em decorrência da ilicitude por derivação, os elementos probatórios a que os órgãos estatais somente tiveram acesso em razão da prova originariamente ilícita, obtida como resultado da transgressão, por agentes públicos, de direitos e garantias constitucionais e legais, cuja eficácia condicionante, no plano do ordenamento positivo brasileiro, traduz significativa limitação de ordem jurídica ao poder do Estado em face dos cidadãos. **Se, no entanto, o órgão da persecução penal demonstrar que obteve, legitimamente, novos elementos de informação a partir de uma fonte autônoma de prova [...], tais dados probatórios revelar-se-ão plenamente admissíveis, porque não contaminados pela mácula da ilicitude originária**” (Marcão, 2024, p. 263, grifo acrescentado).

Em harmonia com esta perspectiva e também com a definição de ilicitude probatória a partir da teoria norte-americana, cita-se Mateus, capítulo 7, versículos 17 e 20: “Assim, toda a árvore boa dá frutas boas, e a árvore que não presta dá frutas ruins. A árvore boa não pode dar frutas ruins, e a árvore que não presta não pode dar frutas boas” (Bíblia, Mt. 7, 17 e 20).

À vista disso, depreende-se que a árvore que não presta equivale a prova ilícita, ou seja, a prova já contaminada pelo vício da ilicitude e que somente produzirá frutas ruins, doravante compreendidas as provas viciadas, aquelas que se originaram da árvore envenenada.

Em suma, este é o atual entendimento dos Tribunais Superiores:

AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS COM ORDEM CONCEDIDA. TRÁFICO DE DROGAS. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. PRISÃO REALIZADA POR GUARDAS MUNICIPAIS. FUNÇÃO DELINEADA NO ART. 144, § 8º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. BUSCA PESSOAL. DILIGÊNCIAS OSTENSIVAS TÍPICAS DA ATIVIDADE POLICIAL. ILICITUDE DAS PROVAS OBTIDAS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. PRECEDENTES.

1 - As razões trazidas no regimental não são suficientes para infirmar a decisão agravada, devendo ser mantida por seus próprios fundamentos.

2 - Em razão de a guarda municipal ter atuado ostensivamente com a finalidade de reprimir a criminalidade urbana em atividade tipicamente policial e completamente alheia às suas atribuições constitucionais, o reconhecimento da ilicitude das provas colhidas com base nessa diligência e todas as que delas derivaram é medida que se impõe.

3 - Com efeito, **O reconhecimento da ilicitude de prova torna imprestáveis todas as que dela são derivadas, exceto se de produção independente ou de descoberta inevitável, conforme entendimento doutrinário, jurisprudencial e legal de aplicação da teoria dos frutos da árvore envenenada.** (EDcl no AgRg no HC n. 774.349/SC, Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, DJe 27/2/2023).

**4 - No caso, não houve produção independente de provas ou descoberta inevitável das drogas, mas atuação da guarda municipal em investigação de tráfico de drogas, decorrente de denúncia anônima, o que não é admitido.**

5 - Agravo regimental improvido. (STJ – AgRg no HC: 797725/SP 2023/0014368-9, Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior, data do julgamento: 15/05/2023, T6 – Sexta Turma) (Brasil, 2023, grifo acrescentado).

Na oportunidade, o Ministério Público Federal interpôs agravo regimental contra a decisão que concedeu habeas corpus a pessoa acusada pelo delito de tráfico de drogas. Ocorre que, como as drogas apreendidas correspondem a prova ilícita por derivação, já que a prisão foi realizada ao arrepio da lei, sem situação de flagrância e com violação ao domicílio, porque o ingresso dos guardas transcorreu sem a devida ordem judicial, e em contrariedade as atribuições constitucionais da guarda municipal, visto que não é de sua competência atuar em investigação ao tráfico de drogas, o que acarretou a nulidade das provas ante a teoria dos frutos da árvore envenenada, restando negado o agravo regimental.

Entretanto, é preciso ressaltar a existência de exceções a teoria dos frutos da árvore envenenada, isto é, desdobramentos lógicos provenientes da própria teoria, uma vez que, conforme explicação de Andrés de la Oliva Santos, catedrático de processo penal da Universidade Complutense de Madri, citado por Edilson Mougenot Bonfim:

“a metáfora da ‘árvore envenenada’ e seus ‘frutos’ somente é isso, uma metáfora. E, para seguir com ela, diria que estes ‘frutos’ são perfeitamente digeríveis e aproveitáveis por quem não tenha envenenado a ‘árvore’. Trasladar os termos da metáfora, absolutizados, ao plano da realidade e, em concreto, da prova, constituiria uma arbitrária sacralização” (Santos, [s.d], n. 8-9, p. 10, apud Bonfim, 2024, p. 181).

Aliás, certas exceções estão, inclusive, legalmente previstas no Código de Processo Penal, no artigo 157, §§ 1º e 2º:

§ 1º São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, **salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras;**

§ 2º Considera-se fonte independente aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, **seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova** (Brasil, 1941, grifo acrescentado).

A teoria da fonte independente é conceituada junto ao § 2º, todavia, grande parte da doutrina entende que a redação de ambos os parágrafos é precária, de modo que o real conceito da referida teoria corresponde a parte final do § 1º. Assim, o correto seria sustentar que, quando uma prova possui duas fontes (uma lícita e outra ilícita), aquela titulada como independente não possui relação de dependência e nem decorre da prova ilícita em sua origem, não existindo relação causal entre ambas, de forma que os atos probatórios que de fonte autônoma resultem, são admissíveis, já que não estão contaminados pelo vício da ilicitude originária (Gonçalves; Reis, 2023).

Isto significa que a relação de causalidade é o vínculo que deve existir entre uma prova ilícita e outra lícita, ligando a colheita de uma até a obtenção da outra e resultando na transmissão do vício da ilicitude originária. Do contrário, não deve se falar em contaminação, como é o caso da fonte independente, meio de prova lícito que não foi infectado e nem pode contaminar outras provas, já que sua obtenção não guarda nenhum tipo de relação com a prova ilícita (Rangel, 2023).

Denominada como teoria da descoberta inevitável, esta seria a real correspondente do conceito dado ao § 2º, onde evidencia-se que a rotina da investigação levaria a produção legal da prova de qualquer forma, independentemente da prova ilícita originária. Desse modo, diferenciam-se ambas as teorias no quesito da circunstância, pois enquanto a teoria da fonte independente tem como requisito a obtenção legal da prova em questão, a teoria da descoberta inevitável somente reclama existência de fundada convicção sobre a prova ilegalmente obtida, a fim de demonstrar que esta acabaria sendo descoberta por meios lícitos, ou seja, que a sua descoberta seria de fato inevitável (Gonçalves; Reis, 2023).

Então, quanto a esta teoria, “caso se demonstre que a prova derivada da ilícita seria produzida de qualquer modo, independentemente da prova ilícita originária, tal prova deve ser considerada válida” desde que existam evidências capazes de comprovar que tal descoberta seria, de fato, inevitável (Lima, 2019, p. 650-651).

Com relação a teoria da serendipidade, exceção também denominada de encontro fortuito de provas ou crime achado, refere-se a colheita ocasional ou acidental de provas relacionadas a um fato diverso do que está sendo investigado. Seria o caso de no decorrer da investigação de um crime acabar se obtendo um elemento probatório relacionado a outro delito, o que configura uma nova descoberta de prova que poderá ser aproveitada no curso de uma outra investigação, vez que

autorizada por ordem judicial que independe da existência ou não de nexos causal com o crime inicialmente investigado (Capez, 2023).

Tratam-se de provas achadas casualmente em cumprimento de diligências regularmente autorizadas para investigação de um crime, mas que interessam a outra infração penal. Portanto, ao ser verificada a inexistência de desvio de finalidade durante a execução da diligência, não persistem dúvidas quanto a validade da prova (Lima, 2019).

A delimitação conceitual da teoria do encontro fortuito é puramente doutrinária, pois a lei não se atentou em providenciar a devida regulamentação. No mais, a respectiva teoria irá decorrer de medidas cautelares de investigação, porém não deve ser apurada única e exclusivamente nos casos em que há cumprimento de mandado de busca e apreensão ou interceptação telefônica, já que sua incidência não se restringe a estas hipóteses (Kalmann, 2018).

Logo, é lícita a prova obtida fortuitamente, todavia deve-se ter cuidado para não confundir a teoria da serendipidade com “a condenável prática que parte da doutrina convencionou denominar *fishing expedition* (pescaria probatória), marcada pela clandestinidade e generalidade de práticas proscritas visando a obtenção de provas a qualquer custo” (Marcão, 2024, p. 264).

Ademais, consolidou-se a teoria do nexos causal atenuado, também conhecida como teoria da tinta diluída ou limitação da mancha purgada, em que o nexos causal entre a prova ilícita e a derivada é tênue, já que um ato posterior e independente é capaz de afastar a ilicitude originária da prova ou da ilegalidade da situação que o gerou, rompendo a ligação entre o meio de prova contaminado e a prova subsequente, o que permite o aproveitamento desta (Avena, 2023).

Apesar de não haver conhecimento a respeito de sua adoção pelo STF ou STJ, importante expor este tema que para parte da doutrina se encontra no § 1º, do art. 157 do CPP no que tange a ausência de nexos causal. Embora esta teoria se aproxime da ideia de fonte independente, ambas não se confundem, visto que nesta última o nexos causal desaparece em razão da prova secundária não derivar da primária, enquanto que na limitação da mancha purgada a corrente causal é atenuada “em virtude do tempo, de circunstâncias supervenientes, da magnitude da ilegalidade funcional ou da colaboração voluntária de um dos envolvidos” (Lima, 2019, p. 653).

Em contrapartida, subsistem outras exceções que não foram positivadas no direito brasileiro, sendo que dentre elas cita-se a teoria da boa-fé, na qual consiste a admissão da prova ilícita caso a mesma tenha sido obtida, como o próprio nome sugere, na boa-fé, ou por erro escusável, desde que persista crença razoável na conduta realizada pelo agente, que teria agido creditando estar dentro da legalidade, não existindo razão para a exclusão da prova. Aqui, o objetivo é evitar o reconhecimento da ilicitude da prova devido à ausência de dolo (Badaró, 2015).

De igual modo, não obstante a existência de outras limitações a teoria dos frutos da árvore envenenada, estas não vão de encontro com a proposta de análise desse estudo, dado que não se tem conhecimento a respeito de sua aplicabilidade no ordenamento jurídico brasileiro. Conseqüentemente, passa-se ao exame de preceito constitucional capaz de influir na reflexão a respeito da admissibilidade das provas ilícitas, bem como das provas ilícitas por derivação.

#### 2.4 PROVAS ILÍCITAS PRO REO E PRO SOCIETATE DIANTE DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Intitulada como teoria da proporcionalidade, trata-se de construção doutrinária e jurisprudencial que, além de configurar exceção a teoria dos frutos da árvore envenenada, também se trata de um princípio geral do direito. Baseando-se na premissa de que nenhum direito previsto pela Constituição Federal detém caráter absoluto, surge a possibilidade de se acolher a teoria da proporcionalidade, também designada como da razoabilidade ou do interesse predominante, pois os interesses da sociedade devem se manter em equilíbrio com os direitos individuais, o que impede a total desconsideração das provas obtidas por meios ilícitos, assim como das provas que derivam das ilícitas (Nucci, 2023).

Originária do período pós-guerra na Alemanha, tal teoria advém da expressão *Verhältnismässigkeitsprinzip*, que de fato significa “princípio da proporcionalidade”, também chamada de razoabilidade pela doutrina americana. Seu próprio nome já induz a sua interpretação, de acordo com a qual bens, valores e princípios jurídicos contrastantes devem ser ponderados, isto é, necessitam de harmonização a fim de que o bem de menor relevância seja sobreposto pelo de maior valor social.

Inegavelmente, cuida-se de grande exceção e por isso a prova ilícita só poderá ser admitida a fim de equilibrar o antagonismo existente entre os valores (Capez, 2023).

Nessa esteira, retoma-se a afirmação de que os direitos e garantias fundamentais não tem caráter absoluto, motivo pelo qual o critério da proporcionalidade pode vir a ser observado. No mesmo sentido e desde o ano de 1999 é este o posicionamento do STF, conforme dicção do Relator Min. Celso de Mello:

“Não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, mesmo porque razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, desde que respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição” (STF, Tribunal Pleno, MS 23452/RJ, Rel. Min. Celso de Mello, DJU de 16/09/1999) (Brasil, 1999).

Como efeito, a garantia atinente ao princípio que proíbe a utilização de provas obtidas por meios ilícitos também assume caráter relativo, pois de igual modo estão presentes na Constituição Federal outros princípios que se encontram no mesmo nível de salvaguarda que a inadmissibilidade prevista pelo já mencionado art. 5º, inc. LVI. De exemplo está a proteção ao direito de ação disposto no art. 5º, inc. XXXV, da CF/88<sup>9</sup> que preserva “o direito de provar em juízo os fatos em que se baseia a acusação; ou mesmo no combate ao tráfico ilícito de entorpecentes, ao terrorismo, e aos chamados crimes hediondos” mencionados no art. 5º, inc. XLIII, da CF/88<sup>10</sup>, devendo existir um justo equilíbrio entre ambas as garantias (Souza, 2004, p. 189).

Pela doutrina alemã, observa-se que o princípio da proporcionalidade se subdivide em outros três subprincípios que se apresentam como requisitos para a sua aplicação, quais sejam: a) adequação, pois o meio adotado deve ser apto a atingir sua finalidade; b) exigibilidade, já que a conduta deve ser considerada necessária diante da inexistência de outro meio menos gravoso para atingir o fim proposto; e c) proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, a real ponderação a ser realizada entre o ônus a ser suportado e o benefício trazido, de forma que este deve ser mais

---

<sup>9</sup> Art. 5º, inc. XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. (Brasil, 1988);

<sup>10</sup> Art. 5º, inc. XLIII - a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem (Brasil, 1988).

vantajoso para justificar interferência no âmbito dos direitos individuais (Barroso, 1996).

No tocante a admissibilidade desta teoria, existem duas correntes, quais sejam, a proporcionalidade *pro reo* e a *pro societate*, isto é, a utilização da prova obtida por meios ilícitos, respectivamente, em benefício do réu ou do estado. A rigor, frisa-se que a prova ilícita, quando *pro reo*, já vem sendo admitida tanto pela doutrina como pela jurisprudência por força da presunção de inocência (Lopes Jr., 2023).

À vista disso, é o entendimento Vicente Greco Filho:

“uma prova obtida por meio ilícito, mas que levaria à absolvição de um inocente (...) teria de ser considerada, porque a condenação de um inocente é a mais abominável das violências e não pode ser admitida ainda que se sacrifique algum outro preceito legal”. (Greco Filho, *Tutela Constitucional das Liberdades*, p. 112-113 apud Lopes Jr., 2023, p. 189).

Ainda, Grinover, Scarance Fernandes e Magalhães Gomes Filho revelam ser praticamente unânime a posição que admite a “utilização no processo penal, da prova favorável ao acusado, ainda que colhida com infringência a direitos fundamentais seus ou de terceiros” (Grinover; Fernandes; Gomes Filho, [s.d], p. 116).

Consequentemente, pode-se afirmar que a conduta do réu que se utilizar de prova ilícita para comprovar sua inocência irá configurar causa de exclusão de ilicitude diante do estado de necessidade em que se encontrava, vez que o direito de liberdade se sobressai ao poder punitivo do estado, tornando admissível a prova colhida ao arrepio da lei quando para beneficiar a defesa e o direito do inocente contra acusações injustas (Rangel, 2023).

A título de exemplo desta razoabilidade:

“imagine-se uma prova obtida mediante interceptação telefônica não autorizada judicialmente (conduta criminosa, conforme reza o art. 10 da Lei 9.296/1996), em franca violação à intimidade de alguém e em total desacordo com a regra do art. 5.º, XII, fine, da Constituição Federal, mas que seja capaz de provar a inocência do acusado. De um lado, há essa prova, flagrantemente ilícita em razão do afrontamento direto à Magna Carta. De outro, há o caput do mesmo dispositivo constitucional assegurando que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País, entre outros, o direito à liberdade. **No balanceamento comparativo entre esses dois fatores, mais do que o direito à intimidade violada, releva o direito à liberdade do réu, que não poderá sofrer uma condenação injusta. Por isso, em seu favor, tem-se considerado razoável e proporcional utilizar a prova ilicitamente obtida**” (Avena, 2023, p. 461, grifo acrescentado).

Certamente, entende-se viável a utilização do critério da proporcionalidade em favor do acusado quando este for o único meio capaz de comprovar a sua inocência e evitar uma condenação injusta. Contudo, subsistem limites, como a prova adquirida mediante tortura, situação bem diversa de uma prova obtida por gravação ou interceptação telefônica ilícita. Assim, eventual prova alcançada por meio de tortura considerar-se-á fruto de constrangimento com emprego de violência ou grave ameaça contra indivíduo, resultando em seu sofrimento físico ou mental, motivos pelos quais não pode ser levada em consideração, restando inviável a aferição de sua veracidade quanto ao conteúdo declarado (Lima, 2019).

Avesso a este entendimento está o da prova ilícita quando *pro societate*, não tão bem aceito pela doutrina e jurisprudência, visto que na balança dos bens jurídicos é de maior valia aquele que for responsável por libertar um inocente e não por condenar o acusado, desde que existam provas de sua inocência (mesmo que ilícitas a teor do referido princípio). Ainda assim, apesar de não ser tão bem aceito, parte da doutrina passou a considerá-lo com base em algumas circunstâncias, haja vista que a proporcionalidade não pode ser radicalizada a ponto de considerar somente os interesses dos réus em desfavor da segurança de toda uma sociedade (Avena, 2023).

Embora permaneçam muitas controvérsias acerca da aplicação da proporcionalidade *pro societate*, ou a favor da sociedade, parcela significativa da doutrina ainda clama pela sua admissão, o que mesmo a passos lentos começa a ecoar na jurisprudência dos tribunais. Afinal, para aqueles que sustentam tal teoria, existe o consenso de que a mesma só seria aplicada em casos extraordinários e de extrema gravidade ou relevância social, buscando-se o equilíbrio entre os pratos da balança que simboliza a justiça e o respeito ao valor constitucional de igualdade das partes (Souza, 2004).

Em consonância, Renato Brasileiro de Lima citou caso concreto apontado por Antônio Scarence Fernandes, no qual uma tentativa de fuga e sequestro de juiz de direito restou infrutífera somente após violação de correspondência dos presos (LEP, art. 41, inc. XV<sup>11</sup>), o que ocorreu sem prévia autorização judicial (LEP, art. 41,

---

<sup>11</sup> Art. 41 – Constituem direitos do preso: XV - contato com o mundo exterior por meio de correspondência escrita, da leitura e de outros meios de informação que não comprometam a moral e os bons costumes (Brasil, 1984);

parágrafo único<sup>12</sup>). Neste episódio e segundo o autor, teria o STF sopesado as normas constitucionais em tela e decidido a favor da preservação de segurança do presídio e pela vida do juiz, não considerando a prova como ilícita e concluindo que, excepcionalmente, a administração penitenciária dotada de razões de segurança pública, de disciplina prisional ou de preservação da ordem jurídica poderá efetuar a interceptação de correspondência enviada aos presos (Fernandes, 2002 apud Lima, 2019).

Dentro do mesmo contexto, mas atendendo a um panorama mais atual, está a decisão manifesta no Habeas Corpus nº 812.310/RJ, veja-se a primeira parte da ementa:

HABEAS CORPUS. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. ART. 217-A, § 1º, DO CÓDIGO PENAL. CAPTAÇÃO AMBIENTAL. REALIZAÇÃO POR UM DOS INTERLOCUTORES SEM CONHECIMENTO DO OUTRO. PACOTE ANTICRIME. REGULAMENTAÇÃO. **PRÉVIA AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. DISPENSA. RESTRIÇÃO A DIREITO FUNDAMENTAL DO ACUSADO. POSSIBILIDADE. CRITÉRIO DA PROPORCIONALIDADE. NECESSIDADE DA GRAVAÇÃO AMBIENTAL PARA PROVA DA CONDUTA CRIMINOSA. ADEQUAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE MEIO MENOS GRAVOSO. PROPORCIONALIDADE EM SENTIDO ESTRITO. COLISÃO DE INTERESSES. BENS JURÍDICOS DE MAIOR RELEVÂNCIA. LEGÍTIMA DEFESA PROBATÓRIA. LICITUDE DA PROVA.** HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO (HC n. 812.310/RJ, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 21/11/2023, DJe de 28/11/2023.) (Brasil, 2023, grifo acrescentado).

Neste caso em específico, a equipe de enfermagem de um hospital gravou clandestinamente as ações criminosas de um médico anestesista que abusava de mulheres sedadas durante a realização do parto, de modo que a decisão do Superior Tribunal de Justiça foi favorável a legítima defesa probatória. Isto é, por meio do critério da proporcionalidade, foi considerado como de maior relevância a proteção aos direitos fundamentais das vítimas ante os direitos de imagem e privacidade do denunciado, justificando-se a utilização das gravações clandestinas como meios de prova proporcionais e adequados a especificidade e hediondez do caso em comento (Nascimento Lima; Rodrigues Júnior, 2023).

---

<sup>12</sup> Art. 41, Parágrafo único. Os direitos previstos nos incisos V, X e XV poderão ser suspensos ou restringidos mediante ato motivado do diretor do estabelecimento (Brasil, 1984).

Em que pese a importância da aplicação do princípio da proporcionalidade, seja em favor do réu como da sociedade, importante trazer à tona a afirmação seguida de um questionamento por parte de José Roberto dos Santos Bedaque:

“não se pode concordar com a absoluta desconsideração das provas ilícitas. Imagine-se a situação do magistrado que, sabendo da existência de provas que permitirão o esclarecimento dos fatos sobre os quais ele deverá decidir, não possa determinar a sua produção. Ou se elas já se encontrarem nos autos, deverá ignorá-las e decidir de forma oposta àquela decorrente da sua convicção?” (Bedaque, [s.d], p. 103 apud Bonfim, 2024, p. 182).

Em similar perspectiva, convém revelar a percepção de Fernando Capez:

[...] não é razoável a postura inflexível de se desprezar, sempre, toda e qualquer prova ilícita. Em alguns casos, o interesse que se quer defender é muito mais relevante do que a intimidade que se deseja preservar. Assim, surgindo conflito entre princípios fundamentais da Constituição, torna-se necessária a comparação entre eles para verificar qual deva prevalecer. Dependendo da razoabilidade do caso concreto, o juiz poderá admitir uma prova ilícita ou sua derivação, para evitar um mal maior, como, por exemplo, a condenação injusta. Os interesses que se colocam em posição antagônica precisam ser cotejados, para escolha de qual deva ser sacrificado (Capez, 2023).

Logo, extrai-se que quiçá em alguns casos específicos poderia ser permitida a recepção da prova ilícita ou sua derivação dentro do processo, com a finalidade de fazer prevalecer o bem maior em prol do indivíduo ou de toda a coletividade. Ainda assim, evidente que tal intuito corresponderia a uma grande exceção, principalmente se tratando da admissão em benefício da sociedade, sendo necessária análise minuciosa a respeito da referida possibilidade e da plausibilidade do caso concreto, de jeito que a resolução deste seja de maior relevância ou tão pertinente quanto o direito a intimidade que se busca resguardar.

## CONCLUSÃO

Por todos esses aspectos, a prova revela-se como um assunto de grande valia dentro do direito processual penal, especialmente na abordagem da complexa temática da (in)admissibilidade das provas ilícitas frente a uma análise principiológica da busca pela verdade real e pelo critério da proporcionalidade, em que se buscou investigar quais as suas possibilidades de admissão, sobretudo com relação as provas que derivam das ilícitas e por esse motivo são consideradas lícitas em sua origem, mas contaminadas por repercussão causal.

Como as provas constituem elementos de convicção, responsáveis por convencer o magistrado a respeito da veracidade dos fatos alegados em juízo, o Código de Processo Penal optou, a luz do que já dispunha a Constituição Federal de 1988, por vedar as provas obtidas por meios ilícitos, incluindo-se na categoria de provas proibidas as provas ilícitas por derivação, as quais suportam algumas exceções, mas que segundo a teoria norte-americana dos frutos da árvore envenenada (*fruits of the poisonous tree*), o vício da planta se transmite a todos os seus frutos, tornando-os igualmente inadmissíveis.

Ao decorrer deste estudo, o primeiro capítulo buscou introduzir a matéria referente a teoria geral da prova, apresentando-a como o fundamento utilizado pelo juiz na construção da sua decisão, motivo pelo qual a prova também é de grande importância para o processo penal. Após esta explanação inicial, buscou-se examinar o objeto da prova, fato relativo a litígio, mas sobre o qual pesa incerteza e por isso deve ser comprovado e valorado, bem como foi realizada a diferenciação entre os meios de prova, recursos utilizados no alcance da verdade e que equivalem ao caminho percorrido pela prova, e os meios de obtenção de prova, procedimentos regulados por lei que, em regra, são extraprocessuais e executam-se durante a fase preliminar de investigação.

E, como já mencionado, sendo a prova o parâmetro da decisão do juiz, frisa-se que o sistema de avaliação adotado por nosso ordenamento jurídico foi o do livre convencimento fundamentado, em que o magistrado sempre deve motivar a sua

sentença. Seguidamente, passou-se a análise dos princípios atinentes a prova, com ênfase no princípio da busca pela verdade real, que objetiva a reprodução dos fatos de forma fiel e idônea, sem a violação de direitos.

Já no segundo capítulo, a discussão acerca do direito à prova, questão atribuída as partes do processo, foi melhor observada a partir das suas limitações frente aos direitos e garantias fundamentais assegurados constitucionalmente, em especial o princípio da vedação as provas obtidas por meios ilícitos, o que se estende as provas ilícitas por derivação. Nesse viés, notabiliza-se que a prova ilegal é gênero da qual emanam três espécies de provas tidas como proibidas no direito brasileiro, quais sejam as provas ilícitas, ilegítimas e irregulares, realizada a distinção entre cada uma delas, não obstante a prova ilícita ser o real objeto deste estudo. Outrossim, foram conceituadas as provas ilícitas por derivação e, conseqüentemente, do que se trata a teoria dos frutos da árvore envenenada, em que, embora a prova não tenha infringido qualquer norma jurídica durante sua colheita, a sua descoberta só se tornou viável pela prática de um fato ilícito anterior, de forma que se encontra contaminada pelo “veneno” da prova ilícita originária.

Contudo, a respectiva teoria já adotada pelo direito brasileiro comporta exceções, algumas das quais estão legalmente previstas e outras não, assim denominadas: teoria da fonte independente, teoria da descoberta inevitável, teoria da serendipidade (que não se confunde com a prática ilegal da *fishing expedition*), teoria do nexos causal atenuado e a exceção da boa-fé. Por último, o capítulo ainda abordou o princípio da proporcionalidade *pro reo* e *pro societate*, considerado como critério de exceção das provas ilícitas, bem como da ilicitude por derivação.

Eis que a pergunta problematizadora desta pesquisa questionou a possibilidade de valoração das provas ilícitas, sobretudo as provas ilícitas por derivação a partir das exceções a teoria dos frutos da árvore envenenada, bem como a aplicação do critério de proporcionalidade às provas ilícitas. Diante desta problemática, observou-se o surgimento de duas hipóteses. A primeira delas acabou por ser refutada em virtude de seu caráter totalitário, pois a inadmissibilidade prevaleceria em todo e qualquer caso, sem o acatamento de nenhum tipo de exceção às provas ilícitas, consideradas completamente nulas, inclusive as que derivarem de conduta ilícita, sendo inconcebível a sua presença no processo quando evidenciado for o nexos de causalidade entre ambas as provas. Em compensação, o segundo

entendimento, embora não seja o mais completo ou correto na visão de alguns doutrinadores, considera-se a melhor solução para o problema em questão, já que é o que melhor se amolda a premissa de que os direitos e garantias individuais não tem caráter absoluto, podendo ser objeto de limitações. Assim, a inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos assume caráter relativo, de forma que tais provas podem vir a ter o seu uso justificado a depender da gravidade de cada caso, sendo concebível, além das exceções a teoria dos frutos da árvore envenenada, o critério denominado como princípio da proporcionalidade, que tem por base a busca pela verdade real.

Nesse sentido, percebe-se que há maior acolhimento, inclusive pela legislação, às exceções no tocante as provas ilícitas por derivação, aquelas compreendidas como lícitas em sua origem, mas que infelizmente foram contaminadas pelo vício da ilicitude, de modo que sua descoberta só se tornou possível a partir da existência de uma prova ilícita. Isto é, tais provas não foram obtidas em violação ou afronta às normas legais, o que torna eventual necessidade de sua utilização mais tolerável, convicção reforçada pelo próprio CPP ao permitir sua admissão a partir das teorias do nexo causal atenuado, da descoberta inevitável e da fonte independente.

Além destas, existem outras teorias responsáveis por mitigar a inutilização das provas derivadas e, embora não estejam previstas na legislação, algumas acabam sendo admitidas pelo ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que possuem respaldo na jurisprudência e na doutrina, contanto que subsistam os direitos e garantias fundamentais.

Por outro prisma, no que tange as provas ilícitas em sua origem, estas não são tão bem recepcionadas quanto as que emanam da teoria dos frutos da árvore envenenada, vez que obtidas por meios ilícitos e, portanto, ao arripio da lei. Contudo, seguindo-se a premissa do critério da proporcionalidade, em que os interesses da sociedade devem ser equilibrados com os direitos individuais, resplandece a possibilidade de admissão das provas ilícitas a fim de que o bem de maior relevância social prevaleça sobre o de menor diante de valores contrastantes, de forma que surgiram duas correntes acerca da admissibilidade, uma em favor do réu e outra em favor da sociedade.

Assim, o critério da proporcionalidade quando *pro reo* busca absolver um inocente, justificando-se o uso da prova colhida com infringência a direitos

fundamentais quando este for o único meio capaz de comprovar a sua inocência, ou seja, trata-se de um bem maior que, inclusive, pode vir a configurar causa de exclusão da ilicitude quando a prova ilícita em questão vier a ser produzida pelo próprio réu. Dessarte, a utilização da prova ilícita em favor do réu vem sendo admitida pela doutrina e pela jurisprudência para evitar a condenação daquele que fora acusado injustamente, desde que encontre limites quanto ao meio utilizado para obtenção da prova, que mesmo de caráter ilícito, não pode ter sido colhida com emprego de violência ou grave ameaça, por exemplo.

Sob outro enfoque, o critério da proporcionalidade quando *pro societate* caminha a passos lentos, pois as provas ilícitas enfrentam maiores dificuldades na sua possibilidade de utilização em favor da coletividade, vez que a libertação de um inocente é de maior valia que uma condenação, tratando-se de uma grande exceção. Todavia, apesar de não ser tão bem aceita pela doutrina e pela jurisprudência, permanece o consenso por parte da doutrina de que tais provas ainda podem vir a ser empregadas em casos extremos ou de grande relevância social, a fim de justificar a aplicação da proporcionalidade somente no que for realmente necessário, como quando o interesse que se busca defender for bem mais relevante que a intimidade que se estima proteger, contanto que se trate de caso grave ou excepcional e que tenha sido realizada análise minuciosa de cada evento em específico.

Diante da constante evolução do direito e do fato de que nenhuma garantia constitucional é absoluta, apesar da existência do princípio da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos, bem como das ilícitas por derivação, ambas podem vir a ser reconhecidas pelo ordenamento jurídico brasileiro em certas exceções e a depender da necessidade de sua utilização em cada caso.

Tem-se, pois, que as provas ilícitas por derivação possuem grau de aceitabilidade maior do que as ilícitas em si, existindo harmonia no entendimento respeito de sua admissibilidade, seja com base nas teorias previstas pela legislação, seja naquelas positivadas pela jurisprudência e doutrina, desde que corretamente aplicadas e observadas as peculiaridades de cada caso. E, quanto as provas obtidas por meios ilícitos, a jurisprudência e a doutrina já se mostraram favoráveis à sua aplicação em favor de réu, somente persistindo ressalvas com relação ao seu aproveitamento em favor da sociedade, porém sem desconsiderar totalmente a possibilidade de seu uso em situações excepcionais. Portanto, o princípio da

inadmissibilidade das provas ilícitas não é ilimitado e, apesar de pouco discutida no direito brasileiro, a prova ilícita carece de mais atenção ante a busca por maiores garantias, razão pela qual o estudo da temática sempre será de grande valia devido à sua contribuição significativa para o processo penal brasileiro.

## REFERÊNCIAS

AVENA, Norberto. **Processo Penal**. 15. ed. Rio de Janeiro: Método, Grupo GEN, 2023. 1.331 p.

BADARÓ, Gustavo. **As propostas de alteração do regime de provas ilícitas no processo penal**. Boletim – 277 – dezembro/2015. Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM). Disponível em: < [https://arquivo.ibccrim.org.br/boletim\\_artigo/5676-As-propostas-de-alteracao-do-regime-de-provas-ilicitas-no-processo-penal](https://arquivo.ibccrim.org.br/boletim_artigo/5676-As-propostas-de-alteracao-do-regime-de-provas-ilicitas-no-processo-penal) >. Acesso em: 15 de out. 2023.

BARROSO, Luís Roberto. **Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito constitucional**. Revista de Direito do Ministério Público, Rio de Janeiro, 1996. Disponível em: < [https://www.mprj.mp.br/documents/20184/2856472/Luis\\_Roberto\\_Barroso.pdf](https://www.mprj.mp.br/documents/20184/2856472/Luis_Roberto_Barroso.pdf) >. Acesso em: 26 de mai. 2024.

BÍBLIA. **Bíblia Sagrada**. Nova Tradução na Linguagem de Hoje. Barueri (SP): Sociedade Bíblica do Brasil, 212. Acesso em: 15 de out. 2023.

BONFIM, Edilson M. **Curso de Processo Penal**. 13. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2019. 1.136 p.

BONFIM, Edilson M. **Curso de Processo Penal**. 14. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2024. 496 p.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 5 de out de 1988. Disponível em: < [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm) >. Acesso em: 08 de out. 2023.

BRASIL. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. **Código de Processo Civil**. Diário Oficial da União, Brasília, 17 de jan de 1973. Disponível em: < [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm) >. Acesso em: 23 de nov. 2023.

BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 3 de out de 1941. Disponível em: < [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm) >. Acesso em: 08 de out. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Habeas Corpus n. 797725/SP**. Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior. Data de julgamento: 15/05/2023, T6 – Sexta Turma. Disponível em: <

[https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=202300143689&dt\\_publicacao=18/05/2023](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202300143689&dt_publicacao=18/05/2023) >. Acesso em: 15 de out. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **HABEAS CORPUS Nº 812.310 – RJ**. Relator: Ministro Ribeiro Dantas. Data de julgamento: 21/11/2023, T5 – Quinta Turma.

Disponível em: <

[https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=202301050453&dt\\_publicacao=28/11/2023](https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202301050453&dt_publicacao=28/11/2023) >. Acesso em: 04 de jun. 2024.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade 6.298 Distrito Federal**. Relator: Ministro Luiz Fux. Data de julgamento: 24/08/2023, Tribunal Pleno. Disponível em: <

<

<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15363755297&ext=.pdf> >.

Acesso em: 27 de abr. 2024.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança n. 23. 452-1 Rio de Janeiro**. Relator: Ministro Celso de Mello. Data de julgamento: 16/09/1999, Tribunal Pleno. Disponível em: < <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur20720/false>

>. Acesso em: 17 de mai. 2024.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **STF considera obrigatória implementação do juiz das garantias**. 2023. Disponível em: <

[https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=512751&ori=1#:~:t=O%20Supremo%20Tribunal%20Federal%20\(STF,juiz%20das%20garantias%20%C3%A9%20constitucional.](https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=512751&ori=1#:~:t=O%20Supremo%20Tribunal%20Federal%20(STF,juiz%20das%20garantias%20%C3%A9%20constitucional.) >. Acesso em: 27 de abr. 2024.

CAGLIARI, José Francisco. **Prova no Processo Penal**. São Paulo: Editora Justitia, 2001, v. 63, n. 195. Disponível em: <

<http://bdjur.stj.jus.br//dspace/handle/2011/24153> >. Acesso em: 15 de jan. 2024.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 30. ed. São Paulo: Editora SaraivaJur, 2023. 327 p.

CAPEZ, Fernando. **O juiz das garantias e suas implicações no processo penal**.

Consultor Jurídico (Conjur), 2023. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2023-ago-31/controversias-juridicas-juiz-garantias-implicacoes-processo-penal/> >.

Acesso em: 27 de abr. 2024.

CAPEZ, Fernando. **Provas ilícitas e ilegítimas – com professor Fernando Capez**. Vídeo. 05min03s. YouTube, 2022. Disponível em: <

<https://www.youtube.com/watch?v=3RIReF09ddo&t=86s> >. Acesso em: 15 de out. 2023.

CNMP, Conselho Nacional do Ministério Público. **Princípio do devido processo legal**. Glossário. Disponível em: < <https://www.cnmp.mp.br/portal/institucional/476-glossario/7865-principio-do-devido-processo-legal> >. Acesso em: 24 de mai. 2024.

DINIZ, Maria H. **Dicionário jurídico universitário**. 4. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2022. 535 p.

FERNANDES, Antônio S.; ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAES, Maurício Zanoide de. **Provas no processo penal: estudo comparado**. São Paulo: Editora Saraiva, 2011. 32 p.

FREITAS, Marcio Luiz Coelho de. **A prova ilícita por derivação e suas exceções**. II Jornada de Direito Processual Penal. Brasília: ESMAF, 2010. Disponível em: < <https://trf1.jus.br/dspace/bitstream/123/150360/1/A%20prova%20il%C3%ADcita%20por%20deriva%C3%A7%C3%A3o%20e%20suas%20exce%C3%A7%C3%B5es.pdf> >. Acesso em: 14 de mai. 2024.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **A inadmissibilidade das provas ilícitas no processo penal brasileiro**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, 2010. Disponível em: < [file:///C:/Users/Nicole%20Zgierski/Downloads/GOMES%20FILHO%20-%20A%20inadmissibilidade%20das%20provas%20il%C3%ADcitas%20\(3\).pdf](file:///C:/Users/Nicole%20Zgierski/Downloads/GOMES%20FILHO%20-%20A%20inadmissibilidade%20das%20provas%20il%C3%ADcitas%20(3).pdf) >. Acesso em: 11 out. 2023.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Notas sobre a terminologia da prova (reflexos no processo penal brasileiro). Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover**. São Paulo: DPJ, 2005, pp. 303-318. Disponível em: < [https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/6894159/mod\\_resource/content/0/%28Antoni%20Magalh%C3%A3es%20Gomes%20Filho%29%20Notas%20sobre%20a%20terminologia%20da%20prova%20%28reflexos%20no%20processo%20penal%20brasileiro%29.pdf](https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/6894159/mod_resource/content/0/%28Antoni%20Magalh%C3%A3es%20Gomes%20Filho%29%20Notas%20sobre%20a%20terminologia%20da%20prova%20%28reflexos%20no%20processo%20penal%20brasileiro%29.pdf) >. Acesso em: 30 set. 2023.

GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. **As Nulidades no Processo Penal**. 3. Ed. São Paulo: Editora Malheiros, [s.d]. 255 p.

KALMANN, Tiago. **O Encontro Fortuito de Provas no Processo Penal Brasileiro e as Correspondentes Restrições na Legislação Alemã**. Revista de Doutrina e Jurisprudência: Brasília, 2018. p. 46-64. Disponível em: < [https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/130453/encontro\\_fortuito\\_provas\\_kalkmann.pdf](https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/130453/encontro_fortuito_provas_kalkmann.pdf) >. Acesso em: 25 mai. 2024.

LIMA, João Victor Nascimento; RODRIGUES JÚNIOR, José Gutemberg de Sousa. **Habeas Corpus nº 812.310 RJ/STJ e a legítima defesa probatória**. CONJUR – Consultor Jurídico, 19 de dezembro de 2023, 10h22. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2023-dez-19/habeas-corporus-no-812-310-rj-stj-e-a-legitima-defesa-probatoria/> >. Acesso em: 09 jun. 2024.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal: volume único**. 7. Ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2019. 1.904 p.

LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 20. ed. São Paulo: Editora SaraivaJur, 2023. 607 p.

MARCÃO, Renato. **Curso de processo penal**. 8. ed. São Paulo: Editora Saraiva Jur, 2023. 538 p.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. Disponível em: < [https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/7542508/mod\\_resource/content/1/MELLO%20C%20Celso%20Anto%CC%82nio%20Bandeira%20de.%20Curso%20de%20Direito%20Administrativo.%20p.%2053-59.pdf](https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/7542508/mod_resource/content/1/MELLO%20C%20Celso%20Anto%CC%82nio%20Bandeira%20de.%20Curso%20de%20Direito%20Administrativo.%20p.%2053-59.pdf) >. Acesso em: 15 de jan. 2024.

MOSSIN, Heráclito A. **Comentários ao Código de Processo Penal: à Luz da Doutrina e da Jurisprudência**. 3. ed. Barueri, SP: Editora Manole, 2013. 1.772 p.

NUCCI, Guilherme de S. **Curso de Direito Processual Penal**. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, Grupo GEN, 2023. 1.165 p.

OEA, Organização dos Estados Americanos, **Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José de Costa Rica)**, 1969. Disponível em: < [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d0678.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm) >. Acesso em: 23 de mai. 2024.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 30. ed. Barueri [SP]: Atlas, Grupo GEN, 2023. 920 p.

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. Disponível em: < <https://direitofma2010.files.wordpress.com/2010/05/miguel-reale-filosofia-do-direito.pdf> >. Acesso em: 15 de jan. 2024.

REIS, Alexandre Cebrian A.; GONÇALVES, Victor Eduardo R. **Direito processual penal**. (Coleção esquematizado®). 12. ed. São Paulo: Editora Saraiva Jur, 2023. 451 p.

REIS, Anna C. G. dos; et al. **Teoria Geral do Processo Penal**. Porto Alegre: SAGAH, 2021. 255 p.

SOBREIRAS, Henrique Ferro. **Manual do Criminalista**. São Paulo: Tradebool, 2010. 1.907 p.

SOUZA, Alexandre Araújo de. **A Inadmissibilidade, no Processo Penal, das Provas Obtidas por Meios Ilícitos: Uma Garantia Absoluta?** Revista da EMERJ, v. 7, n. 27, 2004. Disponível em: < [https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj\\_online/edicoes/revista27/revista27\\_185.pdf](https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista27/revista27_185.pdf) >. Acesso em: 20 de mai. 2024.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 3ª ed. Editora JusPodivm, 2009. Disponível em: < <https://direitofma2010.wordpress.com/wp-content/uploads/2012/03/nestor-tavora-p processo-penal.pdf> >. Acesso em: 20 de mai. 2024.

ZAGO, Marcelo; ROLIM, Flávio; CURY, Nafêz I. **Processo Penal Decifrado. (Coleção Decifrado)**. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Método, Grupo GEN, 2023. 688 p.