



UNIVERSIDADE DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE
CAMPUS DE NATAL
CURSO DE DIREITO

PAULO VÍTOR DA SILVA VASCONCELOS

**AS PROVAS ILÍCITAS NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO: CONCEITOS E
REQUISITOS PARA ADMISSIBILIDADE À LUZ DA LEGISLAÇÃO, DOCTRINA E
JURISPRUDÊNCIA**

NATAL-RN

2023

PAULO VÍTOR DA SILVA VASCONCELOS

**AS PROVAS ILÍCITAS NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO: CONCEITOS E
REQUISITOS PARA ADMISSIBILIDADE À LUZ DA LEGISLAÇÃO, DOCTRINA E
JURISPRUDÊNCIA**

Artigo Científico apresentado à banca avaliadora dos Trabalhos de Conclusão de Curso, como requisito para obtenção de título de Bacharel em Direito. Linha de pesquisa: processo penal, jurisprudência e entendimento sumulado dos tribunais superiores.

Orientador: Prof.º Dr. º Luiz Ricardo Ramalho de Almeida

NATAL-RN

2023

© Todos os direitos estão reservados a Universidade do Estado do Rio Grande do Norte. O conteúdo desta obra é de inteira responsabilidade do(a) autor(a), sendo o mesmo, passível de sanções administrativas ou penais, caso sejam infringidas as leis que regulamentam a Propriedade Intelectual, respectivamente, Patentes: Lei nº 9.279/1996 e Direitos Autorais: Lei nº 9.610/1998. A mesma poderá servir de base literária para novas pesquisas, desde que a obra e seu(a) respectivo(a) autor(a) sejam devidamente citados e mencionados os seus créditos bibliográficos.

Catálogo da Publicação na Fonte.
Universidade do Estado do Rio
Grande do Norte.

V331p Vasconcelos, Paulo Vítor da Silva

AS PROVAS ILÍCITAS NO PROCESSO PENAL
BRASILEIRO: CONCEITOS E REQUISITOS PARA
ADMISSIBILIDADE À LUZ DA LEGISLAÇÃO, DOCTRINA
E JURISPRUDÊNCIA. / Paulo Vítor da Silva Vasconcelos.

- Natal/RN, 2023.
30p.

Orientador(a): Prof. Dr. Luíz Ricardo Ramalho de
Almeida.

Monografia (Graduação em Direito). Universidade do
Estado do Rio Grande do Norte.

1. Admissibilidade. 2. Processo Penal. 3. Prova Ilícita.
4. Prova Ilegítima. I. Almeida, Luíz Ricardo Ramalho de. II.
Universidade do Estado do Rio Grande do Norte. III. Título.

O serviço de Geração Automática de Ficha Catalográfica para Trabalhos de Conclusão de Curso (TCC's) foi desenvolvido pela Diretoria de Informatização (DINF), sob orientação dos bibliotecários do SIB-UERN, para ser adaptado às necessidades da comunidade acadêmica UERN.

ATA DE DEFESA DE MONOGRAFIA

Aos vinte e dois dias do mês de março do ano de 2022, das 16h às 16h45, através de videoconferência, o(a) Sr. **Paulo Vítor da Silva Vasconcelos**, aluno matriculado no Campus de Natal, no 10º período do curso de Direito desta instituição – Semestre Letivo 2022.2, defendeu publicamente e perante banca examinadora previamente constituída o Trabalho de Conclusão do Curso – TCC (monografia), intitulado "**AS PROVAS ILÍCITAS NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO: CONCEITOS E REQUISITOS PARA ADMISSIBILIDADE À LUZ DA LEGISLAÇÃO, DOCTRINA E JURISPRUDÊNCIA**". A Banca Examinadora foi constituída dos membros abaixo indicados, os quais atribuíram as respectivas notas, tendo o(a) aluna(a) obtido a **média final 9,0** (nove) Em seguida, os examinadores assinaram a presente ata de defesa oral e divulgaram o resultado, do qual ficou o(a) aluno(a) ciente desde já, em cumprimento das diretrizes do PPC-Projeto Pedagógico do Curso de Direito (Matriz Curricular 2006).

BANCA EXAMINADORA	NOTA DO CONTEÚDO	NOTA DA APRESENTAÇÃO	MÉDIA PARCIAL
 Prof. Dr. Luiz Ricardo Ramalho de Almeida Professor(a) Orientador(a)	90	90	90
 Profª. Ma. Mariana Vannucci Vasconcellos Membro 1	90	90	90
 Prof. Me. José Hindemburgo De Castro Nogueira Filho Membro 2	90	90	90
MÉDIA FINAL	90		

Observações extras: a banca examinadora composta pela Professora **Ma. Mariana Vannucci Vasconcellos** e o **Me. José Hindemburgo de Castro Nogueira Filho**, reuniu-se após a apresentação do a aluno **Paulo Vítor da Silva Vasconcelos**, e fizeram os seguintes apontamentos acerca do Trabalho de Conclusão de Curso, intitulado **AS PROVAS ILÍCITAS NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO: CONCEITOS E REQUISITOS PARA ADMISSIBILIDADE À LUZ DA LEGISLAÇÃO, DOCTRINA E JURISPRUDÊNCIA**

Professora Mariana

A professora parabenizou a apresentação. Agradece a presença de colegas da turma. A defesa é um evento público. Parabéns!. Além disso, destacou a professora sobre o trabalho uma questão, acerca do aspecto metodológico. As questões destacadas na pesquisa: a primeira foi respondida. já a segunda faltou mais argumentos e deverá ser ampliada. No tocante, ao tópico 4, rever a escritas e nomeação dos tópicos, em especial o tópico, tendo em vista que imprime complementariedade. e o tópico 5, parece ser igual ao tópico, podendo ser unido para organização do texto final. No tópico 4, deve ser ampliado com elementos presentes nas considerações finais. Assim, enriquecerá o tópico em comento. Para encerrar, senti falta uma bibliografia, de artigos científicos pertinentes da área, além dos que já foram citados no texto. Por fim, deve corrigir. Parabéns pela apresentação. O bom é saber que você conseguiu realizar um trabalho de pesquisa.

Professor Hindemburgo

Gostei demais do trabalho! É um tema relevante e presentes nos tribunais. O trabalho está bem estruturado. Faça minhas as palavras da professora Mariana. "Admissibilidade", no título do trabalho deve ser corrigido urgente!

*Dito isto, a banca considerou que o trabalho deve ser revisto nos pontos acima e **APROVA**, com nota final **9,0 (nove)**, observando as orientações acima para a finalização do trabalho.*

AS PROVAS ILÍCITAS NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO: CONCEITOS, E REQUISITOS PARA ADMISSIBILIDADE À LUZ DA LEGISLAÇÃO, DOCTRINA E JURISPRUDÊNCIA

Paulo Vítor da Silva Vasconcelos¹

RESUMO

No arcabouço jurídico penal brasileiro, a busca da prova da verdade real e plena pode ser transmutada, ora revestida de subjetividade. Porém, a utilização de provas ilícitas é proibida pela Constituição Federal/88 e pelo art. 157, caput do Código de Processo Penal, mesmo que por vezes a utilização do princípio da proporcionalidade flexibilize a admissão de tais elementos probatórios. Partindo desse pressuposto, o presente trabalho delinea-se em quais hipóteses se admitirá a utilização da prova ilícita do processo penal brasileiro. Este escrito baseia-se numa pesquisa qualitativa numa abordagem bibliográfica e documental da doutrina, legislação e jurisprudência sobre o elemento de prova no processo penal, especial no que tange à admissibilidade da prova ilícita no processo penal. Utiliza-se do artifício comparativo para debater os conceitos de provas lícitas e ilícitas, teorias favoráveis e desfavoráveis à admissibilidade das provas ilícitas e derivadas, da repercussão da jurisprudência atual nos órgãos policiais, entre outros. Diante disso, conclui-se que apesar das controvérsias sobre o tema, existe uma corrente jurisprudencial significativa que começa a aceitar o princípio da proporcionalidade (CF/88), sobrepondo-se ao disposto pelo Código Penal em casos excepcionais e graves. Isso ocorre porque nenhuma norma é absoluta, mesmo que as provas ilícitas tenham rara e excepcional aceitação, há situações em que a aplicação do princípio da proporcionalidade pode ser justificada em prol da justiça.

PALAVRAS-CHAVE: Admissibilidade. Processo Penal. Prova Ilícita. Prova Ilegítima

ABSTRACT

In the Brazilian criminal legal framework, the search for proof of the real and full truth can be transmuted, now coated with subjectivity. However, the use of illegal evidence is prohibited by the Federal Constitution/88 and by art. 157, caput of the Code of Criminal Procedure, even if sometimes the use of the principle of proportionality makes the admission of such evidence more flexible. Based on this assumption, the present work outlines in which hypotheses the use of illegal evidence in the Brazilian criminal procedure will be admitted. This writing is based on a qualitative research in a bibliographical and documental approach of the doctrine, legislation and jurisprudence on the element of evidence in criminal proceedings, especially with regard to the admissibility of illicit evidence in criminal proceedings. A comparative artifice is used to discuss the concepts of licit and illicit evidence, theories favorable and unfavorable to the admissibility of illicit and derivative evidence, the repercussion of current jurisprudence in police agencies, among others. In view of this, it is concluded that despite the controversies on the subject, there is a significant jurisprudential current that begins to accept the principle of proportionality (CF/88), overlapping with the provisions of the Penal Code in exceptional and serious cases. This is because no norm is absolute, even if illegal evidence has rare and exceptional acceptance, there are situations in which the application of the principle of proportionality can be justified in favor of justice.

¹ Discente do curso de Direito da Universidade do Estado do Rio Grande do Norte, do Campus de Natal – UERN/CAN. E-mail: paulovasconcelos@alu.uern.br

Keywords: Admissibility. Criminal proceedings. Illicit Evidence. Illegitimate Evidence

SUMÁRIO: 1 – INTRODUÇÃO; 2 – DAS PROVAS NO PROCESSO PENAL: CONCEITO, EVOLUÇÃO E PRINCÍPIOS; 2.1 – TIPOS DE PROVAS: LÍCITAS E ILÍCITAS; 2.2 - PROVA ILÍCITA *vs* PROVA ILEGÍTIMA; 2.3 - PROVA ILÍCITA POR DERIVAÇÃO E A TEORIA DA ÁRVORE DOS FRUTOS ENVENENADOS; 3 – PROVA ILÍCITA NO PROCESSO PENAL; 4 – APLICABILIDADE DA PROVA ILÍCITA NO PROCESSO PENAL; 4.1 - O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E A PROVA ILÍCITA “PRO REO”; 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS; 6. REFERÊNCIAS

1 INTRODUÇÃO

No processo penal brasileiro, para que um indivíduo possa ser condenado é essencial que estejam presentes dois elementos fundamentais: materialidade e autoria. Sendo a materialidade dos fatos, compreendido no devido processo penal, com provas. Neste sentido, as provas são fundamentais para construção de teses de acusação e defesa durante o devido processo legal. Observa-se que o instituto provas, ganha destaque no Código de Processo Penal, no Título VII – Da Prova, em que se discute conceitos, tipos e espécies de prova: lícita e ilícita, requisitos e admissibilidade das provas, em que pese a admissibilidade das provas ilícita no devido processo legal.

Sabe-se que a prova *em si*, é o modo de se elucidar um caso concreto, trazer à luz a verdade real, a verdade dos fatos. No Processo Penal Brasileiro, para que um indivíduo venha a ser condenado é essencial que se tenha prova da autoria e materialidade, que liguem um autor ao ato pelo qual se está sendo acusado, para que seja atendido o Princípio da Verdade Real.

Via de regra, todos os fatos terão de ser provados, mesmo que incontroversos ou não impugnados por quem de direito. Ademais, existem fatos que dispensam a força probatória, isto é, não precisam ser provados. E outros casos, em que as provas são obtidas através de meios ilícitos, não podendo ser admitidos perante a Justiça, pois violaria diversos direitos e garantias estabelecidos na Carta Magna, como o princípio da dignidade da pessoa humana, onde também é possível encontrar a proibição expressa de admissão de tais provas.

Neste sentido, realizou-se um estudo sobre: a admissibilidade das provas ilícitas no Processo Penal, objetivando compreender os requisitos para admissibilidade e os efeitos da prova ilícita no Processo Penal. Para isto, buscou-se responder as seguintes questões: Quais os

requisitos para a admissibilidade da prova ilícita no Processo Penal? Quais os efeitos práticos da prova ilícita nas decisões dos magistrados ao proferir suas decisões?

As discussões apresentadas neste artigo científico, firmam-se a partir da legislação e jurisprudência sobre o tema objetivando compreender a admissibilidade da prova ilícita no processo penal, em que pese nas decisões dos magistrados no devido processo legal. Para isto, realizou-se um estudo teórico-metodológico sobre o tema, entendido como uma pesquisa qualitativa, em que se destacou – a pesquisa bibliográfica, em que pese as discussões de material já elaborados, livros e artigos; e a legislação brasileira, a saber o Código de Processo Penal; a pesquisa documental – em que se destacou a jurisprudência, observando os efeitos das decisões dos magistrados com base na admissibilidade da prova ilícita no processo penal.

Os resultados desse estudo, estão organizados neste trabalho de conclusão de curso, em seções e subseções que possibilitem a compressão do leitor sobre o tema discutido, conforme sumário apresentado acima, destacando as considerações finais.

2 DAS PROVAS NO PROCESSO PENAL: CONCEITO, EVOLUÇÃO E PRINCÍPIOS

O processo penal é um ramo do direito que tem como principal objetivo garantir a efetivação do direito penal, assegurando a aplicação das leis de forma justa e equilibrada. Nesse contexto, a prova é um dos elementos fundamentais para a consecução desse objetivo, uma vez que é por meio dela que se busca demonstrar a veracidade dos fatos narrados na acusação ou na defesa. O desenvolvimento jurídico da prova em processos criminais permitiu que juízes buscassem com mais vigor a verdade dos fatos dentro de seus recursos, chegando ao ponto em que quase os juízes foram absolutos sem limitação adotada.

Segundo Ada Pellegrini Grinover, a prova pode ser definida como "o meio idôneo para demonstrar a verdade dos fatos controvertidos"². Em outras palavras, a prova é um instrumento utilizado pelas partes e pelo juiz para demonstrar a existência ou não de determinados fatos, que podem ser relevantes para a decisão final do processo.

Para que uma prova seja considerada válida, é necessário que ela seja produzida de acordo com as normas e procedimentos estabelecidos pela legislação processual. Conforme

² GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antônio Scarance; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *As nulidades no Processo Penal*. 8. ed. rev. e atual. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

ensina Julio Fabbrini Mirabete, "a produção da prova deve seguir as regras legais, de forma a garantir a sua eficácia e a sua licitude" ³. Isso significa que as partes devem observar as regras de produção e admissibilidade das provas, bem como respeitar os direitos fundamentais das pessoas envolvidas no processo.

No contexto do direito brasileiro, a prova no processo penal tem sido objeto de constante evolução e aprimoramento, tanto no que se refere às normas e procedimentos de produção e valoração das provas quanto à interpretação e aplicação dessas normas pelos tribunais.

Uma das principais evoluções nesse sentido foi a incorporação do sistema de livre convencimento motivado pelo Código de Processo Penal de 2008. Esse sistema, que substituiu o sistema tarifado de provas adotado anteriormente, estabelece que o juiz deve valorar livremente as provas produzidas pelas partes, fundamentando sua decisão de forma clara e objetiva.

Outra evolução importante diz respeito à valorização das provas obtidas por meios tecnológicos, como as gravações de áudio e vídeo. Com o avanço das tecnologias de gravação, essas provas têm se tornado cada vez mais frequentes nos processos criminais, e sua admissibilidade e valoração têm sido objeto de discussão e análise pelos tribunais. Além disso, o direito brasileiro tem buscado cada vez mais assegurar o respeito aos direitos fundamentais das pessoas envolvidas no processo, incluindo o direito à ampla defesa, ao contraditório e à presunção de inocência. Nesse sentido, a produção e valoração das provas devem respeitar esses direitos, evitando a obtenção de provas ilícitas ou a violação de garantias fundamentais.

A evolução da prova no processo penal também tem sido influenciada por mudanças sociais e culturais, bem como por avanços científicos e tecnológicos. Por exemplo, a criminalidade organizada e a corrupção têm exigido cada vez mais o uso de técnicas de investigação sofisticadas e a produção de provas complexas, como as obtidas por meio de colaboração premiada, que envolvem negociação e concessão de benefícios a criminosos arrependidos. Nesse contexto, o uso de tecnologias avançadas, como análise de DNA, reconhecimento facial e monitoramento eletrônico, tem se mostrado útil para a produção de provas mais precisas e confiáveis.

Assim, torna-se aspecto importante da evolução da prova no processo penal, o papel que as provas técnicas têm assumido na investigação e na instrução processual. Com o avanço da tecnologia e das ciências forenses, hoje é possível produzir provas mais precisas, objetivas

³ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo Penal*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 461.

e confiáveis, que podem ser decisivas para a solução de crimes e para a garantia da justiça. Nesse sentido, destaca-se a importância da prova pericial, que consiste na produção de provas técnicas por especialistas em determinada área de conhecimento. A prova pericial pode ser fundamental para a elucidação de crimes que envolvam questões técnicas ou científicas complexas, como o uso de explosivos, a falsificação de documentos, a identificação de drogas, entre outros.

Em resumo, a evolução da prova no processo penal tem sido marcada por avanços significativos, como a valorização das provas técnicas e eletrônicas e o respeito aos direitos fundamentais das partes envolvidas. No entanto, também existem desafios e riscos, como o uso abusivo de provas obtidas por meios ilícitos ou a influência de pressões políticas e ideológicas. Por essa razão, é fundamental que a evolução da prova no processo penal seja pautada pelos princípios da legalidade, da imparcialidade, da proporcionalidade e do respeito aos direitos fundamentais das pessoas envolvidas no processo.

Deste ponto de vista, surgiram correntes doutrinárias com a decisão de impor limitações a esses meios de busca da verdade em um processo, tornando ilegais as provas contrárias às leis, princípios e outras orientações morais, não podendo ser a base para as razões apresentadas na decisão do juiz.

No Processo Penal brasileiro, para que um indivíduo venha a ser condenado é essencial que existam provas que liguem um autor ao ato pelo qual se está sendo acusado, para que seja atendido o Princípio da Verdade Real. Via de regra, todos os fatos terão de ser provados, mesmo que incontroversos ou não impugnados por quem de direito. Ademais, existem fatos que dispensam a força probatória, isto é, não precisam ser provados.

A prova em si, é o modo de se elucidar um caso concreto, trazer à luz a verdade real, a verdade dos fatos. Acontece que, em determinados casos, tal prova é obtida através de meios ilícitos, não podendo ser admitidos perante a Justiça, pois violaria diversos direitos e garantias estabelecidos na Carta Magna/88, como o princípio da dignidade da pessoa humana, onde também é possível encontrar a proibição expressa de admissão de tais provas.

Existe no processo penal vigente o princípio da Presunção de Inocência, onde deriva do referido a regra probatória que incube ao autor da ação, ou seja, ao acusador, o dever de provar o fato criminoso, primeiro que ele ocorreu, demonstrando o nexo de causalidade, autoria, materialidade e resultado, além de todas as circunstâncias envolvidas.

A prova pode ser entendida como tudo o que contribui para a decisão do juiz, ou seja, tudo o que se apresenta ao juiz a fim de convencê-lo dos fatos ou atos praticados no julgamento.

O elemento probatório é inerente ao exercício do direito de defesa e do contencioso.

o termo prova origina-se do latim – *probatio* –, que significa ensaio, verificação, inspeção, exame, argumento, razão, aprovação ou confirmação. Dele deriva o verbo provar – *probare* –, significando ensaiar, verificar, examinar, reconhecer por experiência, aprovar, estar satisfeito com algo, persuadir alguém a alguma coisa ou demonstrar⁴

Ainda segundo o professor Guilherme de Souza Nucci, o conceito de prova possui três significados, a saber: o ato de provar - o processo de verificação da veracidade de um fato alegado, por exemplo temos a prova judiciária onde as partes se utilizam das provas existentes para descobrir qual é a "verdade" da afirmação; meios de prova, ou seja, uma ferramenta para provar a veracidade de algo, como o testemunho; o resultado da prova, relativo aos produtos derivados da análise dos meios de teste propostos.

Conforme se retira dos conceitos apresentados, as provas são os meios empregados para demonstrar a verdade sobre determinado fato. Mas o que é a dita verdade? De uma forma simplista, verdade é a propriedade de estar em conformidade com os fatos ou a realidade. Segundo o doutrinador italiano Malatesta ⁵: “a verdade, em geral, é a conformidade da noção ideológica com a realidade; a crença na percepção desta conformidade é a certeza.”

Com base na lição de Grinover ⁶, a sua vez, obtempera que: “o sistema processual penal pátrio é imaturo em assegurar, efetivamente os direitos e garantias individuais para acolher a teoria da proporcionalidade, devendo prevalecer à vedação total da aceitação das provas obtidas ilicitamente.” O autor, por outro lado, considera que a não aceitação da prova ilícita não se reveste de caráter absoluto, admitindo uma única exceção, no caso do erro judiciário, em que o réu, condenado injustamente, poderia valer-se da prova ilícita, para conseguir sua absolvição; agindo, dessa forma, em legítima defesa.

Dessa forma, durante o curso probatório, o magistrado, por vezes alcançará tão somente a verdade processual e não a verdade objetiva, como se espera. Ademais, adverte Nucci que, para a formação do livre convencimento do julgador, é dispensável que a verdade absoluta emerja nos autos:

a meta da parte, no processo, portanto, não é gerar a verdade objetiva, visto ser atividade complexa e nem sempre possível. O objetivo da parte é construir,

⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. Código Penal Comentado. 7 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p.338

⁵ MALATESTA, Nicola Flamarino Dei. A lógica das provas em matéria criminal. 6. ed. Campinas: Bookseller, 2005, p. 25.

⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini. A eficácia dos atos processuais à luz da Constituição Federal. Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, v. 37, p. 46-47, 1992.

no espírito do magistrado, a certeza de que a verdade corresponde aos fatos alegados em sua peça, seja ela de acusação, seja de defesa.

No plano jurídico, a geração da certeza no espírito do julgador, por meio da apresentação das provas, significa a persuasão racional, logo, a convicção. O juiz se convence da verdade (adquire o estado de certeza) em virtude da demonstração lógico-racional dos vários elementos expostos ao longo da instrução, denominados provas.⁷

Em sentido das provas produzidas na fase investigatória que não puderem ser produzidas sob o contraditório e da ampla defesa, o legislador se preocupou em delimitar a atuação do Magistrado, não lhe permitindo que embase sua decisão somente com base nas peças do inquérito, devendo assim o fazer juntamente com as outras provas produzidas em curso judicial. Porém, apesar da mudança legislativa nesse sentido, Nucci sustenta que o objetivo do legislador malogrou:

a meta, em nosso entendimento, não foi atingida a contento. Inserindo a relativização da regra, por meio do termo “exclusivamente”, tudo vai permanecer como sempre foi. O magistrado não pode levar em conta os elementos informativos colhidos na investigação, exclusivamente. Porém, se o fizer juntamente com as provas colhidas em juízo está autorizado a usar os elementos coletados no inquérito policial. Ora, tal procedimento já era comum. Depoimentos, confissões e outras provas colhidas na fase investigatória deveriam ser confirmadas por provas coletadas em juízo. Ou, pelo menos, confrontadas com as produzidas em juízo. Por isso, nada se altera, na essência, com a modificação introduzida pela reforma da Lei 11.690/2008.⁸

No que tange aos informes colhidos na fase inquisitória, o Tribunal de Justiça de Pernambuco, em acórdão do Desembargador Mauro Alencar de Barros, pela 2ª Câmara Criminal, foi decidido que:

relativamente à prova produzida durante o inquérito policial, o que não se admite é a sua utilização exclusiva como fundamento para a condenação. Não se trata, portanto, de desprezar em absoluto a “prova” inquisitorial, mas de analisá-la, sempre, em confronto com a “prova” produzida em juízo. Se esta confirmar aquela, obviamente os elementos do inquérito não só podem como devem servir de embasamento para a sentença “penal” condenatória.⁹

Neste diapasão, existem princípios e garantias processuais penais que são aplicados à prova, e que devem reger o decorrer de todo o processo penal. Vejamos:

Sobre os princípios da legalidade, do contraditório e ampla defesa, ressalta Nucci:

⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. Código Penal Comentado. 7 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais 2011, p. 16

⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. Código Penal Comentado. 7 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 397

⁹ (Ap. 0000822-59.2003.8.17.0640/PE, j. 17-08-2010, v.u.)

trata-se do fixador do conteúdo das normas penais incriminadoras, ou seja, os tipos penais, mormente os incriminadores, somente podem ser criados através de lei em sentido estrito, emanada do Poder Legislativo, respeitado o procedimento previsto na Constituição. Encontra-se previsto, expressamente, no art. 5º, XXXIX, da CF, bem como no art. 1º do Código Penal [...].¹⁰

Ainda sobre a legalidade, Mirabete e Fabbrini comentam:

[...] inscrito no art. 1º do Código Penal: “Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal.” Representa ele talvez a mais importante conquista de índole política, constituindo norma básica do Direito Penal moderno. Na nova Constituição Federal, em redação superior às anteriores, dispõe-se que “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena, sem prévia cominação legal (art. 5º, XXXIX).”¹¹

O princípio penal da legalidade tem um papel importantíssimo, e está disposto nos diplomas legais que tratam de Direitos e Garantias individuais, e funciona essencialmente para orientar o legislador para a escolha de um sistema penal voltado para o respeito aos direitos humanos, justificado por um Direito Penal da culpabilidade, e uma justiça minimamente garantista.

Este princípio objetiva frear e delimitar o poder do Estado, que somente respeitando o processo legislativo para a criação de normas com elaboração minuciosa e com crivo constitucional, se poderá criar obrigações para os indivíduos.

Existem desencontros acerca da aplicabilidade prática e delimitação deste princípio, pois seu conceito abrange a grande maioria dos ramos do direito, porém na seara penal, é endossado pelos pactos e acordos internacionais de direitos humanos, atingindo o ápice de sua relevância quanto aos seus efeitos práticos.

O princípio da legalidade em sua essência, na seara penal, aborda uma noção protecionista, pois impede a punição do indivíduo por uma conduta que não esteja presente no diploma legal.

Neste sentido, existem princípios que também atuam como garantidores de direitos imprescindíveis, como o Contraditório, disposto no texto constitucional:

art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a

¹⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. Código Penal Comentado. 7 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 84.

¹¹ MIRABETE, Julio Fabbrini. Processo Penal, 10ª ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 39.

inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

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;¹²

Consultando os conceitos primários de contraditório, tem-se este como a bilateralidade dos autos e termos processuais e a possibilidade de contrariá-los. Para o processo penal o contraditório exerce um papel mais abrangente, vejamos:

[...] se exige defesa técnica substancial do réu, ainda que revel (art. 261CPP) para que se tenha obedecido a previsão da regra constitucional. O art. 497 CPP apesar de aplicável aos processos de júri, mas a doutrina tem entendido aplicar-se a todos os procedimentos penais, indistintamente. Se houver defesa desidiosa, incorreta, insuficiente por parte do advogado do réu, no processo penal, o feito deve ser anulado e nomeado outro defensor, tudo em nome do princípio do contraditório conjugado com o da ampla defesa.¹³

Ambos os institutos do processo penal geralmente caminham de maneira próxima, não à toa que o art. 5º, LV, da Constituição Federal delimita que “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”, e coloca os dois princípios aproximados. Essa proximidade pode até mesmo ser confundida com similaridade, principalmente no processo civil, entretanto os desdobramentos de cada princípio têm consequências particulares.

Já quando se trata do direito ao silêncio e o princípio da presunção da inocência, o sistema jurídico brasileiro trata claramente do princípio do *nemo tenetur se detegere* em três diplomas legislativos: no art. 5º, LXIII da CRFB/881, no art. 186 do CPP2 e no art. 8º, item 2, alínea “g” do Dec. nº 678/923 (CADH). Esses dispositivos reservam expressamente o direito ao silêncio do réu, que deve ser respeitado tanto na fase investigativa do suposto delito quanto no momento do interrogatório do suspeito.

O art. 5º, LXIII da CRFB/884 atribui ao silêncio e à vedação à autoincriminação o status de garantia fundamental e direito, objetivando, de última forma, assegurar a esfera de liberdade

¹² BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

¹³ LEITE, Gisele Pereira Jorge. Sobre o princípio do contraditório. Acesso em: 14 fev. 2023.

do cidadão. Nesse sentido, conforme leciona Maria Elizabeth Queijo¹⁴, o princípio supra analisado “objetiva proteger o indivíduo contra excessos cometidos pelo Estado, na persecução penal” e “repercute na própria legitimação da jurisdição”. Nesse sentido, o direito ao silêncio e a vedação à autoincriminação constituem não apenas uma garantia do réu, mas freios ao poder punitivo do Estado.

Dessa maneira, entende-se que o ordenamento jurídico brasileiro não pode ser considerado hipergarantista ao dar poder quase absoluto ao princípio *do nemo tenetur se detegere*, pois este se define como um princípio-garantia que compõe diversas outras garantias constitucionais essenciais. Essas, corroboram por proteger os direitos humanos, fundamento da República. Sendo assim, não se pode dizer que essa proteção do réu é demasiada e maléfica à sociedade, que necessita de garantias mínimas em face do Estado-Juiz na persecução penal.

2.1 TIPOS DE PROVAS: LÍCITAS E ILÍCITAS

O processo penal é uma área do Direito que tem como objetivo garantir a justiça e a proteção dos direitos individuais em casos de crimes. Nesse contexto, as provas são fundamentais para a formação da convicção do julgador, possibilitando a condenação ou absolvição do réu. No entanto, é importante destacar que nem todas as provas são consideradas lícitas no processo penal.

As provas lícitas são aquelas que foram obtidas de acordo com a legislação, respeitando os direitos fundamentais do acusado. Dessa forma, essas provas são aceitas pelo juiz e podem ser utilizadas para fundamentar a sentença. As provas lícitas podem ser obtidas de diversas formas, como por meio de testemunhas, perícias, documentos, interceptações telefônicas, entre outras.

Já as provas ilícitas são aquelas obtidas de forma ilegal, desrespeitando as garantias constitucionais do acusado. Essas provas são consideradas ilegais e não podem ser utilizadas no processo penal. Além disso, a utilização de provas ilícitas pode configurar uma violação aos direitos fundamentais, podendo levar à anulação do processo.

Existem diversas formas de obtenção de provas ilícitas, como por meio de tortura, coação, invasão de privacidade, gravações clandestinas, entre outras. É importante ressaltar que

¹⁴ QUEIJO, Maria Elizabeth. O direito de não produzir provas contra si mesmo. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 55.

mesmo que a prova tenha sido obtida de forma ilegal, ela não necessariamente será considerada ilícita. Isso porque, em algumas situações, a jurisprudência admite a utilização de provas ilegais em casos excepcionais, como forma de garantir a efetividade da justiça.

2.2 PROVA ILÍCITA X PROVA ILEGÍTIMA

Tanto o texto constitucional quanto o Código de processo penal trazem vedação às provas ilícitas por meios ilícitos. Vejamos:

art. 5º, LVI, CF – são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos.

art.157, caput, CPP - são inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais.¹⁵

Conforme a doutrina dominante, as provas ilícitas tratadas pelo art. 5, inciso LVI, define-se gêneros, denominados como, “provas proibidas, ilegais ou vedadas”. Estas, organizam-se em duas espécies, sendo; provas ilícitas e provas ilegítimas.

O primeiro ramo, a saber, a prova ilícita, são as obtidas por meio de violação a regras de direito material, assim dizendo, mediante a prática de um ato criminoso. A título de exemplificação, cita-se a confissão obtida mediante a prática do crime de tortura, por certo, será ilícita porque foi produzida mediante a prática de um crime. Necessário ressaltar que, mesmo que uma prova não venha se caracterizar uma infração penal, mas, que viole outro princípio presente na carta constitucional, esta, também será denominada ilícita.

No estudo das provas ilícitas, é de extrema importância adentrarmos na seara dos direitos fundamentais do homem, já que os dois temas estão umbilicalmente ligados. Isso pois o legislador constituinte, ao instituir a Lei Fundamental de 1988, adicionou no bojo dos direitos e garantias individuais, a vedação das provas ilícitas no curso processual. (Art. 5, LVI CF). Dessa forma, é importante entender que a inadmissibilidade das provas ilícitas tem relação direta e íntima com a preservação dos direitos fundamentais.

Nessa vereda, Gomes vislumbra que:

¹⁵ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

o tema das provas ilícitas tem total afinidade com o dos direitos fundamentais da pessoa. Todas as regras que disciplinam a obtenção das provas são, evidentemente, voltadas para os órgãos persecutórios do Estado, que não podem conquistar nenhuma prova violando as limitações constitucionais e legais existentes. Descobrir a verdade dos fatos ocorridos é função do Estado, mas isso não pode ser feito a qualquer custo. (2008, p. 1/1) ¹⁶

Além disso, é importante destacar que a admissibilidade de uma prova ilegítima pode depender do contexto em que ela foi produzida. Conforme ensina Guilherme de Souza Nucci, "se a prova ilícita foi obtida por meio de violência ou grave ameaça, é absolutamente nula, sem possibilidade de ser aproveitada em nenhum momento do processo, sob pena de se admitir a tortura como método de investigação" ¹⁷. Já no caso de uma prova ilegítima obtida por violação a regras processuais, pode ser admitida em algumas situações, como nos casos em que a nulidade não afeta a essência da prova ou quando há uma causa excludente de ilicitude que justifica a produção da prova.

Rogério Greco, por sua vez, destaca que "a prova obtida por meio ilícito não pode ser utilizada no processo, pois, ao assim agir, estar-se-ia legitimando a prática de uma conduta criminosa" ¹⁸. Isso significa que, ao permitir a utilização de uma prova ilícita, o Estado estaria compactuando com a violação de direitos fundamentais e com a utilização de meios ilegais para a obtenção de provas, o que é incompatível com o Estado de Direito.

O segundo ramo, sendo este, das provas ilegítimas, são aquelas obtidas mediante violação de normas processuais. Dessa forma, a sua produção não consiste na prática de um delito nem afronta direta a princípio constitucional, mas sim, por meio de afronta a normas de caráter processual. A título de exemplificação desta, suponha-se que em um caso prático, uma das partes, seja o Parquet ou defesa, exhiba um documento no plenário do júri, que não esteja juntado aos autos processuais, e não tenha sido cientificado a parte contrária com três dias de antecedência, esta prova será ilegítima, pois confronta diretamente uma norma de direito processual, a saber, o art. 479, caput, do CPP.

Uma das principais diferenças entre as provas ilícitas e ilegítimas é a forma como elas são tratadas pelo ordenamento jurídico. As provas ilícitas são consideradas absolutamente

¹⁶ GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. O Princípio da Proporcionalidade no Direito Penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

¹⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de processo penal e execução penal. 15. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 422.

¹⁸ GRECO, Rogério. Curso de direito penal: parte geral. 18. ed. Niterói: Impetus, 2016, p. 555.

nulas, ou seja, não podem ser utilizadas em qualquer hipótese, sob pena de violação do devido processo legal e do direito fundamental à prova. Já as provas ilegítimas são consideradas relativas ou relativas à inadmissibilidade, o que significa que podem ser admitidas em determinadas circunstâncias, desde que observados os requisitos legais.

Deve-se ressaltar que, apesar de a inadmissibilidade, em curso processual, dos meios ilícitos de produção de prova figurar no sistema jurídico brasileiro como um direito fundamental - revestido de imutabilidade e irrevogabilidade e todos os pressupostos constitucionais, formando-se, portanto, como uma cláusula pétrea - o Estado Brasileiro, excentricamente, é um dos poucos que elevaram a tal garantia ao patamar de direito fundamental. Nesta toada, denota-se que o princípio da vedação das provas ilícitas é dirigido, exclusivamente, aos órgãos estatais, que não podem ao seu desejo produzir ou colher provas que atentem contra a dignidade ou a moral dos cidadãos, sob pena de ferir os direitos fundamentais insculpidos na Carta Constitucional. Na medida em que se busca delimitar a atuação do Estado na persecução penal; visa-se, também, proteger o acusado contra eventual abuso perpetrado em seu desfavor. Dessa maneira, pode-se dizer que temos um direito fundamental a inadmissibilidade processual da prova ilícita.

Para melhor compreensão entre a diferença de provas ilícitas e ilegítimas, vale citar o entendimento do Ministro da suprema corte, Alexandre de Moraes:

as provas ilícitas não se confundem com as provas ilegais e as ilegítimas. Enquanto, conforme já analisado, as provas ilícitas são aquelas obtidas com infringência ao direito material, as provas ilegítimas são as obtidas com desrespeito ao direito processual. Por sua vez, as provas ilegais seriam o gênero do qual as espécies são as provas ilícitas e as ilegítimas, pois configuram-se pela obtenção com violação de natureza material ou processual ao ordenamento jurídico¹⁹

Tratando ainda sobre a prova ilegítima, o sistema jurídico prevê a prova ilegítima por derivação, estas, são as que, embora as provas sejam lícitas em si, são derivadas de uma prova ilícita, ou seja, foram produzidas devidamente, mas derivando de uma prova já ilícita na sua origem, em razão disso, contamina subitamente todas as provas posteriores. A título exemplificativo, imagine-se que em um, onde o réu é torturado, e depois de ser torturado revela onde se encontra o objeto que é prova fundamental para elucidação do crime, com esta informação obtida perante tortura, os órgãos investigatórios pedem um mandado judicial de

¹⁹ MORAES, Voltaire de Lima. Do interrogatório do réu no processo penal. Sistema Penal & Violência, Porto Alegre, v. 2, n. 1, p. 91-96, jan./jun. 2011, p. 117.

busca e apreensão, e com a ordem judicial, durante o dia realizam uma busca e apreensão absolutamente regular e apreende o objeto. Observa-se que a diligência de busca e apreensão é lícita analisando sua forma, pois foram observados todos os critérios legais, mas é ilícita por derivação, pois derivou de uma prova que na sua origem sempre foi ilícita, pois se não fosse a tortura (meio ilícito), a polícia não teria chegado a informação do local do objeto, não realizando a diligência regular para apreensão da prova.

A prova ilegítima por derivação, é inspirada na teoria “dos frutos da árvore envenenada”, adotada pelo Supremo Tribunal Federal, que diz que o vício da ilicitude no início contamina tudo o que vier como subsequente. Para melhor esclarecimento do que fora mencionado, cita-se as palavras do doutrinador Fernando Capez:

a doutrina e a jurisprudência, em regra, tendem também a repelir as chamadas provas ilícitas por derivação, que são aquelas em si mesmas lícitas, mas produzidas a partir de outra ilegalmente obtida. É o caso da confissão extorquida mediante tortura, que venha a fornecer informações corretas a respeito do lugar onde se encontra o produto do crime, propiciando a sua regular apreensão. Esta última prova, a despeito de ser regular, estaria contaminada pelo vício na origem.²⁰

A prova ilegítima também possui reserva legal no artigo 157, § 1º, do Código de Processo Penal:

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.²¹

Observando o artigo supramencionado, faz-se necessário uma exegese mais detalhada de sua escrita, acerca das duas exceções existentes.

O artigo infere que serão inadmissíveis as provas ilícitas por derivação, salvo, ou seja, será admitida; a) quando não houver nexo causal entre a prova derivada e a prova originária; b) quando a derivada puder ser obtida por uma fonte independente.

Estas exceções estão inspiradas em duas teorias do direito americano, sejam elas, teoria da fonte independente e teoria da descoberta inevitável. Aplicará a teoria da fonte independente na situação que não houver nexo causal entre umas e outras. Já a teoria da descoberta inevitável,

²⁰ CAPEZ, Fernando. Curso de Processo Penal. 17a ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 317.

²¹ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Código de processo penal comentado: arts. 1º a 393. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 598-599.

²² GRINOVER, Ada Pellegrini. A eficácia dos atos processuais à luz da Constituição Federal. Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, v. 37, p. 46-47, 1992, p. 46 – 47.

é prevista pelo parágrafo segundo do artigo mencionado, o conceito que se entende pelo parágrafo, é no sentido de que esta teoria é baseada em uma hipótese, que se houvesse sido executada, teria se chegado ao mesmo resultado ora impugnado.

2.3 PROVA ILÍCITA POR DERIVAÇÃO E A TEORIA DA ÁRVORE DOS FRUTOS ENVENENADOS.

A prova ilícita por derivação no processo penal brasileiro é aquela que, embora não seja ilegal por si só, foi obtida a partir de uma prova ilícita. Em outras palavras, é uma prova que deriva, ou seja, é decorrente, vinculada ou dependente de outra prova que foi obtida de forma ilícita. A Constituição Federal brasileira prevê que as provas obtidas por meios ilícitos são consideradas nulas, ou seja, não podem ser utilizadas para condenar uma pessoa. Isso significa que, se uma prova foi obtida de forma ilegal, ela não pode ser admitida no processo penal.

A moderna Constituição Federal Brasileira, ao instituir os direitos e deveres individuais e coletivos, suprimiu explicitamente e de forma completa a utilização das provas ilícitas em processo (Art. 5, LVI), sem mencionar sobre as provas derivadas das ilícitas (ilícitas por derivação).

O CPP, instituído pelo decreto-lei nº 3.689/41, portanto, anterior a Carta Magna de 1988, nem sequer previa a proibição das provas ilícitas. Seguindo os princípios da Lei Principal, o legislador ordinário, por meio da lei 11.690/08 que alterou o CPP, passou a disciplinar a inadmissibilidade das provas ilícitas, acrescentando o seu desentranhamento do processo (Art. 157, “caput” CPP), assim como vedou a utilização de provas derivadas das ilícitas, (Art. 157, § 1º CPP), admitindo assim, expressamente a teoria norte americana dos frutos da árvore envenenada, tendo sua origem na Suprema Corte dos Estados Unidos da América.

A famigerada teoria da prova ilícita por derivação ou “frutos da árvore envenenada” surgiu no direito norte-americano, sendo também acolhida pelo direito brasileiro (art. 157, § 1º CPP), com predominância na jurisprudência e doutrina. Esta teoria prevê que as provas advindas da prova ilícita são, consecutivamente, descartáveis ao processo, mesmo que, formalmente, sejam respeitados todos os procedimentos constantes em lei. A prova ilícita contagia a prova dela derivada, isso pois somente foi possível a produção desta em razão da prova inicial. Nesta toada, aceitando o Juiz a validade desta, estaria compactuando com o ilícito produzido anteriormente, pois, de uma forma indireta, estaria revestindo de legalidade a prova ilícita.

Em uma análise comparativa, imagine-se o policial que tem em custódia um suspeito acusado do crime de roubo e, utilizando de tortura, obtém o local exato dos produtos fruto do suposto delito. A posteriori, com o mandado de busca e apreensão expedido legalmente pelo magistrado, a mesma autoridade policial apreende a “res furtiva” na residência de um amigo do investigado. Poderia o Juiz fundamentar sua decisão com fulcro na segunda prova? Pela teoria da prova ilícita por derivação a resposta é não. O ímpeto policial somente logrou êxito na apreensão dos objetos fruto de roubo – “prova lícita” – em razão do depoimento contaminado do acusado – prova ilícita – que, por conseguinte, viciou completamente a prova derivada.

Além disso, a jurisprudência brasileira também reconhece que a prova ilícita por derivação é igualmente ilegal, uma vez que decorre de uma prova ilícita. Isso ocorre porque a Constituição Federal protege não apenas a prova em si, mas também a integridade do processo penal como um todo. Dessa forma, se uma prova ilícita por derivação for apresentada no processo penal, ela também será considerada nula e não poderá ser utilizada para condenar uma pessoa. Isso significa que todas as provas que foram obtidas a partir da prova ilícita também são consideradas nulas.

Outrossim, é imperioso inferir que a tortura jamais poderá ser utilizada para obtenção de uma prova legal no processo. Nessa situação os bens jurídicos em jogo não permitem a aplicação do Princípio da Proporcionalidade, pois a dignidade humana, peça essencial do ordenamento brasileiro, resta plenamente ofendida e totalmente destruída. Em síntese, a ponderação acerca da relevância dos bens jurídicos, indica que a integridade física, psíquica e a própria vida, são mais relevante do que a verdade sobre um crime ou a eventual punição do culpado. Assim, o ensinamento de Ávila (2008) acerca da aplicação do princípio da proporcionalidade ao caso concreto demonstra sobremaneira essa proibição, ao afirmar que a proporcionalidade, como postulado estruturador da aplicação de princípios que concretamente se orbitam em torno de uma relação de causalidade entre o meio e o fim, não possui aplicabilidade irrestrita. Ademais, fica patente que nem mesmo a proporcionalidade é dotada de aplicabilidade irrestrita.

Cumprido salientar que, mesmo anterior a edição da lei nº 11.690/08, a doutrina nacional, objetivando suprir o espaço legislativo no que diz respeito às provas ilícitas derivadas, passou a incluir a fonte teórica norte-americana dos frutos da árvore envenenada - “fruits of the poisonous tree” - onde a árvore infectada não poderia dar bons frutos. Nessa toada, a doutrinadora professora Grinover disserta:

a Constituição brasileira toma posição firme aparentemente absoluta, no sentido de proibição de admissibilidade das provas ilícitas. Mas, nesse ponto, é necessário levantar alguns aspectos: quase todos os ordenamentos afastam a admissibilidade processual das provas ilícitas. Mas ainda existem dois pontos de grande divergência: o primeiro deles é o de se saber se inadmissível no processo é somente a prova, obtida por meios ilícitos, ou se é também inadmissível a prova, lícitamente colhida, mas a cujo conhecimento se chegou por intermédio da prova ilícita. Imagine-se uma confissão extorquida sob tortura, na qual o acusado ou indiciado indica o nome do comparsa ou da testemunha que, ouvidos sem nenhuma coação, venham a corroborar aquele depoimento.

Imaginem uma interceptação telefônica clandestina, portanto ilícita, pela qual se venham a conhecer circunstâncias que, lícitamente colhidas, levem à apuração dos fatos. Essas provas são “ilícitas por derivação”, porque, em si mesmas lícitas, são oriundas e obtidas por intermédio da ilícita. A jurisprudência norte americana utilizou a imagem dos frutos da árvore envenenada que comunica o seu veneno a todos os frutos. [...].²²

A questão da prova ilícita por derivação também tem uma relação próxima com os direitos fundamentais e a garantia de um processo justo. O entendimento de que a prova ilícita por derivação é ilegal e, portanto, não pode ser admitida no processo penal, tem por objetivo proteger a dignidade da pessoa humana, bem como assegurar a ampla defesa e o contraditório.

Além disso, a proibição da utilização de provas ilícitas por derivação tem o objetivo de inibir práticas ilegais por parte das autoridades policiais e do Ministério Público. Se a prova ilícita não pudesse ser utilizada para condenar uma pessoa, mesmo que indiretamente, haveria menos incentivo para as autoridades utilizarem métodos ilegais para obter informações.

Por fim, cabe ressaltar que a proibição da prova ilícita por derivação não significa que a Justiça esteja impedida de punir os responsáveis por crimes. Ao contrário, o que se busca é garantir que a Justiça seja feita de forma justa, com base em provas obtidas de forma lícita e respeitando os direitos fundamentais dos acusados.

4 APLICABILIDADE DAS PROVAS ILÍCITAS NO PROCESSO PENAL

Já constituído o conceito de prova ilícita, e compreendida a regra geral em primeiro plano, para a sua total inadmissibilidade para o processo, torna-se necessário agora analisar as exceções à regra geral, e assim, observar se existe alguma possibilidade de tais provas ilícitas serem admitidas a instruir a fundamentação processual de uma sentença penal condenatória.

²² GRINOVER, Ada Pellegrini. A eficácia dos atos processuais à luz da Constituição Federal. Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, v. 37, p. 46-47, 1992, p. 46 – 47.

A legislação brasileira, em consonância com a Constituição Federal, estabelece que são inadmissíveis as provas obtidas por meios ilícitos no processo penal (art. 5º, LVI). Esse dispositivo tem como objetivo garantir a proteção dos direitos fundamentais e a observância do devido processo legal, evitando que as provas obtidas em violação aos direitos humanos possam ser utilizadas contra o acusado.

No entanto, a jurisprudência brasileira admite a possibilidade de exceções à regra da inadmissibilidade das provas ilícitas, em casos específicos em que a exclusão da prova seja mais prejudicial à defesa do acusado do que a sua admissão. Essa exceção, conhecida como teoria dos frutos da árvore envenenada, foi consagrada pelo Supremo Tribunal Federal (STF) em diversos julgamentos já consolidados.

4.1 O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E A PROVA ILÍCITA “PRO REO”

O princípio da proporcionalidade é um dos pilares fundamentais do Estado Democrático de Direito e tem como objetivo garantir a adequação, necessidade e razoabilidade das medidas adotadas pelo poder público. No âmbito do processo penal, o princípio da proporcionalidade se manifesta de diversas formas, sendo uma delas a questão da admissibilidade de prova ilícita pro reo. A prova ilícita é aquela obtida em desrespeito às normas jurídicas ou aos direitos fundamentais, tais como a invasão de domicílio sem mandado judicial ou a obtenção de confissões mediante tortura. Em geral, a prova ilícita é considerada inadmissível no processo penal, pois viola a garantia constitucional do devido processo legal e pode comprometer a justiça do julgamento.

No entanto, a admissibilidade da prova ilícita pro reo tem sido objeto de discussão na doutrina e na jurisprudência, principalmente diante de casos em que a exclusão da prova pode prejudicar a defesa do acusado. Nesse contexto, alguns argumentam que a admissão da prova ilícita pro reo seria necessária para garantir a proporcionalidade entre a proteção dos direitos fundamentais e a realização da justiça criminal.

Faz-se necessário citar a obra de Mendes (2007) que esclarece os casos de aplicação da proporcionalidade no Processo Penal:

a tendência de se aplicar este princípio se verifica basicamente em três casos: na admissibilidade da prova ilícita que beneficie o acusado; nas situações de provas ilícitas produzidas pelo acusado em situação de legítima defesa; e na

adoção do princípio da proporcionalidade na situação de colisão de direitos fundamentais individuais com o direito fundamental social à segurança.²³

Observa-se que há claro entendimento sobre a aplicabilidade desse princípio sobre o julgamento de admissibilidade das provas ilícitas. Inclusive o doutrinador referido aborda três situações fáticas em que o princípio em comento pode ser acionado pelo julgador em busca de realizar a melhor sentença para o caso concreto.

De acordo com essa visão, a exclusão automática da prova ilícita seria desproporcional quando o seu valor probatório for fundamental para a defesa do acusado e a sua exclusão inviabilizar a sua absolvição ou a redução de sua pena. Em outras palavras, o princípio da proporcionalidade poderia justificar a aceitação da prova ilícita pro reo em casos excepcionais, nos quais a sua exclusão seria mais gravosa para o acusado do que a sua admissão.

O grande debate em torno das provas ilícitas, e o ponto central do presente artigo, está relacionado à aceitação ou não das provas derivadas das provas ilícitas em processo penal, aqui enfoque o conflito entre o princípio da proporcionalidade e a teoria da prova ilícita por derivação. Observando as alegações anteriores percebe-se que, parcela respeitável da doutrina e os Tribunais Superiores têm defendido e aplicado comumente a teoria da prova ilícita por derivação em detrimento do princípio da razoabilidade, excepcionalmente, quando a prova ilícita for “pro reo”. Nesse ínterim, grandes teóricos se levantam contra a aplicação do princípio da proporcionalidade em processo penal, sob os mais variados motivos, entre eles: violação aos direitos fundamentais; possível arbítrio estatal, vez que o Estado é dotado de prerrogativas especiais frente aos particulares na produção de provas; fortalecimento das ações policiais; sistema processual penal deficitário; enfraquecimento do Estado Democrático de Direito, observando que na obtenção do lastro probatório, o agente estatal não estaria regulado por lei alguma.

Já o entendimento de Grinover, é o repúdio a aplicação do princípio da proporcionalidade sob a justificativa de que, caso recebida, poderia dar ensejo a interpretações subjetivas por parte do órgão julgador; pondo, assim, em risco os direitos e garantias fundamentais, “*ipsis litteris*”:

a inadmissibilidade processual da prova ilícita torna-se absoluta, sempre que a ilicitude consista na violação de uma norma constitucional, em prejuízo das partes ou de terceiros. Nesses casos, é irrelevante indagar se o ilícito foi cometido por agente público ou por particulares, porque, em ambos os casos, a prova terá sido obtida com infringência aos princípios constitucionais que

²³ MENDES, Gilmar Ferreira et al. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 200.

garantem os direitos da personalidade. Nesta colocação, não parece aceitável (embora sugestivo) o critério da “razoabilidade” do direito norte-americano, correspondente ao princípio de “proporcionalidade” do direito alemão, por tratar-se de critérios subjetivos, fugindo dos parâmetros de proteção da inviolabilidade da pessoa humana. A mitigação do rigor da admissibilidade das provas ilícitas deve ser feita através da análise da própria norma material violada: [...] sempre que a violação se der com relação aos direitos fundamentais e a suas garantias, não haverá como invocar-se o princípio da proporcionalidade.²⁴

Tal entendimento também é acolhido, de forma veemente, por Gomes Filho, para quem, a formação do livre convencimento do magistrado não é absoluta, devendo ele se ater somente aos elementos probatórios coligidos legalmente. Entretanto, ressalta o autor que, mesmo diante dos crimes mais repugnantes, em que a sociedade clama por uma repressão mais dura e eficaz, o princípio do devido processo legal deve ser respeitado, mesmo em prejuízo da busca da verdade.

Após dez anos de vigência do texto constitucional, persistem as resistências doutrinárias e dos tribunais à proibição categórica e absoluta do ingresso, no processo, das provas obtidas com violação do direito material. Isso decorre, a nosso ver, em primeiro lugar, de uma equivocada compreensão do princípio do livre convencimento do juiz, que não pode significar liberdade absoluta na condução do procedimento probatório nem julgamento desvinculado de regras legais. Tal princípio tem seu âmbito de operatividade restrito ao momento da valoração das provas, que deve incidir sobre material constituído por elementos admissíveis e regularmente incorporados ao processo. De outro lado, a preocupação em fornecer respostas prontas e eficazes a formas mais graves de criminalidade tem igualmente levado à admissão de provas maculadas pela ilicitude, sob a justificativa da proporcionalidade ou razoabilidade.²⁵

A aceitação das provas obtidas por meios ilícitos que favoreçam a linha de defesa do réu, tem obtido aceitação doutrinária que se posiciona junto ao Princípio da Proporcionalidade. Conforme alguns clássicos doutrinadores, esse caso somente torna-se possível quando a prova for obtida pelo próprio indiciado, que dispõe de excludente de antijuridicidade.

Vale ressaltar que, no Brasil, o Supremo Tribunal Federal (STF) possui jurisprudência consolidada no sentido de que a prova ilícita é inadmissível no processo penal, exceto nos casos em que a sua exclusão seja mais gravosa para a defesa do acusado do que a sua admissão. Essa exceção, no entanto, deve ser interpretada restritivamente e não pode ser utilizada para justificar

²⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini. A eficácia dos atos processuais à luz da Constituição Federal. Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, v. 37, 1992, p. 151.

²⁵ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. Direito à prova no processo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 249/266.

a banalização da prova ilícita ou a sua utilização indevida pelas autoridades públicas. Além disso, é importante destacar que a admissão da prova ilícita pro reo não significa que ela terá valor probatório pleno. Mesmo quando a prova é admitida em casos excepcionais, ela deve ser submetida a um controle rigoroso de sua origem e de sua qualidade, a fim de evitar a contaminação do processo e garantir a sua confiabilidade.

É preciso lembrar que a aceitação da prova ilícita pro reo não é a única forma de garantir a defesa do acusado. Existem outras medidas que podem ser adotadas para minimizar os efeitos negativos da exclusão da prova ilícita, tais como a obtenção de outras provas lícitas que corroborem a tese defensiva, o uso de presunções favoráveis ao acusado ou a concessão de benefícios processuais em favor da defesa.

É importante ressaltar que, no processo penal, a admissão da prova ilícita pro reo pode ter consequências graves para a credibilidade do sistema de justiça e para a confiança dos cidadãos nas instituições públicas. Isso porque, ao aceitar a prova obtida em violação aos direitos fundamentais, o Estado pode estar sinalizando que as suas normas e garantias não são respeitadas e que os agentes públicos estão acima da lei.

Neste diapasão, Avolio infere que tanto a doutrina quanto a jurisprudência opinam favoravelmente à adoção da teoria:

A aplicação do princípio da proporcionalidade sob a ótica do direito de defesa, também garantido constitucionalmente, e de forma prioritária no processo penal, onde impera o princípio do favor rei é de aceitação unânime pela doutrina e pela jurisprudência. [...] Até mesmo quando se trata de prova ilícita colhida pelo próprio acusado, tem se entendido que a ilicitude é eliminada por causas de justificação legais de antijuridicidade, como a legítima defesa.²⁶

Entretanto, quando a prova ilícita for usada para enriquecer o arcabouço condenatório, fortalecendo a demonstração da ilicitude da conduta do indivíduo, fundamentando o parquet, tanto a doutrina quanto jurisprudência são contrárias a admissão da prova no processo, apesar de haver exceções pontuais. Esse caso é o que se denomina admissão da prova ilícita pro *societate*.

Assim convalidando, o Supremo Tribunal Federal, entende que qualquer hipótese de utilização da prova ilícita para fins de condenação do indivíduo deve ser afastada, sendo descabida no ordenamento pátrio. Por exemplo, a inadmissibilidade defendida pelo Egrégio Tribunal pode ser percebida no HC 80949 cuja ementa expressa:

²⁶ AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. Provas ilícitas: interceptações telefônicas e gravações clandestinas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 72.

1. Habeas corpus: cabimento: prova ilícita. 1. Admissibilidade, em tese, do habeas corpus para impugnar a inserção de provas ilícitas em procedimento penal e postular o seu desentranhamento: sempre que, da imputação, possa advir condenação a pena privativa de liberdade: precedentes do Supremo Tribunal. II. Provas ilícitas: sua inadmissibilidade no processo (CF, art. 5º, LVI): considerações gerais. 2. Da explícita proscrição da prova ilícita, sem distinções quanto ao crime objeto do processo (CF, art. 5º, LVI), resulta a prevalência da garantia nela estabelecida sobre o interesse na busca, a qualquer custo, da verdade real no processo: conseqüente impertinência de apelar-se ao princípio da proporcionalidade - à luz de teorias estrangeiras inadequadas à ordem constitucional brasileira - para sobrepor, à vedação constitucional da admissão da prova ilícita, considerações sobre a gravidade da infração penal objeto da investigação ou da imputação [...].²⁷

No âmbito do processo penal, o princípio da proporcionalidade pode ser entendido de duas maneiras extremas: uma, respaldada pelo princípio do "favor rei", que o aplica em favor do Indivíduo; e outra, que defende sua aplicabilidade em favor da sociedade, sobrepondo-se às garantias individuais em prol de um bem maior: a defesa social.

O princípio da proporcionalidade é aplicado na admissão de provas ilícitas em favor do réu, e sua aceitação é amplamente consensual. Mesmo que a prova ilícita tenha sido obtida pelo próprio acusado, esse princípio protege seus direitos, permitindo que a ilicitude seja eliminada através de causas legais, como a legítima defesa.

Em observância aos argumentos e fundamentações trazidas, percebe-se que a teoria da proporcionalidade oportuniza o uso das provas ilícitas por derivação no Processo Penal Brasileiro,

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O ponto fulcral deste artigo científico foi demonstrar e entender as possibilidades de admissibilidade das provas ilícitas no processo penal. As provas possuem um valor essencial no Direito Processual Penal, sendo consideradas como os "olhos do processo", uma vez que é através delas que o juiz poderá tomar uma decisão correta. No entanto, é importante destacar que as provas não são absolutas e podem ser contestadas pela parte contrária, permitindo que o juiz analise as versões de ambas as partes e chegue à verdade real dos fatos.

²⁷ HC 80949 / RJ – Rio de Janeiro - HABEAS CORPUS, Min. Sepúlveda Pertence, j. 30/10/2001 Primeira Turma.

Como ficou evidente, a regra geral é que qualquer prova ilícita seja considerada inadmissível, como é regulamentado pelo art. 5º, inciso LVI da Constituição Federal e pelo art. 157, caput do Código de Processo Penal, exceto neste último caso, caso sejam preenchidos os requisitos da exceção.

O Direito Processual Penal admite diversos tipos de provas e nenhuma delas é superior a outra. No entanto, tanto a Constituição Federal quanto o Código de Processo Penal estabelecem a inadmissibilidade de provas obtidas por meios ilegais, ou seja, provas obtidas através de meios ilícitos devem ser retiradas dos autos juntamente com suas derivações, pois, receber tais provas poderia violar os direitos e garantias da outra parte. O Princípio do Fruto da Árvore Envenenada veda as provas ilícitas por derivação, excluindo qualquer prova lícita produzida a partir de uma prova ilícita anterior. No entanto, existem duas formas de admissibilidade no caso em questão. A primeira é a falta de conexão entre a prova ilícita e a produção da prova lícita. A segunda é a independência da prova lícita em relação à prova ilícita, pois ela seria produzida mesmo que a prova ilícita não existisse.

Em diversas situações, o acusado - considerado a parte mais vulnerável - só conseguirá afastar sua culpabilidade e provar sua inocência utilizando uma prova obtida de forma ilícita. Nesses casos, considerando que nenhum direito ou garantia é absoluto, torna-se necessária a aplicação do princípio da proporcionalidade. Esse princípio permite a aplicação correta do Direito em casos de divergência entre dois direitos ou garantias, ainda que seja necessário admitir o uso de provas obtidas de formas diversas das permitidas pelo ordenamento jurídico brasileiro. O princípio da proporcionalidade é composto por três subprincípios que devem sempre ser considerados quando aplicado: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Esse princípio é utilizado para avaliar direitos, valores e interesses em conflito. Quando há conflito entre direitos fundamentais constitucionais, eles devem ser ponderados para determinar qual deve prevalecer no caso prático.

Hodiernamente, não há dúvidas de que provas obtidas por meios ilícitos são aceitas quando são o único meio de provar a inocência do acusado. Além disso, a maior parte da doutrina sustenta que a acusação não pode utilizar provas ilícitas para obter a condenação do réu. Isso ocorre porque o acusado é considerado a parte mais vulnerável do processo e a acusação possui outros meios para provar a culpa do acusado.

Nesse sentido, os juristas que admitem a utilização de provas ilícitas no processo penal são a favor da aplicação somente em defesa do réu. Dentre os argumentos utilizados, destacam-se:

- a) o princípio da inadmissibilidade das provas ilícitas é um direito fundamental do indivíduo e não pode ser utilizado para prejudicá-lo, mas sim para assegurar outros direitos e garantias;
- b) caso a prova ilícita seja a única forma de o réu provar sua inocência, esta deve ser aceita, em virtude do princípio da proporcionalidade, onde o direito à liberdade do réu é mais importante do que a vedação das provas ilícitas;
- c) a utilização das provas ilícitas pelo réu é uma forma de garantir que a Justiça seja feita, evitando-se a condenação de alguém inocente;
- d) o réu não estaria agindo contra a lei, uma vez que estaria protegido pelos institutos do estado de necessidade e da legítima defesa;

Em contraponto, a parte doutrina que defende utilização de provas ilícitas em benefício da sociedade é uma questão controversa e poucos defendem essa possibilidade. Os principais argumentos a favor que fundamentam essa discussão são os seguintes:

- a) o princípio da inadmissibilidade das provas ilícitas foi criado para proteger os direitos e garantias fundamentais do indivíduo, e essa proteção deve ser interpretada de forma a dar eficácia às diretrizes da própria Constituição. Portanto, os direitos fundamentais não podem ser usados como salvaguardas da prática de atividades ilícitas, pois isso iria contra os preceitos constitucionais;
- b) negar a aplicação deste princípio de forma incontestável impediria que todos os indivíduos recebessem uma resposta do Estado em situações graves, deixando toda a sociedade desprotegida diante dos atos ilícitos dos criminosos, em casos em que a prova da autoria só poderia ser verificada mediante prova ilícita. Isso prejudicaria as pessoas de bem e beneficiaria os delinquentes;
- c) Se a liberdade individual pode ser assegurada com a aplicação do princípio da proporcionalidade no caso em que o réu está sendo acusado injustamente, nada mais justo do que aplicar esse princípio para resguardar a liberdade coletiva, que está sendo ameaçada com o aumento da violência. O criminoso não poderia alegar direitos fundamentais para garantir sua impunidade, entre outros argumentos.

Os argumentos contrários são baseados no fato de que o principal objetivo do princípio da inadmissibilidade das provas ilícitas é a proteção do indivíduo contra os excessos do Estado, tornando irônico abrir exceções. Apesar de prós e contras e de a jurisprudência já ter se

manifestado sobre o assunto, a possibilidade de admissão de provas ilícitas a favor da sociedade é pouco aceita, e alguns juristas nem mesmo admitem tal discussão.

O uso de provas ilícitas a no processo a favor do réu, pode ser justificado não somente pelo princípio da proporcionalidade, mas também pela questão da justiça. Seria injusto condenar alguém por um crime quando há uma prova que comprova sua inocência, mesmo que essa prova tenha sido obtida de maneira ilícita.

É importante ressaltar que há controvérsias sobre esse assunto, embora haja uma corrente jurisprudencial significativa que começa a aceitar o princípio da proporcionalidade em casos excepcionais e graves. Isso ocorre porque nenhuma norma constitucional é absoluta, e há situações em que a aplicação do princípio da proporcionalidade pode ser justificada em prol do interesse público.

Enfim, percebe-se que o objetivo do Direito Processual Penal é proferir sentenças justas e corretas. Apesar da Constituição Federal e do Código de Processo Penal afirmarem que provas obtidas por meios ilícitos não são admissíveis, em algumas situações o magistrado deverá sim aceitar essas provas. Tal prática já foi admitida em diversas decisões dos tribunais, uma vez que a busca pela justiça e aplicação correta e eficaz do Direito requerem a análise cuidadosa de todas as provas disponíveis.

Diante do exposto, conclui-se que a perseguição da verdade real não deve ser realizada de maneira que macule os direitos fundamentais. Esse tipo de comportamento jurídico não deve ser encorajado, porém, em certos casos a aplicação da proporcionalidade é necessária. Nesses casos, é crucial equilibrar o direito à liberdade e à dignidade da pessoa humana, para garantir a preservação da liberdade do indivíduo.

REFERÊNCIAS

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

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**, 8ªed. São Paulo: Saraiva, 2000.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo Penal**, 10ª ed. São Paulo: Atlas, 2004.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 7 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007

FERNANDES, Antônio Scarance. (Org.). et al. **Provas no processo penal – estudo comparado**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **A eficácia dos atos processuais à luz da Constituição Federal**. Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, v. 37, p. 46-47, 1992.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional**. Alexandre de Moraes, 5ed. São Paulo: Editora Atlas, 2005.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 9. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

LEITE, Gisele Pereira Jorge. **Sobre o princípio do contraditório**. Em http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:5BQLhamvp8QJ:www.ambitojuridico.com.br/site/index.php%3Fn_link%3Drevista_artigos_leitura%26artigo_id%3D8210+&cd=4&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br. Acesso em: 14 fev. 2023.

GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. **O Princípio da Proporcionalidade no Direito Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MORAES, Voltaire de Lima. **Do interrogatório do réu no processo penal**. Sistema Penal & Violência, Porto Alegre, v. 2, n. 1, p. 91-96, jan./jun. 2010.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Código de processo penal comentado: arts. 1º a 393**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 598-599.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 15. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal: parte geral**. 18. ed. Niterói: Impetus, 2016.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **A eficácia dos atos processuais à luz da Constituição Federal**. Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, v. 37, p. 46-47, 1992.