

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

ALLANA MAIARA DOS SANTOS BARROS

**PROCESSO PENAL CONSTITUCIONAL: O SISTEMA ACUSATÓRIO E AS
PROVAS ILÍCITAS**

Santa Rosa

2021

ALLANA MAIARA DOS SANTOS BARROS

**PROCESSO PENAL CONSTITUCIONAL: O SISTEMA ACUSATÓRIO E AS
PROVAS ILÍCITAS**

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

Orientador: Prof. Dr. Cláudio Rogério Sousa Lira

Santa Rosa

2021

ALLANA MAIARA DOS SANTOS BARROS

**PROCESSO PENAL CONSTITUCIONAL: O SISTEMA ACUSATÓRIO E AS
PROVAS ILÍCITAS**

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

Banca Examinadora



Cláudio Rogério Sousa Lira (Jul 12, 2021 10:26 ADT)

Prof. Dr. Cláudio Rogério Sousa Lira – Orientador



Adriano Nedel dos Santos (Jul 12, 2021 11:31 ADT)

Prof. Ms. Adriano Nedel dos Santos



William Garcez (Jul 12, 2021 20:33 ADT)

Prof. Esp. William Dal Bosco Garcez Alves

Santa Rosa, 07 de julho de 2021.

DEDICATÓRIA

Dedico essa monografia à minha família, que acreditou no meu sonho e esteve ao meu lado, dando apoio sempre que necessário, em especial ao meu companheiro Diego Ribeiro Machado, pelo amparo nos momentos difíceis. Ao curso de direito da FEMA.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus, por me permitir viver esse momento, por estar ao meu lado durante toda esta caminhada.

Aos meus pais, Cláudio e Ondina, pelo carinho e amor depositados, por confiarem em mim, e, por me ensinarem a sempre seguir em frente.

Ao meu companheiro Diego, que esteve ao meu lado, incentivando-me nessa trajetória e apoiando nos momentos difíceis.

Aos Mestres da FEMA, pelos ensinamentos passados no decorrer desta caminhada.

Em especial, meu orientador, Dr. Cláudio Rogério Sousa Lira, que compartilhou comigo seus conhecimentos, bem como sua paciência e confiança, contribuindo na construção desse trabalho, meus sinceros agradecimentos.

Entrega o seu caminho ao Senhor,
confia nele, e ele agirá.
Salmos: 37:05.

RESUMO

O tema dessa monografia versa sobre processo penal constitucional e as provas ilícitas, cuja a delimitação temática é analisar as provas ilícitas sob a ótica das regras processuais e dos princípios constitucionais, incluindo a abordagem da Teoria do Fruto da Árvore envenenada. Assim, far-se-á uma análise constitucional do processo, da doutrina nacional e internacional para compreender as provas ilícitas no processo penal, sem descuidar dos direitos fundamentais. O problema da pesquisa consiste na indagação se o Direito Processual Penal Brasileiro acompanhou as regras trazidas pela Constituição Federal e houve transformação no devido processo penal e no sistema penal acusatório para se admitir e valorar da prova obtida de forma ilícita. O objetivo é analisar o Direito Processual Penal sob a ótica da Constituição da Federal, a fim de analisar se é possível a admissibilidade de provas ilícitas no processo penal e sua conseqüente valoração sem violar o equilíbrio do sistema processual acusatório. O trabalho se justifica pela relevância da temática para os juristas, quanto à utilização da prova ilícita no processo penal constitucional e o princípio da proporcionalidade. No que tange à metodologia, a pesquisa tem natureza qualitativa. A categorização da pesquisa é qualitativa, os dados obtidos são analisados indutivamente e fins e objetivos propostos caracterizam a pesquisa como exploratória e bibliográfica. O plano de coleta de dados se dar por fontes bibliográficas de livros, a partir o método hipotético-dedutivo. O trabalho será estruturado em dois capítulos. O primeiro se destinará à pesquisa do processo penal constitucional, o sistema acusatório e o ônus da prova e, por fim, a prova no processo penal. O segundo capítulo abordará as provas inadmissíveis no sistema probatório constitucional, a prova penal ilícita, a prova ilícita no direito comparado com o direito norte-americano e, ao final, a (in)admissibilidade da prova ilícita no processo penal. A conclusão a que se chega é que: diante do processo penal constitucional do Estado Democrático de Direito, deve-se analisar cada ação penal e, a possibilidade de utilizar a prova ilícita, tendo em vista que, conforme doutrinas e jurisprudências, essa prova pode ser aceita a partir da ótica do princípio da proporcionalidade e demais direitos fundamentais elencados na Constituição Federal.

Palavras-chaves: Processo Penal, Prova ilícita - Proporcionalidade – Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada.

ABSTRACT

The theme of this monograph deals with constitutional criminal procedure and illegal evidence, whose thematic delimitation is to analyze illegal evidence from the perspective of procedural rules and constitutional principles, including the approach of the Theory of the Fruit of the Poisoned Tree. Thus, there will be a constitutional analysis of the process, of national and international doctrine to understand the illegal evidence in criminal proceedings, without neglecting fundamental rights. The research problem consists in the question whether the Brazilian Criminal Procedural Law followed the rules brought by the Federal Constitution and there was a transformation in the due criminal process and in the accusatory criminal system to admit and evaluate the evidence obtained illegally. The objective is to analyze the Criminal Procedural Law from the perspective of the Federal Constitution, in order to analyze if it is possible the admissibility of illicit evidence in the criminal process and its consequent valuation without violating the balance of the accusatory procedural system. The work is justified by the relevance of the theme for jurists, regarding the use of illicit evidence in the constitutional criminal procedure and the principle of proportionality. With regard to methodology, the research is qualitative in nature. The categorization of the research is qualitative, the data obtained are inductively analyzed and the proposed aims and objectives characterize the research as exploratory and bibliographical. The data collection plan is based on bibliographic sources of books, using the hypothetical-deductive method. The work will be divided into two chapters. The first will be aimed at researching the constitutional criminal process, the accusatory system and the burden of proof and, finally, the evidence in the criminal process. The second chapter will address inadmissible evidence in the constitutional evidentiary system, illegal criminal evidence, illegal evidence in law compared with US law and, finally, the (in)admissibility of illegal evidence in criminal proceedings. The conclusion reached is that: given the constitutional criminal process of the Democratic State of Law, each criminal action must be analyzed and the possibility of using the illegal evidence, considering that, according to doctrines and jurisprudence, this evidence can be accepted from the perspective of the principle of proportionality and other fundamental rights listed in the Federal Constitution.

Keywords: Criminal Procedure, Illegal Evidence - Proportionality - Theory of the Fruit of the Poisoned Tree.

LISTA DE ABREVIÇÕES, SIGLAS E SÍMBOLOS

p. – página.

§ - parágrafo.

Art. – Artigo.

CF – Constituição Federal.

CPP – Código de Processo Penal.

nº - Número.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1 FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS DO PROCESSO PENAL.....	14
1.1 PROCESSO PENAL CONSTITUCIONAL.....	20
1.2 SISTEMA PENAL ACUSATÓRIO E O ÔNUS DA PROVA	23
1.3 A PROVA NO PROCESSO PENAL	30
2 SISTEMA PROBATÓRIO CONSTITUCIONAL E AS PROVAS INADMISSÍVEIS.....	35
2.1 A PROVA PENAL ILÍCITA.....	37
2.2 A PROVA ILÍCITA NO DIREITO COMPARADO	42
2.3 A (IN)ADMISSIBILIDADE DA PROVA ILÍCITA NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO.....	48
CONCLUSÃO	55
REFERÊNCIAS.....	58

INTRODUÇÃO

O tema desta monografia trata do processo penal constitucional e das provas ilícitas, e tem como delimitação temática a evolução do direito Processual Penal do Brasil, principalmente com o advento da CF, para se analisar a admissibilidade das provas ilícitas obtidas durante a investigação ou no processo penal. A questão principal será a análise das regras processuais e dos princípios constitucionais, além de abordar a teoria dos frutos da árvore envenenada, que complementou o regramento brasileiro sobre as provas ilícitas.

A pesquisa investiga as provas ilícitas no processo penal e seu diálogo com as normas constitucionais, matéria controvertida no âmbito do direito processual penal. Nesta linha, será abordado, primeiramente, o fundamento para se regular a prova considerada ilegal, e, em seguida, analisar-se-á, à Luz do direito constitucional, a ótica principiológica e a utilidade do processo penal para a sociedade, sem descuidar das garantias e dos direitos fundamentais. Por fim, a pesquisa fará alusão às correntes doutrinárias e aos posicionamentos acerca da temática, tecendo alegações a respeito da problemática.

O problema norteador da pesquisa questiona se o direito processual penal brasileiro acompanhou as regras trazidas pela CF e se houve transformação no devido processo penal e no sistema processual penal acusatório para se admitir uma valoração da prova obtida de forma ilícita.

Dessa forma, o objetivo geral do presente estudo é analisar o direito processual penal sob a ótica da CF, a fim de analisar se é possível a admissibilidade de provas ilícitas no processo penal sem violar o equilíbrio do sistema processual acusatório. Especialmente, busca-se analisar os princípios formadores do devido processo penal constitucional. Nesta linha, compreender os fundamentos doutrinários sob a prova no processo penal, seus objetivos, meios e funções, além de estudar a produção, a obtenção e a valoração das provas inadmissíveis no direito brasileiro e sua possibilidade de aceitação no sistema processual penal.

A pesquisa se justifica por sua relevância, uma vez que trata do princípio da proporcionalidade como meio de aplicação dos direitos fundamentais trazidos na Constituição Federal para analisar a possibilidade de ser admitir as provas ilícitas no processo penal. Isso porque, embora, consolidado o art. 5º, XVI, da CF, que dispõe sobre as provas inadmissíveis no processo, houve evolução na doutrina, de modo sutil a permitir a aplicação deste dispositivo, dispondo que em alguns casos concretos, não se tem justiça se tal previsão constitucional não for utilizada de maneira compreensiva.

Neste contexto, o entendimento majoritário é de que a prova ilícita somente poderá ser utilizada no processo penal para beneficiar o réu. Entretanto, tem-se um entendimento minoritário, no qual pode vir a ser aceita a prova ilícita, em caso de ser a única prova possível, a demonstrar quem é realmente o culpado, utilizando, para tanto, o princípio da proporcionalidade. Assim, a pesquisa é de grande relevância no âmbito do direito processual penal, com ênfase nos acadêmicos, profissionais da área de processo penal, doutrinadores e jurista.

No que tange à metodologia, a pesquisa é teórica empírica, pela qual a geração de dados realizada por meio de pesquisa bibliográficas e documental, tratando-se de uma pesquisa básica. A caracterização da pesquisa é qualitativa exploratória. Como plano de coletas de dados trata-se de documentação indireta. E o plano de análise de interpretação de dados utilizado é o hipotético-dedutivo.

Na estrutura, a pesquisa será desenvolvida em dois capítulos. No primeiro, haverá uma conceituação dos fundamentos constitucionais do processo penal, com uma abordagem histórica e as mudanças ocorridas no processo penal. Em seguida, será feita análise do processo penal constitucional e se estudará, também, o aspecto do sistema penal acusatório e o ônus da prova e, por fim, a prova no processo penal.

O segundo capítulo abordará o sistema acusatório constitucional e as provas inadmissíveis, sua definição e como é produzido, assim como suas consequências para o investigado/acusado. Também tratará acerca da prova ilícita, a partir das principais teses jurídicas. Ainda sobre a análise da prova ilícita no direito comparado, com exposição das diferenças e semelhanças do

ordenamento jurídico com o direito Americano. Por fim, será verificada a possibilidade de ser admitir a prova ilícita no processo penal brasileiro.

A reunião destes dois capítulos decorre do principal objetivo dessa pesquisa que é analisar a admissão da prova ilícita no processo penal constitucional brasileiro, e quais, são as consequências e os fundamentos dessa equação jurídica, além de investigar como se aplicam princípios constitucionais frente a uma possível colisão dos direitos fundamentais.

1 FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS DO PROCESSO PENAL

O processo penal é formado por um conjunto de leis que fixa o limite punitivo do Estado, com o poder de punir, no qual há regras previamente estabelecidas para não ocorrer erro no exercício do direito de punir estatal.

Nesse sentido, os órgãos que integram o aparelho de persecução penal, no Estado Democrático de Direito, devem balizar o seu agir, observando o seu equilíbrio entre os benefícios à sociedade e os direitos e obrigações do suposto autor da infração penal.

Ainda vale explicar que o processo penal é o ramo do direito que permite a aplicação de princípios constitucionais, aplicando as garantias e direitos fundamentais. Cabe ao Estado o poder de estabelecer as regras de convivência e segurança para a sociedade. Assim, quando um indivíduo desrespeita estas normas, de manter a paz, a segurança, a proteção dos bens jurídicos, surge o “direito de punir”, ou, em outro modo, o “direito à persecução penal” do Estado, traduzidos do *ius puniendi e persecutio criminis*.

Entretanto, nesse caminho, o Estado deve zelar pela proteção e conferir ao investigado/acusado todos os meios de defesa na forma da lei. Assim, se formará um processo, no Poder Judiciário, no qual haverá ações do órgão titular da acusação, da defesa, e, por fim, a decisão final do juiz/desembargador.

Como afirma o autor Victor Gonçalves, sobre o processo penal e a importância do direito constitucional “existe, portanto, o que se chama de conflito de interesses. De um lado, o Estado pretendendo punir o agente e, de outro, a pessoa apontada como infratora exercendo seu direito de defesa constitucionalmente garantido, a fim de garantir sua liberdade”. (GONÇALVES, 2018, p. 26).

Nesta linha, defende Norberto Avena que, ainda que exista esse poder da máquina estatal, tal agir não é absoluto. Assim, o direito norteia o poder do Estado, evitando atos contrários às garantias e aos direitos fundamentais do indivíduo consagrados na CF, como se percebe pelo trecho a seguir transcrito

O art. 1.º, parágrafo único, da Magna Carta, ao estabelecer que todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”, adotou o

entendimento de que o Estado não é um poder institucionalizado, mas sim o titular de um poder, que decorre da sociedade, pertence a esta e em seu benefício deverá ser exercido (AVENA, 2018, p. 51).

Importante registrar que em uma relação jurídica estabelecida entre as partes do processo penal deverá incidir os princípios processuais penais constitucionais, a garantir o sistema acusatório, o contraditório e a ampla defesa, o devido processo legal, o juiz natural, a legalidade, a publicidade, entre outros necessários à análise do processo, conforme explica Guilherme Nucci,

Considerando-se que, no direito constitucional brasileiro, prevalece a meta de cumprir e fazer cumprir os postulados do Estado Democrático de Direito, necessita-se captar as principais características dos direitos e garantias humanas fundamentais, aplicando-se cada uma das que se ligam à matéria processual penal ao direito infraconstitucional, previsto no Código de Processo Penal, que, à luz da Constituição de 1988, deve necessariamente adaptar-se. Por outro lado, torna-se essencial o estudo dos princípios constitucionais do processo penal, alguns explícitos, outros implícitos, mas todos conferindo a forma sobre a qual se deve buscar construir o caminho indispensável à constituição da culpa do réu. (NUCCI, 2020, p. 02).

Nesse aspecto, é salutar abordar os princípios regentes no direito processual penal constitucional, como os princípios da dignidade da pessoa humana e do devido processo legal, considerados os mais relevantes na garantia dos direitos fundamentais. Essas normas estão assim dispostas na Constituição Federal, no art. 1º, inciso III, e no art. 5º, inciso LIV,

“A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) III – a dignidade da pessoa humana”. No art. 5.º, LIV, da Constituição Federal, encontra-se: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. (CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988).

Não se pode esquecer de que os direitos e garantias dos indivíduos são sustentados a partir da visão da dignidade da pessoa humana, significando dizer que o Estado deve adquirir e conceder uma adequada qualidade de vida, o mínimo existencial para o indivíduo gerir as necessidades básicas da vida, como moradia, higiene, saúde, alimentação, vestuário, transporte, lazer, entre outros, que igualmente são direitos e que a lei põe a salvo desde a concepção e o nascimento com vida.

Esse princípio norteador encontra-se explícito na CF e no processo penal: e serve ao investigado/acusado ao garantir a presunção de inocência, ou estado da não culpabilidade, pelo qual, o indivíduo presume-se inocente até que seja considerado culpado por sentença condenatória transitada em julgado, nos termos do art. 5º, inciso LVII, da CF.

Salienta Nestor Távora: que o princípio da presunção de inocência é um direito fundamental, sendo uma regra para o processo e uma regra de tratamento com o investigado/acusado. É por isso que o referido autor ensina que

Do princípio da presunção de inocência derivam duas regras fundamentais: a regra probatória, ou de juízo, segundo a qual a parte acusadora tem o ônus de demonstrar a culpabilidade do acusado- e não este de provar sua inocência- e a regra de tratamento, segundo a qual ninguém pode ser considerado culpado senão depois de sentença com trânsito em julgado, o que impede qualquer antecipação de juízo condenatório ou de culpabilidade. (TÁVORA, 2017, p. 72).

Nesse mesmo caminho, Guilherme Nucci defende que somente deve ser condenado o acusado em casos importantes e relevantes para a sociedade, não por contravenções penais ou delitos de bagatela, conhecidos como insignificantes. Daí porque vai dizer o autor que:

Por derradeiro, reforça o princípio penal da intervenção mínima do Estado na vida do cidadão, uma vez que a reprovação penal deve dar-se apenas quando absolutamente indispensável. Criminalizar todo e qualquer ilícito, transformando-se em infração penal, não condiz com a visão democrática do Direito Penal. O estado de inocência somente merece ser alterado para o de culpado quando se tratar de delitos realmente importantes – e não singelas insignificâncias ou bagatelas (NUCCI, 2020, p. 05).

Vale salientar a existência de uma conexão princípio exposto acima com o princípio da prevalência do interesse do réu, também chamado de (*in dubio pro reo, favor rei, favor innocentiae e favor libertatis*). Este princípio tem por finalidade o dever de pôr a salvo a liberdade do réu em caso de dúvidas quanto à inocência do réu. Assim, deverá o Estado, como poder-dever decidir a favor do denunciado.

Nesta linha, importante destacar os argumentos de Guilherme Nucci sobre os princípios e os direitos postos ao réu, como forma de garantir um

processo justo com a aplicação da ampla defesa e do devido processo legal, conforme trecho abaixo transcrito:

A imunidade à autoacusação significa que ninguém está obrigado a produzir prova contra si mesmo (*nemo tenetur se detegere*). Trata-se de decorrência natural da conjugação dos princípios constitucionais da presunção de inocência (art. 5.º, LVII) e da ampla defesa (art. 5.º, LV) com o direito humano fundamental de poder o réu manter-se calado diante de qualquer acusação (art. 5.º, LXIII). Se o indivíduo é inocente, até que seja provada sua culpa, possuindo o direito de produzir amplamente prova em seu favor, bem como se pode permanecer em silêncio sem qualquer tipo de prejuízo à sua situação processual, é mais do que óbvio não estar obrigado, em hipótese alguma, a produzir prova contra si mesmo (NUCCI, 2020, p. 06).

O fato é que, no processo penal, deve ser assegurado ao réu todos os direitos que lhe convenham para sua defesa, como consequência do disposto, na Constituição Federal, que garante a ampla defesa, no art. 5º, inciso LV, “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” (CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988).

Essa garantia advém da necessidade de “equilibrar” a dinâmica processual, já que o Estado, como detentor de direitos, tem o dever de assegurar ao acusado os direitos fundamentais de um processo criminal justo.

No âmbito do Tribunal do Júri também o réu possui o direito à ampla defesa, mas lida com uma defesa completa, conforme dispõe o art. 5º, inciso XXXVIII, *alínea “a”*: ao reconhecer a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados: a plenitude de defesa (CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988).

Já no campo concernente à relação processual, há o princípio do contraditório, disposto no art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal, significando que quando for posta uma prova ou alegação no processo a outra parte terá o direito a ficar ciente e se manifestar, equilibrando as relações no processo penal, servido, ao final, tanto à acusação quanto à defesa.

Por outro lado, quanto à atuação do Estado, há o princípio do juiz natural e imparcial, juntamente com o princípio consequencial da iniciativa das partes, pelo qual, o Estado tem o dever de assegurar às partes o devido julgamento,

garantindo, assim, um juiz antecipadamente designado por lei e de acordo com a Constituição Federal.

Nestes termos, conforme o art. 5º, inciso LIII, CF, assim prevê: “Ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente” e art. 5º, inciso XXXVII, que dispõe que “não haverá juízo ou tribunal de exceção” (CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988).

Noberto Avena, sobre o ponto de vista do princípio do juiz natural, ensina que, em caso de ser o processo realizado por juiz incompetente, tal agir configurará uma nulidade de caráter infraconstitucional,

Embora, à primeira vista, a leitura do dispositivo possa sugerir que se refere apenas à necessidade de observância das regras de competências *ratione materiae*, *ratione personae* e *ratione loci*, é certo que possui alcance bem maior do que este, primeiro porque se refere a “autoridade competente” e não a “juízo competente”, e, segundo porque a nulidade dos atos processuais quando realizados em juízo incompetente já é consagrada em nível de legislação infraconstitucional, no art. 564, I, do CPP (AVENA, 2018, p. 90).

Nesta linha, Victor Gonçalves refere o princípio do promotor natural como consequência da atuação perante o órgão judicial, competente para acusar,

Praticada a infração penal, é necessário que já se saiba qual órgão do Ministério Público será o responsável pela acusação. É vedada, portanto, a designação aleatória de promotor para atuar em caso específico. Tal regra, porém, veda apenas a designação de promotor para apreciar o mérito de determinado delito, sendo possível à chefia da Instituição designar promotor para acompanhar as investigações, desde que, posteriormente, o inquérito seja remetido ao promotor natural ou que a ação penal seja promovida em conjunto por este e pelo designado, desde que com a anuência do primeiro (GONÇALVES, 2018, p. 66).

O princípio da publicidade encontra-se previsto nos art. 5º, incisos LX e XXXIII, e art. 93, inciso IX, todos da CF, ao disciplinarem que os processos são públicos, sem sigilo, tendo em vista que qualquer pessoa pode acompanhá-los.

Entretanto, há casos em que são declarados como segredos de justiça, especialmente quando houver interesse social ou intimidade o exigir o acesso ficará limitado somente as partes do processo e aos membros do Poder Judiciário.

Sobre o princípio da publicidade, Guilherme Nucci, assim expõem:

Por isso, vale sustentar a divisão entre publicidade geral e publicidade específica. A primeira é o acesso aos atos processuais e aos autos do processo a qualquer pessoa. A segunda situação é o acesso restrito aos atos processuais e aos autos do processo às partes envolvidas, entendendo-se o representante do Ministério Público (se houver, o advogado do assistente de acusação) e o defensor. Portanto, o que se pode restringir é a publicidade geral, jamais a específica (NUCCI, 2020, p. 10).

Importante registrar que o princípio da vedação das provas ilícitas está disposto no art. 5º, inciso LVI, da Constituição Federal ao estabelecer que “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”. Ainda, no Código de Processo Penal, encontra-se o art. 155, parágrafo único, preceituando que “somente quanto ao estado das pessoas serão observadas as restrições” estas que estão dispostas na lei civil.

Salienta-se que a ilicitude, tanto no Código Penal quanto na Constituição Federal, consiste em uma conduta praticada contrária ao ordenamento jurídico, como refere Nucci, ao sustentar que tal proceder é: “contrário ao Direito de um modo geral, que envolve tanto o ilegal, quanto o ilegítimo, isto é, tanto a infringência às normas legalmente produzidas, de direito material e processual, quanto aos princípios gerais de direito, aos bons costumes e à moral”. (NUCCI, 2020, p. 11).

A importância do tema é tamanha que a questão da prova ilícita chegou ao Supremo Tribunal Federal, jurisdição que reconheceu e aplicou a teoria dos frutos da árvore envenenada (*fruits of poisonous tree*), para a gestão das provas inadmissíveis no processo penal, ou seja, estes meios probatórios que, produzidas validamente em momento posterior, deparam-se afetadas pela ilicitude originária, a qual eles se transmitem, contaminando-os. Em seguida, o legislador se somou ao entendimento da Suprema Corte e criou-se a Lei n. 11.690/2008, que prevê, expressamente, a inadmissibilidade da prova ilícita por derivação conjuntamente com o art. 157, parágrafo primeiro, primeira parte, do CPP.

Por fim, encerrando a abordagem principiológica, necessário referir o princípio da economia processual e os princípios correlatos da duração razoável do processo, dispostos no art. 5º, inciso LXXVIII, os quais, garantem no aspecto

judicial e administrativo, a razoável duração do processo e a celeridade da tramitação.

Sobre o tema, Victor Gonçalves esclarece o seguinte:

Este princípio assegura às partes o direito de obter provimento jurisdicional em prazo razoável e de dispor de meios que garantam a celeridade da tramitação do processo. Decorre da circunstância de que o processo é instrumento para aplicação efetiva do direito material, razão pela qual sua existência não pode se eternizar ou ser demasiado longa, sob pena de esvaziamento de sua finalidade (GONÇALVES, 2018, p.71).

Findada essa breve retomada, no título a seguir, serão abordados o processo penal constitucional, os princípios que norteiam o âmbito jurídico do processo penal, a normas e regras utilizadas pelo processo penal em todo seu contexto.

1.1 PROCESSO PENAL CONSTITUCIONAL

Inicialmente, insta esclarecer a relação entre a história das penas e o nascimento do processo penal, sendo este um caminho para chegar-se à pena em uma decisão final. Aury Lopes Jr. traz a seguinte análise quanto à pena no processo penal,

O processo penal atrela-se à evolução da pena, definindo claramente seus contornos quando a pena adquire seu caráter verdadeiro, como pena pública, quando o Estado vence a atuação familiar (vingança do sangue e composição) e impõe sua autoridade, determinando que a pena seja pronunciada por um juiz imparcial, cujos poderes são juridicamente limitados. Assim, a titularidade do direito de penar por parte do Estado surge no momento em que se suprime a vingança privada e se implantam os critérios de justiça (JUNIOR, 2020, p. 44).

Os estudos de Renato Brasileiro de Lima informam que, no direito do Brasil, a Constituição consagrou o princípio da presunção de não culpabilidade,

Com a Constituição Federal de 1988, o princípio da presunção de não culpabilidade passou a constar expressamente do inciso LVII do art. 5º: "Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória". Em síntese, pode ser definido como o direito de não ser declarado culpado senão após o término do devido processo legal, durante o qual o acusado tenha se utilizado de todos os meios de prova pertinentes para a sua defesa (ampla defesa) e para

a destruição da credibilidade das provas apresentadas pela acusação (contraditório). (LIMA, 2020, p. 47).

Vale aduzir ainda que, antes da implementação da Constituição Federal, Cesare Bonesana Beccaria, autor da obra “Dos Delitos e das penas”, em 1764, já advertia que “um homem não pode ser chamado réu antes da sentença do juiz, e a sociedade só lhe pode retirar a proteção pública após ter decidido que ele violou os pactos por meio dos quais ela lhe foi outorgada”. (BECCARIA, 1997, p. 69).

Na visão de Guilherme de Souza Nucci, o processo penal e direito constitucional são ciências independentes e: que a análise processual deve ser feita a partir de uma visão constitucional, para atingir ao correspondente fim ao direito processual penal, este cita ainda que,

Não se concebe o estudo do processo penal brasileiro dissociado de uma visão abertamente constitucional, inserindo-o, como merece, no contexto dos direitos e garantias fundamentais, autênticos freios aos excessos do Estado contra o indivíduo, parte verdadeiramente mais fraca nesse embate. Por isso, compreender e captar o significado da Constituição Federal na estrutura do ordenamento jurídico, bem como conhecê-la e analisá-la à luz da democracia tem como consequência ideal e natural a construção e o fortalecimento do Estado Democrático de Direito (NUCCI, 2020, p. 02).

Como visto, o autor destaca a liberdade individual, a vida, a dignidade da pessoa humana, consagradas na Constituição Federal e também em Tratados Internacionais como premissas que norteiam, o Estado Democrático de Direito. Em razão disso, o autor Aury Lopes Jr. alega que:

O processo não pode mais ser visto como um simples instrumento a serviço do poder punitivo (direito penal), senão que desempenha o papel de limitador do poder e garantidor do indivíduo a ele submetido. Há que se compreender que o respeito às garantias fundamentais não se confunde com impunidade, e jamais se defendeu isso. O processo penal é um caminho necessário para chegar-se, legitimamente, à pena. Daí por que somente se admite sua existência quando ao longo desse caminho forem rigorosamente observadas as regras e garantias constitucionalmente asseguradas (as regras do devido processo legal). (JUNIOR, 2020, p. 36).

Em razão disso, o caminho a ser seguido pelos doutrinadores e juristas do direito processual penal, seria adentrar no Estado Democrático de Direito, analisar caso a caso, para aplicar a lei de forma correta, como assim referiu

Guilherme Nucci ao defender referiu que “[...] torna-se essencial o estudo dos princípios constitucionais do processo penal, alguns explícitos, outros implícitos, mas todos conferindo a forma sobre a qual se deve buscar construir o caminho indispensável à constituição da culpa do réu. (NUCCI, 2020, p. 02).

Em complementação ao disposto acima, Eugênio Pacelli informa que,

O devido processo penal constitucional busca, então, realizar uma Justiça Penal submetida à exigência de igualdade efetiva entre os litigantes. O processo justo deve atentar, sempre, para a desigualdade material que normalmente ocorre no curso de toda persecução penal, em que o Estado ocupa posição de proeminência, respondendo pelas funções investigatórias e acusatórias, como regra, e pela atuação da jurisdição, sobre a qual exerce o monopólio (PACELLI, 2020, p.32).

Também para Aury Lopes Jr. o Poder Judiciário tem a função de garantir ao denunciado as garantias fundamentais que estão na lei, sendo esta a função do magistrado: e ainda afirma que,

A garantia da jurisdição significa muito mais do que apenas “ter um juiz”, exige ter um juiz imparcial, natural e comprometido com a máxima eficácia da própria Constituição. Não só como necessidade do processo penal, mas também em sentido amplo, como garantia orgânica da figura e do estatuto do juiz. Também representa a exclusividade do poder jurisdicional, direito ao juiz natural, independência da magistratura e exclusiva submissão à lei. (JUNIOR., 2020, p. 84).

Com todo o explanado na presente pesquisa, Eugenio Pacelli afirma que o Poder Judiciário em conjunto com o Ministério Público, durante a ação processual devem atuar com imparcialidade pois:

Uma vez que ao Estado deve interessar, na mesma medida, tanto a absolvição do inocente quanto a condenação do culpado, o órgão estatal responsável pela acusação, o Ministério Público, passou a ser, com a Constituição de 1988, uma instituição independente, estruturado em carreira, com ingresso mediante concurso público, sendo-lhe incumbida a defesa da ordem jurídica, e não dos interesses exclusivos da função acusatória. Nesse sentido, o Ministério Público, e não só o Poder Judiciário, deve atuar com imparcialidade, reduzindo-se a sua caracterização conceitual de parte ao campo específico da técnica processual. (PACELLI, 2020, p. 22).

Nesta linha, vale salientar a posição Aury Lopes Jr. ao consagrar, em sua obra “Fundamentos do Processo Penal” que a Constituição Federal, o processo

penal e a Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH) representam a busca pelo ideal, para fortalecer a dignidade da pessoa humana, ao afirmar que:

[...] O processo penal deve ser lido à luz da Constituição e da CADH e não ao contrário. Os dispositivos do Código de Processo Penal é que devem ser objeto de uma releitura mais acorde aos postulados democráticos e garantistas na nossa atual Carta, sem que os direitos fundamentais nela insculpidos sejam interpretados de forma restritiva para se encaixar nos limites autoritários do Código de Processo Penal de 1941. (JUNIOR., 2020, p. 38).

Portanto, vale salientar que o Estado Democrático de Direito é fundamental para o direito processual penal e outras normas, tendo em vista que a Constituição Federal, traz os fundamentos e objetivos da República Federativa do Brasil, com o objetivo de proteger o direito à vida, à saúde, a educação, à segurança, à dignidade da pessoa humana entre outros direitos sociais individuais e coletivos.

Por fim, importante as considerações de Guilherme Souza Nucci sobre aspectos do direito constitucional brasileiro:

Considerando-se que, no direito constitucional brasileiro, prevalece a meta de cumprir e fazer cumprir os postulados do Estado Democrático de Direito, necessita-se captar as principais características dos direitos e garantias humanas fundamentais, aplicando-se cada uma das que se ligam à matéria processual penal ao direito infraconstitucional, previsto no Código de Processo Penal, que, à luz da Constituição de 1988, deve necessariamente adaptar-se (NUCCI, 2020, p. 02).

Como visto, o processo penal está alicerçado em pilares fundamentais que balizam o agir do Estado, seja pelas diretrizes constantes na Constituição Federal ou por normas infraconstitucionais e internacionais. Esses princípios asseguram um regular desempenho das funções de julgar, defender e acusar, para assim, fortalecer o sistema acusatório e garantir um equilíbrio das partes durante o processo.

1.2 SISTEMA PENAL ACUSATÓRIO E O ÔNUS DA PROVA

De acordo com Renato Brasileiro de Lima, o sistema acusatório advém da época Romana antiga, pois, nas palavras do escritor: “[...] o sistema acusatório

vigorou durante quase toda a antiguidade grega e romana, bem como na Idade Média, nos domínios do direito germano. A partir do século XIII entra em declínio passando a ter prevalência o sistema inquisitivo.” (LIMA, 2017, p. 40).

O sistema acusatório é a separação das funções dos órgãos encarregados de realizar a acusação, a defesa e o julgamento, para garantir a imparcialidade do julgamento do juízo, assegurando, assim, os princípios da defesa do acusado como o contraditório e ampla defesa, a publicidade dos atos, com algumas exceções, o tratamento igualitário das partes, a livre produção de provas, bem como a isonomia entre as partes no processo. Este sistema é utilizado na legislação atual de vários países, sendo que o sistema inglês é o mais próximo do sistema acusatório puro.

Vale salientar que, no Brasil, o sistema utilizado é o acusatório, tendo em vista que o Estado criou o Ministério Público e atribuiu ao referido órgão a função de acusador em crimes de ação pública. Já, a defesa deve ser exercida por advogado constituído ou Defensor Público. O julgamento fica a cargo de um magistrado.

A cerca do sistema acusatório, Renato Brasileiro de Lima faz as seguintes considerações,

Chama-se “acusatório” porque, à luz deste sistema, ninguém poderá ser chamado a juízo sem que haja uma acusação, por meio da qual o fato imputado seja narrado com todas as suas circunstâncias. Daí, aliás, o porquê da existência do próprio Ministério Público como titular da ação penal pública. Ora, se é natural que o acusado tenha uma tendência a negar sua culpa e sustentar sua inocência, se acaso não houvesse a presença de um órgão acusador, restaria ao julgador o papel de confrontar o acusado no processo, fulminando sua imparcialidade. Como corolário, tem-se que o processo penal se constitui de um *actum trium personarum*, integrado por sujeitos parciais e um imparcial – partes e juiz, respectivamente. Somente assim será possível preservar o juiz na condição de terceiro desinteressado em relação às partes, estando alheio aos interesses processuais (LIMA, 2020, p. 43).

Todavia, é de suma importância registrar que a Lei 13.964/2019, no Código de Processo Penal, consagrou, no seu art. 3º-A que,

Art. 3º-A. O processo penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação.

Ressalta-se, porém, que esse artigo se encontra suspenso em razão de ações declaratórias de inconstitucionalidade proposta no Supremo Tribunal Federal, conforme explica Aury Lopes Junior em sua doutrina, como segue a baixo,

ADVERTÊNCIA: Com a concessão de Liminar na Medida Cautelar nas ADIn's n. 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305 pelo Min. FUX, está suspensa, *sine die*, a eficácia do art. 3o-A. Como se trata de medida liminar, manteremos a análise do dispositivo legal, que poderá ter sua vigência restabelecida a qualquer momento. Portanto, enquanto estiver valendo a medida liminar, o artigo e suas consequências estarão suspensas, valendo o sistema anterior e a redação do CPP (que não possuía esse artigo). Mas manteremos nossas considerações, não só porque o(s) dispositivo(s) pode(m) entrar em vigor, mas também porque reflete(m) um avanço importante para o processo penal e serve(m) como fundamentação teórica para criticar o superado modelo do CPP. Pedimos a compreensão do leitor para essa situação de insegurança jurídica gerada por motivos alheios a nossa vontade (JUNIOR, 2020, p. 60).

Embora no sistema acusatório a prova seja responsabilidade das partes, o magistrado poderá também complementar a inquirição durante a audiência de instrução para esclarecer pontos que não foram esclarecidos, nos termos do art. 212 do CPP. Ainda, após encerramento de instrução, poderá determinar, de ofício, nova diligencia, consideradas imprescindíveis ao processo, com base no art. 404 do CPP, entre outros procedimentos que o juiz poderá determinar.

Veja-se que, apesar de a prova ser de incumbência da parte, o sistema processual do Brasil possibilita a quebra da inercia do julgador e permite que o Estado-Juiz tenha iniciativa probatória, ponto muito controvertido pela doutrina.

Sobre os sistemas, Victor Gonçalves elenca a diferenciação entre o sistema acusatório puro e o sistema acusatório que é utilizado no ordenamento jurídico brasileiro,

No sistema acusatório puro, a absolvição seria inevitável, isto é, por um mero engano do órgão acusador a sociedade ficaria à mercê de um criminoso de alta periculosidade. Em nosso sistema, entretanto, o magistrado, ao perceber a falha pode, de ofício ou a requerimento da parte, determinar a oitiva da testemunha imprescindível. Do mesmo modo, se a denúncia atribui dois crimes ao réu e o promotor, por equívoco, somente faz perguntas às testemunhas em relação a um dos delitos na audiência, é óbvio que o juiz pode complementar a inquirição, tudo, conforme já se mencionou, em prol da verdade real, da proteção aos interesses sociais e à ampla defesa (já que o poder

judicial de determinar diligências complementares também pode ser utilizado em benefício do acusado) (GONÇALVES, 2018, p. 28).

Já Guilherme de Souza Nucci, se posicionou contrário ao citado acima, ao advertir que

Do mesmo modo que está o promotor livre para pedir a absolvição, demonstrando o seu convencimento, fruto de sua independência funcional, outra não poderia ser a postura do magistrado. Afinal, no processo penal, cuidamos da ação penal pública nos prismas da obrigatoriedade e da indisponibilidade, não podendo o órgão acusatório dela abrir mão, de modo que também não está fadado o juiz a absolver o réu, se as provas apontam em sentido diverso (NUCCI, 2011, p. 729).

Visão outra é trazida por Eugênio Pacelli, ao se valer do direito comparado para analisar o sistema acusatório no direito norte americano,

O juiz *inerte*, como é a regra no denominado *sistema de partes* do direito norte-americano, normalmente classificado pela doutrina como modelo acusatório *puro*, encontra fundamentação em premissas e postulados valorativos absolutamente incompatíveis, não só com nossa realidade atual, mas com a essência do processo penal. Em sistemas como este, do juiz *inerte*, há que se conviver, em maior ou menor grau, com a possibilidade de condenação de alguém pela insuficiência defensiva, reputada, a *priori*, igual à atividade acusatória (PACELLI, 2020 p. 37)

Todavia, vale explicar que o sistema acusatório no Brasil é regido por regras e princípios processuais penais constitucionais, com as garantias constitucionais do acusado, que, na grande maioria, responderá ao processo em liberdade, salvo se fatos, provas, relacionados com o crime demonstrarem a necessidade de privação da liberdade antes da sentença penal condenatória.

Vale aduzir o que autor Aury Lopes Jr. considera sobre o modelo acusatório nos moldes da legislação brasileira,

Ademais, a Constituição demarca o modelo acusatório, pois desenha claramente o núcleo desse sistema ao afirmar que a acusação incumbe ao Ministério Público (art. 129), exigindo a separação das funções de acusar e julgar (e assim deve ser mantido ao longo de todo o processo) e, principalmente, ao definir as regras do devido processo no art. 5º, especialmente na garantia do juiz natural (e imparcial, por elementar), e também inciso LV, ao fincar pé na exigência do contraditório (JUNIOR, 2020, p. 60).

O fato é que, no sistema acusatório, o processo se caracteriza por *actum trium personarum*, sendo assim, este sistema resulta da relação de três personagens principais, o acusador (*actoris*), o defensor (*rei*) e o juiz (*iudicis*).

Por fim, o que diferencia o sistema acusatório dos demais, são os sujeitos do processo e o modo da gestão das provas e os procedimentos do processo penal, observando os princípios constitucionais.

Nestes termos, faz-se necessário apresentar a análise acerca do ônus da prova, com a explicação de Guilherme de Souza Nucci,

O termo ônus provém do latim – *onus* – e significa carga, fardo ou peso. Assim, ônus da prova quer dizer encargo de provar. Ônus não é dever, em sentido formal, pois este não se constitui em obrigação, cujo não cumprimento acarreta uma sanção autônoma. Entretanto, não é demais salientar que as partes interessadas em demonstrar ao juiz a veracidade do alegado possuem o dever processual de fazê-lo. Do contrário, haveria uma sanção processual, consistente em perder a causa (NUCCI, 2020, p. 228).

Ainda na análise da dinâmica da prova, Fernando Capez destaca a diferença entre obrigação e ônus da prova,

A principal diferença entre obrigação e ônus reside na obrigatoriedade. Enquanto na obrigação a parte tem o dever de praticar o ato, sob pena de violar a lei, no ônus o adimplemento é facultativo, de modo que o seu não cumprimento não significa atuação contrária ao direito. Neste último caso, contudo, embora não tendo afrontado o ordenamento legal, a parte arcará com o prejuízo decorrente de sua inação ou deixará de obter a vantagem que adviria de sua atuação (CAPEZ, 2020, p. 409).

Nesta linha, percebe-se que o ônus da prova inicia-se como incumbência da parte que acusa, que alega o fato é que, deve produzir provas ao juiz, a partir da denúncia ou da queixa-crime, como considera Eugênio Pacelli sobre a união do sistema acusatório com o ônus da prova, com reflexão do fim do juiz investigador e acusador,

[...]Com efeito, a igualdade das partes somente será alcançada quando não se permitir mais ao juiz uma atuação *substitutiva* da função ministerial, não só no que respeita ao oferecimento da acusação, mas também no que se refere ao *ônus processual* de demonstrar a veracidade das imputações feitas ao acusado. A iniciativa probatória do juiz deve limitar-se, então, ao esclarecimento de questões ou pontos duvidosos sobre o material já trazido pelas partes, nos termos da nova redação do art. 156, II, do CPP, trazida pela Lei no 11.690/08. Não se

quer nenhum *juiz inerte*, mas apenas o fim do juiz investigador e acusador, de tempos, aliás, já superados (PACELLI, 2020, p. 35).

Sobre esta temática, o que Eugênio Pacelli se sustenta acima sobre o juiz investigador e acusador é que não deveria o juízo tutelar sobre a investigação, já que essa atividade poderia ser feita por ocasião da prolação de sentença, assim estando no exercício jurisdicional. Afirma, ainda, o escritor que a coleta das provas e convencimento dos fatos deveriam ser apresentados por quem ajuizou ou não a ação penal, jamais por quem for julgar. Entretanto, isto não limitaria em fase processual em função jurisdicional, o juiz do processo em caso de necessidade diligenciar em busca de esclarecimentos de provas produzidas, mas também em provas de inocência do réu (PACELLI, 2020, p. 36).

O ônus da prova no processo penal está disposto no art. 156, *caput*, do CPP, que “a prova da alegação incumbirá a quem a fizer (...)” e consiste na responsabilidade atribuída às partes de provar, mediante meios lícitos e legítimos, a verdade das suas alegações, propondo-se a fornecer ao juiz os elementos indispensáveis à formação de sua convicção.

É por isso que Noberto Avena ensina o seguinte sobre o modo em que deve ser operado o ônus da prova no processo penal,

Portanto, a prova cabe àquele que afirma determinado ato, fato ou circunstância, seja a acusação ou a defesa, não sendo verdade que somente o autor da ação penal tenha esta incumbência. Tudo dependerá da natureza da alegação. Neste contexto, à acusação caberá provar a existência do fato imputado e sua autoria, a tipicidade da conduta, os elementos subjetivos de dolo ou culpa, a existência de circunstâncias agravantes e qualificadoras. Já à defesa, por outro lado, incumbirá a prova de eventuais causas excludentes de ilicitude, de culpabilidade e de tipicidade, circunstâncias atenuantes, minorantes e privilegiadoras que tenha alegado (AVENA, 2018, 548).

Victor Gonçalves, por sua vez, vai dizer que a prova não deve ser levada ao extremo, pois tem-se um princípio constitucional da presunção de inocência, ao defender que: “em relação às circunstâncias que excluam o crime ou isentem o réu de pena, o legislador optou, em atenção ao princípio *in dubio pro reo*, por aliviar o ônus do acusado, de modo a estabelece que, se houver fundada dúvida sobre sua existência, o réu deve ser absolvido (art. 386, VI, do CPP)”. (GONÇALVES, 2018, p. 222).

Em complemento, Guilherme de Souza Nucci, afirma que,

[...] alegada alguma excludente, como a legítima defesa, por exemplo, feita prova razoável pela defesa e existindo dúvida, deve o réu ser absolvido e não condenado. Assim, embora a acusação tenha comprovado o fato principal – materialidade e autoria –, a dúvida gerada pelas provas produzidas pelo acusado, a respeito da existência da justificativa, deve beneficiar a defesa. Lembremos constituir dever da acusação provar que o réu cometeu um crime, o que envolve, naturalmente, a prova da tipicidade, ilicitude e culpabilidade (NUCCI, 2020, p. 228).

Nesta linha, embora a defesa do acusado não produza prova incontroversa de umas das circunstâncias justificantes, o juiz deverá absolver o réu, tendo em vista que, para ser condenado, tem que haver elementos de convicção convenientes para uma sentença transitada em julgado.

Ressalta-se, ainda, sobre o sistema acusatório e o ônus da prova, os ensinamentos de Fernando Capez, ao referir que,

[...] em razão de nosso Código de Processo Penal adotar o *sistema acusatório*, e não inquisitivo, tal faculdade de produção de provas pelo magistrado é supletiva, devendo, pois, ser comedida, nesse sentido, sua atuação. Somente em casos excepcionais, quando a dúvida persistir no espírito do magistrado, é que este poderá dirimi-la, determinando as diligências nesse sentido. Essa pesquisa probatória a ser efetivada pelo juiz deve restringir-se a uma área de atuação por ele delimitada, com o fito de evitar a quebra da imparcialidade. Em segunda instância, no entanto, o princípio da verdade real só prevalece desde que a prova resultante não implique violação ao princípio da proibição da *reformatio in pejus*, quando houver recurso exclusivo da acusação. Note-se, finalmente, que ao art. 156 foi acrescida uma nova hipótese, pois faculta ao juiz “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” (cf. inciso I). Tal previsão legal é bastante discutível em face do processo penal acusatório, pois admite a figura de um juiz investigador e, portanto, de um processo inquisitivo (CAPEZ, 2020, p. 410).

Por fim, vale referenciar que o réu tem o direito a não autoincriminação no processo penal, ou seja, não está obrigado a fornecer provas quem possam vir a incriminá-lo. Além de que, as provas inadmissíveis nos autos do processo poderão ser desentranhadas, nos termos do art. 157, *caput*, do Código de Processo Penal.

Finda essa análise, a pesquisa se ocupará da análise da dinâmica da prova no processo penal, especialmente em relação à possibilidade de valoração da prova ilícita produzida na investigação ou no curso do processo penal.

1.3 A PROVA NO PROCESSO PENAL

A prova no processo penal do Estado Democrático de Direito, se baseia na ideia de um sistema jusconstitucional, para explicar este contexto é necessário o conceito doutrinário:

[...] uma ideia sistemática **jusconstitucional** que tem dois pilares fundacionais a *dignidade da pessoa humana* e a *vontade do povo* (art. 1º CRP e art.1º CRFB). Estes dois pilares impõem uma **hermenêutica jusconstitucional** direcionada para encontrar a melhor interpretação possível conforme a Constituição no quadro jurídico-processual penal, campo por excelência de restrição de direitos e liberdades fundamentais pessoais, de modo que se evitem restrições inadmissíveis, inaceitáveis e juridicamente censuráveis na atividade de persecução criminal. (VALENTE, PRADO, GIACOMOLLI, SILVEIRA, 2015, p. 126).

Compreende-se a prova como um elemento essencial na busca na verdade dos fatos, pois o magistrado analisa somente as provas que lhe são fornecidas no processo, em razão não ter visualizado os fatos, o réu ou a vítima.

Sendo assim, Renato Lima afirma que “Quanto à forma da prova, ou seja, a maneira pela qual a prova se apresenta em juízo, a prova pode ser documental, material ou testemunhal.” (LIMA, 2020, p. 659).

Para Guilherme Nucci, o conceito de prova é o seguinte:

A palavra 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, 2020, p.225)

Nos termos legislativos, o conceito de prova encontra-se no art. 155 do Código de Processo Penal,

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.

De acordo com o escritor Guilherme Nucci, o termo prova possui três sentidos:

a) *ato de provar*: é o processo pelo qual se verifica a exatidão ou a verdade do fato alegado pela parte no processo (ex.: fase probatória); b) *meio*: trata-se do instrumento pelo qual se demonstra a verdade de algo (ex.: prova testemunhal); c) *resultado da ação de provar*: é o produto extraído da análise dos instrumentos de prova oferecidos, demonstrando a verdade de um fato. (NUCCI, 2016, p.365).

Conforme Távora, a partir de todo um conjunto probatório que se instala uma discussão processual para chegar-se à sentença:

Busca-se o melhor resultado possível, a verdade viável dentro daquilo que foi produzido nos autos. Por isso a importância de processos com qualidade, pois só poderá haver condenação em face da certeza de culpabilidade, e esta não é obtida através de conjecturas ou suposições, e sim por intermédio de um esforço probatório sólido. (TÁVORA, 2017, p. 618).

Nesta linha, Fernando Capez ensina o seguinte sobre o conceito de objeto da prova no processo penal,

Objeto da prova é toda circunstância, fato ou alegação referente ao litígio sobre os quais pesa incerteza, e que precisam ser demonstrados perante o juiz para o deslinde da causa. São, portanto, fatos capazes de influir na decisão do processo, na responsabilidade penal e na fixação da pena ou medida de segurança, necessitando, por essa razão, de adequada comprovação em juízo. Somente os fatos que revelem dúvida na sua configuração e que tenham alguma relevância para o julgamento da causa merecem ser alcançados pela atividade probatória, como corolário do princípio da economia processual (CAPEZ, 2018, p. 371).

De acordo com Victor Gonçalves, o código de processo penal permanece constante, com exceção às decisões proferidas pelo Tribunal do Júri, no que diz respeito à livre convicção do juiz, por conferir liberdade ao magistrado para chegar-se ao conhecimento, sem subordinar-se a juízo crítico da lei acerca do valor que atribui-se a cada meio de prova. Diante disso, porém deve o Juiz fundamentar a sentença conforme o art. 93, IX, da CF, de modo a corroborar que

sua afirmação é produto lógico de julgamento dos elementos de convicção existentes no processo. (GONÇALVES, 2018, p. 218).

É por isso que, de acordo com o autor Renato Brasileiro Lima diferencia os meios de obtenção de prova de meios de prova,

Meios de obtenção de prova: em regra, são executados na fase preliminar de investigações, o que não afasta a possibilidade de execução durante o curso do processo, de modo a permitir a descoberta de fontes de prova diversas das que serviram para a formação da *opinio delicti*, são atividades extraprocessuais. Meios de prova: – Em regra, são realizados na fase processual da persecução penal; excepcionalmente, na fase investigatória, observado o contraditório, ainda que diferido (ex: prova antecipadas), são atividades endo processuais (LIMA, 2020, p. 660).

Ademais, vale distinguir prova típica de prova atípica no processo penal, conforme Nestor Távora demonstra o conceito diferenciando ambas as provas:

Típica: a doutrina assim classifica a prova que além de nominada, tem seu modo de produção expressamente previsto pela legislação, tal como ocorre com a prova testemunhal que tanto é prevista no CPP, quanto tem seu rito delineado pelo mesmo diploma legal, com indicação da ordem de perguntas (prova nominada típica) [...] Atípica: é a prova nominada que não tem seu procedimento especificado pela legislação, embora haja indicação de seu *nomen juris*. Em outras palavras, a lei a prevê, mas não diz o modo como ela deve ser produzida, ou seja, sua forma de produção é livre. Ex.: reprodução simulada dos fatos (há previsão legal gizada no art. 7º, CPP, mas a forma de constituição dessa prova é amplo: prova nominada atípica). (TÁVORA, 2017, p. 625).

Entretanto, há fatos de independem de provas, como ensina Fernando Capez em seu livro, ao elencar em três os tipos de fatos que independem de prova: os primeiros são os fatos axiomáticos, ou intuitivos, que são aqueles fatos evidentes, que não carecem de prova uma vez que a convicção já está formada; depois, aos fatos notórios aplica-se o princípio *notorium non eget probatione* pois são aqueles cujo conhecimento faz parte da cultura de uma sociedade, o direito, em razão do princípio *iura novit cúria*; e os últimos, os fatos inúteis, que são aqueles que sendo absolutos ou relativos, não influenciam na solução da causa, pois decorrem da própria lei. (CAPEZ, 2018, p. 372).

Neste aspecto, Capez ensina que os demais fatos têm que ser provados, incluindo os incontroversos, pois, diferente do processo civil, no processo penal,

há a possibilidade de o juiz examinar o que é duvidoso, não sendo necessário aceitar o puro e as singelas provas alegadas pelas partes. Isso porque a confissão não é absoluta, devendo ser analisada com os outros elementos de provas e avaliada por meio do livre conhecimento. (CAPEZ, 2018, p. 373).

Salienta-se existir meios de prova no código de processo penal probatórios exemplificativos, como os nominados e os inominados, sendo inadmissíveis as provas que por sua natureza não tem como finalidade demonstrar a verdade real dos fatos. Vale ressaltar sobre a temática de admissibilidade de meios de provas em que Gonçalves delinea:

A admissibilidade dos meios de prova é estabelecida por exclusão: em princípio, tudo aquilo que, direta ou indiretamente, possa servir para formar a convicção acerca da ocorrência de um fato é aceito como meio de prova. Esse sistema de liberdade de prova, que se afina com as aspirações do processo penal de busca da verdade real, é limitado, porém, pelo princípio de vedação da prova ilícita, que tem previsão constitucional. (GONÇALVES, 2018, p. 224).

Ressalta-se, sob a temática de provas nominadas e inominadas, a busca da verdade, como refere Renato Lima ao destacar: “[...]além dos meios de prova especificados na lei (nominados), também se admite a utilização de todos aqueles meios de prova que, embora não previstos no ordenamento jurídico (inominados), sejam lícitos e moralmente legítimos.” (LIMA, 2020, p. 672).

Neste aspecto, a função precípua da prova é convencer o Juiz da verdade dos fatos, como elucida Aury Lopes Jr., ao referir que, “[...]através – essencialmente - das provas, o processo pretende-se criar condições para a atividade cognitiva, a partir da qual se produzirá o convencimento externado da sentença.” (JUNIOR, 2020. p. 557).

Pelo exposto, tem-se uma verdade relativa, pela qual o convencimento do magistrado dá-se pelas provas anexadas no processo, que confirmam o acontecimento dos fatos como está descrito nos autos, e, assim, o Juiz alcança sua convicção para proferir sua decisão, conforme o escritor Renato Lima:

A finalidade da prova é a formação da convicção do órgão julgador. Na verdade, por meio da atividade probatória desenvolvida ao longo do processo, objetiva-se a reconstrução dos fatos investigados na fase extraprocessual, buscando a maior coincidência possível com a realidade histórica. Verdade seja dita, jamais será possível se atingir

com absoluta precisão a verdade histórica dos fatos em questão. Daí se dizer que a busca é da verdade processual, ou seja, daquela verdade que pode ser atingida através da atividade probatória desenvolvida durante o processo. (LIMA, 2020, p. 660).

Vale salientar sobre o destinatário da prova, como destaca Nestor Távora ao aduzir que:

O destinatário direto da prova é o magistrado, que formará o seu convencimento pelo material que é trazido aos autos. As partes também são destinatárias da prova, mas de forma indireta, pois convencidas daquilo que ficou demonstrado no processo, aceitarão com mais tranquilidade a decisão. (TÁVORA, 2017, p. 620).

Nesta linha, Guilherme Nucci considera que:

Sustentar que o juiz atingiu uma convicção falsa seria o mesmo que dizer que o julgador atingiu uma “certeza incerta”, o que é um contrassenso. Para haver condenação, exige-se que o magistrado tenha chegado ao estado de certeza, não valendo a mera probabilidade (juízo que enumera motivos convergentes e divergentes acerca da ocorrência de um fato, prevalecendo os primeiros). (NUCCI, 2020, p. 225).

No plano legislativo, salienta-se a disposição do art. 156 do Código de Processo Penal que disciplina sobre ônus da prova,

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.”

Por fim, conclui-se o primeiro capítulo acerca das provas, com a análise dos argumentos de Victor Gonçalves sobre o estudo da prova:

Portanto, ainda que o acusado não produza prova incontestável da ocorrência de uma daquelas circunstâncias justificantes ou dirimentes (erro de tipo e de proibição, coação moral irresistível e obediência hierárquica, legítima defesa, estado de necessidade, exercício regular de direito e estrito cumprimento do dever legal, e inimputabilidade e embriaguez completa involuntária), o juiz deverá optar pela absolvição se houver prova capaz de gerar dúvida razoável em seu espírito. Não basta, entretanto, mera alegação da ocorrência de qualquer circunstância dessa natureza, no interrogatório ou pelo defensor, para

que o réu possa ser absolvido, já que a dúvida, para ser fundada, deve advir de elementos de convicção idôneos. (GONÇALVES, 2018, p. 222).

Evidente que a matéria não se esgota na discussão, nem era esse o objetivo do trabalho, tendo em vista o alcance da pesquisa. Todavia, esses tópicos da primeira parte possibilitam formar um conceito do sistema processual penal e da dinâmica e gestão das provas no exercício da Justiça Penal. No próximo capítulo, a pesquisa irá abordar em destaque as provas inadmissíveis e a possibilidade de aceitação e valoração desse meio probatório.

2 SISTEMA PROBATÓRIO CONSTITUCIONAL E AS PROVAS INADMISSÍVEIS

A presente pesquisa, nesta parte, analisa o sistema probatório constitucional e as provas inadmissíveis, no contexto do Estado Democrático de Direito que foi construído o ordenamento jurídico brasileiro, em que são garantindo direitos e deveres a todos brasileiros e estrangeiros que no Brasil se encontrem. Além do mais, todos os procedimentos – especialmente os penais - são pautados na dignidade da pessoa humana, na legalidade, legitimidade, proporcionalidade, especialmente nas provas no processo penal.

Neste caminho, a prova no processo penal no processo penal tem o objetivo de demonstrar os fatos. Assim, pode servir para condenar ou para absolver o réu. Tendo em vista que os princípios e todos os instrumentos consagrados na Constituição Federal e nos Tratados Internacionais são para garantir a liberdade de pessoa inocente, assim afirmando a dignidade da pessoa humana, são escudos contra os arbítrios do Estado, que detêm o direito de punir.

Conforme o exposto acima, importante citar sobre o conceito da prova no processo penal sob a análise de Guilherme Souza Nucci, que afirma:

É preciso destacar que a descoberta da verdade é sempre relativa, pois o verdadeiro para uns, pode ser falso para outros. A meta da parte, no processo, portanto, é convencer o magistrado, por meio do raciocínio, de que a sua noção da realidade é a correta, isto é, de que os fatos se deram no plano real exatamente como está descrito em sua petição. Convencendo-se disso, o magistrado, ainda que possa estar equivocado, alcança a certeza necessária para proferir a decisão. Quando forma sua convicção, ela pode ser verdadeira (correspondente

à realidade) ou errônea (não correspondente à realidade), mas jamais falsa, que é um “juízo não verdadeiro”. (NUCCI, 2020, p. 255).

Fernando Capez também fez sua análise sobre o conceito e a importância da prova no processo penal brasileiro, ao citar que:

Sem dúvida alguma, o tema referente à prova é o mais importante de toda a ciência processual, já que as provas constituem os olhos do processo, o alicerce sobre o qual se ergue toda a dialética processual. Sem provas idôneas e válidas, de nada adianta desenvolverem-se aprofundados debates doutrinários e variadas vertentes jurisprudenciais sobre temas jurídicos, pois a discussão não terá objeto (CAPEZ, 2019, p. 371).

Neste contexto, percebe-se que provar o fato no processo penal o fato é extremamente difícil, senão impossível, tendo em vista que nem sempre são avaliados para chegar-se na busca da verdade real, pela dificuldade da produção, pelo modo que é coletada, nos depoimentos, pode ser distorcida pelas testemunhas, ou compreendidas de outro modo, com as influências de fatores externos.

As provas são essenciais para o processo penal. Os fatos que constam nas provas são os que influenciam a decisão do magistrado, porém nem todas os fatos podem ser alvos de tratamento probatório. Ainda, não se pode perder de vista que a finalidade da prova é demonstrar a verdade real, processual, sendo o objeto probatório os fatos que se pretende demonstrar na lide.

Vale salientar que, na Constituição Federal, não há direitos absolutos. A partir da interpretação do art. 5º, inciso LVI, as provas obtidas por meios ilícitos são inadmissíveis no processo, devendo ser desentranhadas.

Contudo, a averiguação da admissibilidade das provas ilícitas tende a ser dificultoso, pois a modalidade probatória afronta normas de direito material, já as provas ilegítimas afrontam as normas de direito processual, em razão disso, caso a prova afronte o direito processual, mas não modifique direito material será admissível se utilizada *pro reo*.

É por isso que Renato Lima menciona que, nesse prisma, prova proibida consistir em ilegal quando sua obtenção se der por meio de violação de normas legais ou de princípios gerais do ordenamento, de natureza material ou processual. Prova obtida por meios ilegais deve funcionar como o gênero, do

qual são espécies as provas obtidas por meios ilícitos e as provas obtidas por meios ilegítimos. (LIMA, 2017, p. 613).

Essas são as considerações iniciais acerca do sistema probatório constitucional e as provas inadmissíveis no processo penal em um breve relato que será tratado nos outros subcapítulos.

2.1 A PROVA PENAL ILÍCITA

De acordo com Renato Lima, o direito à prova está classificado com qualquer outro direito fundamental e, portanto, não tem natureza absoluta, sujeitando-se às limitações, por coexistir com outros direitos postos no ordenamento jurídico. Na Constituição da República Federativa, no seu art. 5º, inciso LVI, encontra-se a regra inicial sobre as provas inadmissíveis obtidas por meios ilícitos. (LIMA, 2017, p. 612).

Nesta senda, Victor Gonçalves vai dizer que não tem lógica o Estado, que distribui justiça, permitir que seus agentes ou os particulares violem as normas jurídicas, para no processo ter sucesso probatório, visto que estaria incentivando os comportamentos contrários à norma jurídica que pretende tutelar com a celeridade jurisdicional. (GONÇALVES, 2018, p. 224)

Para Rios Gonçalves, a prova ilícita e ilegítima deve ser conceituada de acordo com a natureza da norma violada

a) prova ilícita em sentido estrito — denominação empregada para designar a prova obtida por meio de violação de norma, legal ou constitucional, de **direito material**. Essa nomenclatura é utilizada, portanto, para adjetivar a prova para cuja obtenção violou-se direito que independe da existência do processo. Exs.: extrato de movimentação bancária obtido por meio de indevida violação de sigilo bancário ou confissão extraída mediante coação moral; **b) prova ilegítima** — é como se designa a prova obtida ou introduzida na ação por meio de violação de norma de natureza processual. É a prova, portanto, que deriva de comportamento processualmente ilícito. Ex.: exibição, em plenário do Tribunal do Júri, de prova relativa ao fato de que a parte contrária não tenha sido cientificada com a antecedência necessária (art. 479 do CPP.) (GONÇALVES, 2018, p. 225).

Assim, vale ressaltar que o Código de Processo Penal dispõe sobre o tema das provas ilícitas e inadmissíveis em processos, devendo ser desentranhadas dos autos, conforme o art. 157, parágrafos §1º, §2º e §3º:

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

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

§ 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.

§ 3º Preclusa a decisão de desentranhamento da prova declarada inadmissível, esta será inutilizada por decisão judicial, facultado às partes acompanhar o incidente.

Nesse campo, importante o entendimento de Eugênio Pacelli sobre a conceituou a divisão das provas em ilícitas e ilegítimas, para quem: “Ainda segundo a doutrina, as provas ilícitas seriam aquelas obtidas com violação ao direito material, enquanto as provas ilegítimas receberiam tal definição por violarem normas de Direito Processual.” (PACELLI, 2021, p. 301).

Neste contexto, Renato Lima indaga sobre a inexistência de distinguir se a lei é processual ou material, como na análise do art. 157, *caput*, do CPP, ao descrever as provas ilícitas como aquelas consideradas como obtidas em violação das leis ou legais, não distinguindo se a norma legal é processual ou material, quanto a norma legal, em silêncio da lei, causa a ilicitude da prova que tem instigado controvérsia doutrinária. (LIMA, 2017, p. 622).

Nesta linha, Fernando Capez conceitua as provas ilícitas e cita exemplos de como são produzidas no processo penal,

Provas ilícitas são aquelas produzidas com violação a regras de direito material, ou seja, mediante a prática de algum ilícito penal, civil ou administrativo. Podemos citar como exemplos: a diligência de busca e apreensão sem prévia autorização judicial ou durante a noite; a confissão obtida mediante tortura; a interceptação telefônica sem autorização judicial; o emprego do detector de mentiras; as cartas particulares interceptadas por meios criminosos (cf. art. 233 do CPP) etc. Provas ilegítimas são as produzidas com violação a regras de natureza meramente processual, tais como: o documento exibido em plenário do Júri, com desobediência ao disposto no art. 479, *caput* (CPP); o depoimento prestado com violação à regra proibitiva do art. 207 (CPP) (sigilo profissional) etc. (CAPEZ, 2018, p. 83).

Assim também leciona Paulo Rangel em sua doutrina sobre a diferenciação das provas ilícitas, ilegítimas e irregulares, dispondo que:

Conclusão: A prova ilícita é violadora do direito material. Seja porque a norma proíbe aquele tipo de prova (tortura, por exemplo), seja porque permite, mas desde que se cumpra com o que a norma exige (mandado de busca e apreensão para ingressar no domicílio). A prova ilegítima é aquela que é proibida pelo direito processual (depoimento do padre contra sua vontade). A prova irregular é aquela que é colhida com desrespeito às formalidades legais existentes, não obstante ser permitida por lei (expedição de mandado sem o fim da diligência; depoimento de testemunha-parente sem a advertência de que não está compromissada a dizer a verdade). (RANGEL, 2021, p. 432).

Insta esclarecer que, antes de o legislador estabelecer em nosso ordenamento jurídico sob a inadmissibilidade de utilizar a prova ilícita por derivação, o Supremo Tribunal Federal aplicou a teoria dos frutos da árvore envenenada (*fruits of poisonous tree*), ou seja, declarou como meios probatórios que, produzidas validamente em momento posterior, deparam-se afetadas pela ilicitude originária, a qual elas se transmitem, contaminando-os. Posteriormente, criou-se a Lei n. 11.690/2008, que prevê, expressamente, a inadmissibilidade da prova ilícita por derivação conjuntamente com o art. 157, § 1º, primeira parte, do CPP.

E assim sustenta Victor Gonçalves, por sua vez, sobre a prova ilícita por derivação, para quem:

A regra que determina a exclusão da prova ilícita por derivação (*exclusionary rule*), todavia, não é absoluta, na medida em que a ilicitude remota só contaminará a prova derivada quando houver inequívoca relação de causalidade entre ela e a ação ilegal (art. 157, § 1º), ou seja, quando se puder concluir que a ação ilícita originária foi *conditio sine qua non* do alcance da prova secundária. Por essa razão, não será impregnada pela ilicitude a evidência obtida por meio de *fonte independente*. (GONÇALVES, 2018, p. 231).

Ainda nessa linha, Fernando Capez, em sua análise quanto à prova ilícita por derivação, informa que as provas são lícitas, mas foram obtidas por meio de provas ilícitas, além do mais, ele cita que:

Essa categoria de provas ilícitas foi reconhecida pela Suprema Corte norte-americana, com base na teoria dos “frutos da árvore envenenada” – *fruits of the poisonous tree* –, segundo a qual o vício da planta se transmite a todos os seus frutos. A partir de uma decisão proferida no caso *Silverthorne Lumber Co. vs. United States*, em 1920, as cortes americanas passaram a não admitir qualquer prova, ainda que lícita em si mesma, oriunda de práticas ilegais. (CAPEZ, 2018, p. 376).

Abrangendo a explanação do assunto sobre teoria dos frutos da árvore envenenada, na compreensão de Eugênio Pacelli, a teoria dos *fruits of the poisonous tree* deve assim ser lida:

A teoria dos *fruits of the poisonous tree*, ou teoria dos frutos da árvore envenenada, cuja origem é atribuída à jurisprudência norte-americana, nada mais é que simples consequência lógica da aplicação do princípio da inadmissibilidade das provas ilícitas. Se os agentes produtores da prova ilícita pudessem dela se valer para a obtenção de novas provas, a cuja existência somente se teria chegado a partir daquela (ilícita), a ilicitude da conduta seria facilmente contornável. Bastaria a observância da forma prevista em lei, na segunda operação, isto é, na busca das provas obtidas por meio das informações extraídas pela via da ilicitude, para que se legalizasse a ilicitude da primeira (operação). Assim, a teoria da ilicitude por derivação é uma imposição da aplicação do princípio da inadmissibilidade das provas obtidas ilicitamente. (PACELLI, 2021, p. 296).

Nessa visão, Guilherme Nucci também faz considerações acerca da prova ilícita por derivação e sobre a fonte independente, explicando o que segue:

A prova originária de fonte independente não se macula pela ilicitude existente em prova correlata. Imagine-se que, por escuta clandestina, logo ilegal, obtém-se a localização de um documento incriminador em relação ao indiciado. Ocorre que, uma testemunha, depondo regularmente, também indicou à polícia o lugar onde se encontrava o referido documento. Na verdade, se esse documento fosse apreendido unicamente pela informação surgida da escuta, seria prova ilícita por derivação e inadmissível no processo. Porém, tendo em vista que ele teve fonte independente, vale dizer, seria encontrado do mesmo modo, mesmo que a escuta não tivesse sido feita, pode ser acolhido como prova lícita. (NUCCI, 2016 p. 369).

Ainda, enfatiza-se que existe a teoria da limitação da descoberta inevitável, conforme dispõe o art. 157, § 2.º, do CPP, nos termos: “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”.

Em outras palavras, o tema é assim abordado por Victor Gonçalves ao afirmar que:

A lei atribui validade à prova derivada da ação ilícita quando, embora existindo nexos causal entre ambas, trate-se de hipótese de descoberta inevitável (*inevitable discovery exception* do direito norte-americano). Essa exceção deve ser acolhida quando evidenciado que a rotina da investigação levaria à obtenção legal da prova que,

circunstancialmente, foi alcançada por meios ilícitos. (GONÇALVES, 2018, p. 231).

Com o foco na fonte independente de prova, Paulo Rangel, em análise da prova, conceituou a fonte independente como:

Fonte independente de prova (FIP) é o que até então a jurisprudência chamava de prova absolutamente independente (PAI), ou seja, aquela que não tem conexão nenhuma com a prova ilícita, e que, independentemente da ilícita, nós chegaríamos nela pelos atos normais de investigação. Ela é alcançada pela atividade contínua do estado, durante a persecução penal (por isso a Lei usa a expressão: seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal). É a própria investigação criminal, através dos atos que lhe são próprios, que é capaz de nos conduzir ao fato objeto da prova. (RANGEL, 2021, p. 440).

Vale citar ainda a existência da teoria ou limitação do nexo causal atenuado, teoria da tinta diluída ou ainda mancha purgada, exposta seus conceitos por Nestor Távora:

O liame causal (relação de causalidade) existente entre a prova ilícita e a derivada é de ser frágil em razão de circunstâncias relacionadas ao tempo (prova ilícita de data muito remota em relação à nova prova), ao espaço ou à força determinante da prova primária relativamente à secundária. Pode-se dizer que o conhecimento da prova derivada se deu por um conjunto de fatores, dentre os quais um é ilícito, mas que, por si só, não é tão determinante para macular por completo a prova secundária. Trata-se de argumento retórico subsidiário para também afastar a ilicitude da prova que assim seria por derivação. (TÁVORA, 2017, p. 634)

Ressalta-se, por fim, que há também, a teoria do encontro fortuito das provas, que ocorre quando a autoridade policial, em decorrência de cumprimento de diligência, casualmente encontra provas que não estão na linha do desdobramento natural da investigação.

Vale salientar que a prova ilícita no processo penal quando em confronto com princípios fundamentais, é razoável utilizar-se o princípio da proporcionalidade, para preservar princípios como da inocência do réu, nas palavras do respeitável doutrinador Fernando Capez

Nosso entendimento: 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, ditada pelo senso comum, o juiz poderá admitir uma prova ilícita ou sua derivação, para evitar um mal maior, como, por exemplo, a condenação injusta ou a impunidade de perigosos marginais. Os interesses que se colocam em posição antagônica precisam ser cotejados, para escolha de qual deva ser sacrificado. (CAPEZ, 2018, p. 377).

Por fim, Guilherme Nucci aduz que “finalmente, quando o juiz proferir decisão determinando o desentranhamento de prova ilícita, porque considerada inadmissível, passível de impugnação por apelação, preclusa a questão, é facultado às partes acompanhar o incidente para a sua destruição (art. 157, § 3.º, do CPP)”. (NUCCI, 2016, p. 369).

2.2 A PROVA ILÍCITA NO DIREITO COMPARADO

A prova ilícita no direito comparado será analisada a partir da legislação dos Estados Unidos da América, como forma de averiguar uma fonte legislativa distinta e que, de certa forma, influenciou o entendimento doutrinário e legislativo do Brasil ao regulamentar a matéria da prova ilícita no processo penal.

Essa parte do trabalho explica que, ao se utilizar a prova ilícita no processo penal, devem ser analisadas no processo todas as provas e a real necessidade, ou seja, utiliza-se o princípio da proporcionalidade, ou como outros doutrinadores nomeiam de princípio da razoabilidade. Nesta linha, no direito criminal dos Estados Unidos da América existe a teoria *fruits of the poisonous tree*, ou teoria dos frutos da árvore envenenada, como é conhecida na doutrina e jurisprudência brasileiras.

Nas palavras de Noberto Avena, as “provas ilícitas por derivação são aquelas que, embora lícitas na própria essência, decorrem exclusivamente de outra prova, considerada ilícita, ou de uma situação de ilegalidade, restando, portanto, contaminadas”. (AVENA, 2020, p. 516).

Assim também adverte Avolio, sobre as provas ilícitas por derivação,

O problema das provas ilícitas por derivação, por uma imposição lógica, só se coloca nos sistemas de inadmissibilidade processual das provas ilicitamente obtidas. Concerne às hipóteses em que a prova foi

obtida de forma lícita, mas a partir da informação extraída de uma prova obtida por meio ilícito. É o caso da extorquida mediante tortura, em que o acusado indica onde se encontra o produto do crime, que vem a ser regularmente apreendido; ou da interceptação telefônica clandestina, pelo qual se venham a conhecer circunstâncias que, lícitamente colhidas levem à apuração dos fatos. (AVOLIO, 2015, p. 73/74).

Ressalta-se que, na presente pesquisa, a ideia do princípio da razoabilidade no direito norte-americano como chama a atenção Eugênio Pacelli ao afirmar que:

De outro lado, o Direito norte-americano, de onde, aliás, importamos a vedação constitucional de admissibilidade de provas ilícitas, apesar da reconhecida tecnologia de provas ali existentes, exhibe, como regra, quase absoluta, a vedação à prova ilícita, se e quando produzida pelos agentes do Estado. Ali, o princípio da razoabilidade está conectado, não com critérios de adequação, mas de controle dos atos do poder público. Exatamente por isso, inúmeros princípios são utilizados para fins de afastamento da ilicitude, tal como ocorre, por exemplo, com a boa-fé na obtenção da prova, ainda que contrariamente à regra legal. (PACELLI 2021, p. 306).

Além disso, nos Estados Unidos, também se aplica o princípio da razoabilidade e em caso de necessidade se utiliza a prova ilícita no processo penal, como explica Fernando Capez,

Nos Estados Unidos, tal princípio foi chamado de “razoabilidade”, expressão equivalente à proporcionalidade do Direito alemão. Se uma prova ilícita ou ilegítima for necessária para evitar uma condenação injusta, certamente deverá ser aceita, flexibilizando-se a proibição dos incisos X e XII do art. 5º da CRFB/88. (CAPEZ, 2018, p. 378/379).

Insta salientar que a teoria conhecida no Brasil como teoria dos frutos da árvore envenenada, surgiu da jurisprudência norte-americana e a lei e a doutrina brasileira se equipararam para analisar a aplicação, caso a caso, no processo penal, como destaca Eugênio Pacelli, ao afirmar que,

A teoria dos *fruits of the poisonous tree*, ou teoria dos frutos da árvore envenenada, cuja origem é atribuída à jurisprudência norte-americana, nada mais é que simples consequência lógica da aplicação do princípio da inadmissibilidade das provas ilícitas. Se os agentes produtores da prova ilícita pudessem dela se valer para a obtenção de novas provas, a cuja existência somente se teria chegado a partir daquela (ilícita), a ilicitude da conduta seria facilmente contornável. Bastaria a observância da forma prevista em lei, na segunda operação, isto é, na busca das provas obtidas por meio das informações extraídas pela via da ilicitude, para que se legalizasse a ilicitude da primeira (operação).

Assim, a teoria da ilicitude por derivação é uma imposição da aplicação do princípio da inadmissibilidade das provas obtidas ilicitamente (PACELLI, 2020, p. 273)

Ainda sobre a teoria dos frutos da árvore envenenada, Noberto Avena adverte que a jurisprudência brasileira emprega na seguinte perspectiva,

Trata-se, enfim, da aplicação da teoria norte-americana dos Frutos da Árvore Envenenada (*fruits of the poisonous tree*), segundo a qual o defeito existente no tronco contamina os frutos. Consagrada esta teoria, há vários anos, pela jurisprudência brasileira, usava-se como fundamento legal para sua aplicação a regra do art. 573, § 1.º, do CPP, dispondo que “a nulidade de um ato, uma vez declarada, causará a dos atos que dele diretamente dependam ou sejam consequência”. Transpondo-se essa disposição para o tema de provas, resultava que a ilicitude de uma prova, uma vez reconhecida, causará a ilicitude das provas que dela diretamente decorram. (AVENA, 2020, p. 516).

Assim, pode-se afirmar que a teoria dos frutos da árvore envenenada foi reconhecida pela Suprema Corte norte-americana não admitindo a prova ilícita, como se afere da análise de Fernando Capez, ao sustentar que:

Essa categoria de provas ilícitas foi reconhecida pela Suprema Corte norte-americana, com base na teoria dos “frutos da árvore envenenada” – *fruits of the poisonous tree* –, segundo a qual o vício da planta se transmite a todos os seus frutos. A partir de uma decisão proferida no caso *Siverthorne Lumber Co. vs. United States*, em 1920, as cortes americanas passaram a não admitir qualquer prova, ainda que lícita em si mesma, oriunda de práticas ilegais. (CAPEZ, 2018, p. 376).

Além disso, faz-se necessário explanar sobre o ingresso da teoria dos frutos da árvore envenenada no direito processual brasileiro, como observa Eugênio Pacelli, que analisou e assim conceituou a teoria,

O Supremo Tribunal Federal, em mais de uma ocasião, teve oportunidade de reconhecer a pertinência dos “*fruits of the poisonous tree*”, conforme se vê no julgamento do HC nº 74.116/ SP, DJU 14.3.1997, e HC nº 76.641/SP, DJU 5.2.1999. A partir da Lei nº 11.690/08, que alterou diversos dispositivos do CPP, a teoria dos frutos da árvore envenenada passa a integrar a ordem processual penal brasileira de modo expresso. Diz o art. 157, § 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”. (PACELLI, 2020, p. 273).

Uma questão que merece análise é o fornecimento de material grafotécnico, como uma prova que é coletada sem o conhecimento da pessoa investigada, o que se traduz em uma violação dos princípios da não auto incriminação, de não produzir provas contra si mesma, como Fernando Capez expõe em sua abordagem,

Na mesma linha, HC 107.285/RJ, Quinta Turma, rel. Min. Laurita Vaz, DJ, 7 fev. 2011: “Fornecimento de material grafotécnico pela investigada, sem o conhecimento de que tal fato poderia, eventualmente, vir a ser usado para fundamentar futura condenação. Laudo pericial que embasou a denúncia. Prova ilícita. Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada (*Fruits of the Poisonous Tree*). Ordem concedida”. No caso, a indiciada não havia sido informada sobre o seu direito à não incriminação, do qual decorre o de permanecer calada e não produzir prova contra si mesma (*nemo tenetur se detegere*). Todas as provas derivadas foram consideradas nulas. (CAPEZ, 2018, p. 381).

Seguindo a análise do doutrinador citado acima, Reis e Gonçalves também desenvolveram conceito quanto à teoria dos frutos da árvore envenenada em especial no ingresso dela na jurisprudência e, posteriormente, no código de processo penal brasileiro, quando afirmam que,

[...] o Supremo Tribunal Federal passou a adotar a teoria dos frutos da árvore envenenada (*fruits of poisonous tree doctrine*), que preconiza a imprestabilidade da prova em si mesma lícita, mas cuja obtenção tenha derivado de ação ilícita (STF — HC 69.912 (segundo)/RS — Tribunal Pleno — Rel. Min. Sepúlveda Pertence — julgado em 16.12.1993 — DJ 25.03.1994 — p. 6.012.). A partir da edição da Lei n. 11.690/2008, a lei processual passou a prever, expressamente, a inadmissibilidade da prova ilícita por derivação (art. 157, § 1º, primeira parte, do CPP), em consonância com o então já pacificado entendimento jurisprudencial, de modo a estabelecer que as provas obtidas por meio ilícito contaminam as provas ulteriores que, embora produzidas lícitamente, tenham se originado das primeiras. Assim é que, por exemplo, a apreensão de substâncias entorpecentes em residência vistoriada por determinação judicial (prova, em princípio, lícita) não terá valor probatório acaso a informação que possibilitou a expedição do mandado de busca e a descoberta da droga tenha sido obtida por meio de escuta telefônica ilegal. (REIS, GONÇALVES, 2020, p. 303).

No caso exposto, a Suprema Corte norte-americana, em outra época, defendeu, a partir da teoria dos frutos da árvore envenenada, a exclusão das provas derivadas de práticas ilegais, cujo objetivo era desencorajar os policiais da prática, conforme analisa Luiz Francisco Torquato Avolio, ao aduzir que,

[...] a doutrina cunhada pela Suprema Corte norte-americana dos “frutos da árvore envenenada” – *fruits of the poisonous tree* -, segundo a qual o vício da planta se transmite a todos os seus frutos. Assim, a partir da decisão proferida no caso “*Silverthorne Lumber Co. v. United States*” (251 US 385; 40C. Ct. 182; 6 L. Ed. 319) de 1920, as cortes passaram a excluir a prova derivadamente obtida a partir de práticas ilegais. Acreditava-se que, com isso, similarmente ao pensamento que ensejou a concepção da *exclusionary rule*, a polícia ficaria desencorajada de proceder a buscas e apreensões ilegais. Nos debates que se seguiram desde o julgamento do caso “*Mapp v. Ohio*”, alegou-se que a regra de exclusão não alcançou substancial refreamento de má conduta policial, e estudos empíricos confirmaram esse ponto de vista. (AVOLIO, 2015, p. 74).

Por fim, importante citar um julgado do Supremo Tribunal Federal, sobre a temática da teoria dos frutos da árvore envenenada, com uma completa análise sob ótica constitucional do direito processual penal brasileiro, utilizando-se de teoria dos Estado Unidos da América, nos seguintes termos:

A QUESTÃO DA DOCTRINA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA ('FRUITS OF THE POISONOUS TREE'): A QUESTÃO DA ILICITUDE POR DERIVAÇÃO. — 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*” 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. Doutrina. Precedentes. — 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. Hipótese em que os novos dados probatórios somente foram conhecidos, pelo Poder Público, em razão de anterior transgressão praticada, originariamente, pelos agentes da persecução penal, que desrespeitaram a garantia constitucional da inviolabilidade domiciliar. — Revelam-se inadmissíveis, desse modo, em decorrência da ilicitude por derivação, os elementos probatórios a que os órgãos da persecução penal somente tiveram acesso em razão da prova originariamente ilícita, obtida como resultado da transgressão, por agentes estatais, 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 — que não guarde qualquer relação de dependência nem decorra da prova

originariamente ilícita, com esta não mantendo vinculação causal —, tais dados probatórios revelar-se-ão plenamente admissíveis, porque não contaminados pela mácula da ilicitude originária” (STF — RHC 90.376/RJ — 2a Turma — Rel. Min. Celso de Mello — DJe 18.05.2007) (REIS, GONÇALVES, 2020, p. 305).

O fato é que a jurisprudência norte-americana adotou a teoria dos frutos da árvore envenenada e que os Estados Unidos estabeleceu seus critérios para utilizar elementos derivados de prova ilícita no processo, como observou Luiz Francisco T. Avolio:

Recentemente, no dia 14 de janeiro de 2009, a Suprema Corte norte-americana decidiu que a prova obtida a partir de uma prisão ilegal decorrente de erro no manejo dos dados dos registros policiais, pode ser utilizada contra o réu criminal. A decisão, tomada por estreita maioria dos votos (5 a 4 dos votos), revelou mais uma divergência sobre as concepções acerca da regra de exclusão das provas ilicitamente obtidas (*exclusionary rule*), que pressupõe, como observamos, a supressão de uma prova obtida à custa de má conduta policial, e sugeriu que o compromisso da Corte com a regra era tênue. (AVOLIO, 2015, p. 75/76).

Neste aspeto, diante das doutrinas, conceitos e jurisprudências apresentadas referente à teoria dos frutos da árvore envenenada, importante destacar o que a Suprema Corte Americana considera como provas ilegais, diante da visão do pesquisador Luiz Francisco Torquato Avolio,

De modo geral, a jurisprudência da Suprema Corte Americana considera ilegalmente obtida a prova quando ocorrer violação às Emendas Constitucionais IV, V, VI e XIV, que tratam, em síntese, respectivamente: do direito do povo à segurança de suas pessoas, casas, papéis e pertences contra registros, arrestos e sequestros “desarrazoados”; da necessidade de acusação formalizada, das garantias da coisa julgada, do *habeas corpus*, do *nemo tenetur se detegere* e do *due processo of law*; do direito a um julgamento rápido e público perante juiz imparcial e natural e da liberdade dos Estados de reformarem suas leis procedimentais, vinculada ao respeito, no fundo e na forma, à garantia do devido processo legal. (AVOLIO, 2015, p. 58).

Portanto, diante de todo o exposto na presente pesquisa do direito norte-americano que deu origem a teoria *fruits of the poisonous tree*, esclarece que veda a admissibilidades das provas ilícitas, mesmo sendo reconhecida as provas existentes no processo, é praticamente absoluta a sua vedação quando produzida pelos agentes do Estado. Neste contexto, analisa-se a relação com o

princípio de razoabilidade estar ligado aos atos do poder público. Conclui-se que é nítida a vedação desta prova ilícita no direito norte-americano, sendo praticamente absoluta a sua vedação.

2.3 A (IN)ADMISSIBILIDADE DA PROVA ILÍCITA NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 tem consolidado, no art. 5º, inciso XVI, as regras sobre as provas inadmissíveis no processo. Todavia, doutrinadores e juristas vêm modificando, de modo sutil, a aplicação deste dispositivo.

Neste viés, Renato Brasileiro Lima esclarece sua compreensão sobre o tema da (in)admissibilidade da prova ilícita,

A discussão em torno da (in)admissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos ou ilegítimos em determinado ordenamento jurídico está diretamente relacionado à opção entre a busca ilimitada da verdade, dando-se preponderância ao interesse público na persecução penal, e o respeito aos direitos e garantias fundamentais, dentro de uma visão ética do processo, ainda que em prejuízo à apuração da verdade. (LIMA, 2017, p. 623).

Nessa linha, pode-se adiantar que o entendimento majoritário é que a prova ilícita somente poderá ser utilizada no processo penal para convencer o Juiz da inocência do acusado, ou seja, para beneficiar o réu. Entretanto, outros doutrinadores compreendem que se pode utilizar a prova ilícita para provar que o acusado é realmente o culpado, quando a prova ilícita for a única prova do crime, desde que a abordagem seja feita juntamente com o princípio da proporcionalidade, ainda que seja entendimento minoritário.

Insta esclarecer que em relação ao princípio da proporcionalidade, importante registrar a análise feita por doutrinadores e os seus conceitos formados quanto ao modo e quando é possível a aplicação desse princípio, como observam os autores abaixo referenciados,

[...] os princípios se **concretizarem por meio de subprincípios e de valoração singulares com conteúdo material próprio** [o princípio da proporcionalidade no recurso e medidas e meio restritivos de direitos e liberdades fundamentais pessoais impõe que se verifique o leque de

subprincípios (corolários) da *adequação* da medida e do meio ao fim do mesmo e do próprio processo crime, da *necessidade e exigibilidade* dessa medida ou meio para a descoberta da verdade ou obtenção de prova e futura realização da justiça, da *proporcionalidade "stricto sensu"* da medida ou meio (devendo-se optar, por força da razoabilidade, pela medida ou meio menos oneroso para os direitos fundamentais pessoas), e, ainda, da *subsidiariedade ascendente* das medidas e meios ao dispor na legislação processual penal, impondo-se que se fundamente que a medida ou meio menos oneroso não é capaz de promover as finalidades invocadas para o recurso ao meio e do processo penal naquele caso concreto. (VALENTE, PRADO, GIACOMOLLI, SILVEIRA, 2015, p. 131/132).

Esse também é o sentir de Noberto Avena, para quem o princípio da proporcionalidade deve ser lido:

O juízo acerca da *proporcionalidade* envolve o sopesamento de princípios igualmente relevantes – princípio da imparcialidade do juiz como decorrência das garantias constitucionais da vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de vencimentos *versus* princípio da verdade real como fim do processo penal, determinando se, diante das peculiaridades do caso concreto, qual deles deve ter prevalência. (AVENA, 2018, p. 552).

Guilherme de Souza Nucci acredita que parcela da doutrina se utiliza da teoria da proporcionalidade para acolher a prova ilícita, ou seja, a teoria da razoabilidade ou interesse predominante, cuja finalidade é equilibrar os interesses da sociedade com os direitos individuais, inadmitindo a rejeição das provas obtidas por meios proibidos. (NUCCI, 2016, p.87).

Outro princípio frequentemente utilizado na análise da prova ilícita no processo penal, além do princípio da proporcionalidade, que já é defendido pela maioria dos doutrinadores no *in dubio pro reo*, é o princípio da dignidade da pessoa humana que está disposto na Constituição Federal como um princípio fundamental.

Por isso, Eugênio Pacelli sustenta que é possível a aplicação da prova ilícita a depender do caso concreto, quando se tem dúvidas quanto às provas sendo frágeis ou incompletas geram questionamentos e, em alguns casos, a prova ilícita demonstra a inocência do réu. Diante dos fatos apresentados, o autor cita que:

Todavia, cremos não ser impossível a sua aplicação, dependendo da hipótese concreta. Em primeiro lugar, esclarecemos que o objeto de

nossas preocupações é o aproveitamento da prova ilícita apenas quando favorável à acusação. E por uma razão até muito simples. A prova da inocência do réu deve sempre ser aproveitada, em quaisquer circunstâncias. Em um Estado de Direito não há como se conceber a ideia da condenação de alguém que o próprio Estado acredita ser inocente. Em tal situação, a jurisdição, enquanto Poder Público, seria, por assim dizer, uma contradição em seus termos. Um paradoxo jamais explicado ou explicável. Aliás, o aproveitamento da prova ilícita em favor da defesa, além das observações anteriores, constitui-se em critério objetivo de proporcionalidade, dado que: a) a violação de direitos na busca da prova da inocência poderá ser levada à conta do estado de necessidade, excludente geral da ilicitude (não só penal!); b) o princípio da inadmissibilidade da prova ilícita constitui-se em garantia individual expressa, não podendo ser utilizado contra quem é o seu primitivo e originário titular. (PACELLI, 2021, p. 306).

Acerca da possibilidade de aplicar a prova ilícita vale citar o que sustenta Victor Gonçalves:

Nesses casos, ou seja, quando o princípio da vedação da prova ilícita revelar-se em confronto com outra norma de índole constitucional, há que se verificar qual dos bens jurídicos deve ser sacrificado em detrimento do outro, como por exemplo, ao optar-se pela prevalência do direito à liberdade do indivíduo na hipótese em que a única prova capaz de gerar a absolvição tenha sido obtida por meio de uma ilicitude de menor monta. Aqui deve prevalecer o princípio constitucional da **ampla defesa** em detrimento daquele que veda a utilização das provas ilícitas. (GONÇALVES, 2018, p.232).

Neste viés, Renato Lima enfatiza que se for admissível a prova ilícita em favor do acusado, para obter a absolvição, está não poderá ser utilizada para servir de prova para incriminar qualquer pessoa, por se tratar de prova ilícita (LIMA, 2017, p. 643).

Nesse contexto, a questão da (in)admissibilidade da prova ilícita no processo penal brasileiro envolve o princípio da proporcionalidade, como adverte Fernando Capez que entende o seguinte:

Nosso entendimento: 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, ditada pelo senso comum, o juiz poderá admitir uma prova ilícita ou sua derivação, para evitar um mal maior, como, por exemplo, a condenação injusta ou a impunidade de perigosos marginais. Os interesses que se colocam em posição antagônica precisam ser cotejados, para escolha de qual deva ser sacrificado. (CAPEZ, 2018, p. 377).

Aliás, quando se avalia a relação do princípio da proporcionalidade sob a ótica de outros princípios constitucionais, Eugênio Pacelli afirma o seguinte:

Todavia, como reconhecem os mesmos autores, o critério de proporcionalidade reclama sua aplicação exatamente onde haja tensão entre princípios constitucionais de mesma grandeza. Não se pode perder de vista que o Direito Penal, com todas as suas fragilidades, sobretudo no que respeita às funções da sanção privativa da liberdade, tem como escopo não uma *reeducação ou ressocialização* do agente, ainda que essas constituam também *alguns* dos objetivos da *execução* da pena; o Direito Penal pretende cumprir uma missão inerente a *todo* o Direito, qual seja, a de proteção de *direitos*, individuais, coletivos e difusos. No seu caso específico, de proteção de *direitos fundamentais*, cuja intervenção dos demais ramos do Direito não tenha se revelado suficiente (essa, enfim, a justificativa da *intervenção penal mínima*). (PACELLI, 2017, p. 198).

Além disso, Fernando Capez defende a necessidade do princípio da proporcionalidade, como refere ele em suas palavras que: “[...] segundo o qual não existe propriamente um conflito entre as garantias fundamentais. No caso de princípios constitucionais contrastantes, o sistema faz atuar um mecanismo de harmonização que submete o princípio de menor relevância ao de maior valor social”. (CAPEZ, 2018, p. 377).

Assim também destaca Noberto Avena, ao trazer um exemplo de prova ilícita obtida durante uma interceptação telefônica, em desacordo com a Constituição Federal, para demonstrar que a prova pode ser capaz inocentar o réu e, na mesma lei, assegurando a todos os direitos inerentes a pessoa humana para uma vida digna,

Na ótica deste entendimento, 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, 2020, p.519).

Ainda sobre a mesma análise, Fernando Capez apresenta o seguinte sobre o princípio da proporcionalidade e a relação com a prova ilícita *pro reo*:

A aceitação do princípio da proporcionalidade *pro reo* não apresenta maiores dificuldades, pois o princípio que veda as provas obtidas por meios ilícitos não pode ser usado como um escudo destinado a perpetuar condenações injustas. Entre aceitar uma prova vedada, apresentada como único meio de comprovar a inocência de um acusado, e permitir que alguém, sem nenhuma responsabilidade pelo ato imputado, seja privado injustamente de sua liberdade, a primeira opção é, sem dúvida, a mais consentânea com o Estado Democrático de Direito e a proteção da dignidade humana. (CAPEZ, 2018, p. 379.)

Neste contexto, é válido citar que uma parte minoritária da doutrina brasileira defende uma única forma de ser utilizada a prova ilícita no processo penal brasileiro, violando a Carta Magna é possibilidade de valorar a prova em favor da vítima, ou seja, em viés do juízo em *pro societate*.

Sobre o tema, Renato Lima acredita somente ser admissível a prova ilícita *pro societate* em extremas situações, ao conferir legitimidade ao Estado para violar direitos fundamentais, e, assim, tornaria morta a letra constitucional que prevê a inadmissibilidade das provas ilícitas (LIMA, 2017, p. 644).

Neste contexto, nessa análise sobre a prova ilícita utilizada para garantir direitos da vítima, os Tribunais Superiores assim já se posicionaram, como explica Noberto Avena:

E quando se tratar de prova ilícita produzida pela própria vítima na salvaguarda de direitos próprios? Neste caso, há forte posição, adotada, inclusive, no âmbito dos Tribunais Superiores (STF e STJ) no sentido de que poderá a prova ser utilizada desde que se caracterize hipótese de evidente legítima defesa ou estado de necessidade. Não se estaria, enfim, diante de uma prova ilícita, mas sim de prova lícita, visto que tanto a legítima defesa como o estado de necessidade caracterizam-se como excludentes de ilicitude, afastando, portanto, eventual ilicitude da prova obtida com violação a regras de direito material. (AVENA, 2020, p. 521).

Ressalta Renato Lima, o ponto de vista de se ponderar os interesses da sociedade e do indivíduo:

No âmbito processual penal, este juízo de ponderação opera-se entre o interesse individual e o interesse estatal. De um lado, o interesse do indivíduo na manutenção de seu *ius libertatis*, com o pleno gozo dos direitos fundamentais. Do outro, o interesse estatal nas medidas restritivas de direitos fundamentais está consubstanciado pelo interesse na persecução penal, objetivando-se a tutela dos bens jurídicos protegidos pelas normas penais. (LIMA, 2017, p. 88).

Por fim, importante esclarecer que diante de todos os conceitos e citações expostas na presente pesquisa, pode-se concluir pela importância das provas no processo penal, durante a fase de investigação até a fase processual.

Nesta linha, por final, cita-se o entendimento de Noberto Avena que esclarece o modo como compreende a prova ilícita no processo penal Brasileiro.

Ora, o processo penal é acromático e tem como maior objetivo a descoberta da verdade. Para tanto, é preciso que se reconstituam os fatos de forma a se descobrir como, efetivamente, ocorreram. Nessa reconstrução, a regra, indubitavelmente, deve ser a licitude da prova. Independentemente disto, pensamos, mais uma vez contrapondo a orientação majoritária, que a necessidade de se estabelecer a prevalência da segurança da sociedade, também prevista no art. 5.º, caput, da CF, faz com que deva ser admitida, também contra o réu, a prova ilícita quando o interesse público o exigir, evitando-se, destarte, a impunidade de criminosos. A admissão excepcional da prova ilícita *pro societate*, quando ausente outra forma de alcançar a responsabilização penal nos crimes de mal coletivo (frisa-se: apenas neste caso e observadas as peculiaridades da prova), parece justificar-se ainda em questões relacionadas às chamadas prevenção geral e prevenção especial – a primeira, sustentada na circunstância de que a ameaça quanto à possibilidade de uso de provas ilicitamente obtidas já consistiria, por si, em espécie de advertência para que os integrantes do grupo social se abstivessem da prática de crimes; já a segunda, dirigida ao delinquente em particular que tenha sido condenado a partir de um critério menos rigoroso de aceitação das provas, para fazer com que não volte a transgredir as normas jurídico-penais. (AVENA, 2020, p. 521).

Portanto, diante de todo o citado, conclui-se que a prova ilícita no processo penal deve ser analisada conforme o caso e as provas documentais, perícias, testemunhal, entre outras, a forma como foram obtidas, devendo ser analisadas conforme a lei, as jurisprudências e a doutrina.

CONCLUSÃO

A pesquisa tratou do sistema acusatório e das provas ilícitas no processo penal constitucional. Inicialmente, foi feita uma abordagem dos fundamentos constitucionais do processo penal, dos princípios do processo penal constitucional, do sistema penal acusatório e do ônus da prova, além da prova no processo penal, como um relevante assunto. Também foi abordada a forma do sistema probatório constitucional e as provas inadmissíveis, assim como a prova ilícita, e, além disso, a prova ilícita no direito comparado, e, por fim, a (in)admissibilidade da prova ilícita no processo penal constitucional brasileiro.

Após toda a análise sob a visão dos doutrinadores e das jurisprudências, ao final da pesquisa, é possível concluir que a prova ilícita se utiliza no sistema acusatório processual penal brasileiro em casos que beneficiam o réu, conforme a doutrina e jurisprudência majoritária. Ainda, a teoria dos frutos da árvore envenenada, cuja origem é do direito norte-americano, empregada no sistema brasileiro como a ilicitude por derivação.

Os fundamentos constitucionais do processo penal têm as regras previamente estabelecidas em um Estado Democrático de Direito. Daí porque deve ser observado um equilíbrio no julgamento, de forma a preservar direitos e obrigações individuais e coletivas. Assim, necessária a aplicação de princípios no processo penal brasileiro, citando os mais utilizados, a dignidade da pessoa humana, o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa, o princípio da presunção da inocência, o princípio da insignificância, da prevalência do interesse do réu, juiz natural e imparcial, promotor natural, princípio da publicidade entre outros, que norteiam o direito processual penal brasileiro e estão referenciados na presente pesquisa.

Nesse sentido, em relação ao processo penal constitucional, a pesquisa reflete a ideia de que se faz necessária uma análise à luz da Constituição Federal sob o processo penal, como forma de alcançar um resultado ideal e uma construção de um Estado Democrático de Direito. Nesse contexto, a ação penal

também deverá garantir ao denunciado todas os direitos e deveres fundamentais dispostos na CF.

Nessa linha, vale citar que a pesquisa se refere também ao sistema penal acusatório e ao ônus da prova. O sistema acusatório baseia-se na ideia da composição da separação dos órgãos, dividindo-os em acusação, que é o órgão ministerial; defesa, exercida por o advogado ou defensor público e julgamento pelo magistrado, sempre aplicando a e assegurando os princípios que garantem os direitos do acusado. Ademais, em relação ao ônus da prova, resta claro que a acusação ao alegar o fato deverá produzir provas ao juiz, apresentadas em queixa-crime ou denúncia, para demonstrar sua veracidade.

Ademais, a pesquisa também abordou o sistema probatório constitucional e as provas inadmissíveis. Nessa parte, pode-se concluir que as provas no processo penal são essenciais para função do magistrado, mas nem todas as provas podem ser analisadas em meio probatório. Ainda, a pesquisa demonstrou que as provas têm a finalidade de demonstrar a verdade real dos fatos. Vale explicar que, na CF, em seu art. 5º, inciso LVI, consta a regra que provas obtidas por meios ilícitos são inadmissíveis no processo devendo ser desentranhadas, todavia, nenhum direito na CF é absoluto.

Neste contexto, no subcapítulo da prova penal ilícita foi demonstrado que tal meio viola a norma de direito material. Esse entendimento adveio do direito norte-americano, denominada de teoria dos frutos da árvore envenenada, que agora se encontra disposta no CPP, art. 157, §1º, ao determinar a exclusão da prova ilícita por derivação, e a outra é a teoria da limitação da descoberta inevitável, também no CPP, art. 157, §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”. Ambas as teorias não são absolutas.

Nesse passo, houve apresentação da prova ilícita no direito comparado, trazendo-se a análise do direito dos Estados Unidos da América, que criou a teoria dos frutos da árvore envenenada – “*fruits of the poisonous tree*”. Diante disso, em relação ao direito norte-americano, ficou claro que se utilizam do princípio da razoabilidade como critérios de controlar atos do poder público. O fato é que, no direito norte-americano, desde 1920, a partir de uma decisão

proferida no caso *Siverthorne Lumber Co. vs. United States*, não se admite prova ilícita.

Insta esclarecer ainda que, sobre a (in)admissibilidade da prova ilícita no processo penal brasileiro, essa temática gera discussão entre doutrinadores e juristas, tendo em vista que está diretamente relacionada com a busca da verdade. A doutrina majoritária caminha no sentido de que a prova ilícita pode ser utilizada quando for o único elemento de prova capaz de demonstrar ao magistrado que o acusado é inocente, em um viés *pro reo*. A doutrina minoritária compreende que somente deve ser utilizada para alegar a prova em favor da vítima, em um viés processual, *pro societate*. Ainda assim, necessária a utilização do princípio da proporcionalidade, que se aplica quando houver tensão entre princípios constitucionais da mesma grandeza. Por fim, conclui-se que a admissibilidade da prova ilícita, dependerá de cada ação penal, decisão que caberá ao juiz, quando da aceitação e valoração das provas demonstradas em contexto probatório, dos fatos, das leis, jurisprudências e da doutrina.

Assim, respondendo ao problema que norteou a pesquisa acerca da processual penal da prova ilícita no direito brasileiro e também comparando-a com os Estados Unidos da América, ficou claro que o sistema processual penal brasileiro apropriou-se da teoria dos frutos da árvore envenenada para utilizar a prova ilícita por derivação na ação penal, e, além da comparação, foi demonstrado na pesquisa como se regula a prova ilícita no direito processual brasileiro. Esse objetivo foi estabelecido como meio de analisar e de compreender a influência que a prova ilícita faz no processo penal. Em especial, buscou-se analisar as relevantes discussões entre os doutrinadores e os juristas, mostrando aspectos positivos, negativos e a influência para o processo penal e os sujeitos do processo.

Portanto, resta afirmar que diante dos problemas formulados, os objetivos foram atingidos, sendo possível concluir a respeito que a prova ilícita no processo penal deve estar aliada a Constituição Federal e relacionada os princípios do direito processual penal, em caso de colisão de princípios caberá utilizar o princípio da proporcionalidade, tendo em vista que cada ação penal é um caso, respeitando os direitos fundamentais do indivíduo.

REFERÊNCIAS

AVENA, Norberto. **Processo penal**. Norberto Avena – 10. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: MÉTODO, 2018.

AVENA, Norberto. **Processo Penal**. [Digite o Local da Editora]: Grupo GEN, 2020. 9788530991708. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530991708/> Acesso em: 31 mar. 2021.

AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas ilícitas: interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas**/ Luiz Francisco Torquato Avolio. – 6. Ed. ver. Atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

BECCARIA, Cesare Bonesana. **Dos delitos e das penas**. *Cesare Beccaria/ Dei Delitti e delle pene*. Tradução: Lucia Guidicini, Alessandro Berti Contessa. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 20 abr. 2021.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. [Digite o Local da Editora]: Editora Saraiva, 2019. Edição 26º. 9788553609437. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553609437/>. Acesso em: 25 de mar. de 2021.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito processual penal esquematizado®** / Victor Eduardo Rios Gonçalves, Alexandre Cebrian Araújo Reis. – 7. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018. (Coleção esquematizado® / coordenador Pedro Lenza).

_____. **Lei nº. 13.964/ de 24 de dezembro de 2019**. Dispõe sobre o aperfeiçoamento da legislação penal e processual penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm. Acesso em: 20 abr. 2021.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**: volume único / Renato Brasileiro de Lima- 5. ed. rev. ampl. E atual.- Salvador: Ed. JusPodivm, 2017.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**: volume único / Renato Brasileiro de Lima – 8. ed. rev., ampl. e atual. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2020.

LOPES JR., Aury. **Direito processual penal** / Aury Lopes Junior. – 17. ed. – São Paulo: Saraiva, Educação, 2020.

LOPES JR., Aury. **Fundamentos do processo penal: introdução crítica** / Aury Lopes ampla Jr. – 5. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019. Digite o Local da Editora]: Editora Saraiva, 2018. 9788553610211. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553610211/>. Acesso em: 12 nov. 2020.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 10^a edição, São Paulo, ed. rev., atual. e ampl. Revista dos Tribunais, 2011.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal** / Guilherme de Souza Nucci. – 13. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2016.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal**. [Digite o Local da Editora]: Grupo GEN, 2020. 9788530990282. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530990282/>. Acesso em: 27 oct. 2020 e 25 de mar. de 2021.

PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal** / Eugênio Pacelli. – 21. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2017.

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal** / Eugênio Pacelli – 24. ed. – São Paulo: Atlas, 2020.

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. [Digite o Local da Editora]: Grupo GEN, 2020. 9788597023763. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597023763/>. Acesso em: 06 abr. 2021.

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. [Digite o Local da Editora]: Grupo GEN, 2021. 9788597026962. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597026962/>. Acesso em: 30 mar. 2021.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. [Digite o Local da Editora]: Grupo GEN, 2020. 9788597023725. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597023725/>. Acesso em: 30 de mar. de 2021.

REIS, Alexandre Cebrian Araújo; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Esquematizado - Direito processual penal**. [Digite o Local da Editora]: Editora Saraiva, 2020. 9788553619023. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553619023/>. Acesso em: 20 abr. 2021.

TÁVORA, Nestor. **Curso de direito processual penal**/ Nestor Távora, Rosmar Rodrigues Alencar - 12. ed. rev. e atual. - Salvador: Ed. JusPodivm. 2017.

VALENTE, Manuel Monteiro Guedes; PRADO, Geraldo; GIACOMOLLI Nereu José; SILVEIRA, Edson Damas da Silveira. **Prova Penal Estado Democrático de Direito**. Vol. Único. Editor: Letras e Conceitos LTDA. Ano: 2015.