

**FACULDADE DOM BOSCO DE PORTO ALEGRE
CURSO DE DIREITO**

TAIANE TEIXEIRA LINEIRA

**AS HIPÓTESES DE ADMISSIBILIDADE DAS PROVAS ILÍCITAS NO PROCESSO
PENAL BRASILEIRO**

Porto Alegre
2020

TAIANE TEIXEIRA LINEIRA

**AS HIPÓTESES DE ADMISSIBILIDADE DAS PROVAS ILÍCITAS NO PROCESSO
PENAL BRASILEIRO**

Monografia apresentada como Trabalho de Conclusão de Curso de Direito para fins de obtenção do título de Bacharel em Direito, pela Faculdade Dom Bosco de Porto Alegre, RS.

Professor Orientador: Professor Me. Felipe Faoro Bertoni

Porto Alegre

2020

FACULDADE DOM BOSCO DE PORTO ALEGRE

Diretor executivo: Prof. Dr. Edson Sidney D'Ávila Júnior

CURSO DE DIREITO

Coordenador: José Nosvitz Pereira de Souza

FICHA CATALOGRÁFICA

LINEIRA, Taiane Teixeira. **As Hipóteses de Admissibilidade das Provas Ilícitas no Processo Penal Brasileiro**. Porto Alegre: Faculdade Dom Bosco de Porto Alegre, 2020, p. 59.

Orientador: Professor Me. Felipe Faoro Bertoni
Trabalho de Conclusão de Curso – Faculdade Dom Bosco de Porto Alegre

. Ilícitude. Processo Penal. Provas. Princípio.

Trabalho de Conclusão de Curso (TCC).

Faculdade Dom Bosco de Porto Alegre
Rua Marechal José Inácio da Silva, 355
CEP: 90520-280 - Porto Alegre, RS
Tel: (51) 3361-6700
E-mail: faculdade@dombosco.net

TAIANE TEIXEIRA LINEIRA

**AS HIPÓTESES DE ADMISSIBILIDADE DAS PROVAS ILÍCITAS NO PROCESSO
PENAL BRASILEIRO**

Monografia apresentada como Trabalho de Conclusão de Curso de Direito para fins de obtenção do título de Bacharel em Direito, pela Faculdade Dom Bosco de Porto Alegre, RS.

Data da defesa em

Banca examinadora:

Professor Orientador: Professor Me. Felipe Faoro Bertoni

Conceito:

AGRADECIMENTOS

Agradeço a todos os meus familiares por estarem sempre presentes nesse momento muito especial da minha vida, sem meu tio Nilton e minha tia Teresinha não seria possível ingressar nesse curso, pois eles confiaram em mim e me apoiaram ao serem meus fiadores, agradeço ao meu tio Gilson que por muitas vezes saiu do seu serviço às pressas para me ajudar com papeladas.

Sem dúvida meu irmão Ektayson foi fundamental, me ensinou quando eu não sabia me incentivava quando que achava que não era capaz, sem falar da minha irmã que sempre estudou comigo por mais que não tivesse cursando o mesmo curso que eu, aguentou meus choros e momentos de raiva e estresse sempre acreditou em mim. Sempre me inspirei na mulher que minha mãe é, uma mulher guerreira que nos deu todo o suporte para estudarmos, tem crianças que se inspiram em personagens de desenho, a minha heroína é minha mãe. Meu pai o homem que desde pequena me levava na escola que me ensinava à importância dos estudos, me abraçou cada vez que chorei por provas ou pelo trabalho de conclusão do curso.

Meus avós são à base da minha família, eles são nossa união, nossa força, nossa garra, sou grata por tê-los nesse momento tão especial para mim, e para finalizar, agradeço ao meu namorado por sempre me ajudar, meus pais, irmãos e sobrinha que ilumina minha vida, pois sem vocês não teria chegado aonde cheguei.

Gratidão eterna!

RESUMO

O estudo das provas é de suma importância para que não ocorra, por exemplo, ilegalidades em uma investigação criminal. Com o estudo da prova podemos observar que várias são as maneiras de se obter provas para juntar aos processos e que essas provas às vezes podem ocorrer em erros e possuírem ilegalidades. A respeito da ilegalidade das provas está expresso no nosso ordenamento jurídico que são inadmissíveis, mas essa inadmissibilidade não possui um caráter absoluto, fazendo assim com que algumas provas mesmo que provenham da ilicitude possam vir a serem usufruídas. No artigo 157 do código de processo penal ao mesmo tempo em que é expresso a não admissibilidade das provas é expresso também às formas em que elas podem vir a ser usufruídas sendo essas quando não houver nexo de causalidade as provas por mais que ilícitas poderão ser utilizadas ou quando se tratar de fontes independentes. Por óbvio como em nosso ordenamento é rodeado por normas e princípios, também possui normas e princípios que fazem com que provas ilícitas possam ser aceitas, sendo esses o princípio da proporcionalidade, quando ocorrer o encontro fortuito da prova, quando a ilicitude provenir de uma descoberta inevitável e para tutelar a liberdade quando for pró-réu ou pró-sociedade.

Palavras chave: Ilicitude. Processo Penal. Provas. Princípio.

ABSTRACT

The study of the proofs is of abridgement importance so that it does not take place, for example, illegalities in a criminal investigation. With the study of the proof we can notice that different the ways are of proofs being obtained to annex to the processes and that these proofs sometimes can take place in mistakes and they will have illegalities. As to the illegality of the proofs be definite in our legal ordenamento that it is inadmissible, but this inadmissibilidade has not an absolute character, doing so that some proofs even that they come from the illicitude can come to be enjoyed. In the article 157 of the code of penal process at the same time in which it is expressed to not admissibilidade of the proofs is expressed also to the forms in which they can come to be enjoyed being this when there is no causality connection the proofs however much illicit they will be able to be used or when it will be the question of independent fountains. For obvious since in our ordenamento it is gone for standards and beginnings, also it has standards and beginnings that do with which illicit proofs they could be accepted, when the beginning of the proportionateness is this, when the accidental meeting of the proof takes place, when the illicitude to take care of an inevitable discovery and to protect the freedom when it is in favor guilty or an in favor society. **Keywords: Illicitude. Penal process. Evidences. Principle.**

Sumário

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS	9
2 TEORIA GERAL DA PROVA NO PROCESSO PENAL	11
2.1 CONCEITO DE PROVA E CARACTERÍSTICAS	12
2.2 CLASSIFICAÇÕES DAS PROVAS	14
2.2.1 OBJETO	15
2.2.2 SUJEITO	16
2.2.3 FORMA	17
2.3 MEIO DE PROVA	18
2.4 ÔNUS DA PROVA	20
2.5 PROVA EMPRESTADA	23
2.6 PROVAS EM ESPÉCIE	25
2.6.1 PROVA PERICIAL	25
2.6.2 PROVA TESTEMUNHAL	26
2.6.3 PROVA DOCUMENTAL	28
3 ILICITUDE PROBATÓRIA E AS HIPÓTESES DE ADMISSIBILIDADE	29
3.1.2 PRINCÍPIO DA COMUNHÃO DAS PROVAS	30
3.1.3 PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DA UTILIZAÇÃO DAS PROVAS ILÍCITAS	30
3.1.4 PRINCÍPIO DA ORALIDADE	31
3.1.5 PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE	31
3.1.6 PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ	32

3.1.7 PRINCÍPIO DA AUTO RESPONSABILIDADE.....	32
3.1.8 PRINCÍPIO DA LIBERDADE PROBATÓRIA.....	32
3.1.9 PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO	33
3.1.10 PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA	34
3.2 PROVA ILÍCITA E ILEGÍTIMA.....	36
3.3 PROVA ILÍCITA POR DERIVAÇÃO	41
3.4 ILICITUDE PROBATÓRIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO	43
4 AS HIPÓTESES DE ADMISSIBILIDADE DAS PROVAS ILÍCITAS NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO	47
4.1 EXCLUDENTES DA ILICITUDE	50
4.2 PROPORCIONALIDADE	51
4.3 FONTE INDEPENDENTE	54
4.4 DESCOBERTA INEVITÁVEL	56
4.5 INUTILIZAÇÃO DA PROVA	57
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	59
REFERÊNCIAS	62

1 Considerações iniciais

As provas ilícitas no processo penal sofreram diversas alterações ao longo dos anos, destarte é de suma importância abordar o tema, a julgar por se tratar de um meio para impor alguma pena. Mesmo que já tenhamos o conhecimento que nos dias atuais as provas ilícitas são inadmissíveis, há hipóteses de que as provas ilícitas possam vir a ser usufruídas.

Ao longo dos anos, as alterações históricas das provas ilícitas foram respeitando cada vez mais os direitos humanos, não obstante serem utilizadas provas ilícitas, como utilizada no sistema inquisitório, pois as provas poderiam ser obtidas através de tortura e outras medidas, que hoje são considerados ilícitos, haja vista que estes meios não alcançavam a verdade real. Ao passar dos anos as provas ilícitas foram se tornando inadmissíveis.

Porém há dificuldades enfrentadas a respeito da relativização da prova ilícita, ou seja, poderá ou não vir a ser utilizada. O objetivo deste trabalho está na admissibilidade das provas ilícitas em virtude dos princípios e Teorias do Direito Penal Brasileiro. Trata-se de um tema atual e de grande relevância para o ordenamento jurídico brasileiro, bem como, para toda sociedade.

No primeiro momento explicarei o que é prova, apresentarei sua classificação, característica e ramificações, facilitando assim o entendimento sobre provas para só então em um segundo momentos poder discorrer sobre a ilicitude probatória e as hipóteses em que são admitidas. Portanto após termos um conhecimento sobre provas no processo penal será mais fácil o entendimento das hipóteses em que as provas ilícitas poderão vir ser aceitas.

As provas ilícitas tem previsão legal para a sua inadmissibilidade na constituição federal e no código de processo penal, e com a reforma no código de processo penal feita em 2008 houve uma flexibilização expressa da inadmissibilidade dada pela Lei n. 11.690/2008, fazendo assim com que princípios que norteiam o ordenamento jurídico e previsão legal flexibilizem algumas provas ilícitas fazendo com que possam vir a ser usufruídas.

Antes de iniciarmos o estudo se faz necessário fazermos um breve comentário, abordarmos questões primárias para de forma didática aplicar uma reflexão acerca da aceitação das provas ilícitas. Portando o objeto finalístico é transmitir a mensagem, democratizando, abordando temas primários para aos poucos construirmos de forma solida a reflexão e críticas sobre o tema em tela. Após o breve comentário vamos abordar os princípios que norteiam os ramos do Direito penal, princípios que servem de plano de fundo para os entendimentos acerca das provas, assim como também a diferenciação de Processo Penal e Direito Penal.

Princípio da Dignidade da Pessoa humana, este princípio é de grande relevância para a Constituição, pois é fundamento da república no artigo 1º, III, da Constituição Federal. O tratamento desumano e degradante é proibido pelo artigo 5º, III, da carta magna, sendo assim a pena dada a qualquer acusado por mais que seja grave o crime cometido tem que respeitar os direitos fundamentais. Diante desse princípio que foi possível banir da nossa legislação a pena de morte, salvo em caso de guerra, a pena perpétua, o trabalho forçado, as penas cruéis entre outro disposto no artigo 5º, incisos XLVII, XLVIII, XLIX e L, da Constituição Federal¹.

Princípio da Intervenção mínima é o direito penal como a *ultima ratio*, no controle social o direito penal deve ser ultima opção, tendo em vista que o Direito Penal atinge a liberdade do individuo de forma abrasiva, sendo assim jamais poderá ser a *prima ratio*. Como exemplo deste princípio, se o inquilino não paga o aluguem deve ele responder civilmente não criminalmente com penas restritivas de liberdade. No ano de 1789 com a Declaração dos Direitos do Homem surgiu à intervenção mínima jurídica, para garantir que intervenção se de apenas quando for realmente necessário².

Após ter sido abordado os princípios que limitam o Estado, haja vista a importância e severidade do Direito penal, pois cerceia a liberdade do indivíduo, abordaremos a diferenciação do conceito de Direito Penal e Direito Processual Penal.

¹ SILVA, Davi André Costa. **Manual de Direito Penal**. 4. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2016. p. 87.

² ESTEFAM, André; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito Penal Esquematizado**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 146.

O Direito Penal pode ser conceitualizado por três ramificações, se da pela ótica sociológica, formal e material. Mas de forma mais objetiva o direito penal é o instrumento que irá controlar comportamentos desviados, o conjunto de leis que o estado formulou, com o objetivo de tutelar bens, qualificando alguns atos como infração penal e definindo sanções, com o objetivo de evitar a reiteração da conduta criminosa³.

Conceito de Processo Penal é o ramo do direito publico que regula a atividade da jurisdição, o exercício da ação e o processo em matéria penal, é o conjunto de normal e princípios, bem como os procedimentos preparatórios ou deles consequentes do exercício da ação e processo. Tutela a liberdade de locomoção, é o Direito Penal comum⁴.

2 Teoria geral da prova no processo penal

A teoria geral da prova tem o intuito de introduzir o tema relativo à prova no processo penal. Em um artigo científico com qualquer objeto de tema haverá sempre uma teoria geral do tema abordado, com o intuito de estudar a essência do assunto. Trazendo assim então na teoria o estudo de princípios que norteiam a prova entre a análise dos meios de prova⁵.

Para o juiz chegar a uma sanção é preciso analisar os fatos apresentados e as questões de direito impostas, para a elucidação da sentença é possível que o juiz desenvolva um raciocínio de silogismo. A norma jurídica tem mais relevância que a situação de fato concreto, e a conclusão é a procedência ou improcedência do pedido. Como a interpretação do direito é o que tem mais relevância para o ordenamento jurídico, ela só se torna presente através de fatos trazidos ao ordenamento jurídico, para que só assim o juiz análise aos fatos⁶.

É através da prova que poderemos analisar os fatos ocorridos para podermos nos aproximar da verdade, a prova faz surgir na mente do ser humano um

³ SILVA, Davi André Costa. **Manual de Direito Penal**. 4. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2016. p. 49.

⁴ GREGO FILHO, Vicente. **Manual de Processo Penal**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 44.

⁵ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 327.

⁶ GREGO FILHO, Vicente. **Manual de Processo Penal**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 105.

estado de estar sobre posse da verdade. As provas alegadas podem produzir até mesmo um estado de dúvida pelo princípio do contraditório. Por fim o estado da prova se dá em três estados: na credibilidade, na probabilidade e na certeza⁷.

O termo prova pode ter um caráter subjetivo ou objetivo, é usufruído o termo subjetivo quando define o esforço probatório no espírito do juiz. E é objetivo quando é analisado o elemento da veracidade para a conclusão do juiz. O juiz chegara a sua decisão baseado em fatos passados em que não se tem a certeza se são ou não verídicos, por isso precisa ter um ou mais fatos para facilitar a conclusão⁸.

A finalidade do processo penal é a apuração dos fatos delituosos e a sua autoria, com a prova é possível se obter os elementos produzidos pelas partes ou até mesmo pelo juiz, para assim saber dos fatos ocorridos da conduta criminosa do acusado através das provas apresentadas em juízo⁹. Sendo assim a finalidade da prova é o convencimento do órgão julgador, através da atividade probatória no decorrer do processo, com a reconstrução do fato criminoso ocorrido buscando ser o mais próximo da verdade possível¹⁰.

Por mais que seja impossível reproduzir a verdade histórica absoluta do fato ocorrido, busca-se a verdade dos fatos para que, assim, o condenado tenha uma pena justa ou a absolvição da acusação. Por isso se diz que é a busca da verdade processual, essa verdade pode não ser a verdade histórica, contudo, será a verdade que o juiz chegara através das provas que o juiz obteve no processo¹¹.

2.1 Conceito de prova e características

O Processo Penal é movido pela controvérsia, no qual as partes acusam e demonstram fatos para comprovar a sua verdade. Sendo assim, a prova surge

⁷ ROCHA, Francisco de Assis do Rêgo Monteiro. **Curso de Direito Processual Penal**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 317.

⁸ REIS, Alexandre Cebrian Araújo; RIOS, Victor Eduardo; LENZA, Pedro (Coord.). **Direito Processual Penal Esquematizado**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 308.

⁹ NOGUEIRA, Paulo Lúcio. **Curso Completo de Processo Penal**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1987. p. 92.

¹⁰ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. 4. Ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 788.

¹¹ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. 4. Ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 788.

para apontar o meio pelo qual o juiz chega ao seu convencimento, fazendo com que, desse modo, fatos externos se apresentem no processo¹². Através da prova será exercido o princípio do duplo grau de jurisdição, fazendo com que as partes possam provar as suas verdades e o juiz ter uma retrospectiva dos fatos ocorridos¹³.

A atividade probatória é o que leva o juiz a responsabilizar criminalmente o autor dos fatos apresentados na fase instrutória do processo, fazendo com que se tenha uma individualização em sua pena, para que a sensação cometida ao réu seja justa. A prova pode ser apresentada tanto pelo juiz ou pelas partes do processo através do princípio da comunhão dos meios de prova, é esse princípio que permite com que os fatos apresentados por uma das partes sejam contrapostos pela outra parte¹⁴.

A prova jurídica tem como objetivo reconstruir a verdade dos fatos ocorridos, equiparando-se de maneira mais real possível com a realidade histórica ocorrida, demonstrando o ocorrido no espaço e tempo e, aproximando-se da realidade ocorrida¹⁵. A verdade que se busca a partir das provas tem como objetivo obter a certeza jurídica, que não necessariamente produzirá a verdade da realidade dos fatos – pois, em regra, jamais serão sabidos – mas esclarecerá o objeto de conflito penal¹⁶.

A palavra prova veio do latim que significa *probatio*, e possui o significado de examinar, persuadir, demonstrar. Possui a finalidade de obter o convencimento do juiz perante seus meios, a prova não possui um fim em si mesmo, e não se busca uma verdade absoluta, pois para cada parte haverá uma verdade, e sim se busca convencimento do juiz com os fatos mais próximos da verdade possíveis.¹⁷

São três os sentidos que compõem o termo prova: a) ato de provar: seria o meio pelo qual se dá exatidão da verdade do fato alegado; b) meio: nada mais é do que o instrumento pelo qual se certifica de algo; c) resultado da ação de provar: é o produto extraído da análise dos instrumentos de prova oferecidos, demonstrando a

¹² BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 385.

¹³ RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 10. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 413.

¹⁴ MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Processo Penal**. 3. Ed. São Paulo: Atlas, 1994. p.248.

¹⁵ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 327.

¹⁶ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 328.

¹⁷ GREGO FILHO, Vicente. **Manual de Processo Penal**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 105.

verdade de um fato¹⁸. A prova possui previsão legal em seu dispositivo no artigo 155 do Código de Processo Penal¹⁹.

Há uma distinção entre o sentido do meio de prova e os meios de obtenção desta, o que é importante salientar – enquanto um possui um meio direto para a obtenção de prova, o outro possui um meio indireto – e, por mais parecidas que sejam as palavras há uma grande diferença. O meio de prova tem natureza direta ao convencimento do juiz, como por exemplo, o depoimento de uma testemunha; já o meio de obtenção de prova é essencialmente indireto, como no caso da utilização de uma escuta telefônica²⁰.

Os meios de prova também podem ser chamados de provas inominadas por serem especificadas em lei ou terem outro meio que por mais que não esteja especificado em lei seja legal²¹. O Código de Processo Civil diz no seu artigo 332 que os meios são hábeis para provar a verdade dos fatos²².

2.2 Classificações das provas

A classificação da prova possui variantes de acordo com cada doutrinador, segundo Paulo Rangel, se dá de três formas: ao objeto, ao sujeito e a forma. O objeto pode ser de forma direta e indireta, o sujeito será pessoal ou real e a forma será testemunhal, documental e material²³.

¹⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 347.

¹⁹ Assim traz a redação do artigo 155: “Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares não repetíveis e antecipadas. Parágrafo único. Somente quanto ao estado das pessoas serão observadas as restrições estabelecidas na lei cível”. BRASIL. **Decreto Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>>. Acesso em: 05/04/2020.

²⁰ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 416.

²¹ RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 10. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 415.

²² Assim traz a redação do artigo 332: “Art. 332. Todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provas a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa”. BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil03/Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>>. Acesso em: 05/04/2020.

²³ RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 10. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 415.

Já segundo Davi André Costa a classificação da prova se dá quanto ao objeto, ao sujeito e quanto ao efeito ou valoração da prova. O efeito ou valor da prova é dividido em prova plena e prova não plena. A prova plena é usufruída normalmente como fonte primária, passa uma sensação de certeza como, por exemplo, à prova testemunhal, já a prova não plena são provas circunstanciais, servem para reforçar algo que já foi dito ou apenas para reforçar o convencimento do magistrado.²⁴

2.2.1 Objeto

O objeto da prova são os fatos, porém nem todos os fatos são pertinentes para serem submetidos à atividade probatória. Apenas os fatos pertinentes ao processo que devem ser apresentados ao processo, podendo o juiz recusar ou até mesmo desentranhar as provas apresentadas que não tenham relação no processo. Além de o fato ser pertinente é imprescindível que tenha relevância, que são os que auxiliarão na decisão do juiz, podendo o juiz da mesma forma recusar os fatos irrelevantes.²⁵

Opostamente do processo civil, no processo penal por mais que os fatos sejam notórios como a morte de alguém precisa de prova, nesse caso um exame de corpo de delito²⁶. No processo penal para o acusado ter uma pena respeitando os moldes da constituição, é preciso sempre que haja provas, não bastando, por exemplo, uma simples confissão, pois a constituição pratica o princípio do *indubio pró-réu*, que seria na ausência de provas o acusado tem a absolvição.

O objeto direto é um fato que se dá diretamente ao caso em análise, ou seja, a confissão do acusado é a prova direta sobre o fato que lhe foi imputado. O objeto indireto tem relação com as provas que não dizem respeito diretamente ao fato em análise, assim sendo requerem uma interpretação; os indícios e as presunções correspondem os fatos indiretos, haja vista que não se possui a evidência em si – mesmo tendo-se tudo que leve a pensar que a prova indireta se

²⁴ SILVA, Davi André Costa; EBERHARD, Marcos; GIULIAN, Ricardo Henrique Alves. **Manual de Prática Penal**: teoria e prática. 10 ed. Porto Alegre: Verbo jurídico, 2018. p.190.

²⁵ GREGO FILHO, Vicente. **Manual de Processo Penal**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 106.

²⁶ GREGO FILHO, Vicente. **Manual de Processo Penal**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 106.

liga ao fato correspondente. Por exemplo, quando determinada pessoa é encontrada com uma arma na mão no mesmo local em que ocorreu um crime de homicídio, não se pode ter certeza de que este suspeito seja responsável pela morte da vítima, mas o indício apontado pode levar a crer que sim²⁷.

2.2.2 Sujeito

Paulo Rangel sustenta que “quanto ao sujeito, à prova pode ser pessoal ou real. Sujeito da prova é a pessoa ou a coisa de quem ou de onde promana a prova”²⁸. Prova pessoal é tudo aquilo que foi narrado ou feito a partir de um laudo com dois peritos oficiais para afirmar os fatos do caso. Essa prova quanto ao sujeito pessoal pode ser direta ou indireta²⁹.

Assim sendo, se a testemunha alega ter visto o acusado efetuar disparos contra a vítima, será um testemunho pessoal direto, e, no caso de declarar que apenas o viu sair correndo do local, mas que não presenciou os disparos será um testemunho pessoal indireto³⁰. Portanto é necessário que os testemunhos dados sejam claros para pode ser feita essa separação, bem como colhidos com cautela dos agentes da polícia.

A prova real refere-se basicamente aos vestígios dos crimes, não precisando, necessariamente, estar no objeto material do crime, como por exemplo, no ferimento da vítima ou na roupa ensanguentada desta. Pode ser também direta ou indireta. Prova real direta é a análise que recai sobre a própria coisa, como a carta utilizada para a difamação de alguém. Prova real indireto tem relação com o caso de fato através de análise³¹.

²⁷ RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 10. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 416.

²⁸ RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 10. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 417.

²⁹ RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 10. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 417.

³⁰ RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 10. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 417.

³¹ RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 10. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 418.

2.2.3 Forma

A classificação da forma é o modo em que a prova será apreciada em juízo para formar o seu convencimento, podendo ser de três formas testemunhal, documental e material. Resumidamente a testemunhal é a prova produzida oralmente pelo indivíduo que é chamado pra depor, expressamente prevista no artigo 221, parágrafo 1º, do Código de Processo Penal³². Documental é a forma de prova expressa ou gravada, como cartas, fotografias e outras. Material é a prova consistente de alguma materialidade, que serve para provar o caso, como exames de corpo de delito, perícias e os instrumentos utilizados pelo criminoso³³.

A prova testemunhal pode ser comum quando provem de testemunha que intervém e tem por objetivo causas da generalidade dos homens, já as provas que são de testemunhas escolhidas, como o juiz determinar um perito para dar seu testemunho sobre algo que seja do seu conhecimento chama-se prova testemunhal pericial. O testemunho do terceiro, do acusado ou o do ofendido se denomina de testemunho comum³⁴.

Prova documental é quando um testemunho não pode ser dado oralmente, então o testemunho acaba por ser escrito ou de outras materialidades, é uma afirmação por escrito. A prova material também denominada de real é a expressão de alguém em forma material, aqui a expressão ao em vez de ser falada

³² Assim traz a redação do artigo 221, parágrafo 1º: “Art. 221. O Presidente e o Vice-Presidente da República, os senadores e deputados federais, os ministros de Estado, os governadores de Estados e Territórios, os secretários de Estado, os prefeitos do Distrito Federal e dos Municípios, os deputados às Assembleias Legislativas Estaduais, os membros do Poder Judiciário, os ministros e juizes dos Tribunais de Contas da União, dos Estados, do Distrito Federal, bem como os do Tribunal Marítimo serão inquiridos em local, dia e hora previamente ajustados entre eles e o juiz. (Redação dada pela Lei nº 3.653, de 4.11.1959) § 1º O Presidente e o Vice-Presidente da República, os presidentes do Senado Federal, da Câmara dos Deputados e do Supremo Tribunal Federal poderão optar pela prestação de depoimento por escrito, caso em que as perguntas, formuladas pelas partes e deferidas pelo juiz, lhes serão transmitidas por ofício”. (Redação dada pela Lei nº 6.416, de 24.5.1977). BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 06/04/2020.

³³ RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 10. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 418.

³⁴ ROCHA, Francisco de Assis do Rêgo Monteiro. **Curso de Direito Processual Penal**. 1. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 331.

ou apresentada de forma documental é apresentada de forma material como a mutilação de um dedo, a prova consiste no próprio fato³⁵.

2.3 Meio de prova

Meio de prova é o instrumento pessoal ou material utilizado processualmente para provas a existência ou a inexistência de algo que queira provas para o magistrado, é considerado como meio legal para de prova: o exame de corpo de delito entre outras perícias, o interrogatório, a confissão, as perguntas ao ofendido, às testemunhas, o reconhecimento de coisas ou pessoas, a acareação, os documentos, os indícios e a busca e apreensão. Pode ate existir outros meios de prova, mas é necessário que seja respeitado os valores da pessoa humana e a racionalidade, sendo assim uma inspeção judicial que não esteja expressa no Código de Processo Penal, mas que corresponde ao meio jurídico ela pode ser admitida. Já os meios em que as provas dependam do juízo divino, tortura ou que as pessoas se submetam a provas físicas pra que seja prova algo não serão admissíveis³⁶.

Existe uma diferenciação entre meio de prova e o meio de obtenção de prova, em um processo em que se tenha uma testemunha ela será o meio de prova, pois através de seu depoimento será revelado algo importante para o processo, já a prisão em flagrante que é um retardamento da prisão é um meio para obtenção de prova, em regra uma ação controlada é um método para se adquirir provas com eficiência, mas não é um meio de provar algo³⁷.

Enquanto o meio de prova é direto ao convencimento do juiz, os meios de obtenção de prova são indiretos, como por exemplo, uma busca e apreensão. Essa diferenciação entre o meio de prova e o meio de obtenção de prova tem tomado relevância desde 1987 com a legislação do código de processo penal de Portugal e

³⁵ ROCHA, Francisco de Assis do Rêgo Monteiro. **Curso de Direito Processual Penal**. 1. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 331.

³⁶ GREGO FILHO, Vicente. **Manual de Processo Penal**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 107.

³⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 406.

no código de processo penal italiano de 1988. Também adotado pelo Código de Processo Penal Brasileiro – PLS n. 156/2009³⁸.

Como já vimos de qual forma se dá a classificação dos meios de prova, veremos agora as formas de obtenção do meio de prova que são: segundo o Código de Processo Penal a busca e apreensão é o único meio legal para se obter uma prova, porém há outros meios de obtenção de prova prevista em leis especiais sendo esses meios: a) a interceptação das comunicações telefônicas (presente na Lei n. 9.296/1996), b) outro meio é a interceptação ambiental (disciplinada na Lei 12.850/2013), c) quebra dos sigilos legalmente protegidos, por exemplo, o sigilo financeiro (disposto na Lei Complementar n. 105/2001), entre outros³⁹.

O meio de prova pode ser direto e indireto, vigorando no processo penal a verdade real, portanto, não existira limitação à prova fazendo com que os meios de prova elencados no Código de Processo Penal sejam exemplificativos sendo possível várias formas de se provar sua verdade no processo. O princípio da liberdade probatória que o processo penal possui não é absoluto fazendo com que haja certas restrições. A convicção do magistrado será formada pela livre apreciação da prova, esta prova deve ser submetida ao crivo do contraditório para ter eficácia no processo, não podendo o juiz fundamentar sua decisão nos meios informais⁴⁰. E a respeito das fontes de provas, Nestor Távora fala⁴¹:

Fontes de prova é a pessoa ou a coisa da qual emana a prova. Nesse sentido, a transcrição de interceptação telefônica pode ser fonte de prova quando indica fato delituoso diverso do apurado, servindo como notícia do crime para outra investigação autônoma. A partir dela, é possível saber, por exemplo, quais pessoas conhecem o fato para servirem como testemunha. As pessoas que serão testemunhas são também fontes de prova (fontes da prova testemunhal, eis que possibilitam a produção de um meio de prova que é o depoimento testemunhal). As fontes de prova podem ser, portanto, reais (o cadáver, os documentos) ou pessoais (o perito, a testemunha, a vítima).

³⁸ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 391.

³⁹ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 393.

⁴⁰ CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 434.

⁴¹ TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 12 ed. Salvador: JusPodivm. 2017. p. 619.

2.4 Ônus da prova

O ônus da prova não se trata de um dever, mas sim de um ônus, um encargo. Quem tem o dever de fazer tal ato em benefício próprio e não cumpre terá que arcar com resultados não favoráveis para si, e o único prejudicado será o encarregado do ato que não o cumpriu. Por isso quem não o praticou não terá nenhuma sanção apenas não se beneficiará dos resultados. Portanto se o réu em processo penal ter alguma prova que prove sua inocência, contudo, por algum motivo não anexa a prova ao processo, não existe lei que o obrigue a ter o dever de apresentar tal prova, ele poderá apenas correr o risco de não ser inocentado. Por isso deve-se falar em ônus da prova não em dever⁴².

O ônus tem noções de liberdade, e acaba por gerar faculdades. Existe ônus quando feito algum ato para adquirir alguma situação vantajosa ou impedir uma desvantagem. Sendo assim, o ônus é uma faculdade cujo seus atos são necessários para atingir seus interesses. Portanto, o ônus age sob o próprio interesse apresentado através de uma ameaça que cause prejuízos⁴³.

Cabe a quem imputou as acusações provar os fatos alegados, no processo penal até mesmo às causas que ensejaram o aumento de pena, as qualificadoras ou agravantes tem que ser apresentadas pelo acusador dos fatos alegados. Quem está sendo acusado não se exime de alegar provas, cabe ao acusado apresentar provas que o excludente da antijuridicidade, da culpabilidade e da punibilidade, quem acusou não tem o dever de apresentar as causas que irá abrandar a pena, portanto as previligiadoras, atenuantes ou causas que incidiram em privilégios deveram ser apresentadas pelo acusado⁴⁴.

Se o fato narrado, ensejador do processo condenatório, não tenha de fato ocorrido, deve o réu impetrar provas nas quais provem a inexistência do fato. Se tratando de crimes culposos a negligência, imprudência ou imperícia devem ser

⁴² TORNAGUI, Hélio. **Curso de Processo Penal**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 1987. p. 306.

⁴³ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 435.

⁴⁴ MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Processo Penal**. 3. Ed. São Paulo: Atlas, 1994. p.254

comprovadas pelo acusador assim como o dolo também deve ser demonstrado e cabe ao réu ao contraditório e a ampla defesa⁴⁵.

O ônus da prova decorre de três princípios, o primeiro é o princípio da indeclinabilidade da jurisdição, este princípio vem a ser que o juiz não pode se eximir de proferir uma sentença porque a matéria é muito complexa, o segundo princípio é o princípio da imparcialidade diz respeito ao juiz que não pode agir como defensor ou acusador e o terceiro é o princípio da persuasão racional na apreciação da prova, aduz que o juiz deve atrelar sua decisão as provas apresentadas e não a sua convicção íntima⁴⁶.

A respeito da inversão do ônus da prova no Direito do Processo Penal é inadmissível como regra, o fato apresentado na denuncia ou queixa é de regra provado pelo acusador. Por exemplo, se alguém é pego dirigindo um veículo roubado, e alega que não roubou, mas sai correndo na hora da abordagem, não cabe ao acusado provar que roubou, e, sim a quem está acusando-o de roubo de provar, nesses casos não se presume inocência e sim trata como receptação⁴⁷.

Cabe ao juiz objetivamente o ônus da prova, para chegar ao seu convencimento usufruindo das provas apresentadas, e caso haja a dúvida, cabe à absolvição. E cabem as partes o ônus da prova subjetivamente para demonstrar os fatos alegados, para assim convencerem o juiz dos fatos alegados⁴⁸.

O ônus da prova está disposto no artigo 156 do Código de Processo Penal, onde fala que “a prova da alegação incumbirá a quem a fizer”, exposta essa regra tem duas correntes onde uma defende que o ônus da prova é da defesa e da acusação, e a outra corrente que aponta que o ônus da prova no processo penal é exclusivamente da acusação. A corrente em que o ônus da prova é da acusação e da defesa é majoritária, aqui se entende que incumbe à acusação provar a existência do fato típico, provar a autoria ou participação, relação de causalidade e provar se o agente teve dolo ou culpa na sua conduta. Conforme essa corrente é de

⁴⁵ MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Processo Penal**. 3. Ed. São Paulo: Atlas, 1994. p.254.

⁴⁶ GREGO FILHO, Vicente. **Manual de Processo Penal**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 108.

⁴⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 411.

⁴⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 411.

responsabilidade exclusivamente da acusação provar o fato típico, não sendo de responsabilidade da parte acusatória a necessidade de provar a ilicitude do fato. Quando for confirmado à tipicidade do ato será através de presunção que se comprovara a ilicitude e culpabilidade do ato, cabendo ao acusado informar tal presunção⁴⁹.

Falando do elemento subjetivo cabe salientar que há doutrinadores que sustentam que o dolo é presumido, onde a acusação terá que provar a culpa por possuir o ônus da prova, já no dolo ele que compõe o tipo penal e será presumido pelo elemento apresentado, aqui será o acusado que provará que não agiu com dolo. Sendo assim, a culpa será provada pela acusação onde terá que falar se a parte agiu com imprudência, negligência ou imperícia. Já o dolo o réu terá que provar que não agiu com dolo. O fato de o réu ter que provar o próprio dolo vai de encontro ao princípio do *in dubio pro reo*, que na dúvida o réu será inocentado não precisando produzir prova contra si mesmo, mas o elemento subjetivo não é descartado. E através do elemento objetivo a acusação terá que provar o dolo⁵⁰.

O ônus da prova exclusivo da acusação possui uma corrente minoritária, essa corrente diz que segundo o princípio do *in dubio pro reo*, em casos de ações condenatórias o réu não será condenado se houver dúvida, quando houver dúvida se o acusado é culpado o ônus da prova será total do acusador. Um exemplo dessa corrente é havendo a defesa a exposição que na prova há causa de excludente de ilicitude a acusação terá que demonstrar o caso típico, ilícito e culpável, sendo assim também em caso que o acusado alega legítima defesa em algum caso de agressão, ao Ministério Público fica responsável por provar que não houve agressão injusta não podendo configurar a legítima defesa, mas nem sempre que houver causas de excludentes da ilicitude a acusação terá que provar a culpabilidade ou demonstrar as excludentes, se a defesa não alegar as excludentes da ilicitude não será necessário à acusação alegar⁵¹.

⁴⁹ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. 4. Ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 812.

⁵⁰ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. 4. Ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 813.

⁵¹ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. 4. Ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 815.

2.5 Prova emprestada

Quando a prova de um processo distinto é cedida para que possa ser aproveitada em outro processo, essa prova é chamada de prova emprestada. A prova emprestada é legal, por isso é admitida no processo penal almejando o convencimento do juiz, essa prova também está amparada pelo contraditório e a ampla defesa e ambas as partes tem que ter ciência da prova empresta⁵².

O contraditório e a ampla defesa são essenciais para a aceitação da prova no processo penal, é tão essencial que caso a prova emprestada não seja submetida ao crivo do contraditório ela não poderá ser utilizada pelo magistrado para justificar sua sentença. A prova emprestada de outro processo, sendo o interrogatório do próprio réu em um processo oposto ao que ele está sendo julgado, para ter validade é imprescindível que o réu de novamente o seu depoimento, como o réu não é obrigado a produzir prova contra ele mesmo, essa prova emprestada perde eficácia⁵³. Consoante Gustavo Henrique Badaró, no que tange a prova emprestada⁵⁴:

Para que a prova originaria de um processo possa ser validamente trasladada para outro processo, é necessário que: (1) a prova do primeiro processo tenha sido produzida perante o juiz natural; (2) a prova produzida no primeiro processo tenha possibilitado o exercício do contraditório perante a parte do segundo processo; (3) que o objeto da prova seja o mesmo nos dois processos; (4) que o âmbito de cognição do primeiro processo seja o mesmo do segundo processo.

Em relação ao contraditório a prova emprestada distingue as provas pré-constituídas das provas constituídas. A respeito do objetivo da prova, seja o mesmo em ambos os processos, por exemplo, em um processo civil que se prova que o pai não poderia ter a guarda da criança por ser usuário de drogas, desta forma não

⁵² CONSTANTINO, Lúcio Santoro de. **Nulidades no Processo Penal**. 5. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2008. p. 306.

⁵³ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 566.

⁵⁴ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 399.

pode ser usufruída como prova emprestada em um processo penal para provar que o acusado é usuário de drogas⁵⁵.

Para que a prova possa ser emprestada é necessário uma justificativa plausível, as provas podem ser emprestada tanto de um processo civil ou de um criminal, sendo necessário que: as provas sejam as mesmas em ambos os processos, a prova que se quer deve ser relevante para os dois processos, por exemplo, a foto que prova o homicídio de um crime em um processo pode ser a mesma foto que prove que esta pessoa estava em lugar diferente do que alegou. Mesmo a prova vinda de um processo, no qual já ocorreu o princípio do contraditório e ampla defesa da prova ao ser emprestado para outro processo deve ser submetida novamente ao contraditório, senão assim para que ocorra o empréstimo é necessário que os requisitos que o Código de Processo Penal pede sejam respeitados⁵⁶.

A prova emprestada possui suas características específicas sendo essas: é caracterizada pela forma documental da prova, sendo presentes os requisitos de admissibilidade a prova terá a mesma valoração da prova em que o processo foi emprestado, se a prova for testemunhal ao ser emprestada e respeitar os requisitos valera como um prova testemunhal e caso não haja todos os requisitos de admissibilidade terá um valor que o juiz definir; deve a prova ser produzida perante o magistrado competente; a possibilidade do uso das provas irrepitíveis produzidas em inquérito policial, como exemplo a perícia de um cadáver que foi feito no inquérito policial e não pode ser utilizada novamente, quando a prova for produzida perante o tribunal do júri os jurados que darão o valor da prova que foi produzida, os jurados que iram analisar os fatos a hipótese da prova ser aceita e se ira ter um valor igual ao processo de origem, irão aceitar ou recusar a prova⁵⁷.

⁵⁵ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 402.

⁵⁶ TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 12 ed. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 644.

⁵⁷ TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 12 ed. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 646.

2.6 Provas em espécie

Ao falarmos das espécies de provas abordaremos o exame de corpo de delito e as perícias em geral. Há necessidade em estudar os meios de prova como a perícia para reconhecermos os meios que as provas poderão ser produzidas.

2.6.1 Prova Pericial

A perícia é imprescindível para o estudo das provas, sendo destacado o exame do corpo de delito, faz-se indispensáveis, pois fazem parte das infrações que deixam vestígios. O exame pericial por mais que seja indispensável pode ser suprido pela prova testemunhal em caráter extraordinário quando os vestígios houverem sumido tornando impossível a prova pericial⁵⁸. Segundo Fernando Capez⁵⁹:

O termo “perícia”, originário do latim *peritia* (habilidade especial), é um meio de prova que consiste em um exame elaborado por pessoa, em regra profissional, dotada de formação e conhecimentos técnicos específicos, acerca de fatos necessários ao deslinde da causa. Trata-se de um juízo de valoração científico, artístico, contábil, avaliatório ou técnico, exercido por especialista, com o propósito de prestar auxílio ao magistrado em questões fora de sua área de conhecimento profissional. Só pode recair sobre circunstâncias ou situações que tenham relevância para o processo, já que a prova não tem como objeto fatos inúteis.

A perícia é a prova que levará ao juiz fatos que dependem de conhecimentos específicos, ela é determinada pela autoridade policial na fase de inquérito, pois quando houver vestígios será feito o exame de corpo de delito, direto ou indireto, para levar ao processo fatos ocorridos na cena dos crimes por peritos. Antes que os vestígios deixados nas cenas dos crimes desapareçam, é preciso ser realizada a perícia, desta forma a perícia tem um caráter de urgência pelo princípio da imediatidade, para que a apuração dos fatos não sejam prejudicadas⁶⁰.

A perícia possui natureza jurídica de meio de prova, na qual tem uma valoração especial, está disposta no intermédio entra a prova e a sentença, também

⁵⁸ ROCHA, Francisco de Assis do Rêgo Monteiro. **Curso de Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 338.

⁵⁹ CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p.443.

⁶⁰ NOGUEIRA, Paulo Lúcio. **Curso Completo de Processo Penal**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1987. p. 94.

conhecida como prova crítica. Antes de ocorrer à reforma processual no âmbito penal, era necessário que a perícia fosse feita por dois peritos oficiais da justiça, e quando não fosse possível teria que ser feito por duas pessoas idôneas que tivessem disponibilidade, mas com a edição da Súmula 361 do STF é nula a perícia que for realizada por apenas um perito, em caso de um só perito assinar a nulidade da perícia vem a ser relativa, e com a Lei n. 11.690/2008 passou a ser exigidos dois peritos para os não oficiais e sendo os peritos oficiais basta apenas um. Aqui a arguição da nulidade relativa tem que ser feita em momento oportuno tendo a parte que demonstrar o prejuízo causado⁶¹.

Os peritos serão nomeados não podendo as partes intervir na decisão da autoridade competente, os peritos podem ser oficiais que servirão, mas não precisam prestar compromisso, pois faz parte de seu cargo, peritos não oficiais que são pessoas que tenham habilidades técnicas, seja essa habilidade por sua ciência ou experiência. Os não oficiais não podem se negar de servir quando solicitados, pois é um dever da pessoa auxiliar a justiça quando for necessário⁶².

O exame de corpo de delito é uma prova pericial, quem tem o objetivo de comprovar a materialidade do crime que deixa vestígios fazendo com que seja essencial o exame de corpo de delito. E nos crimes em que não restaram vestígios criminais, a materialidade pode ser comprovada por meios indiretos, fazendo com que seja dispensado o exame da perícia⁶³.

2.6.2 Prova Testemunhal

Na prova testemunhal, a testemunha é a pessoa que narra algum fato perante o juiz sobre o processo que litiga. O testemunho será dado de acordo com os sentidos da testemunha, assim sendo, a sua visão sendo algo que a testemunha viu e tem importância para o processo, à audição tendo escutado, por exemplo, alguma confissão ou até mesmo o paladar, olfato e o tato também sendo

⁶¹ CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 444.

⁶² NORONHA, Edgard Magalhães. **Curso de Direito Processual Penal**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 100.

⁶³ SILVA, Davi André Costa e; GIULIANI, Ricardo Henrique Alves. **Manual de Prática Penal: teoria e prática**. 10. ed. Porto Alegre: Verbo jurídico, 2018. p.199.

importantes para o conhecimento de algum fato. O depoimento é uma das provas mais antigas, mas deve ser analisado pelo magistrado com toda cautela, pois, tem que observar a idoneidade de quem está depondo e ao conteúdo⁶⁴.

Em regra toda pessoa pode ser testemunha não podendo se eximir da responsabilidade de depor quando solicitado, pois é um dever. No entanto a casos em que o depoimento não se faz necessário, que é quando for de ascendente, ou afim em linha reta, o cônjuge mesmo quando já não houver a união, ao pais, irmãos e filhos, mas deverão ser ouvidas quando o seu esclarecimento for necessário para entender o fato. O depoimento é dispensado quando a pessoa for doente, possuir deficiência mental ou possuírem menos de 14 (quatorze) anos. Também há pessoas que são proibidas de depor pelas suas funções, ministério, ofício ou profissão, em razão do exercício de suas atividades é imprescindível que guardem segredo, e só poderão depor com o consentimento do titular do segredo⁶⁵.

Há previsão legal de multa no artigo 453 do Código de Processo Penal, é crime de desobediência, para as testemunhas que não comparecerem para prestar seu depoimento sem qualquer justificção, mesmo tendo sido regularmente intimada. Primeiramente a testemunha deve ser conduzida coercitivamente, caso não compareça e não justifique, sendo indagada do motivo da falta, se não houver justificativa deve ser multada ou processada por desobediência. Existe muita divergência a respeito da validade dos depoimentos obtidos pelo polícia em flagrante, o ideal seria que sempre que possível antes de coletar o depoimento, convidasse uma pessoa estranha para presenciar a diligência, mas quando não for possível a prova não será descartada⁶⁶.

É dada a oportunidade ao acusado para confessar, negar ou manter silêncio diante do ocorrido ou até mesmo mentir (artigo 186 do Código de Processo Penal⁶⁷). No seu parágrafo único, acrescentado também pela referida lei, dispõe

⁶⁴ NORONHA, Edgard Magalhães. **Curso de Direito Processual Penal**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 115.

⁶⁵ NOGUEIRA, Paulo Lúcio. **Curso Completo de Processo Penal**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1987. p.104.

⁶⁶ NOGUEIRA, Paulo Lúcio. **Curso Completo de Processo Penal**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1987. p.105.

⁶⁷ Assim traz a redação do artigo 186: "Art. 186 Depois de devidamente qualificado e cientificado do inteiro teor da acusação, o acusado será informado pelo juiz, antes de iniciar o interrogatório, do seu direito de permanecer calado e de não responder perguntas que lhe forem

que: “O silêncio, que não importará em confissão, não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa”. Por mais que a mentira não seja ética não há sanção expressa para mentira, sendo assim, o silêncio não prejudicará a defesa do réu. Já o silêncio possui previsão legal para que não ocorra à injustiça do réu ser punido pelo seu silêncio, ao magistrado fica o dever de informar ao acusado do seu direito a se manter calado, não sendo necessário o mesmo produzir provas contra ele mesmo⁶⁸.

Acarretará nulidade do depoimento, caso o magistrado advirta a parte que o seu silêncio influenciará na sua decisão. Apenas a respeito do interrogatório do mérito será dado o direito de se calar quando tratar em relação à defesa, já a recusa de responder as perguntas de identificação que forem feitas ao acusado, e ele se negar a responder será caracterizado como intervenção penal e não direito ao silêncio⁶⁹.

2.6.3 Prova Documental

Prova documental é quando se pode extrair a existência de um fato através de um objeto, obtido em virtude de linguagem simbólica. Podendo ser composto pelo elemento físico e material, o físico, podendo ser documentos, mas não só papéis escritos e sim também fotografias, gravações magnéticas de som ou até mesmo dados do computador. Pra que tenha validade probatória é necessário que tenha autenticidade e a veracidade, ou seja, um material integro retratando a verdade⁷⁰.

A prova documental esta expressa no artigo 232 do Código de Processo Penal, quando ocorrer a suspeita de falsidade material do documento juntado ao processo, poderá ser requerido por qualquer parte o incidente de falsidade documental disposto no artigo 146 e seguinte do Código de Processo Penal, e o juiz poderá solicitar de ofício, documentos relativos a pontos importantes para o processo. Podendo os documentos ser juntados em qualquer fase do processo,

formuladas”. BRASIL. **Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 08/06/2020.

⁶⁸ CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 465.

⁶⁹ CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 465.

⁷⁰ GREGO FILHO, Vicente. **Manual de Processo Penal**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 126.

salvo o tribunal do júri que com exceção os documentos serão apreciados ou exibidos em plenário, precisando ser juntados três dias úteis antes⁷¹.

Os documentos ilícitos juntados ao processo não serão considerados pelos princípios constitucionais. O magistrado pode requerer de ofício ou a requerimento da parte os documentos, os documentos quando interessarem a terceiros podem ser extraídos para cópias e terá o mesmo valor, podendo também ser devolvido à parte que o juntou no processo, quando o documento for estrangeiro será designado pelo juiz um tradutor público ou pessoas designadas para traduzirem os documentos⁷².

3 Ilícitude probatória e as hipóteses de admissibilidade

No ordenamento jurídico é almejado a verdade real e o sistema do livre convencimento do juiz, nos levando ao princípio da liberdade probatória, dando uma maior liberdade probatória podendo ser admitido provas que não tem previsão expressa sendo chamadas de provas inominadas. Ocorre que esta liberdade probatória tem limites ao deparar-se com o princípio e com o artigo 155 do Código de Processo Penal⁷³.

O direito a prova, assim, como qualquer outro direito fundamental não possui uma natureza fundamental. Há outros direitos também protegidos constitucionalmente, a prova está sujeita limitações. Vive-se em um estado democrático de direito, a descoberta de um fato não pode ser feita a qualquer preço pelo fato de buscar uma verdade, mesmo que prejudique a fase processual em prol de um processo justo. As provas apresentadas no processo devem respeitar princípios e regras processuais⁷⁴.

⁷¹ SILVA, Davi André Costa e; GIULIANI, Ricardo Henrique Alves. **Manual de Prática Penal: teoria e prática**. 10. ed. Porto Alegre: Verbo jurídico, 2018. p. 208.

⁷² GREGO FILHO, Vicente. **Manual de Processo Penal**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 126.

⁷³ MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Processo Penal**. 3. Ed. São Paulo: Atlas S.A, 1994. p.252.

⁷⁴ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**. 4. Ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 828.

3.1 Princípios

Há princípios que norteiam o Código de Processo Penal, que acabam por reger a atividade probatória, são esses:

3.1.1 Princípio do *Nemo Tenetur Se Detegere*

O princípio do *nemo tenetur se detegere*, seria o direito de não precisar se auto incriminar, fazendo assim com que as provas abordadas no processo não precisem da cooperação do acusado. Este princípio faz com que o silêncio do acusado não se transforme em prova contra ele mesmo, haja vista que não é necessário produzir prova contra si mesmo, portanto, seja policial ou judicial as indagações feitas o silêncio não caracteriza uma confissão⁷⁵.

3.1.2 Princípio da Comunhão das Provas

Princípio da comunhão das provas vem a ser que a prova levada a juízo pode ser utilizada por qualquer uma das partes, portanto, documentos ou testemunhas levada por uma das partes a outra pode usufruir também por existir a comunhão das provas. Por isso que a testemunha arrolada por uma das partes pode vir a ser interrogada também pela outra parte, no entanto a desistência da prova interposta precisa da anuência da parte contrária, não podendo ter uma desistência unilateral. O consentimento da outra parte pode ser tácito, ou seja, o fato dela não se pronunciar a respeito da desistência pode ser aceito⁷⁶.

3.1.3 Princípio da Proibição da Utilização das Provas Ilícitas

No princípio da proibição da utilização das provas ilícitas, as provas devem respeitar o Estado Democrático de Direito, sendo inadmissíveis as provas

⁷⁵ SILVA, Davi André Costa e; GIULIANI, Ricardo Henrique Alves. **Manual de Prática Penal: teoria e prática**. 10. ed. Porto Alegre: Verbo jurídico, 2018. p.195.

⁷⁶ TORNAGHI, Hélio. **Curso de Processo Penal**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 1987. p. 268.

que forem contrárias e caso estas provas sejam expostas ao processo devem ser desentranhadas para não contaminarem o processo com a ilegalidade⁷⁷.

3.1.4 Princípio da Oralidade

O Princípio da oralidade vem a ser que sempre que possível às provas apresentadas devem ter um caráter oral, mas este princípio não teve grande relevância no nosso ordenamento jurídico pois vai de encontro à celeridade processual⁷⁸.

3.1.5 Princípio da Publicidade

O princípio da publicidade garante que o processo possa ser analisado não apenas pelas partes envolvidas, fazendo com que as provas dos processos possam ser produzidas publicamente, permitindo um maior controle dos cidadãos. No entanto, quando o interesse público ou a autotutela da intimidade exigir o processo terá que tramitar em segredo de justiça conforme o artigo 5º, inciso LX da Constituição Federal^{79,80}.

Há exceções no Código de Processo Penal ao princípio da publicidade ampla: o juiz poderá determinar o segredo de justiça para tutelar à honra, a vida privada ou a imagem, entre outros, de dados que constam no processo a respeito da vítima tutelada artigo 201, parágrafo 6. Sempre que puder resultar em escândalo, perturbação da ordem ou inconveniente grave, o juiz ou o tribunal poderá requerer de ofício que determinados atos sejam realizados com restrição de pessoas e com segredo de justiça artigo 792, parágrafo 1º. Temos também como exceção o Código

⁷⁷ SILVA, Davi André Costa e; GIULIANI, Ricardo Henrique Alves. **Manual de Prática Penal: teoria e prática**. 10. ed. Porto Alegre: Verbo jurídico, 2018. p.195.

⁷⁸ ROCHA, Francisco de Assis do Rêgo Monteiro. **Curso de Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 336.

⁷⁹ Assim traz a redação do artigo 5º, inciso LX: “Art. 5º (...) LX a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem”. BRASIL.

Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 06/04/2020.

⁸⁰ REIS, Alexandre Cebrian Araújo; RIOS, Victor Eduardo; LENZA; Pedro (Coord.). **Direito Processual Penal Esquematizado**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 318.

Penal que diz que os crimes contra a dignidade sexual tramitarão em segredo de justiça de acordo com o artigo 234-B do Código Penal⁸¹.

3.1.6 Princípio da Identidade Física do Juiz

O princípio da identidade física do juiz, este principio faz com que a prova levada ao processo tenha mais relevância, pois o mesmo juiz que esteve no processo na fase instrutória, que ouviu as testemunhas e apreciou cada prova apresentada, será o mesmo que terá que proferir a sentença, fazendo com que ocorra um contato imediato das provas apresentadas com o juiz, assim dito no artigo 399, parágrafo 2º do Código de Processo Penal. Esta regra só não será mantida se estiver embasada no artigo 132 do Código de Processo Penal, que se o juiz estiver convocado, licenciado, afastado por qualquer motivo, promovido ou aposentado ele não fará a sentença do processo⁸².

3.1.7 Princípio da Auto Responsabilidade

O princípio da auto responsabilidade das partes faz com que as se tenha um compromisso maior com a apresentação das provas, devendo as partes se responsabilizar pelas provas apresentadas, a não apresentação das provas seja por erro, negligência ou inatividade acarretará em consequência processuais. Sendo assim, se não houver provas comprovando o delito, acarretará na absolvição do acusado por falta de provas para comprovar a acusação⁸³.

3.1.8 Princípio da Liberdade Probatória

O princípio da liberdade probatória, por conta das necessidades que o processo penal requer, de um lado temos o interesse da sociedade onde temos o *ius libertatis*, onde se quer o pleno gozo de seus direitos fundamentais, e do outro lado

⁸¹ REIS, Alexandre Cebrian Araújo; RIOS, Victor Eduardo; LENZA; Pedro (Coord.). **Direito Processual Penal Esquematizado**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 318.

⁸² SILVA, Davi André Costa e; GIULIANI, Ricardo Henrique Alves. **Manual de Prática Penal: teoria e prática**. 10. ed. Porto Alegre: Verbo jurídico, 2018. p.196.

⁸³ SILVA, Davi André Costa e; GIULIANI, Ricardo Henrique Alves. **Manual de Prática Penal: teoria e prática**. 10. ed. Porto Alegre: Verbo jurídico, 2018. p.196.

temos o interesse estatal exercendo o *jus puniendi*, onde são tutelados os bens jurídicos protegidos pelas normas penais. É adotado pelo processo penal a mais ampla liberdade probatória, existe no processo penal uma liberdade bem maior que no processo civil⁸⁴. Assim traz a redação do artigo 155 do Código de Processo Penal a respeito da liberdade probatória⁸⁵:

Artigo 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.

A liberdade probatória quanto ao momento da prova se diz que as provas podem ser produzidas a qualquer momento, mas há exceções como no caso de testemunha, as testemunhas devem ser arroladas no processo na peça acusatória para assim ocorrer à preclusão temporal. Como o processo penal busca a verdade dos fatos, o juiz pode produzir provas de ofício, então mesmo que as partes tenham se esquecido de arrolar as testemunhas o juiz pode determinar a oitiva de testemunhas por ofício⁸⁶.

3.1.9 Princípio do Contraditório

O princípio do contraditório gera a bilateralidade processual, sendo assim as partes são colaboradoras necessárias do processo. O juiz faz o papel de fazer jus ao direito preexistente, se uma parte for ouvida deve ser dado prazo para a outra se manifestar, não cabendo ao juiz interferir emocionalmente e sim cumprindo o que diz a lei e se certificando de que ambas as partes serão ouvidas. As partes litigantes do processo possuem o direito de produzir suas provas e sustentar suas razões, mas também possuem o direito de que as provas que foram apresentadas sejam apreciadas e valoradas pelo órgão jurisdicional⁸⁷. De acordo com o artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal, aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e

⁸⁴ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. 4. Ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 869.

⁸⁵ BRASIL. **Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 08/06/2020.

⁸⁶ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. 4. Ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 869.

⁸⁷ CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p.97.

aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes⁸⁸.

A ciência bilateral compreende o núcleo fundamental do contraditório, devendo ambas as partes e não somente a defesa a prática de defender seu ponto de vista sendo esse o motivo da expressão doutrinária “audiência bilateral”. São dois os elementos do contraditório, o direito a informação e o direito de participação, o direito a informação funciona como consectário lógico do contraditório, ou seja uma parte não pode participar de um processo sem que seja dadas as devidas informações processuais, pois a parte adversária não podendo contraditar o processo não seria justo. Derivando também do contraditório o direito a participação compreende as partes do processo pode ter reação e manifestação à pretensão da parte contrária⁸⁹.

As partes sabem dos atos processuais através da citação, intimação ou notificação, quando é instaurado um processo a parte acusada tem ciência do processo que foi instaurado para acusá-la de algo através de uma citação, a parte é intimada quando precisa fazer ou deixar de fazer algo dentro do processo podendo ser para qualquer parte no processo, a importância do contraditório teve mais relevância com a reforma do Código de Processo Penal, onde o livre convencimento do juiz é limitado na apreciação das provas, fazendo assim com que provas de inquéritos não bastem para apenas elas justificarem uma condenação, devendo essas provas do inquérito ser confirmadas em sede processual através do contraditório⁹⁰.

3.1.10 Princípio da Ampla Defesa

O princípio da ampla defesa também está configurado no artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal, este princípio se baseia na ótica que privilegia os interesses do acusado, dando a ele a ampla defesa como um direito, sob o enfoque publicístico esse princípio é visto como de garantia e não direito. A ampla defesa e o

⁸⁸ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 06/04/2020.

⁸⁹ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. 4. Ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 26.

⁹⁰ CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p.98.

contraditório estão ligados diretamente, a ampla defesa garante com que possa ser feito o contraditório, a reação é uma característica da ampla defesa. Apesar de que quando se fala em ampla defesa se fala em contraditório os dois não se confundem, com o princípio do devido processo legal é preciso que se tenha uma parte acusando e a outra sendo acusada, uma das partes em posição de defesa, ampla defesa, e a outra contrapondo os termos da outra parte, por isso que tendem a concluir que uma deriva da outra⁹¹.

A defesa pode ser dividida em defesa técnica ou autodefesa que é material ou genérica, essa autodefesa é realizada pela própria imputada estando essa no âmbito de conveniência do réu que pode optar por permanecer calado, a autodefesa ainda possui subdivisões sendo o direito de audiência, e o direito de presença. A defesa técnica deve ser feita por um profissional habilitado com caráter obrigatório. No processo penal a falta de defesa configura nulidade absoluta, por isso, o Código prevê a necessidade de nomeação de defensor e para o oferecimento da resposta a acusação⁹².

Nesse princípio também nasce à obrigatoriedade de se observar a ordem natural do processo, fazendo com que a defesa se manifeste sempre em primeiro lugar, fazendo com que o Ministério Público se manifeste sempre depois em qualquer que seja a situação com exceção nas contrarrazões, sustentação oral ou de manifestação dos procuradores de justiça em segunda instância. O Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos garantem que toda pessoa acusada de infração penal tem o direito de um defensor constituído ou nomeado pela justiça, e de se defender pessoalmente na falta de recursos suficientes. Cabe ressaltar que no procedimento do júri, após o oferecimento da inicial já fica autorizado à oitiva do Ministério Público, não havendo previsão legal para a replica⁹³.

⁹¹ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. 4. Ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 29.

⁹² TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 12 ed. Salvador: JusPodivm. 2017. p. 78.

⁹³ CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p.99.

3.2 Prova Ilícita e Ilegítima

A Constituição da República Federativa do Brasil trata das provas obtidas por meio ilícito no artigo 5º, inciso LVI, onde está expresso com clareza que são inadmissíveis provas obtidas por meios ilícitos⁹⁴. A negação da prova ilícita serve para tutelar alguns valores, tais como o direito à intimidade, à privacidade, à imagem e a inviolabilidade de domicílio⁹⁵, direitos esses descritos em nossa Constituição Federal, no artigo 5º, incisos X e XI⁹⁶.

Não são admissíveis as provas que atentem contra a moralidade ou a dignidade da pessoa humana, tendo em vista os princípios constitucionais e de Direito Material. Por essa razão, mantêm-se no rol das não aceitas as provas obtidas por meio de tortura, captação clandestina de conversa telefônica, microfones para capturar conversas íntimas, diário com informações pessoais, hipnose e narcoanálise⁹⁷.

Dentre as provas obtidas por meios ilícitos – que acabam por violar o direito à privacidade – tem-se a gravação clandestina, o sigilo bancário e a interceptação telefônica. A interceptação ambiental se caracteriza por ser aquela que é gravada no ambiente e é desconhecida por um ou por todos e que pode ser colhida com aparelhos eletrônicos, eletromagnéticos, mecânicos ou através de outros meios a conversa de alguém⁹⁸.

⁹⁴ Assim traz a redação no artigo 5º, inciso LVI: “Art. 5º. LVI São inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 01/06/2018.

⁹⁵ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 19. ed. São Paulo: Atlas S.A, 2015, p. 345.

⁹⁶ Assim traz a redação do artigo 5º, inciso X e XI: “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: X são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; XI a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial”. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 01/06/2018.

⁹⁷ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 567.

⁹⁸ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 19. ed. São Paulo: Atlas S.A, 2015. p. 347.

Cabe aqui também salientar que a gravação clandestina é ilícita apenas se realizada por terceiros, e não quando feita por um dos interlocutores sem o conhecimento do outro. Se um dos interlocutores a fizer, a ilicitude não ocorrerá no fato da gravação, mas apenas nos casos em que a conversa for disponibilizada a terceiros, já que desta forma a intimidade do interessado será afetada. Já a gravação realizada por terceiros, bem como a escuta da conversa sem uma prévia autorização, é ilícita desde o princípio, haja vista que o assunto não lhe diz respeito⁹⁹.

A interceptação telefônica e de dados também pode ser uma prova ilícita dada pela invasão de privacidade, e o meio utilizado para tal é o grampeamento ou através de um gravador. Entende-se por interceptação o grampeamento de uma conversa sem a anuência dos interlocutores ou com a anuência de apenas um deles¹⁰⁰.

No sigilo bancário, há uma flexibilização ao direito da privacidade ou intimidade, pelo fato de algumas legislações autorizarem a quebra deste há algumas autoridades públicas sem a autorização judicial. Neste caso, se faz necessário um processo administrativo ou um procedimento fiscal em curso¹⁰¹.

Não há mais o embate entre o direito natural e o positivo, já que está expressamente exposto em nosso ordenamento que não são admitidas as provas ilícitas, tão pouco as derivadas destas. Por tanto, as contradições que ainda ocorrem são somente entre a normatividade e a efetividade dos direitos¹⁰².

É importante salientar que, mesmo tendo-se o domínio acerca dos direitos e garantias fundamentais, ao se instituir como direito e garantia fundamental a inadmissibilidade das provas ilícitas, limita-se o uso destas e acaba-se por ir de

⁹⁹ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 19. ed. São Paulo: Atlas S.A, 2015. p. 348.

¹⁰⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As Nulidades no Processo Penal**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 173.

¹⁰¹ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 19. ed. São Paulo: Atlas S.A, 2015.

¹⁰² RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 10. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 422.

encontro com o princípio da liberdade da prova, em que o juiz é livre nas investigações dos fatos¹⁰³.

A prova é assegurada pelo princípio do devido processo legal, da verdade real e do contraditório, em que se pode ter um amplo leque de provas e, ao não concordar com estas, confirma-se o contrário das provas já produzidas¹⁰⁴. No entanto, como o Estado é Democrático e de Direito, e não opressor, não se pode violar a dignidade da pessoa humana admitindo provas obtidas por meios ilegais¹⁰⁵.

Por mais que não esteja expresso em nossa constituição baseado no italiano Pietro Nuvolone a doutrina nacional fez a distinção de prova ilícita para a prova ilegítima, sendo que deve a prova ilegal ser como gênero e a prova obtida por meio ilícito e por meio ilegítimo ser considerado espécie do gênero das provas ilegais. Existe a prova ilegítima quando for violada uma norma de cunho processual, tendo como exemplo em uma audiência de instrução o juiz solicita a vítima que reconheça o autor do crime, tendo a vítima que olhar para trás e apontar o acusado violando o princípio disposto no artigo 226 do Código de Processo Penal, sendo assim a prova foi obtida violando um princípio processual o que torna a prova ilegítima¹⁰⁶.

A produção da prova ilegítima será feita no decorrer do processo sendo essa prova de caráter intraprocessual, sendo esta intraprocessual, pois, por exemplo, uma das partes do processo apresenta um objeto na hora da audiência como prova, mas ocorre que esta parte não respeitou o artigo 479 do Código de Processo Penal onde informa que as partes devem juntar as provas com três dias úteis de antecedência, tornando a prova ilegítima. Ainda possui doutrinadores que defendem que a simultaneidade da prova ilícita e ilegítima, ou seja, provas obtidas mediante ilicitude iram desrespeitar a norma material e processual. Com a Lei n. 11.690/2008¹⁰⁷ e o artigo 157 do Código de Processo Penal o legislador definiu a

¹⁰³ RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 10. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 423.

¹⁰⁴ RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 10. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 423.

¹⁰⁵ RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 10. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 424.

¹⁰⁶ Nesse sentido LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. 4. Ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 830.

¹⁰⁷ BRASIL. **Lei nº 11.690, de 9 de junho de 2008**. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, relativos à prova, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11690.htm>. Acesso em: 09/06/2020.

vedação das provas ilícitas e por um equívoco o legislador definiu a prova ilícita sendo tanto ilícita de direito material e processual, por esse silêncio da lei que a ilegitimidade das provas tem pontos de vista controversos pelos doutrinadores¹⁰⁸.

Pode ser vedada tanto a prova ilícita quanto a ilegítima, a distinção entre elas é que a primeira se dá quando ocorre uma violação ao direito material, como obter prova processual mediante tortura, violação de domicílio, entre outras, já a segunda está relacionada com a violação do direito processual, citando como exemplo, a violação exposta no artigo 207 combinado com os artigos 210, 226 e parágrafo 2º do artigo 243, todos do Código de Processo Penal¹⁰⁹. Aury Lopes Junior pontua em sua obra, conforme o artigo 5º da Constituição Federal as provas ilícitas¹¹⁰:

- a) Direito de intimidade (inciso X);
- b) Inviolabilidade do domicílio (inciso XI);
- c) Inviolabilidade do sigilo da correspondência e das telecomunicações (inciso XII);
- d) Além da genérica inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos (LVI).

Já as provas irregulares estabelecem referência às que foram obtidas corretamente por meios lícitos, mas que, para sua validade, se faria necessária algum tipo de formalidade que não foi cumprida. Sendo necessária uma formalidade processual para a prova poder ser usufruída, pois não basta apenas ser obtida lícitamente também é necessário seguir a formalidade da lei¹¹¹.

Para os que fazem uma leitura rígida da nossa Constituição é absolutamente inadmissível a prova ilícita, mediante o artigo 5º, inciso LVI que diz “inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”. Acabando por ignorar as teorias e princípios que fazem com que mesmo que ilícita a prova possa vir a ser utilizada, se atendo apenas ao artigo taxativo da lei que dispõe da sua ilicitude¹¹².

¹⁰⁸ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. 4. Ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 832.

¹⁰⁹ RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 10. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 425.

¹¹⁰ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 592.

¹¹¹ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 425.

¹¹² LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 595.

Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho e Antonio Scarance Fernandes ainda ponderam sobre as provas ilícitas que “por mais relevantes que sejam os fatos por ela apurados, uma vez que se submetesse ela ao conceito de inconstitucionalidade, deveria ser banida”. Devendo as provas ser desentranhadas do processo independentemente de demais apreciações que poderiam vir a ser expostas¹¹³.

As provas que foram obtidas em fase de inquérito policial que não possuíram o contraditório, quando forem ser utilizadas em fase processual terão a oportunidade de serem contraditadas, tendo essas provas à diferença em provas pré-constituídas e as constituídas. Quando uma prova pré-constituída for de fonte real poderá ser utilizada pelo magistrado ao formular sua decisão, podendo ser essas provas recibos, cartas entre outras provas que tenham sido colhidas na fase do inquérito policial, essas provas não exigirão o contraditório tendo em vista que não ocorre o contraditório no momento do inquérito policial¹¹⁴.

Os documentos obtidos na fase do inquérito não precisam ser submetidos ao contraditório, mas ao serão usufruído na fase processual para a aceitação dos documentos é necessário o contraditório e ampla defesa, o juiz pode justificar sua sentença em documentos que foram adquiridos na fase do inquérito. Já na fase constituinte quando decorre de fontes pessoais e tem por obrigatório o contraditório das partes, essas provas não poderão ser colhidas na fase de inquérito por não possuir contraditório, tornando inviável na utilização das sentenças, como exemplo, a oitiva de testemunhas, quando as testemunhas são ouvidas no inquérito não possuem contraditório¹¹⁵. A prova pré-constituída e a constituída, respeitando o princípio do contraditório refere-se ao artigo 155 do Código de Processo Penal que aduz¹¹⁶:

¹¹³ GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As Nulidades no Processo Penal**. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 120.

¹¹⁴ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 425

¹¹⁵ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 426.

¹¹⁶ BRASIL. **Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 08/06/2020.

Artigo 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.

Parágrafo único. Somente quanto ao estado das pessoas serão observadas as restrições estabelecidas na lei civil.

A discussão que ocorre pela aceitação ou não tanto da prova ilícita quando da ilegítima é a respeito da busca da verdade, na visão dos direitos e garantias fundamentais, o ponto de vista ético processual mesmo que prejudique as normas processuais e prevalecendo a verdade que é o que se almeja. Muito doutrinadores pensam para a verdade real buscando o princípio da investigação da verdade mesmo que seja findado em meios ilícitos. Com o decorrer dos anos passou a reconhecer que a ilicitude probatória não poderia de forma alguma influência no convencimento do magistrado e caso houvesse provas ilícitas no processo essas teriam que ser excluídas através de desentranhamento processual¹¹⁷.

3.3 Prova Ilícita por Derivação

Dentre os meios das provas obtidas através da ilicitude temos a prova ilícita por derivação. A prova ilícita por derivação que consiste a teoria dos da árvore envenenada, esta disposta no artigo 157, caput, parágrafo 1º do Código de Processo Penal, que alude¹¹⁸:

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

Parágrafo 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.

A prova por derivação vem a ser a que por si só é lícita, mas que somente é obtida por intermédio de algum instrumento ilícito, tendo como exemplo quando em uma busca encontra-se um cadáver. Trata-se de uma prova lícita neste caso, contudo, para que se identificasse o motivo do corpo estar naquele local fez-se

¹¹⁷ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. 4. Ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 833.

¹¹⁸ BRASIL. **Decreto Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>>. Acesso em: 01/06/2020.

necessário uma confissão ilícita, conhecida como frutos da árvore envenenada¹¹⁹. A Teoria dos frutos da árvore envenenada é descrita por Lúcio Santoro de Constantino da seguinte maneira¹²⁰:

Com a nova redação dada pela Lei nº 11.690/08, o artigo 157 do CPP preceitua que são inadmissíveis as provas ilícitas. Por sua vez, o parágrafo primeiro firma a inadmissibilidade das provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando puderem ser obtidas por fonte independente.

Nessa esteira, com a expressão inglesa *fruits of the poisonous tree*, da teoria norte-americana, se busca revelar que a vicissitude da árvore atinge os frutos, razão que restarão estes prejudicados quando aquela for maculada. Ora, se a prova original é ilícita, a prova derivada dela, outrossim, será ilegal.

Essa teoria, também chamada de *fruit of the poisonous tree* ou *fruit doctrine* começou a ser utilizada nos Estados Unidos em 1914, e nos estados por Imperativo Constitucional desde 1961¹²¹. Para Aury Lopes Junior, existem algumas regras a respeito da prova por derivação¹²²:

- a) Inadmissibilidade da prova derivada (princípio da contaminação);
- b) Não há contaminação quando não ficar evidenciado o nexo de causalidade;
- c) Não há contaminação quando na prova puder ser obtida por uma fonte independente daquela ilícita;
- d) Desentranhamento e inutilização da prova considerada ilícita.

Cabe salientar que as provas ilícitas serão nulas no processo judicial e as demais provas que derivarem desta ilicitude também. A Suprema Corte Norte Americana que reconheceu a prova ilícita por derivação através da teoria dos frutos da árvore (*fruits of the poisonous tree*) envenenada, onde fala que um fruto ruim contamina toda a árvore. No Brasil a prova ilícita por derivação é inadmissível tanto quanto a prova ilícita, assim é para nosso sistema constitucional, pois a ilicitude se transmite para prova derivada, não importando que seja apenas derivada da

¹¹⁹ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 207.

¹²⁰ CONSTANTINO, Lúcio Santoro de. **Nulidades no Processo Penal**. 5. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2008. p. 304.

¹²¹ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 573.

¹²² LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 599.

ilicitude, sendo a prova ilícita por derivação será desentranhada do processo também¹²³.

A ilicitude no Processo Penal não é algo inflexível, nem todas as provas ilícitas são descartadas tem casos em que a aceitação da prova é mais relevante do que o fato dela ser ilícita, assim faz se necessário saber qual princípio tutelar em cada caso, dependendo do caso em que esteja sendo analisado o magistrado pode admitir a prova ilícita e a sua derivação, para tutelar um bem maior, como no caso de uma condenação injusta. Quando houver colisão com um direito fundamental devem prevalecer os direitos fundamentais, sendo assim a proteção à vida, o direito a liberdade terá mais relevância que o direito a intimidade, como em casos de interceptação telefônica¹²⁴.

Foi através do artigo 157, parágrafo 1º da Lei n. 11.690/2008¹²⁵ que a teoria dos frutos da árvore envenenada passou a vigorar no Código de Processo Penal. Com o desenvolvimento norte-americano aliado a teoria dos frutos da árvore envenenada e a exclusão das provas ilícitas, houve a flexibilização da rigidez dessa norma com a teoria da fonte independente, teoria da descoberta inevitável, limitação da mancha purgada, exceção da boa-fé, teoria do risco, limitação da destruição da mentira do imputado, doutrina da visão aberta, teoria do encontro fortuito¹²⁶.

3.4 Ilicitude Probatória no Ordenamento Jurídico

No passado, houve a dúvida a respeito da aceitação ou não das provas ilícitas tanto no Direito Civil como no Direito Penal podendo ser aceita até a Constituição Federal de 1988, esta que deixou expressa em seu artigo 5º, inciso

¹²³ CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p.403.

¹²⁴ CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p.404.

¹²⁵ Assim traz a redação do artigo 157, parágrafo 1º: “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”. BRASIL. **Lei n. 11.690, de 9 de junho de 2008**. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, relativos à prova, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11690.htm>. Acesso em: 09 jun.2020.

¹²⁶ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. 4. Ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 839.

LVI¹²⁷ que não são mais aceitas em nosso ordenamento provas advindas da ilicitude¹²⁸. Antes da Constituição de 1988 ocorria a punição do agente que tivesse agido contrário a lei para a obtenção da prova ilícita, mas esta não era descartada¹²⁹.

Vários foram os sistemas utilizados para a apreciação e obtenção das provas, foi primeiramente usado um sistema ético onde as pessoas eram julgadas pelas suas aparências e com o flagrante delito era a principal forma de se provar julgas alguém. Logo após o sistema religioso passou a fazer parte do processo penal, onde o julgamento divino era o que bastava onde ocorreu a época das ordálias, houve também o sistema legal onde a confissão era tida como a “rainha das provas” e a tortura era liberada para a obtenção de provas¹³⁰.

O sistema da prova legal evolui para persuasão racional, aqui o juiz já precisa fundamentar suas decisões demonstrando as provas que legavam ao seu convencimento, esse sistema mantém a liberdade do juiz e o vincula ao material probatório. Aqui as provas não tem um valor específico, as provas serão avaliadas conforme o contexto em que elas estiverem, o juiz precisa se ater aos fatos do processo para o seu convencimento. No sistema da persuasão racional o juiz deve apresentar suas razões tendo uma obrigação de fundamentar¹³¹.

A história da prova reflete a evolução do homem, ao longo dos anos nossas leis foram respeitando cada vez mais os direitos humanos, com o Código de Processo Penal é possível ver a evolução cultural e comportamental da sociedade, as mudanças e avanços surgiram com Cesare Beccaria falando sobre os direitos e as garantias processuais¹³².

¹²⁷ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 06/04/2020.

¹²⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As Nulidades no Processo Penal**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 136.

¹²⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As Nulidades no Processo Penal**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 137.

¹³⁰ ROCHA, Francisco de Assis do Rêgo Monteiro. **Curso de Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 318.

¹³¹ GREGO FILHO, Vicente. **Manual de Processo Penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 214.

¹³² Nesse sentido ROCHA, Francisco de Assis do Rêgo Monteiro. **Curso de Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 319.

O processo penal ao longo dos anos possuiu na sua estrutura o sistema inquisitorial, acusatório e o misto. Uma das funções principais do Código de Processo Penal é garantir que não ocorra o árbitro estatal, a forma do processo penal deve seguir os moldes da constituição¹³³.

O sistema acusatório tem origem do direito grego, nesse sistema o povo tem participação direta da acusação e com o julgador. As características desse sistema são: a) os juízes não se envolviam diretamente com provas ou com as partes; b) o órgão julgador e acusador não são o mesmo que fara a junção de julgar; c) a iniciativa de provas deve ser das partes do processo; d) juiz imparcial; e) o acusador precisa ser legítimo e idôneo não podendo fazer denúncias anônimas ou processar; f) a acusação precisa ser por escrito e indicar as provas cabíveis, g) respeita o princípio do contraditório e ampla defesa; h) possui procedimento oral; e i) julgamentos públicos¹³⁴.

O sistema acusatório é o adotado pelo Brasil nos moldes da Constituição Federal de 1988, o Ministério Público é quem promove a ação penal, esse sistema é regido pelo contraditório e ampla defesa e o juiz imparcial. As provas sem dúvida é uma das grandes diferenças entre o sistema inquisitorial para o acusatório, sendo pelo fato de o juiz não possuir a gestão das provas ou pela forma que as provas eram coletadas¹³⁵.

Na aplicação do sistema inquisitorial, o órgão acusatório é também o órgão julgador, isto é, o poder de acusar e julgar se encontra na mesma pessoa, estabelecendo grande concentração de poder¹³⁶. Neste sistema inquisitorial, poderia haver tortura e demais violações contra a dignidade da pessoa humana para a obtenção de provas. Já nos dias atuais, conforme norma expressa do Código de Processo Penal, toda a prova obtida ilicitamente deve ser desentranhada do processo¹³⁷.

¹³³ TÁVORA, Nestor; Rosmar Rodrigues Alencar. **Curso de direito processual penal**. 12 ed. Salvador: JusPodivm. 2017. p. 54.

¹³⁴ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 65.

¹³⁵ TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 12 ed. Salvador: JusPodivm. 2017. p. 55.

¹³⁶ GREGO FILHO, Vicente. **Manual de Processo Penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 73.

¹³⁷ NOGUEIRA, Paulo Lúcio. **Curso Completo de Processo Penal**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1987. p. 93.

Ao longo da história, vários foram os sistemas usados para apreciação das provas. Primitivamente, o sistema ético (pagão), em que a apreciação das provas era deixada ao sabor das impressões pessoais, e o flagrante delito era a forma típica do processo penal; depois veio o sistema religioso, em que era invocado o julgamento divino, e foi a época das ordálias, dos duelos judiciários e dos juízos de Deus; o sistema sentimental ou da íntima convicção, em que o julgamento fica a critério da consciência¹³⁸.

Contudo os sistemas de maior relevância são os da verdade legal e o da verdade real. Na verdade real o juiz tem o livre convencimento, não fica preso a critérios valorativos, mas por mais que o magistrado tenha livre campo valorativo há restrições pertinentes a algumas provas, como a hipnose para obter a confissão não pode ser utilizada, o detector de mentiras também não pode ser admitido, pois vai contra a liberdade e a parte acusada não é obrigada a produzir prova contra ela mesma. A verdade legal seria a hierarquia entre as provas apresentadas em juízo, sendo assim uma confissão tem mais valor que o depoimento de apenas uma testemunha¹³⁹.

Para chegar ao seu convencimento o magistrado não pode justificar sua escolha amparada em casos externos ao do processo, ou justificar sua sentença a partir de fantasias ou sentimentos. Mesmo o juiz tendo o livre convencimento não quer dizer que ele não precise justificar sua decisão, seu convencimento não pode vir de um mero arbítrio¹⁴⁰.

¹³⁸ NOGUEIRA, Paulo Lúcio. **Curso Completo de Processo Penal**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1987. p. 93.

¹³⁹ NOGUEIRA, Paulo Lúcio. **Curso Completo de Processo Penal**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1987. p. 93.

¹⁴⁰ NORONHA, Edgard Magalhães. **Curso de Direito Processual Penal**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 92.

4 As hipóteses de admissibilidade das provas ilícitas no processo penal brasileiro

No ordenamento jurídico brasileiro tem-se que, em regra, não se admitem provas ilícitas conforme o artigo 5º, inciso LVI¹⁴¹ da Constituição Federal, contudo em 2008 houve uma reforma no Código de Processo Penal que acabou abrandando a ilicitude probatória que foi a redação dada pela Lei n. 11.690/2008, lei esta que deu vida aos parágrafos do artigo 157 do Código de Processo Penal, dando exceções expressamente previstas em lei, no parágrafo 1º do artigo 157 do Código de Processo Penal¹⁴², prevê as hipóteses em que as provas ilícitas podem vir a ser admitidas por algumas teorias dispostas no seu parágrafo, como a prova ilícita por derivação que pode ser usada através da teoria do nexo causal e a teoria da fonte independente, ambos dispostas no paragrafo 1º do Código de Processo Penal¹⁴³.

Podem também ser admitidas provas ilícitas através de teorias e princípios como a Teoria da Descoberta Inevitável que é o fato de descobrir uma prova através da ilicitude, mas seria inevitável essa descoberta, se não fosse por esse meio seria outro para obter-se a prova. O princípio da proporcionalidade que faz com que seja avaliado se a prova por mais que ilícita seria de suma importância para o processo acabando que seja relativizado o fato de ser ilícita. Se for está única prova ilícita que pode beneficiar o réu ela pode ser usufruída pelo princípio *pro reo*, e, por intermédio desses meios seria capaz de utilizar as provas ilícitas¹⁴⁴.

Há situações no direito processual penal que afastam a ilicitude da prova fazendo assim com que ela possa ser aproveitada, a exclusão da ilicitude se dá pela presença de fatos ou circunstâncias que afastam a ilicitude da ação¹⁴⁵. É a teoria

¹⁴¹ Assim traz a redação do artigo 5º, inciso LVI: “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 11/11/2019.

¹⁴² Assim traz a redação do artigo 157, parágrafo 1º: “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”. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008). BRASIL. **Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 11/11/2019.

¹⁴³ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 369.

¹⁴⁴ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 369.

¹⁴⁵ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 369.

que relativiza tirando a rigidez da negativa da prova ilícita, em que podemos analisar exceções e acatar as provas ilícitas, como o abrandamento da rigidez *pro reo*, fazendo com que, no caso do acusado utilizar meio ilícito para obter uma prova, esta seja apreciada com base no princípio da legítima defesa¹⁴⁶. Segundo Aury Lopes Junior¹⁴⁷:

Nesse caso, a prova ilícita poderia ser admitida e valorada apenas quando se revelasse a favor do réu. Trata-se da proporcionalidade *pro reo*, em que a ponderação entre o direito de liberdade de um inocente prevalece sobre um eventual direito sacrificado na obtenção da prova (dessa inocência).

Há diversos doutrinadores que versam sobre o princípio e as teorias a respeito da ilicitude das provas. Os excludentes da ilicitude advêm de fatos em que podemos cometer alguns delitos, mas que são justificados afastando-se a ilicitude do fato¹⁴⁸. Nesse sentido, o Código Penal Brasileiro prevê em seu artigo 23 os casos que excluem a ilicitude de alguns atos praticados¹⁴⁹. Posto isso, no caso de algum delito ser cometido, e ter-se a intenção de provar a inocência do responsável ou de outrem, as causas que justificam a ilicitude farão com que a prova possa ser utilizada no processo¹⁵⁰.

A aceitação das provas tem um caráter de garantia individual protetivo em face do estado, mesmo que a prova advenha de infringências de direitos seus ou de terceiros, o entendimento nacional e estrangeiro é que a prova ilícita possa ser usada para beneficiar o acusado. A prova ilícita pode ser produzida pelo próprio interessado como na gravação de uma conversa telefônica sob uma extorsão. Cabe salientar que quando o acusado consente na violação de seus direitos

¹⁴⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As Nulidades no Processo Penal**. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 129.

¹⁴⁷ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 427.

¹⁴⁸ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 370.

¹⁴⁹ Assim traz a redação do artigo 23: “Art. 23. Não há crime quando o agente pratica o fato: I - em estado de necessidade; II - em legítima defesa; III - em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito; Parágrafo único - O agente, em qualquer das hipóteses deste artigo, responderá pelo excesso doloso ou culposo”. BRASIL. **Decreto Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>>. Acesso em: 25/10/2019.

¹⁵⁰ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 19. ed. São Paulo: Atlas S.A, 2015, p. 370.

expressamente constitucionais ou ministrados por uma legislação ordinária, a prova ilícita pode ser admitida se advir de bens ou direitos disponíveis.¹⁵¹

Destarte, a prova derivada da ilicitude poderá ser admitida nos casos em que não houver nexos de causalidade, ou seja, quando puderem ser obtidas por fonte independente e *pro reo*. Nexos de causalidade. Se não é manifesta a vinculação causal entre a prova obtida com a ilegal anterior. Fonte independente. É a prova que se basta por si mesma, isto é, ela é independente mesmo que advenha da prova principal¹⁵². Também denominada Prova Separada, ou seja, mesmo sendo-a conectada com a prova ilícita, ela poderia ter sido conseguida de algum outro modo, portanto precisa ser apreciada e não provoca a exclusão da prova que as provas ilícitas trazem¹⁵³.

Admissão da prova ilegal em favor da defesa. Como o acusado tem direito a ampla defesa, consoante ao artigo 5º, inciso LV¹⁵⁴ da Constituição Federal, se a prova ilegal for o único meio pelo qual ele tem de se defender, poderá usar-se da ilicitude. Também se encontra amparado pelo estado de inocência, segundo o artigo 5º, inciso LVII¹⁵⁵ da Constituição Federal, que beneficia o acusado, podendo valer-se da prova em questão para provar sua nocividade¹⁵⁶.

Essa teoria serve para evitar os abusos de autoridade, visto que se trata de uma medida que acautelaria em favor do direito a privacidade, fazendo com que seja necessário, por exemplo, mandados para os atos praticados nos respectivos domicílios. Evita-se, dessa forma, revista em domicílio alheio a investigação,

¹⁵¹ MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Processo Penal**. 3. Ed. São Paulo: Atlas S.A, 1994, p.253.

¹⁵² CONSTANTINO, Lúcio Santoro de. **Nulidades no Processo Penal**. 5. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2008. p. 305.

¹⁵³ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 426.

¹⁵⁴ Assim traz a redação do artigo 5º, inciso LV: “Art. 5º (...) 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”. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 14/11/2018.

¹⁵⁵ Assim traz a redação do artigo 5º, inciso LVII: “Art. 5º (...) LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 14/11/2018.

¹⁵⁶ CONSTANTINO, Lúcio Santoro de. **Nulidades no Processo Penal**. 5. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2008. p. 328.

respeitando o direito a intimidade¹⁵⁷. É necessário que se saiba que este método precisa ter um cuidado mais significativo para que não seja usado de forma equivocada acabando facilitando as práticas criminosas¹⁵⁸.

4.1 Excludentes da ilicitude

A ilicitude é o descumprimento de alguma norma, tem hipóteses em que as provas ilícitas podem vir a ser aceitas, e há hipótese em que esse ato ilícito cometido perde o caráter ilícito do ato com as excludentes da ilicitude. Fazendo assim com que os atos ilícitos praticados não sejam mais ilícitos¹⁵⁹.

As excludentes da ilicitude estão expressas no artigo 23 do Código Penal¹⁶⁰. Conforme o Código Penal são quatro as causas que excluem a ilicitude dos atos sendo essas: a) estado de necessidade; b) legítima defesa; c) exercício regular de um direito; e d) estrito cumprimento de um dever legal. Os atos feitos nas hipóteses acima não haverá crime. Nestor Távora afirma que¹⁶¹:

Informa que a prova, aparentemente ilícita, deve ser reputada como válida, quando a conduta do agente na sua captação está amparada pelo direito (excludentes de ilicitude).

Percebe-se que a ilicitude é apenas aparente, ficta, pois a legítima defesa, o estado de necessidade etc. (causas justificantes), autorizariam a medida.

Mesmo sendo amplas as causas de excludentes de ilicitude, há causas de excludentes que não estão expressas em lei e são fundadas por analogia *in bonam partem*. Isso ocorre em relação ao sujeito passivo e capaz, que tendo um bem jurídico disponível usufrui, do consente do ofendido, por exemplo, o crime de

¹⁵⁷ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 19. ed. São Paulo: Atlas S.A, 2015. p. 367.

¹⁵⁸ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 19. ed. São Paulo: Atlas S.A, 2015. p. 367.

¹⁵⁹ TÁVORA, Nestor; Rosmar Rodrigues Alencar. **Curso de Direito Processual Penal**. 12 ed. Salvador: JusPodivm. 2017, p. 638.

¹⁶⁰ Assim traz a redação do artigo 23: "Art. 23 - Não há crime quando o agente pratica o fato: I - em estado de necessidade; II - em legítima defesa; III - em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito. Parágrafo único - O agente, em qualquer das hipóteses deste artigo, responderá pelo excesso doloso ou culposo. BRASIL. **Decreto Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>>. Acesso em: 01/06/2020.

¹⁶¹ TÁVORA, Nestor; Alencar, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 12 ed. Salvador: JusPodivm. 2017. p. 638.

dano disposto no artigo 163 do Código Penal, há ilicitude no caso do artigo apresentado, mas se o houver consentimento do ofendido perde o caráter ilícito. Portanto o consentimento da vítima é importante em se tratar de tipo penal que prevê o dissenso do sujeito passivo como elemento¹⁶².

As causas legais das excludentes são separadas em causas gerais e especiais, às gerais são as excludentes previstas em lei, e as especiais aplicam-se a determinados crimes, dispostos na parte especial do Código Penal ou em leis extravagantes. Tem-se como exemplo o aborto que não é permitido no nosso ordenamento jurídico, mas se for feito o aborto para salvar a vida da mãe ou se a gravidez é proveniente de um estupro nesses casos não haverá ilicitude¹⁶³.

4.2 Proporcionalidade

A teoria da proporcionalidade é um dos principais meios para se admitir a prova ilícita, pode ser chamada de teoria da razoabilidade ou teoria do interesse predominante. À teoria da proporcionalidade têm por finalidade o equilíbrio dos interesses individuais, visando os interesses da sociedade. Os autores que versam a respeito da teoria da proporcionalidade alegam não admitir as provas ilícitas, porém é preciso ponderar os interesses¹⁶⁴. No mesmo sentido o autor Alexandre Cebrian Araújo Reis também defende a não aceitação da prova ilícita, mas pondera o equilíbrio¹⁶⁵:

Tem aceitação na doutrina o critério da proporcionalidade, segundo o qual a vedação à utilização da prova ilícita não tem caráter absoluto, motivo pelo qual a proibição pode ser mitigada quando se mostrar em aparente confronto com outra norma ou princípio de estrutura constitucional. A aplicação desse critério decorre da teoria da concordância prática (ou da harmonização) das regras constitucionais, que preconiza a coexistência harmônica das normas dessa natureza.

¹⁶² ESTEFAM, André; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito Penal Esquemático**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 427.

¹⁶³ SILVA, Davi André costa. **Manual de Direito Penal**. 4 ed. Porto Alegre: Verbo jurídico, 2016. p. 327.

¹⁶⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 421.

¹⁶⁵ REIS, Alexandre Cebrian Araújo; RIOS, Victor Eduardo; LENZA, Pedro (Coord.). **Direito Processual Penal Esquemático**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 328.

Portanto, quando houver a negação da prova ilícita em confronto com alguma outra norma constitucional, tem que ser feita a análise de qual bem jurídico deve ser tutelado, qual tem preferência e feita a proporcionalidade, por exemplo, da proporcionalidade em um processo em que a única prova que é capaz de promover a absolvição do acusado, e essa prova seja de uma ilicitude que tenor relevância que o direito a liberdade. Nesse exemplo o princípio da ampla defesa e a liberdade do acusado tem mais importância que a ilicitude da prova, fazendo assim com que a prova possa ser aceita¹⁶⁶.

O princípio da proporcionalidade orienta toda a fase estatal, desde a legislativa a execução penal, passando pelo plano do judiciário. Este princípio remonta a Lei de Talião e a Carta Magna Inglesa de 1215, a pena deve ser proporcional, mas ao mesmo tempo suficiente a reprovação e prevenção do crime¹⁶⁷.

São três os caracteres do princípio da proporcionalidade que segue a doutrina brasileira, sendo: necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito. A necessidade seria o caráter fragmentário e a natureza subsidiária do Direito Penal, sendo a intervenção mínima, que o Direito Penal só será apreciado quando já tenha esgotado as restantes alternativas. Adequação é o exame se a sanção adotada pelo Estado atende os fins da norma penal, sendo a proteção ao bem jurídico reprovação e prevenção do crime. Proporcionalidade em sentido estrito é a escolha do meio utilizado que melhor atender ao fim pretendido, se as vantagens que promove superam as desvantagens¹⁶⁸.

Como ocorre conflito no ordenamento jurídico de qual bem tutelar, o interprete da lei visa dar maior prevalência aquele bem de maior relevância. Tendo de um lado o *jus puniendi* e do outro lado o *status libertatis* do réu, enquanto o *jus puniendi* seria a legalidade a norma estatal, o *status libertatis* do réu, tem como

¹⁶⁶ REIS, Alexandre Cebrian Araújo; RIOS, Victor Eduardo; LENZA, Pedro (Coord.). **Direito Processual Penal Esquemático**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 328.

¹⁶⁷ SILVA, Davi André costa. **Manual de Direito Penal**. 4 ed. Porto Alegre: Verbo jurídico, 2016. p. 89.

¹⁶⁸ SILVA, Davi André costa. **Manual de Direito Penal**. 4 ed. Porto Alegre: Verbo jurídico, 2016. p. 90.

intuito provar a inocência do réu, este bem deve ser tutelado fazendo com que mesmo que a prova produzida seja ilícita em seu benefício ela pode ser aceita¹⁶⁹.

Quando o princípio da proporcionalidade for utilizado em benefício do acusado será usufruída a concepção da prova ilícita utilizada *pro reo*, na visão axiológica só se justifica a utilização de uma prova ilegal para manutenção do status de inocência. Este princípio já foi utilizado para tutelar os interesses da acusação do estado pro sociedade, mas não se justifica a quebra da lei de direitos fundamentais em um estado que tem ferramentas para conseguirem as provas de forma legal. A sociedade esta mais protegida amparada pelos princípios básicos de garantias de todos, os criminosos fazem parte da sociedade, por isso, deve-se ter cautela ao flexibilizar os direitos de alguns em pró de outros, para não haver um desrespeito à segurança de todos. Sendo assim a prova ilícita deveria ser utilizada a favor de inocentes¹⁷⁰.

O princípio da proporcionalidade da prova ilícita pro sociedade é algo que gera bastante dúvida, não é de se duvidar que atualmente no Brasil existam locais em que os traficantes estão muito bem armados, às vezes mais armados que a própria polícia, onde esse acusado não se torna a parte com mais dificuldades de se obter provas, por exemplo, a coação de testemunhas nas zonas controladas pelo tráfico, dificultando o interrogatório policial. Essa hipótese de admissibilidade de provas ilícitas pro sociedade só seria possível em situações extremas, por exemplo, com a correspondência de um preso, que foi violada para ser possível saber que na hora da audiência sequestrariam o juiz e ocorreria a fuga de um preso criminoso, sendo violado o artigo 41, parágrafo único, da Lei n. 7.210/84¹⁷¹ e o artigo 5º, inciso XII¹⁷² da Constituição Federal¹⁷³.

¹⁶⁹ TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 12 ed. Salvador: JusPodivm. 2017. p. 636.

¹⁷⁰ TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 12 ed. Salvador: JusPodivm. 2017. p. 637.

¹⁷¹ Assim traz a redação do artigo 41, parágrafo único: “Art. 41 (...) Parágrafo único. Os direitos previstos nos incisos V, X e XV poderão ser suspensos ou restringidos mediante ato motivado do diretor do estabelecimento”. BRASIL. **Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984**. Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm>. Acesso em: 09/06/2020.

¹⁷² Assim traz a redação do artigo 5º, inciso XII: “Art. 5º (...) XII é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal (Vide Lei nº 9.296, de 1996)”. BRASIL. **Constituição da**

Nesse caso, em se tratar de medidas extremas a proporcionalidade será usada, permitindo assim que a prova seja utilizada com o intuito da proteção a vida do juiz e a segurança do presídio. Sendo assim, cabe ao juiz aplicar à proporcionalidade, e dar validade a prova que devido à ilicitude não tem validade, desde que seja aplicada a proporcionalidade em caso extremo de necessidade e incontornável¹⁷⁴.

4.3 Fonte independente

A prova ilícita nem sempre é excluída, quando houver relação de causalidade entre a prova ilícita e a ação ilegal contaminará a prova ilícita. O Código de Processo Penal separa em dois casos que consideram fonte independente: o elemento autônomo de informação que, embora derivado da prova ilícita, não teve a ação maculada como causa determinante é aquele que por si só, seguindo os trâmites típico e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova¹⁷⁵.

O elemento autônomo de informação que, embora derivado da prova ilícita, não teve a ação maculada como causa determinante: é quando a prova deriva da ilicitude aparentemente, mas foram alcançadas de meios lícitos. Aquele 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: é válida a prova ilícita quando, mesmo existindo o nexo de causalidade trata-se de uma descoberta inevitável, sendo assim quando a rotina da investigação levaria ao encontro da prova de forma lícita, mas foi encontrada por meios ilícitos. A diferença entre ela é: pela circunstancia, enquanto a exceção da fonte independente exige que a prova controvertida seja adquirida de forma legal, a exceção da descoberta inevitável exige

República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 09/06/2020.

¹⁷³ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. 4. Ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 860.

¹⁷⁴ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. 4. Ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 862.

¹⁷⁵ REIS, Alexandre Cebrian Araújo; RIOS, Victor Eduardo; LENZA, Pedro (Coord.). **Direito Processual Penal Esquematizado**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 326.

apenas que haja fundada convicção de que a prova, conquanto adquirida ilegalmente, seria inevitavelmente descoberta por meios lícitos¹⁷⁶.

Sendo assim, não é causa de nulidade ou desentranhamento da prova obtida por fonte independente, pois, deve ser analisado o reflexo da fonte independente que apresenta no processo penal para a aceitação da prova, buscando o conhecimento do conteúdo provado sem o desdobramento da observância da mesma linha da informação. Chegaria ao mesmo resultado, mas por fontes legais¹⁷⁷. Para uma melhor compreensão sobre a teoria da descoberta inevitável alude Renato Brasileiro de Lima¹⁷⁸:

A origem dessa teoria está ligada ao direito norte-americano, sendo lá conhecida como *independent source doctrine*. No caso *Bynum v. U.S.*, de 1960, a Corte determinou inicialmente a exclusão de identificação dactiloscópica que havia sido feita durante a prisão ilegal do acusado Bynum. Ao ser novamente processado, valeu-se a acusação de um antigo conjunto de planilhas dactiloscópicas de Bynum que se encontrava nos arquivos do FBI e que correspondiam às impressões digitais encontradas no local do crime. Como a polícia tinha razão para verificar as antigas planilhas de Bynum independentemente da prisão ilegal, e como as impressões digitais de tais planilhas tinham sido colhidas anteriormente sem qualquer relação com o roubo investigado dessa vez, as antigas planilhas foram admitidas como prova obtida independentemente, de maneira alguma relacionada à prisão ilegal.

No Brasil essa teoria vem sendo adotada pelo Supremo Tribunal Federal desde um julgamento ocorrido em agosto de 2004, no qual, foi entendido que eventuais vícios do inquérito policial não contaminam a ação penal. O reconhecimento fotográfico, procedido na fase inquisitorial, em desconformidade com o artigo 226, inciso I, do Código de Processo Penal, não tem a virtude de contaminar o acervo probatório coligido na fase judicial, sob o crivo do contraditório. Inaplicabilidade da teoria da árvore dos frutos envenenados (*fruits of the poisonous tree*). Sentença condenatória embasada em provas autônomas produzidas em juízo¹⁷⁹.

¹⁷⁶ REIS, Alexandre Cebrian Araújo; RIOS, Víctor Eduardo; LENZA, Pedro (Coord.). **Direito Processual Penal Esquemático**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 326.

¹⁷⁷ CONSTANTINO, Lúcio Santoro de. **Nulidades no Processo Penal**. 5. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2008. p. 305.

¹⁷⁸ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. 4. Ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 839.

¹⁷⁹ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. 4. Ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 840.

4.4 Descoberta inevitável

A descoberta inevitável também pode ser chamada de exceção da fonte hipotética independente e tem origem norte americana, essa teoria é usada quando é provado que a prova derivada da ilícita seria produzida de qualquer modo independente da fonte ilícita. Para ocorrer o uso dessa teoria não basta apenas informações informais, sendo necessário que se prove que a descoberta seria inevitável, com base históricas e elementos concretos¹⁸⁰.

Sua aplicação ocorreu no ano de 1984, quando através de um depoimento obtido ilegalmente foi encontrado o corpo de uma vítima de homicídio, no entanto foi provado que por mais que encontraram o corpo através de uma prova ilícita, havia duzentas pessoas procurando a vítima no vale onde o corpo foi encontrado, tornando o encontro inevitável do corpo¹⁸¹.

O legislador considera a fonte independente a descoberta inevitável, mas tal previsão é mais ampla, sendo assim, se o que gerou a ilicitude de uma prova for independente e não há no que se falar na teoria do fruto da árvore envenenada teremos a fonte independente, já a descoberta inevitável é quando tem nexos de causalidade da descoberta com a prova ilícita a fonte não é independente, mas a prova seria encontrada de qualquer forma por outro meio, neste sentido trata-se de uma descoberta inevitável¹⁸². Temos como exemplo de descoberta inevitável¹⁸³:

Não se deve reconhecer como ilícita as declarações de testemunha que foi descoberta mediante interceptação telefônica sem autorização judicial, se esta pessoa foi indicada por várias outras, não vinculadas à testemunha do fato. Mesmo que a interceptação não existisse, a testemunha seria revelada pelas declarações das demais. A interceptação acabou não sendo decisiva para o descobrimento desta pessoa, que inevitavelmente figuraria como testemunha, já que as demais a indicaram como tal.

Assim segundo o parágrafo 2º do artigo 157, do Código de Processo Penal que “considera-se fonte independente aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria

¹⁸⁰ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. 4. Ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 841.

¹⁸¹ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. 4. Ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 841.

¹⁸² CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 412.

¹⁸³ TÁVORA, Nestor; Alencar, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 12 ed. Salvador: JusPodivm. 2017. p. 633.

capaz de conduzir ao fato objeto da prova”. A descoberta inevitável acaba por ter os mesmos efeitos da fonte independente que narra o legislador, ocorre que a descoberta inevitável é mais ampla¹⁸⁴.

4.5 Inutilização da prova

A Constituição Federal rejeita as provas ilícitas, essa rejeição da prova ilícita só tem aplicação quando é aplicada pelo juiz, ou seja, para que seja respeitado os moldes constitucionais da não utilização das provas obtidas através de meios ilícitos é preciso de um juiz, para que o juiz determine o desentranhamento das provas é necessário que transcreva a ilicitude que a prova possui para justificar o seu desentranhamento, o esclarecimento de qual direito a prova violou, e precisa finalizar pedindo o desentranhamento da prova dos autos processuais. A prova precisa ser desentranhada do processo para que não ocorra a indução para a utilização da mesma, ao ser desentranhada a prova ilícita deve ficar em algum lugar que não ocorra mais o risco de interferir no processo ou no inquérito, logo após a prova poderá ser destruída sob o acompanhamento das partes, ou seja, quando o processo já tiver sua sentença e a prova não for necessária pode ser destruída¹⁸⁵.

Os auxiliares do juiz arquivarão a prova provisoriamente em local adequado até o momento em que esta pode ser destruída. Como o processo penal possui o princípio do contraditório as partes poderão apresentar recursos para que não seja desentranhada a prova, quando for proferido o desentranhamento da prova em sentença caberá apelação, quando for decisão extintiva de punibilidade caberá recurso em sentido estrito, quando a decisão for dada no decorrer do processo será mandado de segurança, em caso de preclusa a decisão ou transitada em julgada a sentença caberá a instauração de incidente de inutilização da prova. O juiz que teve contato com a prova não ficara impedido de julgar o feito¹⁸⁶.

Conforme o artigo 157, parágrafo 3º do Código de Processo Penal é “preclusa a decisão de desentranhamento da prova declarada inadmissível, esta

¹⁸⁴ CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p.411.

¹⁸⁵ TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 12 ed. Salvador: JusPodivm. 2017. p. 643.

¹⁸⁶ TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 12 ed. Salvador: JusPodivm. 2017. p. 643.

será inutilizada por decisão judicial, facultado às partes acompanhar o incidente” essa regra serve tanto para as provas ilícitas quanto para as ilegítimas, caso essa ilicitude seja percebida apenas em fase de recurso favorecendo a defesa caberá apelação, mas caso essa prova favoreça o acusado não será necessário que seja decretada a anulação da prova. Caso o acusado seria igualmente inocentado, mas na sentença uma das justificativas foram a prova ilícita, deve ser decretada a nulidade da sentença, para que outra seja proferida sem a utilização da prova ilícita, quando já ocorreu o trânsito em julgado do processo poderá ser impetrado a revisão criminal ou habeas corpus, mas só será possível se na sentença houve a liberdade de locomoção, se a sentença transitou em julgado dando a liberdade ao réu não poderá haver recursos, não podendo haver dilação probatória para ser comprovada a ilicitude da prova¹⁸⁷.

Já com as provas ilegítimas como ocorreram por meio de violação às normas de cunho processuais, será resolvido dentro do mesmo processo, podendo ser reconhecida como mera irregularidade, ou ser dada a sua absolvição, nulidade ou relativização pra prova ilegítima, por haver violação processual estará sujeita a nulidade e ineficácia processual, para que seja decretado à nulidade é preciso corresponder há quatro princípios básicos, sendo esses: a primeira é que precisa haver prejuízo para que seja decretada a nulidade da prova ilegítima; segundo as partes que produziram a prova ilegítima não podem arguir a nulidade, pelo princípio da boa-fé ou princípio da legalidade; terceiro a parte que arguir a nulidade tem que ser porque a prova interessa as duas partes, não podendo arguir a nulidade só pra tenta prejudicar a parte contrária; e quarto a prova só poderá ser decretada como nula se houver influenciado na decisão do magistrado¹⁸⁸.

Caso haja o reconhecimento de nulidade cabe salientar que, quando a nulidade for absoluta poderá ser arguida a qualquer momento, até que haja o trânsito em julgado da decisão, quando a sentença for condenatória poderá ser arguida a nulidade pode ser arguida até mesmo após o trânsito em julgado, e será presumido que quando houver nulidade absoluta o prejuízo será presumido, sendo assim, quando for reconhecida a nulidade absoluta de prova ilegítima a mesma não

¹⁸⁷ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. 4. Ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 834.

¹⁸⁸ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. 4. Ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 834.

poderá ser utilizada nem contra e nem a favor do acusado, pois nulidades absolutas são insanáveis. Quando a nulidade da prova ilegítima for relativa, a arguição da mesma tem que ser feita em momento certo para que não ocorra à preclusão e nesses casos não precisa ser comprovado o prejuízo, quando a nulidade for relativa a prova ilegítima não poderá ser utilizada por nenhuma das partes. A prova ilegítima poderá ser utilizada por ambas as partes caso a nulidade relativa seja sanada, ou seja, a preclusão em face de sua não arguição em momento correto¹⁸⁹.

5 Considerações finais

O estudo das provas é de suma importância para o âmbito do processo judiciário, pois a prova ajuda diretamente o magistrado com o convencimento da lide processual, a também para que os agentes da polícia saibam como trabalhar para que não ocorra uma ilegalidade em uma investigação criminal. O convencimento do magistrado acarreta na absolvição ou condenação de alguém. Essa importância probatória é observada quando o juiz absolve alguém por falta de provas.

A prova é toda informação levada ao juiz podendo esta ser documental, testemunhal ou pericial levada ao juízo para que se prove às suas alegações processuais. Com o estudo da prova pode ser observar que várias são as maneiras de se obter provas para juntar aos processos e que essas provas às vezes podem ocorrer em erros e possuírem ilegalidades.

Com o princípio da liberdade probatória junto ao contraditório e ampla defesa as partes possuem direitos e garantias que possibilitam provar o que alegam e se defender das acusações. No Processo Penal Brasileiro a regra é que o ônus da prova é de quem está acusando, sendo assim, como Ministério Público que faz o papel de acusador, cabe a ele provar a culpabilidade a quem está imputando fatos criminosos.

Mas por mais que as provas possuam liberdade para serem usadas existem exceções em que elas não poderão ser usufruídas no processo, que é o

¹⁸⁹ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. 4. Ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 835.

caso das provas ilícitas, está expresso em nosso ordenamento jurídico que as provas ilícitas não são admitidas no processo penal devendo essas ser desentranhadas do processo. As provas são as provas que quando obtidas contrariara a lei constitucional ou legal.

A respeito da ilegalidade das provas não é de caráter absoluto que as provas ilícitas não poderão ser usufruídas, pois assim como está positivado a sua inadmissibilidade também está expresso no nosso ordenamento jurídico que são inadmissíveis em alguns casos. Fazendo assim com que algumas provas mesmo que provenham da ilicitude possam vir a serem usufruídas.

Entre os princípios atrelados na Constituição Federal percebe-se que o bem mais valioso é a vida, e que o direito a liberdade é de suma importância para o ordenamento jurídico. Para o processo penal o contraditório e a ampla defesa são essenciais, analisando esses princípios fica claro que esses princípios se sobrepõem a norma que diz que as provas ilícitas são inadmissíveis.

Ao depararmos com a possibilidade de um acusado usufruir de uma prova ilícita para provar sua inocência, e esse seria ou o único meio de provar a acusação injusta, por mais que seja inconstitucional, a utilização de provas ilícitas ao depararmos com princípios e garantias constitucionais seria inviável não poder utilizar a prova para que alguém não seja punido injustamente. Nesses casos, trata-se do princípio da proporcionalidade, mesmo que não esteja expresso em nossa Constituição Federal, tem muita importância para o ordenamento jurídico, pois o princípio da proporcionalidade faz com que a Constituição Federal seja exercida de forma justa.

Há doutrinadores que são absolutamente contra a utilização das provas ilícitas, que observam apenas o artigo 5º, inciso LVI da Constituição e o artigo 157 do Código de Processo Penal. Contudo, para que não ocorra arbitragem ou abuso por parte do que está expresso as formas em que as provas ilícitas possam ser utilizadas. Mas o princípio que mais tem relevância no nosso ordenamento para a admissibilidade das provas ilícitas é o da proporcionalidade, esse princípio não aceita os extremos e sim trás com ela uma sanção mais justa. Esse princípio faz

com que a inadmissibilidade das provas possa ser rejeitada quando colidir com o princípio da liberdade.

A teoria da inadmissibilidade é aceita no ordenamento jurídico e a mais utilizada, a proporcionalidade é usada como exceção e não como regra. A teoria da proporcionalidade trás com ela a divisão se utilizada a favor do réu e a favor da sociedade. A proporcionalidade a favor do réu é a mais utilizada pelos doutrinadores não descartando a proporcionalidade em pros da sociedade.

Os argumentos são que o Estado possui poder para adquirir as provas que almejam de forma que não sejam ilegais, sabendo que foi criado formas que aceitem a ilicitude probatória para se defender do abuso do Estado seria contraditório o próprio estado usufruir das provas ilícitas. Atrás disso nem todos doutrinadores falam da teoria da proporcionalidade pró sociedade.

Desta forma, pode-se afirmar que as provas ilícitas podem ser usufruídas através, principalmente, da teoria da proporcionalidade, para que o julgamento seja justo, através da proporcionalidade pro-réu e pró sociedade, através do Código de Processo Penal, quando não houver nexos de causalidade as provas por mais que ilícitas poderão ser utilizadas ou quando se tratar de fontes independentes. Como o ordenamento jurídico é rodeado por normas e princípios, também possui possibilidade de fazer com que as provas ilícitas sejam aceitas quando ocorrer o encontro fortuito da prova, quando a ilicitude prover de uma descoberta inevitável e para tutelar a liberdade.

REFERÊNCIAS

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 06/04/2020.

_____. **Decreto Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>>. Acesso em: 05/04/2020.

_____. **Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 08/06/2020.

_____. **Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984**. Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm>. Acesso em: 09/06/2020.

_____. **Lei n. 11.690, de 9 de junho de 2008**. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, relativos à prova, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11690.htm>. Acesso em: 09/06/2020.

_____. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil03/Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>>. Acesso em: 05/04/2020.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

CONSTANTINO, Lúcio Santoro de. **Nulidades no Processo Penal**. 5. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2008.

ESTEFAM, André; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito Penal Esquematizado**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

GREGO FILHO, Vicente. **Manual de Processo Penal**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As Nulidades no Processo Penal**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. 4. Ed. Salvador: JusPodivm. 2016.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. **Direito Processual Penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Processo Penal**. 3. Ed. São Paulo: Atlas, 1994.

NOGUEIRA, Paulo Lúcio. **Curso Completo de Processo Penal**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1987.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

_____. **Manual de Processo Penal e Execução**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 10. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

REIS, Alexandre Cebrian Araújo; RIOS, Victor Eduardo; LENZA, Pedro (Coord.). **Direito Processual Penal Esquematizado**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

ROCHA, Francisco de Assis do Rêgo Monteiro. **Curso de Direito Processual Penal**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

SILVA, Davi André Costa e; GIULIANI, Ricardo Henrique Alves. **Manual de Prática Penal: teoria e prática**. 10. ed. Porto Alegre: Verbo jurídico, 2018.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 12 ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

TORNAGUI, Hélio. **Curso de Processo Penal**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 1987.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

**FACULDADE DOM BOSCO DE PORTO ALEGRE
CURSO DE DIREITO**

TAIANE TEIXEIRA LINEIRA

**AS HIPÓTESES DE ADMISSIBILIDADE DAS PROVAS ILÍCITAS NO PROCESSO
PENAL BRASILEIRO**

Porto Alegre
2019

TAIANE TEIXEIRA LINEIRA

**AS HIPÓTESES DE ADMISSIBILIDADE DAS PROVAS ILÍCITAS NO PROCESSO
PENAL BRASILEIRO**

Projeto de pesquisa apresentado como requisito para aprovação da disciplina de Trabalho de Conclusão I no Curso de Direito da Faculdade Dom Bosco de Porto Alegre.

Orientador: Professor Me. Felipe Faoro Bertoni

Porto Alegre

2019

SUMÁRIO

1	DADOS DE IDENTIFICAÇÃO DO PROJETO	4
2	TEMA.....	4
3	DELIMITAÇÃO DO TEMA	4
4	PROBLEMA DE PESQUISA.....	4
5	HIPÓTESES	4
6	OBJETIVOS	5
6.1	OBJETIVO GERAL	5
6.2	Objetivos específicos.....	5
7	JUSTIFICATIVAS.....	7
8	EMBASAMENTO TEÓRICO	7
9	METODOLOGIA.....	17
9.1	METODOLOGIA DE ABORDAGEM.....	17
9.2	Metodologia de pesquisa.....	17
10	CRONOGRAMA	18
11	PROPOSTA DE SUMÁRIO PARA TCC II	18
	REFERÊNCIAS	19

1. DADOS DE IDENTIFICAÇÃO DO PROJETO

Acadêmica: Taiane Teixeira Lineira

Orientador: Professor Me. Felipe Faoro Bertoni

Área do Direito: Direito Penal

Previsão de Duração: A produção acadêmica do projeto de pesquisa ocorrerá entre agosto e novembro de 2019.

2. TEMA

O presente projeto abordará a ilicitude probatória no Processo Penal brasileiro.

3. DELIMITAÇÃO DO TEMA

Tendo em vista este contexto e finalidade, a presente pesquisa buscará apresentar e analisar as hipóteses de admissibilidade das provas ilícitas no processo penal brasileiro.

4. PROBLEMAS DE PESQUISA

De que forma é possível utilizar uma prova ilícita e quais são as hipóteses de provas ilícitas que são admitidas no processo penal brasileiro?

5. HIPÓTESES

Tendo como base a problemática acima imposta, a hipótese para o questionamento mencionado é que, em regra, não se admitem provas ilícitas conforme o artigo 5º, inciso LVI¹⁹⁰ da Constituição, mas há exceções expressamente

¹⁹⁰Assim traz a redação do artigo 5º, inciso LVI: “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”. JUSBRASIL. Pesquisar no Jusbrasil. **Art. 5, inc. LVI da Constituição Federal de 88**. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/topicos/10728274/inciso-lvi-do-artigo-5-da-constituicao-federal-de-1988/artigos>>. Acesso em: 11.11.2019.

previstas em lei, como o parágrafo 1º do artigo 157 do Código de Processo Penal¹⁹¹, que prevê as hipóteses em que as provas ilícitas podem vir a ser admitidas por algumas teorias dispostas no seu paragrafo, como a prova ilícita por derivação que pode ser usada através da teoria do nexo causal e a teoria da fonte independente, ambos dispostas no paragrafo 1º do Código de Processo Penal.

Podem também ser admitidas provas ilícitas através de teorias e princípios como a Teoria da Descoberta Inevitável que é o fato de descobrir uma prova através da ilicitude, mas seria inevitável essa descoberta, se não fosse por esse meio seria outro para se obter a prova. O princípio da proporcionalidade que faz com que seja avaliado se a prova por mais que ilícita seria de suma importância para o processo acabando que seja relativizado o fato ser ilícita. Se for está única prova ilícita que pode beneficiar o réu ela pode ser usufruída pelo princípio *pro reo* e, por intermédio desses meios seria capaz de utilizar as provas ilícitas?

6. OBJETIVOS

6.1. Objetivo geral

Analisar as hipóteses de ilicitude probatória, bem como as exceções abrangidas no ordenamento jurídico e outros presentes na doutrina e jurisprudência.

6.2. Objetivos específicos

Para tanto, o presente instrumento de estudo irá:

- a) Analisar o conceito e as características das provas ilícitas no Processo Penal;
- b) Averiguar os limites em que se admitem as provas derivadas das ilícitas;

¹⁹¹Assim traz a redação do artigo 157, parágrafo 1º: “Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais. (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008) § 1º São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexos de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras”. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008). JUSBRASIL. Pesquisar no Jusbrasil. **Art. 157, § 1 do Código Processo Penal - Decreto Lei 3689/41.** Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/topicos/10666814/paragrafo-1-artigo-157-do-decreto-lei-n-3689-de-03-de-outubro-de-1941>>. Acesso em: 11.11.2019.

- c) Levantar as impressões de autores e estudiosos em relação a esse questionamento.

7. JUSTIFICATIVA

As provas ilícitas no processo penal sofreram diversas alterações ao longo dos anos, destarte é de suma importância abordar o tema, a julgar por se trata de um meio para impor alguma pena. Mesmo que já tenhamos o conhecimento que nos dias atuais as provas ilícitas são inadmissíveis, há hipóteses de que as provas ilícitas possam vir a ser usufruídas.

Ao longo dos anos, as alterações históricas das provas ilícitas foram respeitando cada vez mais os direitos humanos, não obstante serem utilizadas provas ilícitas, como utilizada no sistema inquisitório, pois as provas poderiam ser obtidas através de tortura e outras medidas, que hoje são considerados ilícitos, haja vista que estes meios não alcançavam a verdade real. Ao passar dos anos as provas ilícitas foram se tornando inadmissíveis.

Porém há dificuldades enfrentadas a respeito da relativização da prova ilícita, ou seja, poderá ou não vir a ser utilizada, o objetivo deste trabalho está na admissibilidade das provas ilícitas em virtude dos princípios e teorias do Direito Penal Brasileiro. Trata-se de um tema atual e de grande relevância para o ordenamento jurídico brasileiro, bem como, para toda sociedade.

8. EMBASAMENTO TEÓRICO

O Processo Penal é movido pela controvérsia, no qual as partes acusam e demonstram fatos para comprovar a sua verdade. Sendo assim, a prova surge para apontar o meio pelo qual o juiz chega ao seu convencimento, fazendo com que, desse modo, fatos externos se apresentem no processo¹⁹². Através da prova será exercido o princípio do duplo grau de jurisdição, fazendo com que as partes possam provar as suas verdades e o juiz ter uma retrospectiva dos fatos ocorridos¹⁹³.

¹⁹²BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 5. ed. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2017, p. 385.

¹⁹³RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 10. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 413.

A prova jurídica tem como objetivo reconstruir a verdade dos fatos ocorridos, equiparando-se de maneira mais real possível com a realidade histórica ocorrida, demonstrando o ocorrido no espaço e tempo e, aproximando-se da realidade ocorrida¹⁹⁴. A verdade que se busca a partir das provas tem como objetivo obter a certeza jurídica, que não necessariamente produzirá a verdade da realidade dos fatos – pois, em regra, jamais serão sabidos – mas esclarecerá o objeto de conflito penal¹⁹⁵.

São três os sentidos que compõem o termo prova: a) ato de provar: seria o meio pelo qual se dá exatidão da verdade do fato alegado; b) meio: nada mais é do que o instrumento pelo qual se certifica de algo; c) resultado da ação de provar: é o produto extraído da análise dos instrumentos de prova oferecidos, demonstrando a verdade de um fato¹⁹⁶. A prova possui previsão legal em seu dispositivo no artigo 155 do Código de Processo Penal¹⁹⁷.

Há uma distinção entre o sentido do meio de prova e os meios de obtenção desta, o que é importante salientar – enquanto um possui um meio direto para a obtenção de prova, o outro possui um meio indireto – e, por mais parecidas que sejam as palavras há uma grande diferença. O meio de prova tem natureza direta ao convencimento do juiz, como por exemplo, o depoimento de uma testemunha; já o meio de obtenção de prova é essencialmente indireto, como no caso da utilização de uma escuta telefônica¹⁹⁸. Os meios de prova também podem ser chamados de provas inominadas por serem especificadas em lei ou terem outro meio que por mais que não esteja especificado em lei seja legal¹⁹⁹. O Código de

¹⁹⁴OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 19. ed. São Paulo: Atlas S.A, 2015, p. 327.

¹⁹⁵OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 19. ed. São Paulo: Atlas S.A, 2015, p. 328.

¹⁹⁶NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 347.

¹⁹⁷Assim traz a redação do artigo 155: “Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares não repetíveis e antecipadas. Parágrafo único. Somente quanto ao estado das pessoas serão observadas as restrições estabelecidas na lei cível”. BRASIL. **Decreto Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>>. Acesso em: 05/06/2018.

¹⁹⁸BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 5. ed. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2017, p. 416.

¹⁹⁹RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 10. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 415.

Processo Civil diz no seu artigo 332 que os meios são hábeis para provar a verdade dos fatos²⁰⁰.

A classificação da prova, segundo Paulo Rangel, se dá de três formas: ao objeto, ao sujeito e a forma. O objeto pode ser de forma direta e indireta, o sujeito será pessoal ou real e a forma será testemunhal, documental e material²⁰¹.

O objeto direto é um fato que se dá diretamente ao caso em análise, ou seja, a confissão do acusado é a prova direta sobre o fato que lhe foi imputado. O objeto indireto tem relação com as provas que não dizem respeito diretamente ao fato em análise, assim sendo requerem uma interpretação; os indícios e as presunções correspondem os fatos indiretos, haja vista que não se possui a evidência em si – mesmo tendo-se tudo que leve a pensar que a prova indireta se liga ao fato correspondente. Por exemplo, quando determinada pessoa é encontrada com uma arma na mão no mesmo local em que ocorreu um crime de homicídio, não se pode ter certeza de que este suspeito seja responsável pela morte da vítima, mas o indício apontado pode levar a crer que sim²⁰².

Assim sustenta Paulo Rangel que "quanto ao sujeito, a prova pode ser pessoal ou real. Sujeito da prova é a pessoa ou a coisa de quem ou de onde promana a prova"²⁰³. Prova pessoal é tudo aquilo que foi narrado ou feito a partir de um laudo com dois peritos oficiais para afirmar os fatos do caso. Essa prova quanto ao sujeito pessoal pode ser direta ou indireta²⁰⁴.

Assim sendo, se a testemunha alega ter visto o acusado efetuar disparos contra a vítima, será um testemunho pessoal direto, e, no caso de declarar que apenas o viu sair correndo do local, mas que não presenciou os disparos será um testemunho pessoal indireto²⁰⁵. A prova real refere-se basicamente aos vestígios dos crimes, não precisando, necessariamente, estar no objeto material do crime,

²⁰⁰Assim traz a redação do artigo 332: "Art. 332. Todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provas a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa". BRASIL. [Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015](http://www.planalto.gov.br/ccivil03/Atos2015-2018/2015/Lei/L13105.htm). Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil03/Atos2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>>. Acesso em: 01/06/2018.

²⁰¹RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 10. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 415.

²⁰²RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 10. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 416.

²⁰³RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 10. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 417.

²⁰⁴RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 10. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 417.

²⁰⁵RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 10. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 417.

como por exemplo, no ferimento da vítima ou na roupa ensanguentada desta. Pode ser também direta ou indireta. Prova real direta é a análise que recai sobre a própria coisa, como a carta utilizada para a difamação de alguém. Prova real indireta tem relação com o caso de fato através de análise²⁰⁶.

A classificação da forma é o modo em que a prova será apreciada em juízo para formar o seu convencimento, podendo ser de três formas testemunhal, documental e material. Testemunhal é a prova produzida oralmente pelo indivíduo que é chamado pra depor, expressamente prevista no artigo 221, parágrafo 1º, do Código de Processo Penal²⁰⁷. Documental é a forma de prova expressa ou gravada, como cartas, fotografias, e outras. Material é a prova consistente de alguma materialidade, que serve para provar o caso, como exames de corpo de delito, perícias e os instrumentos utilizados pelo criminoso²⁰⁸.

Logo após abordaremos alguns princípios e teorias que versam sobre a ilicitude probatória, bem como os princípios e teorias que possibilitam a admissibilidade das provas ilícitas no processo penal.

A Constituição da República Federativa do Brasil trata das provas obtidas por meio ilícito no artigo 5º, inciso LVI, onde está expresso com clareza que são inadmissíveis provas obtidas por meios ilícitos²⁰⁹. A negação da prova ilícita serve para tutelar alguns valores, tais como o direito à intimidade, à privacidade, à imagem

²⁰⁶RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 10. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 418.

²⁰⁷Assim traz a redação do artigo 221, parágrafo 1º: “Art. 221. O Presidente e o Vice-Presidente da República, os senadores e deputados federais, os ministros de Estado, os governadores de Estados e Territórios, os secretários de Estado, os prefeitos do Distrito Federal e dos Municípios, os deputados às Assembleias Legislativas Estaduais, os membros do Poder Judiciário, os ministros e juizes dos Tribunais de Contas da União, dos Estados, do Distrito Federal, bem como os do Tribunal Marítimo serão inquiridos em local, dia e hora previamente ajustados entre eles e o juiz. (Redação dada pela Lei nº 3.653, de 4.11.1959) § 1º O Presidente e o Vice-Presidente da República, os presidentes do Senado Federal, da Câmara dos Deputados e do Supremo Tribunal Federal poderão optar pela prestação de depoimento por escrito, caso em que as perguntas, formuladas pelas partes e deferidas pelo juiz, lhes serão transmitidas por ofício”. (Redação dada pela Lei nº 6.416, de 24.5.1977). JUSBRASIL. Pesquisar no Jusbrasil. **Art. 221, § 1 do Código Processo Penal - Decreto Lei 3689/41**. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/topicos/10661124/paragrafo-1-artigo-221-do-decreto-lei-n-3689-de-03-de-outubro-de-1941>>. Acesso em: 11.11.2019.

²⁰⁸RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 10. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 418.

²⁰⁹Assim traz a redação no artigo 5º, inciso LVI: “Art. 5º. LVI São inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 01/06/2018.

e a inviolabilidade de domicílio²¹⁰, direitos esses descritos em nossa Constituição Federal, no artigo 5º, incisos X e XI²¹¹.

Não são admissíveis as provas que atentem contra a moralidade ou a dignidade da pessoa humana, tendo em vista os princípios constitucionais e de Direito Material. Por essa razão, mantêm-se no rol das não aceitas as provas obtidas por meio de tortura, captação clandestina de conversa telefônica, microfones para capturar conversas íntimas, diário com informações pessoais, hipnose e narcoanálise²¹².

Dentre as provas obtidas por meios ilícitos – que acabam por violar o direito à privacidade – tem-se a gravação clandestina, o sigilo bancário e a interceptação telefônica. A interceptação ambiental se caracteriza por ser aquela que é gravada no ambiente e é desconhecida por um ou por todos e que pode ser colhida com aparelhos eletrônicos, eletromagnéticos, mecânicos ou através de outros meios a conversa de alguém²¹³.

Cabe aqui também salientar que a gravação clandestina é ilícita apenas se realizada por terceiros, e não quando feita por um dos interlocutores sem o conhecimento do outro. Se um dos interlocutores a fizer, a ilicitude não ocorrerá no fato da gravação, mas apenas nos casos em que a conversa for disponibilizada a terceiros, já que desta forma a intimidade do interessado será afetada. Já a gravação realizada por terceiros, bem como a escuta da conversa sem uma prévia

²¹⁰OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 19. ed. São Paulo: Atlas S.A, 2015, p. 345.

²¹¹Assim traz a redação do artigo 5º, inciso X e XI: “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: X são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; XI a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial”. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 01/06/2018.

²¹²TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 567.

²¹³OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 19. ed. São Paulo: Atlas S.A, 2015, p. 347.

autorização, é ilícita desde o princípio, haja vista que o assunto não lhe diz respeito²¹⁴.

A interceptação telefônica e de dados também pode ser uma prova ilícita dada pela invasão de privacidade, e o meio utilizado para tal é o grampeamento ou através de um gravador. Entende-se por interceptação o grampeamento de uma conversa sem a anuência dos interlocutores ou com a anuência de apenas um deles²¹⁵.

No sigilo bancário, há uma flexibilização ao direito da privacidade ou intimidade, pelo fato de algumas legislações autorizarem a quebra deste a algumas autoridades públicas sem a autorização judicial. Neste caso, se faz necessário um processo administrativo ou um procedimento fiscal em curso²¹⁶.

Não há mais o embate entre o direito natural e o positivo, já que está expressamente exposto em nosso ordenamento que não são admitidas as provas ilícitas, tão pouco as derivadas destas. Por tanto, as contradições que ainda ocorrem são somente entre a normatividade e a efetividade dos direitos²¹⁷.

É importante salientar que, mesmo tendo-se o domínio acerca dos direitos e garantias fundamentais, ao se instituir como direito e garantia fundamental a inadmissibilidade das provas ilícitas, limita-se o uso destas e acabamos por ir de encontro com o princípio da liberdade da prova, em que o juiz é livre nas investigações dos fatos²¹⁸.

A prova é assegurada pelo princípio do devido processo legal, da verdade real e do contraditório, em que se pode ter um amplo leque de provas e, ao não concordar com estas, confirma-se o contrário das provas já produzidas²¹⁹. No

²¹⁴OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 19. ed. São Paulo: Atlas S.A, 2015, p. 348.

²¹⁵GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As Nulidades No Processo Penal**. 6. ed. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 1998, p. 173.

²¹⁶OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 19. ed. São Paulo: Atlas S.A, 2015, p. 357.

²¹⁷RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 10. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 422.

²¹⁸RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 10. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 423.

²¹⁹RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 10. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 423.

entanto, como o Estado é Democrático e de Direito, e não opressor, não se pode violar a dignidade da pessoa humana admitindo provas obtidas por meios ilegais²²⁰.

Pode ser vedada tanto a prova ilícita quanto a ilegítima, a distinção entre elas é que a primeira se dá quando ocorre uma violação ao direito material, como obter prova processual mediante tortura, violação de domicílio, entre outras, já a segunda está relacionada com a violação do direito processual, citando como exemplo a violação exposta no artigo 207 combinado com os artigos 2010, 226 e parágrafo 2º do artigo 243, todos do Código de Processo Penal²²¹. Aury Lopes Junior pontua em sua obra, conforme o artigo 5º da Constituição Federal as provas ilícitas²²²:

- a) Direito de intimidade (inciso X);
- b) Inviolabilidade do domicílio (inciso XI);
- c) Inviolabilidade do sigilo da correspondência e das telecomunicações (inciso XII);
- d) Além da genérica inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos (LVI).

Já as provas irregulares estabelecem referência às que foram obtidas corretamente por meios lícitos, mas que, para sua validade, se faria necessária algum tipo de formalidade que não foi cumprida. Sendo necessário uma formalidade processual para a prova pode ser usufruída, pois não basta apenas ser obtida lícitamente também é necessário seguir a formalidade da lei²²³.

Para os que fazem uma leitura rígida da nossa Constituição é absolutamente inadmissível a prova ilícita, mediante o artigo 5º, inciso LVI que diz “inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”. Acabando por ignorar as teorias e princípios que fazem com que mesmo que ilícita a prova possa vir a ser utilizada, se atendo apenas ao artigo taxativo da lei que dispõe da sua ilicitude²²⁴.

Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho e Antonio Scarance Fernandes ainda ponderam sobre as provas ilícitas que: “por mais relevantes que sejam os fatos por ela apurados, uma vez que se submetesse ela ao

²²⁰RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 10. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 424.

²²¹RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 10. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 425.

²²²LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 592.

²²³LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 425.

²²⁴LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 595.

conceito de inconstitucionalidade, deveria ser banida”. Devendo as provas serem desentranhadas do processo independentemente de demais apreciações que poderiam vir a ser expostas²²⁵.

Dentre os meios das provas obtidas através da ilicitude temos a prova ilícita por derivação. A prova ilícita por derivação que consiste a teoria dos da árvore envenenada, esta disposta no artigo 157, parágrafo 1º do Código de Processo Penal, que diz²²⁶:

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.

A prova por derivação vem a ser a que por si só é lícita, mas que somente é obtida por intermédio de algum instrumento ilícito, tendo como exemplo quando em uma busca encontra-se um cadáver. Trata-se de uma prova lícita neste caso, contudo, para que se identificasse o motivo do corpo estar naquele local fez-se necessário uma confissão ilícita, conhecida como frutos da árvore envenenada²²⁷. A Teoria dos frutos da árvore envenenada é descrita por Lúcio Santoro De Constantino da seguinte maneira²²⁸:

Com a nova redação dada pela Lei nº 11.690/08, o artigo 157 do CPP preceitua que são inadmissíveis as provas ilícitas. Por sua vez, o parágrafo primeiro firma a inadmissibilidade das provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando puderem ser obtidas por fonte independente.

Nessa esteira, com a expressão inglesa FRUITS OF THE POISONOUS TREE, da teoria norte-americana, se busca revelar que a vicissitude da árvore atinge os frutos, razão que restarão estes prejudicados quando aquela for maculada. Ora, se a prova original é ilícita, a prova derivada dela, outrossim, será ilegal.

Essa teoria, também chamada de *Fruit of the poisonous tree* ou *Fruit doctrine* começou a ser utilizada nos Estados Unidos em 1914, e nos estados por Imperativo

²²⁵GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As Nulidades No Processo Penal**. 12. ed. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2011, p. 120.

²²⁶BRASIL. **Decreto Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil03/decreto-lei/De12848compilado.htm>>. Acesso em: 01/06/2018.

²²⁷BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 5. ed. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2017, p. 207.

²²⁸CONSTANTINO, Lúcio Santoro de. **Nulidades no Processo Penal**. 5. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2008, p. 304.

Constitucional desde 1961²²⁹. Para Aury Lopes Junior, existem algumas regras a respeito da Prova por Derivação²³⁰:

- a) Inadmissibilidade da prova derivada (princípio da contaminação);
- b) Não há contaminação quando não ficar evidenciado o nexo de causalidade;
- c) Não há contaminação quando na prova puder ser obtida por uma fonte independente daquela ilícita;
- d) Desentranhamento e inutilização da prova considerada ilícita.

Destarte, a prova derivada da ilicitude poderá ser admitida nos casos em que não houver nexo de causalidade, ou seja, quando puderem ser obtidas por fonte independente e *pro reo*. Nexos de causalidade. Se não é manifesta a vinculação causal entre a prova obtida com a ilegal anterior. Fonte independente. É a prova que se basta por si mesma, isto é, ela é independente mesmo que advenha da prova principal²³¹. Também denominada Prova Separada, ou seja, mesmo sendo-a conectada com a prova ilícita, ela poderia ter sido conseguida de algum outro modo, portanto precisa ser apreciada e não provoca a exclusão da prova que as provas ilícitas trazem²³².

Admissão da prova ilegal em favor da defesa. Como o acusado tem direito a ampla defesa, artigo 5º, inciso LV²³³ da Constituição Federal de 1988, se a prova ilegal for o único meio pelo qual ele tem de se defender, poderá usar-se da ilicitude. Também se encontra amparado pelo estado de inocência, artigo 5º, inciso LVII²³⁴, que beneficia o acusado, podendo valer-se da prova em questão para provar sua nocividade²³⁵.

²²⁹TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 573.

²³⁰LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 599.

²³¹CONSTANTINO, Lúcio Santoro de. **Nulidades no Processo Penal**. 5. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2008, p. 305.

²³²NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 426.

²³³Assim traz a redação do artigo 5º, inciso LV: “Art. 5º (...) 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”. BRASIL. [Constituição da República Federativa do Brasil de 1988](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 14/11/2018.

²³⁴Assim traz a redação do artigo 5º, inciso LVII: “Art. 5º (...) LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. BRASIL. [Constituição da República Federativa do Brasil de 1988](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 14/11/2018.

²³⁵CONSTANTINO, Lúcio Santoro de. **Nulidades no Processo Penal**. 5. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2008, p. 328.

Essa teoria serve para evitar os abusos de autoridade, visto que se trata de uma medida que acautelaria em favor do direito a privacidade, fazendo com que seja necessário, por exemplo, mandados para os atos praticados nos respectivos domicílios. Evita-se, dessa forma, revista em domicílio alheio a investigação, respeitando o direito a intimidade²³⁶. É necessário que se saibamos que este método precisa ter um cuidado mais significativo para que não seja usado de forma equivocada acabando facilitando as práticas criminosas²³⁷.

No passado, houve a dúvida a respeito da aceitação ou não das provas ilícitas tanto no Direito Civil como no Direito Penal podendo ser aceita até a Constituição Federal de 1988, esta que deixou expressa em seu artigo 5º, inciso LVI²³⁸ que não são mais aceitas em nosso ordenamento provas advindas da ilicitude²³⁹. Antes da Constituição de 1988 ocorria a punição do agente que tivesse agido contrário a lei para a obtenção da prova ilícita, mas esta não era descartada²⁴⁰.

Historicamente, no processo penal, imperava a Lei de Talião baseada no olho por olho e dente por dente. Sendo assim, esta passou por diversos sistemas processuais e um deles era o inquisitorial²⁴¹. No século XIII, quando a igreja adotou esse sistema, foram praticados os mais absurdos atos violentos para a obtenção da verdade e aplicação da lei²⁴².

Na aplicação do sistema inquisitorial, o órgão acusatório é também o órgão julgador, isto é, o poder de acusar e julgar se encontra na mesma pessoa, estabelecendo grande concentração de poder²⁴³. Neste sistema inquisitorial, poderia haver tortura e demais violações contra a dignidade da pessoa humana para a

²³⁶OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 19. ed. São Paulo: Atlas S.A, 2015, p. 367.

²³⁷OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 19. ed. São Paulo: Atlas S.A, 2015, p. 367.

²³⁸BRASIL. **[Constituição da República Federativa do Brasil de 1988](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 14/11/2018.

²³⁹GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As Nulidades No Processo Penal**. 6. ed. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 1998, p. 136.

²⁴⁰GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As Nulidades No Processo Penal**. 6. ed. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 1998, p. 137.

²⁴¹ROCHA, Francisco de Assis do Rêgo Monteiro. **Curso de Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 1.

²⁴²ROCHA, Francisco de Assis do Rêgo Monteiro. **Curso de Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 2.

²⁴³GREGO FILHO, Vicente. **Manual de Processo Penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 73.

obtenção de provas. Já nos dias atuais, conforme norma expressa do Código de Processo Penal, toda a prova obtida ilicitamente deve ser desentranhada do processo²⁴⁴.

Ao longo da história vários foram os sistemas usados para apreciação das provas. Primitivamente, o sistema ético (pagão), em que a apreciação das provas era deixada ao sabor das impressões pessoais, e o flagrante delito era a forma típica do processo penal; depois veio o sistema religioso, em que era invocado o julgamento divino, e foi a época das ordálias, dos duelos judiciários e dos juízos de Deus; o sistema sentimental ou da íntima convicção, em que o julgamento fica a critério da consciência.

Mas os sistemas de maior relevância são os da verdade legal e o da verdade real. Na verdade real o juiz tem o livre convencimento, não fica preso a critérios valorativos²⁴⁵. Mesmo o juiz tendo o livre convencimento não quer dizer que ele não precise justificar sua decisão, seu convencimento não pode vir de um mero arbítrio²⁴⁶.

Há situações no direito processual penal que afastam a ilicitude da prova fazendo assim com que ela possa ser aproveitada, a exclusão da ilicitude se dá pela presença de fatos ou circunstâncias que afastam a ilicitude da ação²⁴⁷. É a teoria que relativiza tirando a rigidez da negativa da prova ilícita, em que podemos analisar exceções e acatar as provas ilícitas, como o abrandamento da rigidez pro reo, fazendo com que, no caso do acusado utilizar meio ilícito para obter uma prova, esta seja apreciada com base no princípio da legítima defesa²⁴⁸. Segundo Aury Lopes Junior²⁴⁹:

Nesse caso, a prova ilícita poderia ser admitida e valorada apenas quando se revelasse a favor do réu. Trata-se da proporcionalidade pro reo, em que a ponderação entre o direito de liberdade de um inocente prevalece sobre um eventual direito sacrificado na obtenção da prova (dessa inocência).

²⁴⁴NOGUEIRA, Paulo Lúcio. **Curso Completo de Processo Penal**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1987, p. 93.

²⁴⁵NOGUEIRA, Paulo Lúcio. **Curso Completo de Processo Penal**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1987, p. 93.

²⁴⁶NORONHA, Edgard Magalhães. **Curso de Direito Processual Penal**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 92.

²⁴⁷OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 19. ed. São Paulo: Atlas S.A, 2015, p. 369.

²⁴⁸GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As Nulidades No Processo Penal**. 12. ed. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2011, p. 129.

²⁴⁹LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 427.

Logo, há diversos doutrinadores que versam sobre o princípio e as teorias a respeito da ilicitude das provas. Os excludentes da ilicitude advêm de fatos em que podemos cometer alguns delitos, mas que são justificados afastando-se a ilicitude do fato.²⁵⁰ Nesse sentido, o Código Penal brasileiro prevê em seu artigo 23 os casos que excluem a ilicitude de alguns atos praticados²⁵¹. Posto isso, no caso de algum delito ser cometido, e ter-se a intenção de provar a inocência do responsável ou de outrem, as causas que justificam a ilicitude farão com que a prova possa ser utilizada no processo²⁵².

9. METODOLOGIA

9.1. Metodologia de abordagem

O método é dedutivo.

9.2. Metodologia de pesquisa

A pesquisa será desenvolvida através de levantamento bibliográfico.

²⁵⁰OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 19. ed. São Paulo: Atlas S.A, 2015, p. 370.

²⁵¹Assim traz a redação do artigo 23: “Art. 23. Não há crime quando o agente pratica o fato: I - em estado de necessidade; II - em legítima defesa; III - em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito; Parágrafo único - O agente, em qualquer das hipóteses deste artigo, responderá pelo excesso doloso ou culposo”. BRASIL. **Decreto Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>>. Acesso em: 25/10/2019.

²⁵²OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 19. ed. São Paulo: Atlas S.A, 2015, p. 370.

10. CRONOGRAMA

Atividade	Ago.	Set.	Out.	Nov.	Dez.
Escolha do tema e do orientador					
Encontros semanais com o orientador					
Pesquisa bibliográfica preliminar					
Leituras e elaboração de resumos					
Elaboração do projeto					
Entrega do projeto de pesquisa					
Defesa do projeto de pesquisa					

11. PROPOSTA DE SUMÁRIO PROVISÓRIO PARA TCC II

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

2. AS HIPÓTESES DE ADMISSIBILIDADE DAS PROVAS ILÍCITAS NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

3. Prova e Processo Penal Brasileiro.

3.3. Conceito de prova.

3.4. Classificação das provas.

4. ILICITUDE PROBATÓRIA

4.1. Prova ilícita e ilegítima

4.2. Ilicitude probatória no ordenamento jurídico

4.3. Outros casos de ilicitude probatória

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

REFERÊNCIAS

REFERÊNCIAS

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 5. ed. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2017.

BRASIL. **[Constituição da República Federativa do Brasil de 1988](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 01/06/2018.

BRASIL. **Decreto Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>>. Acesso em: 05/06/2018.

BRASIL. **[Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015](http://www.planalto.gov.br/ccivil03/Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm)**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil03/Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>>. Acesso em: 01/06/2018.

CONSTANTINO, Lúcio Santoro de. **Nulidades no Processo Penal**. 5. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2008.

GREGO FILHO, Vicente. **Manual de Processo Penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As Nulidades No Processo Penal**. 6. ed. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 1998.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As Nulidades No Processo Penal**. 12. ed. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2011.

JUSBRASIL. Pesquisar no Jusbrasil. **Art. 5, inc. LVI da Constituição Federal de 88**. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/topicos/10728274/inciso-lvi-do-artigo-5-da-constituicao-federal-de-1988/artigos>>. Acesso em: 11.11.2019.

JUSBRASIL. Pesquisar no Jusbrasil. **Art. 157, § 1 do Código Processo Penal - Decreto Lei 3689/41**. Disponível em:

<<https://www.jusbrasil.com.br/topicos/10666814/paragrafo-1-artigo-157-do-decreto-lei-n-3689-de-03-de-outubro-de-1941>>. Acesso em: 11.11.2019.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

NOGUEIRA, Paulo Lúcio. **Curso Completo de Processo Penal**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1987.

NORONHA, Edgard Magalhães. **Curso de Direito Processual Penal**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1989.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 19. ed. São Paulo: Atlas S.A, 2015.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 10. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

ROCHA, Francisco de Assis do Rêgo Monteiro. **Curso de Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.