

FACULDADE DOM BOSCO DE PORTO ALEGRE
CURSO DE DIREITO

BRUNA VIRGINIA MINGATTO DE ÁVILA

CIRCUNSTÂNCIAS PERMISSIVAS DE PROVAS DERIVADAS DE ILÍCITAS NO
PROCESSO PENAL

Porto Alegre
2020

BRUNA VIRGINIA MINGATTO DE ÁVILA

**CIRCUNSTÂNCIAS PERMISSIVAS DE PROVAS DERIVADAS DE ILÍCITAS NO
PROCESSO PENAL**

Monografia apresentada para aprovação na disciplina Trabalho de Conclusão de Curso II, visando à obtenção do título de Bacharel em Direito junto à Faculdade Dom Bosco de Porto Alegre. Área de concentração: Direito Processual Penal.

Orientadora: Professora Mestre Renata Jardim da Cunha Rieger.

Porto Alegre

2020

BRUNA VIRGINIA MINGATTO DE ÁVILA

**CIRCUNSTÂNCIAS PERMISSIVAS DE PROVAS DERIVADAS DE ILÍCITAS NO
PROCESSO PENAL**

Trabalho de Conclusão de Curso de Direito
apresentado como requisito para obtenção do grau de
Bacharel em Direito na Faculdade Dom Bosco de
Porto Alegre.

Aprovada em _____ de _____ de 2020.

Banca Examinadora:

Conceito: _____

Dedico esta monografia à excepcional Professora Mestre Renata Jardim da Cunha Rieger e ao estimado Professor Felipe Bertoni, que tanto contribuíram para o meu desenvolvimento profissional.

RESUMO

O presente estudo científico presta-se a delimitar, segundo as diretrizes do ordenamento jurídico brasileiro, as exceções à Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada, identificando situações que autorizam, no processo penal, prova derivada de prova ilícita. Por meio de uma pesquisa descritiva com abordagem qualitativa, feita pelo método dedutivo, realizou-se uma investigação bibliográfica e jurisprudencial sobre as hipóteses em que se considera afastada a ilicitude da prova advinda de prova ilícita originária. Partindo-se da análise da finalidade da prova no processo penal, foram abordadas definições relacionadas ao sistema probatório, conceituando-se prova, verdade formal e material e meios de prova. A partir daí, promoveu-se um breve estudo acerca dos sistemas inquisitório e acusatório. Em seguida, passou-se à análise de princípios que devem ser observados quando da produção, manutenção e valoração da prova, sendo eles: princípio da comunhão da prova, princípio da liberdade da prova, princípio da não autoincriminação, princípio da presunção da inocência e princípio da inadmissibilidade de provas ilícitas. Por conseguinte, tratou-se, de forma breve, dos três sistemas de valoração da prova identificados pela doutrina: sistema da prova tarifada, sistema da íntima convicção e sistema da persuasão racional. Após, teceram-se considerações acerca da cadeia de custódia da prova. Feito o estudo dos conceitos introdutórios do tema, passou-se à análise da prova ilícita, de seu conceito e da diferenciação, feita pela doutrina, entre prova ilícita e ilegítima. Posteriormente, tratou-se da ilicitude por derivação, concluindo-se que existem, no ordenamento jurídico brasileiro, quatro hipóteses excludentes, a saber: 1) quando for possível a obtenção da prova derivada por fonte independente da prova ilícita; 2) quando for demonstrado que o trâmite da investigação criminal acarretaria, inevitavelmente, a descoberta da prova derivada; 3) quando o nexo causal entre a prova derivada e a ilícita originária for atenuando pelo transcurso do tempo ou por circunstância superveniente, e, ainda, 4) quando a prova for obtida inesperadamente, durante investigação regular de crime diverso do relacionado à prova encontrada. Além do estudo teórico das referidas excludentes de ilicitude da prova derivada, fez-se uma análise da dificuldade de aplicação, na prática forense, das mencionadas excludentes, por meio do estudo de precedentes dos Tribunais Superiores. Por fim, ainda que não se trate de uma excludente de ilicitude da prova derivada, o presente estudo trouxe um breve apanhado sobre a teoria da

proporcionalidade ou do sacrifício, demonstrando a aceitação, pela doutrina majoritária e jurisprudência, da utilização de prova ilícita no processo, se benéfica ao réu.

Palavras-chaves: Prova. Verdade formal. Meios de prova. Sistema acusatório. Comunhão da prova. Liberdade da prova. Não autoincriminação. Presunção de inocência. Inadmissibilidade de provas ilícitas. Sistema da persuasão racional. Cadeia de custódia da prova. Prova ilícita. Prova ilegítima. Teoria dos frutos da árvore envenenada. Fonte independente. Descoberta inevitável. Nexo causal atenuado. Encontro fortuito de provas. Proporcionalidade ou sacrifício. Tribunais Superiores.

ABSTRACT

The present scientific study intends to delimit, according to the guidelines of the Brazilian legal system, the exceptions to the Theory of the Fruit of the Poisoned Tree, identifying situations that authorize, in a criminal process, evidence derived from illicit evidence. Through a descriptive research with a qualitative approach, made by the deductive method, a bibliographic and jurisprudential investigation was made about the hypotheses that remove the illegality of the derived evidence from illicit evidence. Starting from the analysis of the purpose of the evidence in the criminal process, definitions related to the system of evidences were approached, making reference to the concepts of evidence, formal and material truth and means of evidence. Thereafter, a brief study was made about the inquisitorial and accusatorial systems. Then, it was proceeded to the analysis of principles that must be observed when producing, maintaining and evaluating the evidence, which are: principle of communion of evidence, principle of freedom of evidence, principle of non-self-incrimination, principle of the presumption of innocence and principle of inadmissibility of illicit evidence (exclusionary rule). Posteriorly, it was made a brief analysis of the three systems of valuation of evidence identified by the doctrine: system of tariff evidence, system of intimate conviction and system of rational persuasion. Afterwards, considerations were made about the custody chain of the evidence. After studying these introductory concepts of the theme, it was made an analysis of the illicit evidence, its concept and the differentiation, made by the doctrine, between illicit and illegitimate evidence. Then, it was studied the illegality by derivation, concluding there are, in the Brazilian legal system, four hypotheses able to remove the illegality of the derived evidence from illicit evidence: 1) when it is possible to obtain the derived evidence by an independent source of the illicit evidence; 2) when it is demonstrated that, during normal investigation, the derived evidence would be inevitably discovery; 3) when the causal link between the derived evidence and the original illicit one is made attenuated by the passage of time or by supervening circumstance, and, finally, 4) when the evidence is obtained unexpectedly, during regular investigation of crime different from the related to the evidence found. In addition to the theoretical study of the mentioned exclusions of illegality of the derived evidence, an analysis was made of the difficulty of applying, in forensic practice, the mentioned exclusions, through the study of precedents of the Superior Courts. Finally, even though it is not an exclusion of illegality of evidence

derived from illicit evidence, the present study brought a brief overview of the theory of proportionality or sacrifice, demonstrating the acceptance, by the majority doctrine and jurisprudence, of the use of illicit evidence in the process just for to help the defendant.

Keywords: Evidence. Formal truth. Means of evidence. Accusatorial system. Communion of evidence. Freedom of evidence. Non-self-incrimination. Presumption of innocence. Inadmissibility of illicit evidence. System of rational persuasion. Custody chain of the evidence. Illegal evidence. Illegitimate evidence. Theory of the fruit of the poisoned tree. Independent source. Inevitable discovery. Attenuated causal link. Fortuitous encounter of evidence. Proportionality or sacrifice. Higher Courts.

SUMÁRIO

1	CONSIDERAÇÕES INICIAIS	10
2	A PROVA E O SEU PAPEL NO PROCESSO PENAL	14
2.1	CONCEITO DE PROVA	16
2.1.1	Os Meios de Prova	17
2.1.2	Verdade Formal e Verdade Material	18
2.2	OS SISTEMAS PROCESSUAIS E A GESTÃO DE PROVAS	21
2.3	PRINCÍPIOS	25
2.3.1	Princípio da Comunhão da Prova	25
2.3.2	Princípio da Liberdade da Prova	26
2.3.3	Princípio da Não Autoincriminação	27
2.3.4	Princípio da Presunção da Inocência	28
2.3.5	Princípio da Inadmissibilidade de Provas Ilícitas	30
2.4	OS SISTEMAS DE VALORAÇÃO DA PROVA	32
2.4.1	Sistema da Prova Tarifada	32
2.4.2	Sistema da Íntima Convicção	34
2.4.3	Sistema da Persuasão Racional	35
2.5	A CADEIA DE CUSTÓDIA DA PROVA	37
3	A PROVA ILÍCITA E SUAS IMPLICAÇÕES	40
3.1	CONCEITO DE PROVA ILÍCITA	43
3.1.1	Distinção entre Prova Ilegítima e Prova Ilícita	45
3.2	TEORIA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA	47
3.2.1	A Ilícitude por Derivação	50
3.3	TEORIAS EXCLUDENTES DE ILICITUDE DA PROVA	55
3.3.1	Teoria da Fonte Independente	57
3.3.2	Teoria da Descoberta Inevitável	60
3.3.3	Teoria do Nexo Causal Atenuado	64

3.3.4 Teoria do Encontro Fortuito de Provas.....	67
3.4 TEORIA DA PROPORCIONALIDADE OU DO SACRIFÍCIO	70
4 CONSIDERAÇÕES FINAIS	78
REFERÊNCIAS.....	83

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Por meio deste trabalho, far-se-á um estudo sobre as teorias excludentes de ilicitude da prova, presentes no processo penal brasileiro, para admitir que prova derivada de prova ilícita sirva ao convencimento do julgador, o qual estará autorizado a considerar esta prova como fundamento da decisão judicial, acaso atendidos os requisitos que serão aqui avaliados. O exame ora proposto, que não pretende exaurir a matéria, presta-se a aferir os critérios de aplicação das circunstâncias permissivas de prova derivada de prova ilícita, definidos tanto pelo legislador infraconstitucional, quanto pela doutrina e atual jurisprudência.

Considerando que há, no ordenamento jurídico brasileiro, expressa vedação ao uso de provas ilícitas no processo, a presente pesquisa justifica-se pela sua relevância, uma vez que a inobservância de rigorosos critérios para a aplicação das excludentes que serão objeto deste estudo poderá representar o esvaziamento da vedação às provas ilícitas contida tanto no artigo 5º, inciso LVI, da Constituição Federal, quanto no artigo 157, *caput*, do Código de Processo Penal. Desta forma, mostra-se de fundamental importância a análise das exceções à proibição de prova oriunda de outra obtida ou produzida mediante violação a normas de direito penal ou constitucional.

Por meio de uma pesquisa bibliográfica e jurisprudencial feita pelo método dedutivo, o estudo será desenvolvido em quatro capítulos. O primeiro é destinado a estas breves considerações iniciais; o segundo, ao estudo da prova, de seu papel no processo penal, bem como de aspectos de sua produção e valoração; o terceiro, à análise da prova ilícita, da derivada de ilícita e das hipóteses excludentes da ilicitude derivada; e o quarto, e último, reservado às conclusões advindas da pesquisa realizada.

Como ponto de início do segundo capítulo, será esclarecido o papel desempenhado pela prova no processo penal, destacando-se sua importância à formação do convencimento do julgador, uma vez que é a prova que legitima o comando sentencial. A partir daí, abordar-se-ão o conceito e as diferentes acepções atribuídas ao termo prova, conforme construção doutrinária, diferenciando-se, ainda, prova e elemento de informação, bem como meio de prova e meio de obtenção de

prova. Em seguida, passar-se-á ao estudo da verdade perquirida no processo penal, distinguindo-se verdade formal de verdade material. Após a apresentação desses conceitos iniciais, serão trazidas breves considerações acerca do Sistema Inquisitório e do Sistema Acusatório, principalmente no que concerne à atuação e (im)parcialidade do julgador.

Ainda no segundo capítulo, serão analisados alguns dos princípios mais relevantes à questão probatória, iniciando-se pelo Princípio da Comunhão da Prova, que assegura que a prova pertence ao processo, e não à parte que a produziu. Em seguida, passar-se-á ao Princípio da Liberdade da Prova, com sucintas considerações acerca da limitação à liberdade probatória frente às normas constitucionais e infraconstitucionais impostas à produção. Logo depois, analisar-se-á o Princípio da Não Autoincriminação, o qual garante que ninguém está obrigado a produzir ou contribuir com a produção de prova que lhe seja prejudicial. Neste contexto, analisar-se-á o direito do acusado ao silêncio e como o exercício dessa garantia pode representar a perda de uma chance à defesa, de contribuir para o convencimento do magistrado.

Abordar-se-á, na sequência, o Princípio da Presunção de Inocência, sendo demonstrado, ainda que de forma bastante sucinta, que se trata de um dos princípios mais relevantes do Estado Democrático de Direito. Conforme será esclarecido no presente estudo, por meio do aludido princípio, ninguém será considerado culpado, ou poderá ser tratado como se assim fosse, até que haja o trânsito em julgado de uma sentença penal condenatória obtida a partir de um processo legal permeado pela observância ao direito do réu de exercício da ampla defesa e do contraditório. Após, encerrando o estudo dos princípios, o segundo capítulo contará com um tópico destinado à abordagem do Princípio da Inadmissibilidade de Provas Ilícitas, princípio de fundamental importância à pesquisa ora proposta, visto que, a partir dele, se proíbe, no processo, prova obtida mediante violação a norma de direito constitucional ou legal.

No segundo capítulo, serão igualmente abordados os sistemas de valoração da prova, iniciando-se pelo Sistema da Prova Tarifada, passando-se ao Sistema da Íntima Convicção, e, após, ao Sistema da Persuasão Racional. Neste contexto, identificar-se-ão as características de cada sistema, bem como a correlação destes

com o ordenamento jurídico vigente. Por fim, o segundo capítulo contará com um tópico destinado ao estudo da cadeia de custódia da prova, destacando sua importância para a garantia da autenticidade e credibilidade das evidências e provas coletadas ao longo da investigação e persecução penal. Demonstrar-se-á, ainda, que, da higidez da cadeia de custódia da prova, dependerá a licitude do material probatório trazido aos autos de um processo penal.

Vencidos os conceitos introdutórios abordados no segundo capítulo – os quais se mostrarão necessários a uma adequada compreensão do que será tratado no capítulo seguinte –, passar-se-á ao estudo da prova ilícita, abarcando a teoria da ilicitude derivada e suas respectivas excludentes, as quais constituem o núcleo da presente pesquisa. Para tanto, o terceiro capítulo apresentar-se-á dividido em quatro partes, sendo a primeira destinada ao estudo da prova ilícita; a segunda, ao estudo da Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada; a terceira, à análise das teorias excludentes da ilicitude da prova derivada. Por fim, o capítulo se encerrará com uma quarta parte, reservada à análise da Teoria da Proporcionalidade ou do Sacrifício.

O estudo da prova ilícita proposto no terceiro capítulo iniciará com um breve apanhado sobre o destino da prova que, no processo, tem sua ilicitude reconhecida, apontando-se o tratamento conferido à hipótese pelo legislador infraconstitucional, seja no tocante à imprestabilidade da prova, seja quanto ao julgador que, por ter tido contato com a prova ilícita, tem sua imparcialidade comprometida. Neste contexto, tecer-se-ão breves comentários à Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019 (conhecida por “Pacote Anticrime”).

A partir daí, analisar-se-ão os conceitos de prova ilícita, atribuídos pela doutrina e pelo legislador, abordando-se, inclusive, a distinção – de construção doutrinária – feita entre prova ilícita e prova ilegítima, com menção ao tratamento conferido para cada hipótese (ilicitude e ilegitimidade da prova). Neste ponto, serão trazidos exemplos para elucidar a referida diferenciação.

Tecidas essas considerações, entrar-se-á no estudo da Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada, esclarecendo-se, na segunda parte do terceiro capítulo, como se deu o surgimento e recepção dessa teoria no ordenamento jurídico brasileiro, bem como explicando o fenômeno da ilicitude por derivação, com a apresentação de

exemplos para facilitar a compreensão do tema. Neste tópico, esclarecer-se-á a importância da sobredita teoria, frente à vedação constitucional e infraconstitucional ao uso de provas ilícitas no processo, demonstrando, no entanto, a complexidade de sua aplicação, visto que, em cada caso, o reconhecimento da ilicitude derivada dependerá da acurada análise da gênese da prova, bem como de sua cadeia de custódia. Ainda, demonstrar-se-á, por meio de precedentes jurisprudenciais, que a Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada vem sendo amplamente aceita pelos Tribunais Superiores, embora não seja esta a realidade nos juízos de origem.

Diante deste contexto, a terceira parte do capítulo ora em comento abordará as teorias excludentes da ilicitude da prova derivada, tratando das características e critérios de aplicação das teorias da Fonte Independente, da Descoberta Inevitável, do Nexo Causal Atenuando e do Encontro Fortuito de Provas. Neste estudo, abordar-se-ão a previsão legislativa, a construção doutrinária e o entendimento jurisprudencial acerca das hipóteses excludentes de ilicitude da prova derivada de prova ilícita, referindo particularidades de cada uma dessas excludentes e apontando possíveis repercussões advindas de sua aplicação intransigente. Por fim, na última parte do terceiro capítulo, a pesquisa trará considerações acerca da Teoria da Proporcionalidade ou do Sacrifício, avaliando, segundo entendimento doutrinário majoritário, como ocorre sua aplicação.

2 A PROVA E O SEU PAPEL NO PROCESSO PENAL

O ordenamento jurídico de uma sociedade deve se apresentar em constante evolução, acompanhando as modificações das dinâmicas sociais. Em razão desse fenômeno, tem-se, cada vez mais, novos bens jurídicos submetidos à tutela penal¹. Contudo, como salientam André Luís Callegari e Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth, em atenção ao princípio da subsidiariedade da intervenção penal, a aplicação da tutela penal, para que seja possível, deve ser adequada, necessária e proporcional, sob pena de ofensa ao sobredito princípio²:

Como princípio geral de todo o ordenamento jurídico, o princípio da proporcionalidade implica o princípio de subsidiariedade da intervenção penal, a utilização da pena como última razão e, portanto, a utilização privilegiada de outros instrumentos de prevenção menos lesivos aos direitos fundamentais. [...] A pena em muitos casos já não é mais a última razão e o mesmo vale para os bens jurídicos protegidos, pois, como se verifica, a nova tendência incriminadora é a de proteção de bens jurídicos que antes estavam destinados a outras áreas do Direito (Civil, Administrativo, etc.).

Neste cenário, a prova assume especial importância, uma vez que é a partir dela que o juiz penal terá subsídios para julgar situação submetida à sua apreciação. Nas palavras de Adilson José Bressan, “dentro do processo penal, o tema ligado às provas é dos mais interessantes, afinal as provas é que levam à solução do processo, com a condenação ou absolvição do acusado”³. Na mesma linha é o posicionamento de Aury Lopes Júnior e Alexandre Moraes da Rosa, ao sustentarem que “a temática

¹Neste sentido, oportuna a reflexão: “Efetivamente, inexistia mais aquela antiga perspectiva de que o Direito Penal somente possui o condão de tutelar bens jurídicos clássicos, tais como a vida, o patrimônio, a liberdade pessoal etc. A evolução social fez com que surgissem diversos bens jurídicos de natureza difusa, os quais, por sua relevância, foram alçados à categoria de bens jurídicos *penais*, a exemplo do meio ambiente, da ordem econômica, da ordem tributária, dentre diversos outros.” (BERTONI, Felipe Faoro; AVILA, Bruna Virginia Mingatto de. O ovo grudou na frigideira: considerações sobre o direito penal nas relações de consumo. In: BERTONI, Felipe Faoro; AMARAL, Maria Eduarda Azambuja (Organizadores). **Economia e criminalidade: duas faces da mesma moeda**. Porto Alegre: Canal Ciências Criminais, p. 37-48, 2019. p. 37-38). Esclarecendo a necessidade da tutela penal, Fábio Roque de Araújo refere: “A lógica que orienta a existência destes mandados de criminalização é a de que, por conta deste princípio da proporcionalidade, o Direito não pode abster-se de tutelar determinados bens jurídicos, sob pena de consagrar a chamada proteção deficiente.” (ARAÚJO, Fábio Roque. **O princípio da proporcionalidade referido ao legislador penal**. Salvador: Faculdade Baiana de Direito, 2011. p. 124).

² CALLEGARI, André Luís; WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. **Sistema penal e política criminal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. p. 120-121.

³ BRESSAN, Adilson José. **Provas ilícitas por derivação**: a (in)aplicabilidade, no processo penal brasileiro, das teorias norte-americanas que atenuam a doutrina dos frutos da árvore envenenada. Disponível em: <<https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/44992/provas-ilicitas-por-derivacao-a-in-aplicabilidade-no-processo-penal-brasileiro-das-teorias-norte-americanas-que-atenuam-a-doutrina-dos-frutos-da-arvore-envenenada>> Acesso em: 10/05/2020.

‘provas’ é o eixo central do Processo Penal, pois tudo gira em torno delas como instrumento recognitivo e persuasivo”⁴.

Sob este prisma, Nara Borgo Cypriano Machado assevera que, para uma decisão judicial justa e apta a garantir a eficácia da prestação jurisdicional, se faz necessária a reprodução, da forma mais exata possível, dos fatos submetidos à análise do Poder Judiciário⁵. Isso é possível a partir das provas, por meio das quais se reconstrói (de forma aproximativa) o fato histórico descrito na peça acusatória, permitindo que o juiz exerça sua atividade recognitiva, a partir da qual se produzirá o convencimento externado na sentença⁶. Ou seja, nesse contexto, como bem destaca Walter Nunes da Silva Júnior, “o juiz não julga os fatos *in natura*, tal como eles se verificaram no mundo fenomênico, mas apenas a versão desses fatos, de acordo com a prova carreada aos autos”⁷.

Portanto, o papel da prova no processo penal é, de acordo com José Olinto Gil Barbosa, servir à formação do convencimento do julgador e, ao mesmo tempo, abonar sua decisão perante a sociedade⁸. Além disso, segundo destaca Fernando Capez, por meio da prova ocorre a avaliação da responsabilidade penal do acusado, o que refletirá diretamente na decisão do processo, bem como na fixação da pena ou da medida de segurança⁹. Vê-se, pois, que a prova legitima o comando sentencial¹⁰.

⁴ LOPES JÚNIOR, Aury; ROSA, Alexandre Morais da. A importância da cadeia de custódia para preservar a prova penal. **Revista Consultor Jurídico**, janeiro/2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-jan-16/limite-penal-importancia-cadeia-custodia-prova-penal>> Acesso em: 09/05/2020.

⁵ MACHADO, Nara Borgo Cypriano. **O princípio do *nemo tenetur se detegere* e a prova no processo penal**. Disponível em: <<http://fdc.br/Arquivos/Revista/37/01.pdf>> Acesso em: 03/05/2020.

⁶ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 342.

⁷ SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. **Teoria constitucional do direito processual penal: limitações fundamentais ao exercício do direito de punir no sistema jurídico brasileiro**. 2006. 876 f. Tese (Doutorado). Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Pernambuco. Recife, 2006. Disponível em: <https://attena.ufpe.br/bitstream/123456789/4013/1/arquivo5907_1.pdf> Acesso em: 13/06/2020.

⁸ BARBOSA, José Olinto Gil. **As provas ilícitas no processo brasileiro**. Disponível em: <<http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/AS%20PROVAS%20IL%20CDCITAS.pdf>> Acesso em: 03/05/2020.

⁹ CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 367.

¹⁰ Nesta linha, traz-se reflexão de Maria Eduarda Azambuja Amaral: “Assim, percebemos que a prova é a responsável por realizar uma conexão entre o direito material e o direito processual penal, além de sua gestão estar intimamente relacionada com o sistema processual adotado. Identificamos, desse modo, a necessidade de que a prova seja utilizada para auxiliar o magistrado na sua decisão, bem como para assegurados direitos fundamentais do acusado.” (AMARAL, Maria Eduarda Azambuja. A prova pericial contábil: uma análise acerca da importância da cadeia de custódia. In: BERTONI,

Consectário lógico é que a decisão judicial deve estar devidamente fundamentada na prova¹¹.

2.1 CONCEITO DE PROVA

Como ponto de partida para a conceituação da prova, importa esclarecer que os elementos de informação produzidos no inquérito (fase investigativa; pré-processual, portanto) não se constituem como prova no processo penal, pois, como esclarece Eduardo Pereira dos Anjos, são produzidos de forma inquisitorial, devendo ser confirmados em juízo à luz do contraditório e ampla defesa, oportunizando-se às partes a manifestação isonômica¹². Desta forma, o termo prova pressupõe a existência de uma fase processual de persecução penal.

Conforme ensinamento de Gustavo Badaró, a palavra “prova” pode ser empregada com diferentes acepções, a saber: a) “atividade probatória”, representando o conjunto de atos praticados para a verificação de um fato; b) “meio de prova”, sendo o instrumento por meio do qual se introduzem no processo os elementos aptos a influenciar o julgador; ou, ainda, c) “resultado probatório”, significando o convencimento que os meios de prova geram no juiz e nas partes¹³. Nessa linha, também no presente estudo, o termo poderá ser utilizado nestas diferentes acepções, privilegiando-se o sentido de “meio de prova”.

Portanto, no âmbito processual penal, “prova é tudo o que é apto a levar o conhecimento de alguma coisa a alguém”¹⁴. É o elemento que autoriza a conclusão acerca da veracidade de um fato ou circunstância, introduzido no processo com o

Felipe Faoro; AMARAL, Maria Eduarda Azambuja (Organizadores). **Economia e criminalidade: duas faces da mesma moeda**. Porto Alegre: Canal Ciências Criminais, p. 164-177, 2019. p. 166).

¹¹ Neste ponto se mostra oportuna a alusão à previsão constitucional de que as decisões judiciais devem ser fundamentadas, sob pena de nulidade. É a redação do artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal: “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação”.

¹² ANJOS, Eduardo Pereira dos. **Precarização da valoração da prova no processo penal: uma triste constatação prática**. Disponível em: <<https://emporiiododireito.com.br/leitura/precarizacao-da-valoracao-da-prova-no-processo-penal-uma-triste-constatacao-pratica>> Acesso em: 03/05/2020.

¹³ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. p. 389-390.

¹⁴ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. p. 389.

objetivo de convencer o juiz¹⁵.

Corroborando esse entendimento, Eugênio Pacelli refere que a prova é aquilo que se destina à “reconstrução dos fatos investigados no processo, buscando a maior coincidência possível com a realidade histórica, isto é, com a verdade dos fatos”¹⁶. Na mesma linha é a definição de Fernando Capez¹⁷:

Do latim *probatio*, é o conjunto de atos praticados pelas partes, pelo juiz (CPP, arts. 156, I e II, 209 e 234) e por terceiros (p. ex., peritos), destinados a levar ao magistrado a convicção acerca da existência ou inexistência de um fato, da falsidade ou veracidade de uma afirmação.

Ainda, como refere Adilson José Bressan, prova é “o conjunto de atividades realizadas na reconstrução dos fatos que constituem o suporte das pretensões deduzidas e da própria decisão”¹⁸. Verdade é que a partir do conhecimento oriundo da análise das provas produzidas nos autos que o juiz terá condições de proferir a decisão mais adequada ao caso concreto. Daí se vê a relevância da produção probatória no âmbito processual penal.

2.1.1 Os Meios de Prova

Conforme refere Guilherme de Souza Nucci, “meios de provas” são todos os recursos, diretos e indiretos, empregados para alcançar a verdade dos fatos no processo¹⁹. Na definição de Aury Lopes Júnior, meio de prova pode ser entendido como o elemento a partir do qual se oferece ao juiz meios de conhecimento, de formação da história do crime, cujos resultados probatórios podem ser utilizados diretamente na decisão, a exemplo da prova testemunhal, dos documentos e das perícias²⁰.

¹⁵ GONÇALVES, Victor Eduardo Rios; REIS, Alexandre Cebrian Araújo; LENZA, Pedro (Coordenador). **Direito processual penal esquematizado**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 259.

¹⁶ PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**. 21. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017. p. 174.

¹⁷ CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 367.

¹⁸ BRESSAN, Adilson José. **Provas ilícitas por derivação**: a (in)aplicabilidade, no processo penal brasileiro, das teorias norte-americanas que atenuam a doutrina dos frutos da árvore envenenada. Disponível em: <<https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/44992/provas-ilicitas-por-derivacao-a-in-aplicabilidade-no-processo-penal-brasileiro-das-teorias-norte-americanas-que-atenuam-a-doutrina-dos-frutos-da-arvore-envenenada>> Acesso em: 10/05/2020.

¹⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**. 16. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 348.

²⁰ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 352.

Vale destacar que os meios de prova positivados na legislação processual penal são meramente exemplificativos. Nessa linha, são igualmente admitidos aqueles não previstos no Código de Processo Penal, os quais são referidos por Alexandre Cebrian Reis e Victor Gonçalves como “meios inominados”, dos quais são exemplos as filmagens (videofonogramas), os arquivos de áudio (fonogramas), as fotografias e a inspeção judicial²¹.

Sobre o tema, também é oportuna a diferenciação entre meios de prova e meios de obtenção de prova proposta por Gustavo Badaró²²:

A diferença é que, enquanto os meios de prova são aptos a servir, diretamente, ao convencimento do juiz sobre a veracidade ou não de uma afirmação fática (por exemplo, o depoimento de uma testemunha, ou o teor de uma escritura pública), os meios de obtenção de prova (por exemplo, uma busca e apreensão) são instrumentos para a colheita de elementos ou fontes de provas, estes, sim, aptos a convencer o julgador (por exemplo, um extrato bancário [documento] encontrado em uma busca e apreensão domiciliar). Ou seja, enquanto o meio de prova se presta ao convencimento direto do julgador, os meios de obtenção de provas somente indiretamente, e dependendo do resultado de sua realização, poderão servir à reconstrução da história dos fatos.

Segundo o autor, os meios de obtenção de prova comumente representam restrição a direitos fundamentais do investigado, especialmente a liberdades públicas relacionadas à privacidade, à intimidade ou à liberdade de manifestação do pensamento. São exemplos de restrição a direitos fundamentais a quebra de sigilo bancário ou fiscal, a busca domiciliar e, ainda, a interceptação telefônica²³. Contudo, a despeito da distinção trazida por Gustavo Badaró, no presente estudo “meios de prova” e “meios de obtenção de prova” serão tratados como sinônimos.

2.1.2 Verdade Formal e Verdade Material

Como mencionado no tópico 2.1, a prova se presta à busca da verdade dos fatos. Neste contexto, Walter Nunes da Silva Júnior destaca que, no âmbito dos processos criminais, em que a prova se mostra um tanto mais complexa, cada litigante oferece ao julgador sua versão (ou versões) dos fatos e respectivas circunstâncias,

²¹ GONÇALVES, Victor Eduardo Rios; REIS, Alexandre Cebrian Araújo; LENZA, Pedro (Coordenador). **Direito processual penal esquematizado**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 268.

²² BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. p. 391.

²³ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. p. 391.

cabendo ao magistrado, por meio da análise do conjunto probatório, decidir sobre o contexto fático do caso em análise, para somente a partir daí, decidir acerca das consequências jurídicas decorrentes dos fatos apurados²⁴.

Entretanto, consoante refere Luiz Flávio Gomes, a liberdade conferida às partes para a obtenção, apresentação e produção da prova no processo é limitada, ao passo que “nem tudo que possa ser útil para a descoberta da verdade está amparado pelo direito vigente. O direito à prova não pode (nem deve) ser exercido a qualquer preço”²⁵. Com base neste entendimento, a doutrina identifica duas “verdades”: a verdade material/real e a verdade processual/formal.

Por “verdade material”, segundo ensina Luiz Francisco Torquato Avolio, entende-se o poder-dever inquisitivo do juiz penal de demonstrar a existência do crime e sua autoria, exigindo-se uma pesquisa muito além da convergência das partes sobre os fatos, visto que caberá ao julgador a incumbência de efetivamente conhecer a realidade e a verdade dos fatos antes de decidir²⁶. Nara Borgo Cypriano Machado esclarece que o princípio que vigora no processo penal brasileiro é o da verdade real, visto que a legislação processual penal vigente confere ao juiz poderes para determinar a realização de diligências quando as provas produzidas pelos litigantes não forem suficientes para dirimir dúvida relevante que persista no processo^{27/28}.

Igualmente referindo que no processo penal adota-se o princípio da verdade

²⁴ SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. **Teoria constitucional do direito processual penal**: limitações fundamentais ao exercício do direito de punir no sistema jurídico brasileiro. 2006. 876 f. Tese (Doutorado). Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Pernambuco. Recife, 2006. Disponível em: <https://attena.ufpe.br/bitstream/123456789/4013/1/arquivo5907_1.pdf> Acesso em: 13/06/2020.

²⁵ GOMES, Luiz Flávio. **Provas ilícitas e ilegítimas**: distinções fundamentais. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/noticias/1972597/>> Acesso em: 10/05/2020.

²⁶ AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas ilícitas**: interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 45.

²⁷ MACHADO, Nara Borgo Cypriano. **O princípio do *nemo tenetur se detegere* e a prova no processo penal**. Disponível em: <<http://fdc.br/Arquivos/Revista/37/01.pdf>> Acesso em: 03/05/2020.

²⁸ Exemplificando poderes instrutórios conferidos ao juiz pelo legislador processual penal, tem-se o artigo 156 do Código de Processo Penal, que assim estabelece: “A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício: I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida; II – determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.”.

material, tem-se Guilherme de Souza Nucci²⁹:

Vale registrar que, ao cuidarmos de *provas*, voltamos os nossos olhos para a busca da verdade, que, no processo penal, é denominada material, real ou substancial, justamente para fazer contraste com a verdade formal ou instrumental do processo civil.

Contudo, contrapondo-se a essa ideia, Gustavo Badaró entende pela adoção da verdade formal na persecução penal, justamente porque a verdade perquirida no processo deve observar as limitações estabelecidas pelas regras da produção probatória. Nas palavras do autor³⁰:

A verdade processual traduz-se em um valor que legitima a atividade jurisdicional, não se podendo considerar justa uma sentença que não tenha sido precedida de um processo estruturado segundo regras que possibilitem uma correta verificação dos fatos. [...] Todavia, a “verdade judicial”, até mesmo por força de limitações legais decorrentes das regras sobre admissão, produção e valoração da prova, jamais será uma verdade absoluta. Trata-se, pois, de uma verdade necessariamente relativa, que seja a “maior aproximação possível” daquilo que se denomina verdade, *tout court*.

No mesmo sentido, Eugênio Pacelli assinala que, apesar de sabidamente imperfeita, o processo penal deve construir uma verdade judicial, “uma *certeza do tipo jurídica*, que pode ou não corresponder à verdade da realidade histórica (da qual, aliás, em regra, jamais se saberá)”³¹. Conforme palavras de Luiz Flávio Gomes, “o que vale então no processo penal, por conseguinte, é a verdade processual, que significa a verdade que pode ser (jurídica e validamente) comprovada e a que fica (efetivamente) demonstrada nos autos”³².

Gustavo Badaró explica que a limitação à descoberta da verdade existe para proteger outros valores em jogo: “o respeito à dignidade humana, à proteção da intimidade, à preservação da imparcialidade do julgador”³³. O autor complementa: “a busca da verdade não é o fim último do processo penal, mas um meio para a correta

²⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 14. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 347-348.

³⁰ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. p. 386.

³¹ PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**. 21. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017. p. 174-175.

³² GOMES, Luiz Flávio. **Provas ilícitas e ilegítimas: distinções fundamentais**. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/noticias/1972597/>> Acesso em: 10/05/2020.

³³ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. p. 389.

aplicação da lei penal”³⁴.

Também no sentido de esclarecer a razão pela qual a busca da verdade material deve dar lugar à busca da verdade formal no processo penal, oportuna a reflexão de Aury Lopes Júnior³⁵:

O maior inconveniente da verdade real foi ter criado uma “cultura inquisitiva” que acabou se disseminando por todos os órgãos estatais responsáveis pela persecução penal. A partir dela, as práticas probatórias mais diversas estão autorizadas pela nobreza de seus propósitos: a verdade. [...] Assim, no processo penal, só se legitimaria a ‘verdade formal ou processual’. Trata-se de uma verdade perseguida pelo modelo formalista como fundamento de uma condenação e que só pode ser alcançada mediante o respeito das regras precisas e relativas aos fatos e circunstâncias considerados como penalmente relevantes.

Observa-se, portanto, que o direito de provar não é irrestrito. Assim como não se mostra válida a confissão obtida mediante tortura, não se admite em um processo criminal norteado pelo respeito aos direitos e garantias fundamentais, prova que tenha sido obtida a partir de violação a regras de proteção, ainda mais quando tais regras dizem respeito a direitos fundamentais³⁶.

Deste modo, mostra-se adequado adotar, no bojo de um processo penal, a busca da verdade formal em detrimento da verdade material, pois a verdade a ser construída no processo não pode ultrapassar as garantias e diretrizes estabelecidas em lei. Pelo contrário, a atividade probatória deve ser desenvolvida garantindo-se que a produção da prova não implique na violação a direitos juridicamente tutelados.

2.2 OS SISTEMAS PROCESSUAIS E A GESTÃO DE PROVAS

A atuação do julgador e a forma como se desenvolve a produção probatória no processo penal são aspectos diretamente condicionados ao tipo de sistema processual adotado. Neste cenário, existem dois sistemas processuais contrapostos:

³⁴ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. p. 389.

³⁵ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 372-373.

³⁶ SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. **Teoria constitucional do direito processual penal: limitações fundamentais ao exercício do direito de punir no sistema jurídico brasileiro**. 2006. 876 f. Tese (Doutorado). Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Pernambuco. Recife, 2006. Disponível em: <https://attena.ufpe.br/bitstream/123456789/4013/1/arquivo5907_1.pdf> Acesso em: 13/06/2020.

o Sistema Inquisitório e o Sistema Acusatório³⁷, os quais serão brevemente abordados, tão somente quanto às suas características mais relevantes e seus reflexos na produção da prova³⁸.

No tocante às características próprias de um Sistema Inquisitório, Aury Lopes Júnior indica a unificação das funções de acusar e julgar, a iniciativa probatória nas mãos do julgador, a violação ao Princípio da Iniciativa das Partes (*ne procedat iudex ex officio*) – o qual estabelece a inércia da jurisdição –, pois o juiz pode atuar de ofício, a parcialidade do julgador, a inexistência de contraditório pleno e a desigualdade de armas e oportunidades³⁹. Referindo-se ao Sistema Inquisitório como “diabólico”⁴⁰, Jacinto Coutinho destaca que o maior problema do modelo inquisitorial é a extrema concentração de poder nas mãos do julgador, o qual detém a gestão da prova, impossibilitando um julgamento imparcial⁴¹.

Em acentuada contraposição ao Sistema Inquisitório, tem-se o Sistema

³⁷ Neste ponto, mostra-se oportuna a reflexão de Aury Lopes Júnior acerca da desgastada dicotomia entre acusatório e inquisitório. Nas palavras do autor: “[...] o processo penal brasileiro ainda tem um longo caminho a percorrer para ser considerado um sistema processual penal democrático, sendo necessário fazer um deslocamento do foco da discussão tradicional (acusatório x inquisitório), pois não há paz conceitual para uma mudança. Não existe consenso sobre esses conceitos e muitas são as vozes que sustentam ser o processo brasileiro acusatório, dando, portanto, um falso ponto final na discussão. Precisamos retomar a partir da Constituição e da Convenção Americana de Direitos Humanos, para alinhar o Código de Processo Penal na perspectiva de um sistema processual penal democrático”. (LOPES JÚNIOR, Aury. (Re)pensando os sistemas processuais em democracia: a estafa do tradicional problema inquisitório x acusatório. **Boletim do IBCCRIM - Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, n. 251, outubro/2013).

³⁸ Sob esse prisma, oportunas as palavras de Cristina di Gesu: “O estudo da prova no processo penal passa, necessariamente, pela noção de sistemas, pois a atuação do magistrado em relação à matéria probatória indicará se ele assume a posição de garantidor ou de inquisidor. Em se tratando de sistemas e, diante da impossibilidade da existência de um sistema puro, é preciso identificar o ‘princípio informador’ de cada um para classificá-lo como inquisitivo ou acusatório, adiantando que, além da separação entre as atividades de acusar e julgar, a ‘gestão da prova’ é uma das características diferenciadoras mais salientes.” (DI GESU, Cristina. **Prova penal e falsas memórias**. 2. ed. ampl. e rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014. p. 23).

³⁹ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 43.

⁴⁰ Nas palavras do autor: “O modelo é genial, não fosse, antes, diabólico, embora nascido, como se viu, no seio da Igreja Católica. Em um tempo extremamente místico, não poderia ser diferente. Resistiu – e resiste – como o mais apurado sistema jurídico do qual se tem conhecimento, tendo persistido por tanto tempo justo por sua simplicidade, isto é, porque usa o próprio modelo de pensamento (por excelência) da civilização ocidental”. (COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O sistema acusatório: cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. **Senado: Revista de Informação Legislativa**. Brasília, a. 46, n. 183, p. 103-115, julho-setembro/2009. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/194935/000871254.pdf>> Acesso em: 01/06/2018).

⁴¹ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. As reformas parciais do CPP e a gestão da prova: segue o princípio inquisitivo. **Boletim do IBCCRIM - Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**. n. 188, julho/2008.

Acusatório, o qual caracteriza-se, segundo Aury Lopes Júnior, pela clara separação entre as funções de acusar e julgar, pela gestão e pela iniciativa probatória nas mãos das partes – e não mais a cargo do julgador como no modelo inquisitorial –, pela imparcialidade do julgador, pelo tratamento igualitário entre as partes, pela publicidade dos procedimentos como regra e pela presença do contraditório, garantindo-se ao réu a possibilidade de defesa⁴².

Nas palavras de Jacinto Coutinho⁴³:

Trata-se isso sim de um sistema que realça o papel das partes a começar por aquele do juiz não só por compatibilizá-lo com os ditames constitucionais, mas, sobretudo, em razão de permitir que se caminhe na direção de uma maior democracia processual.

Sob esse prisma, a distinção mais relevante entre esses dois sistemas processuais diz respeito à gestão da prova⁴⁴. Estando o juiz autorizado (ainda que sob determinadas condições) a adotar uma postura ativa, cabendo a ele questionar e produzir provas *ex officio*, estar-se-á diante de um Sistema Inquisitório. Em contrapartida, estando o juiz obrigado a adotar uma postura inerte, imparcial, figurando como um mero árbitro da atuação das partes, estar-se-á diante de um Sistema Acusatório⁴⁵.

De acordo com Ruiz Ritter, o sistema constitucionalmente adotado no Brasil é o Acusatório⁴⁶. Porém, o autor critica o modelo brasileiro ressaltando que um sistema

⁴² LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 43.

⁴³ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O sistema acusatório: cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. **Senado: Revista de Informação Legislativa**. Brasília, a. 46, n. 183, p. 103-115, julho-setembro/2009. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/194935/000871254.pdf>> Acesso em: 01/06/2018.

⁴⁴ Neste sentido: “[...] o núcleo fundante do processo é a gestão da prova, tudo gira em torno da prova, enquanto instrumento de reconhecimento e captura psíquica do juiz. Superou-se a visão tradicional de que o sistema estava demarcado pela separação inicial das funções, repensando o próprio alcance do *ne procedat iudex ex officio*. Ademais, imprescindível afastar o juiz da iniciativa probatória em nome do contraditório e da necessária imparcialidade do julgador”. (LOPES JÚNIOR, Aury. (Re)pensando os sistemas processuais em democracia: a estafa do tradicional problema inquisitório x acusatório. **Boletim do IBCCRIM - Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, n. 251, outubro/2013).

⁴⁵ ANDRADE, Mauro Fonseca. Teoria da gestão da prova: um confronto consigo mesma. **Revista Ibero-Americana de Ciências Penais**, p. 141-200, 2015. Disponível em <<http://paginasdeprocessopenal.com.br>> Acesso em: 03/06/2018.

⁴⁶ RITTER, Ruiz. Os poderes instrutórios do juiz no processo penal. **Artigos Jurídicos e Direito em Debate: Revista Eletrônica AJDD**, a. 7, n. 12, 3 p. 1-22, 2017. Disponível em <http://reajdd.com.br/artigos/Revista_Ano_VII_n12/3-RUIZ-MESTRE-ESTADUAL.pdf> Acesso em: 01/06/2018.

propriamente acusatório é incompatível com a atribuição de poderes instrutórios ao julgador, pois tais poderes representam ofensa à imparcialidade do julgador e clara violação ao Princípio da Presunção de Inocência^{47/48}. Neste ponto, Khaled Júnior explica que a crítica ao modelo brasileiro ocorre porque a legislação processual penal vigente apresenta indesejáveis resquícios inquisitoriais^{49/50}, não somente por possuir uma fase preliminar de caráter inquisitório (inquérito policial)⁵¹, mas também por

⁴⁷ RITTER, Ruiz. Os poderes instrutórios do juiz no processo penal. **Artigos Jurídicos e Direito em Debate: Revista Eletrônica AJDD**, a. 7, n. 12, 3 p. 1-22, 2017. Disponível em <http://reajdd.com.br/artigos/Revista_Ano_VII_n12/3-RUIZ-MESTRE-ESTADUAL.pdf> Acesso em: 01/06/2018.

⁴⁸ Sobre o sistema adotado no Brasil, traz-se o apontamento de Aury Lopes Júnior e Alexandre Moraes da Rosa: “O constituinte de 1988 rendeu homenagens ao modelo acusatório em detrimento do modelo inquisitorial. Diferentemente do modelo inquisitorial, no modelo acusatório, as pessoas que acusam, defendem e julgam são distintas, garantindo, assim, a imparcialidade e preservando o princípio do contraditório e da ampla defesa do acusado. Sem embargo disso, a vocação pelo modelo inquisitorial ainda preserva uma presença significativa no processo penal brasileiro.” (LOPES JÚNIOR, Aury; ROSA, Alexandre Moraes da; SILVA, Philipe Benoni Melo e. Quando o árbitro de vídeo falha: a copa e o processo penal. **Revista Consultor Jurídico**, junho/2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-jun-22/limite-penal-quando-arbitro-video-falha-copa-processo-penal#author>> Acesso em: 09/05/2020).

⁴⁹ A respeito da (im)parcialidade do julgador no sistema brasileiro, oportuna a crítica apresentada por Deise Lora: “o juiz que tem acesso aos autos do inquérito, que decide acerca da prova da materialidade e os indícios da autoria (em sede cautelar) e que, ainda, interroga o réu e instrui diretamente o processo, não possui condições a um julgamento imparcial.” (LORA, Deise Helena. Sistemas jurídico-penais contemporâneos: a verdade como “revelação” no processo penal. Da gênese inquisitorial ao arbítrio do sistema misto. **Sistema Penal & Violência: Revista Eletrônica da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul**, v. 7, n. 2, p. 237-248, julho-dezembro/2015. Disponível em: <<http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/sistemapenaleviolencia/article/view/21086/13932>> Acesso em: 01/06/2018).

⁵⁰ Oportuno, ainda, o apontamento feito por Aline Pires de Souza Machado de Castilhos e Roberta Eggert Poll: “Atualmente, vemos a larga utilização de medidas que somente deveriam ser empregadas em casos extremos ou em um contexto de urgência, mas que estão se tornando a base da busca probatória e sinônimo de um processo penal efetivo. Outras constituem-se em um verdadeiro abuso, como prisões processuais utilizadas como forma de pressão para obter confissão ou realizar acordo de delação, divulgação de notícias falsas e ameaça de prisão de familiares.” (CASTILHOS, Aline Pires de Souza Machado de; POLL, Roberta Eggert. **Ciências criminais: temas controvertidos na realidade prática brasileira**. 1ª ed. Florianópolis: Habitus, 2018. p. 138).

⁵¹ Cumpre referir que, por meio da Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019 (“Pacote Anticrime”), incluiu-se no Código de Processo Penal o artigo 3º-A, que conta com a seguinte redação: “O processo penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação”. Todavia, a eficácia do referido dispositivo restou suspensa pelo Supremo Tribunal Federal, sob o fundamento de que o dispositivo consiste em norma de organização judiciária. A decisão foi proferida na Medida Cautelar nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305 – Distrito Federal, de Relatoria do Ministro Luiz Fux, julgada em 22 de janeiro de 2020. A seguir, colacionam-se trechos com fundamentos da referida decisão: “(a1) [...] a evidência que emerge acima de qualquer dúvida razoável é a de que a implantação dos artigos 3º-A a 3º-F do Código de Processo Penal requer, em níveis poucas vezes visto na história judiciária recente, a reestruturação de unidades judiciárias e a redistribuição de recursos materiais e humanos. [...] Por óbvio, cada Tribunal tem a prerrogativa de decidir como essa reorganização de funções será feita, se for o caso (especialização de varas, criação de núcleos de inquéritos etc), de sorte que é inafastável considerar que os artigos 3º-A a 3º-F consistem preponderantemente em normas de organização judiciária. [...] (a7) Medida cautelar concedida, para suspensão da eficácia dos

comportar, na fase processual proposta como acusatória, dispositivos de caráter inquisitorial que comprometem a posição de imparcialidade do juiz^{52/53}.

2.3 PRINCÍPIOS

No processo penal, além das normas constitucionais e legais, regulamentadoras tanto da atividade probatória quanto da avaliação das provas pelo julgador, existem princípios que devem ser igualmente observados. A seguir, analisar-se-ão alguns dos mais relevantes atinentes à questão probatória:

2.3.1 Princípio da Comunhão da Prova

Segundo o Princípio da Comunhão da Prova, “uma vez produzida, a prova pode socorrer qualquer das partes, independentemente de qual dos litigantes a indicou ou introduziu no processo”⁵⁴. Sobre este ponto, Fernando Capez explica que, no campo penal, não há prova pertencente a uma ou outra parte. A prova produzida no processo servirá ao interesse da Justiça, destinando-se à formação da convicção do órgão julgador, pouco importando se foi produzida pela acusação ou pela defesa⁵⁵.

artigos 3º-A a 3º-F do Código de Processo Penal (Inconstitucionalidades formal e material).” (BRASÍLIA. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305 – Distrito Federal**. Relator Ministro Luiz Fux, julgado em 22 de janeiro de 2020).

⁵² KHALED JÚNIOR, Salah Hassan. O sistema processual penal brasileiro: acusatório, misto ou inquisitório? **Civitas: Revista de Ciências Sociais**. Porto Alegre, v. 10, n. 2, p. 293-308, maio-agosto/2010. Disponível em: <www.redalyc.org/html/742/74221650008/> Acesso em: 04/06/2018.

⁵³ Como exemplo dos mencionados resquícios do Sistema Inquisitório no Código de Processo Penal, Karol Sicora, Rafael Camparra Pinheiro e Renata da Cunha Rieger referem o *caput* do 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”), dispositivo por meio do qual se permite ao juiz a remição aos elementos de informação colhidos durante o inquérito policial para formação de seu convencimento. Igualmente demonstrando a presença de traços inquisitoriais na legislação processual penal, tem-se o artigo 156 do Código de Processo Penal (“A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício: I- ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida; II – determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.”). Segundo ressaltam os mencionados autores, o artigo 156 atribui poderes instrutórios ao juiz, prática que não se coaduna com o sistema acusatório, ao passo que compromete a imparcialidade do julgador. (SICORA, Karol; PINHEIRO, Rafael Camparra; RIEGER, Renata Jardim da Cunha. Reformas processuais penais em debate: a disciplina da atividade probatória e o ideal político da Lei n. 11.690/2008. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XII, n. 70, novembro/2009. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6833> Acesso em: 04/06/2018).

⁵⁴ GONÇALVES, Victor Eduardo Rios; REIS, Alexandre Cebrian Araújo; LENZA, Pedro (Coordenador). **Direito processual penal esquematizado**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 267.

⁵⁵ CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 409.

Neste ponto, Renato Brasileiro de Lima refere que só há falar em comunhão da prova após a sua produção, de modo que, enquanto a prova não foi produzida, a parte que a invocou poderá dela desistir⁵⁶. Consequentemente, caso a prova já tenha sido produzida, ela se tornará parte do processo, de modo que, pelo Princípio da Comunhão da Prova, não assistirá à parte que a produziu o direito de desistir da prova, tampouco de requerer sua exclusão do processo.

2.3.2 Princípio da Liberdade da Prova

Conforme ensina Renato Brasileiro de Lima, de acordo com o Princípio da Liberdade da Prova, há, no processo penal, a mais ampla liberdade probatória, seja no tocante ao momento da prova, ao tema da prova, ou, ainda, aos meios de prova que podem ser utilizados pelas partes. Isso por conta dos interesses envolvidos no processo penal, que em muito se diferenciam do processo civil⁵⁷.

Contudo, Alexandre Cebrian Reis e Victor Gonçalves asseveram que, apesar da ampla liberdade conferida às partes para desempenhar a produção probatória, a admissibilidade dos meios de prova deve ficar condicionada à observância das limitações constitucionais e infraconstitucionais⁵⁸, como já mencionado no tópico 2.1.2 do presente estudo. Compreende-se, portanto, que o Princípio da Liberdade da Prova sofre mitigação frente aos limites estabelecidos pela lei, de modo que somente deverá ser aceito como meio de prova aquilo que não ofenda os óbices constitucionais e infraconstitucionais.

⁵⁶ LIMA, Renato Brasileiro de. **Código de processo penal comentado**. 2.ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 513-514. Aprofundando este ponto, o autor sugere como exemplo a desistência, durante o curso de uma audiência, da oitiva de testemunha que ainda não foi ouvida. Segundo o autor, neste caso a parte poderá livremente desistir da produção da prova, independentemente da concordância da parte contrária, nos termos do artigo 401, § 2º, do Código de Processo Penal (“A parte poderá desistir da inquirição de qualquer das testemunhas arroladas, ressalvado o disposto no art. 209 deste Código”). Contudo o autor destaca que, pelo Princípio da Busca da Verdade, o juiz está autorizado a produzir provas de ofício durante o processo, podendo determinar a oitivas das testemunhas que entender necessárias, ainda que não tenham sido arroladas. (LIMA, Renato Brasileiro de. **Código de processo penal comentado**. 2.ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 514-515).

⁵⁷ LIMA, Renato Brasileiro de. **Código de processo penal comentado**. 2.ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 514.

⁵⁸ GONÇALVES, Victor Eduardo Rios; REIS, Alexandre Cebrian Araújo; LENZA, Pedro (Coordenador). **Direito processual penal esquematizado**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 268.

2.3.3 Princípio da Não Autoincriminação

Segundo o Princípio da Não Autoincriminação, o qual encontra previsão no artigo 5º, inciso LXIII, da Constituição Federal⁵⁹, nenhuma pessoa está obrigada a praticar qualquer comportamento ativo que possa incriminá-la, não sendo obrigada a produzir provas contra si, ou contribuir com a produção de prova que não lhe favoreça, não podendo sequer ser constrangida a falar a verdade, caso esta lhe seja prejudicial⁶⁰. Tal princípio encontra-se igualmente previsto em tratados internacionais, como a Convenção Americana de Direitos Humanos⁶¹ e o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos⁶².

Conforme refere Renato Brasileiro de Lima, o Princípio da Não Autoincriminação decorre do exercício da ampla defesa negativa, consistente na não produção de elementos probatórios de elevado risco ou relevante potencialidade danosa à defesa do réu⁶³. Por esta razão, o autor salienta que, sempre que a produção da prova demandar um comportamento ativo por parte do acusado, o seu consentimento será imprescindível, não se admitindo medidas coercitivas contra ele para obrigá-lo a cooperar⁶⁴. Também em atenção ao sobredito princípio, a recusa do acusado em se submeter a tais provas não pode ser entendida como presunção de culpabilidade⁶⁵.

Importa, contudo, trazer a lição de Aury Lopes Júnior sobre este ponto. Segundo o autor, o exercício do direito ao silêncio (direito decorrente do Princípio da

⁵⁹ O artigo 5º, inciso LXIII, da Constituição Federal, o qual consagra o Princípio da Não Autoincriminação, determina que “o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado”.

⁶⁰ LIMA, Renato Brasileiro de. **Código de processo penal comentado**. 2.ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 499.

⁶¹ O artigo 8º, item 2, alínea ‘g’, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica) determina que, durante o processo, toda pessoa tem “direito de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada”, consagrando, portanto, o Princípio da Não Autoincriminação.

⁶² O artigo 14, item 3, alínea ‘g’, do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, igualmente consagra o Princípio da Não Autoincriminação, ao determinar que toda pessoa acusada de um delito terá direito “de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada”.

⁶³ LIMA, Renato Brasileiro de. **Código de processo penal comentado**. 2.ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 488.

⁶⁴ LIMA, Renato Brasileiro de. **Código de processo penal comentado**. 2.ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 488.

⁶⁵ LIMA, Renato Brasileiro de. **Código de processo penal comentado**. 2.ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 501.

Não Autoincriminação) pode implicar a perda da oportunidade de influenciar o convencimento do julgador⁶⁶:

Exemplo típico é o exercício do direito de silêncio, calcado no *nemo tenetur se detegere*. Não gera um prejuízo processual, pois não existe uma carga. Contudo, potencializa o risco de uma sentença condenatória. Isso é inegável. Não há uma carga para a defesa exatamente porque não se lhe atribui um prejuízo imediato e tampouco possui ela um dever de liberação. A questão desloca-se para a dimensão da distribuição do risco pela perda de uma chance de obter a captura psíquica do juiz. O réu que cala assume o risco decorrente da perda da chance de obter o convencimento do juiz da veracidade de sua tese.

Nas palavras de Alexandre Moraes da Rosa⁶⁷:

Não se pode negar que o acusado poderia ser condenado com a prova já existente nos autos, mas também não é menos verdade que a produção das demais provas possíveis (periciais, depoimentos, filmagens, etc.), sempre carga probatória da acusação, poderia enfraquecer ou mesmo levar à absolvição.

Ainda assim, não obstante o exercício do direito de silêncio represente a perda da chance de influenciar na decisão do julgador, deve prevalecer o entendimento de que, em decorrência do Princípio da Não Autoincriminação, o acusado pode se calar no interrogatório, recusar-se a participar de acareações e de reconhecimentos, e, inclusive, deixar de submeter-se a exames periciais⁶⁸, sem que isso lhe onere a defesa. Ou seja, o exercício do direito à não autoincriminação é prerrogativa do acusado, devendo ser exercido conforme sua conveniência.

2.3.4 Princípio da Presunção da Inocência

Conforme Renato Brasileiro de Lima, o Princípio da Presunção de Inocência consiste no entendimento de que o acusado não será considerado culpado de determinado crime senão após o término do devido processo legal, em que tenha se utilizado de todos os instrumentos pertinentes à sua defesa (ampla defesa), sendo-lhe possibilitada, inclusive, a destruição da credibilidade das provas apresentadas pela acusação (contraditório)⁶⁹. Nas palavras de Geraldo Prado, “consiste, pois, em fundar

⁶⁶ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 356.

⁶⁷ ROSA, Alexandre Moraes da. Teoria da perda de uma chance probatória pode ser aplicada ao processo penal. **Revista Consultor Jurídico**, junho/2014. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2014-jun-20/teoria-perda-chance-probatoria-aplicada-processo-penal>> Acesso em: 09/05/2020.

⁶⁸ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 367.

⁶⁹ LIMA, Renato Brasileiro de. **Código de processo penal comentado**. 2.ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 478.

o estado original de incerteza que marcará a persecução penal, da notícia crime ao momento imediatamente anterior ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória”⁷⁰. Esta prerrogativa encontra previsão no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal⁷¹.

No tocante à importância do instituto, traz-se apontamento de Aury Lopes Júnior, no sentido de que o Princípio da Presunção de Inocência é o princípio reitor do processo penal, do qual decorre tanto um dever de tratamento, quanto uma regra de julgamento⁷²:

Dentro do processo, a presunção de inocência implica um dever de tratamento por parte do juiz e do acusador, que deverão efetivamente tratar o réu como inocente, não ab(usando) das medidas cautelares e, principalmente, não olvidando que a partir dela se atribui a carga da prova integralmente ao acusador (em decorrência do dever de tratar o réu como inocente, logo, a presunção deve ser derrubada pelo acusador). Na dimensão externa ao processo, a presunção de inocência impõe limites à publicidade abusiva e à estigmatização do acusado (diante do dever de tratá-lo como inocente). Como regra de julgamento, a presunção de inocência impõe que a absolvição seja o critério pragmático de resolução da dúvida judicial, através do *in dubio pro reo*.

Ainda segundo Aury Lopes Júnior, a importância do Princípio da Presunção de Inocência é tamanha que se torna possível verificar a qualidade de um sistema processual a partir do nível de observância (eficácia) a esse princípio⁷³. Portanto, no processo penal brasileiro, não obstante o sistema processual acusatório apresente resquícios inquisitoriais – como tratado no item 2.2 deste estudo –, o réu deve ser tratado como inocente, e, assim sendo, não lhe incumbe provar nada, devendo ser absolvido em caso de dúvida judicial⁷⁴.

⁷⁰ PRADO, Geraldo. **Prova penal e sistema de controles epistêmicos**: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons Editora do Brasil Ltda, 2014. Disponível em: <http://www.marcialpons.com.br/wp-content/uploads/2016/05/L-32_tira-gosto_Prova-penal-e-sistema-de-controles-epistemicos-Geraldo-Prado.pdf> Acesso em: 03/05/2020.

⁷¹ O artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, o qual consagra o Princípio da Presunção de Inocência, determina que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

⁷² LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 354-355.

⁷³ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 354.

⁷⁴ Sobre este ponto, é oportuna a reflexão de Rogério Tadeu Romano acerca da impossibilidade, conferida pelo Princípio da Presunção de Inocência, de inversão do ônus da prova em prejuízo do acusado em caso de dúvida. Nas palavras do autor: “Essa, sem dúvida, é uma das manifestações mais sensíveis da presunção de inocência. Daí seguem-se diversos corolários se a verdade não ficar perfeitamente assentada na tese da acusação ou na defesa do réu, surgindo, assim, uma situação duvidosa, ainda assim deverá seguir-se a absolvição. A condenação somente poderá ser possível diante de provas que indubitavelmente infirmem a presunção de inocência. Guarda-se, aqui, a proximidade com o princípio do *in dubio pro reo*.” (ROMANO, Rogério Tadeu. A presunção de

2.3.5 Princípio da Inadmissibilidade de Provas Ilícitas

Ainda que as provas desempenhem, no processo penal, a função de “reconstrução da realidade histórica, sobre a qual se pronunciará a certeza quanto à verdade dos fatos, para fins de formação da coisa julgada”⁷⁵, o ordenamento jurídico vigente estabelece restrições à produção probatória, de modo que, como já abordado no item 2.1.2 do presente estudo, a reconstrução do contexto fático deverá respeitar alguns limites. Dentre tais limitações, está a vedação às provas ilicitamente obtidas.

Como bem destaca Walter Nunes da Silva Júnior, a ideia de exclusão de provas obtidas por meios ilícitos foi formada pela jurisprudência norte-americana, pelo que se chamou de *exclusionary rule*⁷⁶:

Basicamente, dois grandes sistemas jurídicos – americano e alemão, o primeiro pertencente à família do *common law*, o segundo do *civil law* – tiveram a primazia de fecundar a tese da exclusão das provas obtidas por meios ilícitos, dando origem às teorias das *exclusionary rules*, americana, e das *beweisverbote*, alemã. De toda sorte, a doutrina aponta a jurisprudência americana como a precursora da teoria da nulidade das provas obtidas por meios ilícitos.

No ordenamento jurídico brasileiro, a vedação das provas obtidas por meios ilícitos decorre do Princípio da Inadmissibilidade de Provas Ilícitas, previsto no artigo 5º, inciso LVI, da Constituição Federal⁷⁷, bem como no artigo 157, *caput*, do Código de Processo Penal^{78/79}. Acerca destes dispositivos, vale destacar que, muito embora

inocência e a segurança jurídica. **Revista Síntese Direito Penal e Processual Penal**. v.19, p. 76-82, dezembro-janeiro/2020. p. 76-82).

⁷⁵ PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**. 21. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017. p. 181.

⁷⁶ SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. **Teoria constitucional do direito processual penal: limitações fundamentais ao exercício do direito de punir no sistema jurídico brasileiro**. 2006. 876 f. Tese (Doutorado). Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Pernambuco. Recife, 2006. Disponível em: <https://attena.ufpe.br/bitstream/123456789/4013/1/arquivo5907_1.pdf> Acesso em: 13/06/2020.

⁷⁷ O artigo 5º, inciso LVI, da Constituição Federal, o qual positivou o Princípio da Inadmissibilidade de Provas Ilícitas, estabelece que “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”.

⁷⁸ Seguindo a linha do texto constitucional, o artigo 157, *caput*, do Código de Processo Penal, determina que “são inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais”.

⁷⁹ Cumpre referir que, em momento anterior à positivação da vedação às provas ilícitas ocorrida no artigo 5º, inciso LVI, da Constituição Federal, muito se discutia acerca do tema, existindo entendimentos variados acerca do tratamento adequado a ser conferido à prova ilícita. Sobre o assunto, traz-se apontamento de Walter Nunes da Silva Júnior: “Antes da Constituição de 1988, a questão à valoração das provas obtidas por meio ilícito suscitava acirrado debate em nosso meio. Sobre o tema, são conhecidas três correntes distintas: (1) a independência entre o direito processual e o material faz com que o ato de captação da prova, embora censurável até criminalmente, não contamine a prova produzida; (2) não se admite a validade da prova obtida ilicitamente, tendo em

o texto constitucional refira apenas que provas obtidas por meios ilícitos são inadmissíveis no processo, o legislador processual penal tratou de complementar a vedação às provas ilícitas, conceituando-as como sendo aquelas obtidas mediante violação a normas constitucionais ou legais.

Sob esse prisma, no que concerne às provas obtidas mediante violação a normas legais, a doutrina trata de diferenciar provas obtidas a partir de ofensa a normas de direito processual daquelas obtidas a partir de violação a normas de direito material. Enquanto estas são classificadas como ilícitas, aquelas são tidas como ilegítimas⁸⁰, não sofrendo a incidência da vedação. Contudo tal separação não será aprofundada neste tópico pois será objeto de estudo do item 3.1.1. da presente pesquisa.

Como assevera Fernando Capez, a lei – respeitando o comando constitucional – deixou clara a inadmissibilidade das provas ilícitas, não distinguindo as provas ilícitas das ilegítimas. Desta forma, segundo o autor, o legislador intenciona que, sendo obtidas tanto em violação a normas constitucionais quanto a normas legais, as provas devem ser consideradas ilícitas, não sendo admitidas no processo⁸¹.

Portanto, em atenção ao Princípio da Inadmissibilidade de Provas Ilícitas, conforme aponta José Olinto Gil Barbosa, para que uma prova esteja apta a fundamentar uma decisão judicial, sua obtenção deve se dar por meios lícitos, que, indo além, “não contrariem a moral e os bons costumes, que estejam dentro dos limites éticos do homem”⁸². Essa exigência de regularidade se justifica porque, nas palavras de Luiz Flávio Gomes, “nem o Estado nem o particular pode conquistar uma

conta a unidade do ordenamento jurídico, tese mais radical da *exclusionary rule*; (3) a prova ilícita só não produz efeito quando viola norma constitucional ou um princípio geral da Constituição.” (SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. **Teoria constitucional do direito processual penal**: limitações fundamentais ao exercício do direito de punir no sistema jurídico brasileiro. 2006. 876 f. Tese (Doutorado). Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Pernambuco. Recife, 2006. Disponível em: <https://attena.ufpe.br/bitstream/123456789/4013/1/arquivo5907_1.pdf> Acesso em: 13/06/2020).

⁸⁰ Neste sentido: Aury Lopes Júnior (LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 395), Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar (TAVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. 12.ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 628).

⁸¹ CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 378.

⁸² BARBOSA, José Olindo Gil. **As provas ilícitas no processo brasileiro**. Disponível em: <<http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/AS%20PROVAS%20IL%20CDCITAS.pdf>> Acesso em: 03/05/2020.

prova violando regras de direito constitucional ou legal”⁸³.

2.4 OS SISTEMAS DE VALORAÇÃO DA PROVA

Para além das regras endereçadas às partes quanto à produção probatória no processo penal, existem no ordenamento jurídico brasileiro diretrizes destinadas ao magistrado, consistentes em regras de julgamento quanto aos métodos de valoração das provas⁸⁴. Com base no método empregado para a valoração da prova, ter-se-á um Sistema de Valoração da Prova definido. São três os sistemas rotineiramente identificados pela doutrina⁸⁵, quais sejam: o Sistema da Prova Tarifada, o Sistema da Íntima Convicção e, por fim, o Sistema da Persuasão Racional, os quais serão brevemente tratados a seguir.

2.4.1 Sistema da Prova Tarifada

Nas palavras de Fernando Capez, no Sistema da Prova Tarifada, verifica-se que “a lei impõe ao juiz o rigoroso acatamento a regras preestabelecidas, as quais atribuem, de antemão, o valor de cada prova, não deixando para o julgador qualquer margem de discricionariedade para emprestar-lhe maior ou menor importância”⁸⁶. Detalhando um pouco mais este ponto, Gustavo Badaró elucida que, neste sistema de valoração da prova, há determinação legal prévia de quais meios de prova são aptos a provar cada fato e qual o valor de cada meio de prova⁸⁷.

Como exemplo das diretrizes do Sistema da Prova Tarifada, Aury Lopes Júnior lembra que, nesse sistema, a confissão pode ser entendida como uma prova absoluta,

⁸³ GOMES, Luiz Flávio. **Provas ilícitas e ilegítimas: distinções fundamentais**. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/noticias/1972597/>> Acesso em: 10/05/2020.

⁸⁴ PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**. 21. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017. p. 180.

⁸⁵ Neste sentido: Aury Lopes Júnior (LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 367-372), Fernando Capez (CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 407-409), Guilherme de Souza Nucci (NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 14. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 356-357), Renato Brasileiro de Lima (LIMA, Renato Brasileiro de. **Código de processo penal comentado**. 2.ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 516-519), Alexandre Cebrian Reis e Victor Gonçalves (GONÇALVES, Victor Eduardo Rios; REIS, Alexandre Cebrian Araújo; LENZA, Pedro (Coordenador). **Direito processual penal esquematizado**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 261-264).

⁸⁶ CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 407.

⁸⁷ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. p. 423.

acima de qualquer outra prova, e que uma única testemunha pode não ter valor como prova no processo, se assim a lei dispuser⁸⁸. Por consequência, o autor tece severas críticas a esse sistema de valoração da prova, já adotado no Brasil⁸⁹:

Saltam aos olhos os graves inconvenientes de tal sistema, na medida em que não permitia uma valoração da prova por parte do juiz, que se via limitado a aferir segundo os critérios previamente definidos na lei, sem espaço para sua sensibilidade ou eleições de significados a partir da especificidade do caso.

Impende destacar que, ainda que tal sistema de valoração da prova tenha sido superado, permanecem resquícios do Sistema da Prova Tarifada na legislação processual penal brasileira. A regra contida no artigo 158, do Código de Processo Penal⁹⁰, por exemplo, estabelece que, em se tratando de infração que deixa vestígios, o exame de corpo de delito, direto ou indireto, é a única prova indicada pela legislação processual penal como apta a comprovar a materialidade do fato, não podendo ser substituída sequer pela confissão do acusado.

Outro exemplo de prova tarifada, trazido por Renato Brasileiro de Lima, está no artigo 155, parágrafo único, do Código de Processo Penal⁹¹, o qual diz respeito ao estado das pessoas. No exemplo sugerido pelo autor, pretendendo o advogado provar

⁸⁸ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 367.

⁸⁹ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 367.

⁹⁰ Servindo como exemplo de resquício do Sistema de Prova Tarifada na legislação processual penal brasileira, o artigo 158 do Código de Processo Penal conta com a seguinte redação: “Quando a infração deixar vestígios, será indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado”.

⁹¹ Ainda no sentido de demonstrar a aplicação do Sistema de Prova Tarifada na legislação processual penal brasileira, o parágrafo único do artigo 155 do Código de Processo Penal estabelece que “somente quanto ao estado das pessoas serão observadas as restrições estabelecidas na lei civil”. Neste ponto, importa dizer que já existe posicionamento do Superior Tribunal de Justiça relativizando a necessidade de certidão sobre o estado da pessoa em casos de crimes sexuais. No julgamento do Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 12.700 - Acre (2011/0109782-8), ocorrido em 10 de março de 2015, em seu voto vencedor, o Ministro Relator Walter de Almeida Guilherme entendeu que, nos casos de crimes sexuais contra vulnerável, inexistindo certidão de nascimento que ateste ser a vítima menor de 14 anos na data do fato, admite-se a comprovação da idade por outros documentos hábeis, tais como laudos periciais, declarações de testemunhas e declaração do acusado. Abaixo, segue a ementa do referido acórdão: “Penal. Agravo Regimental no Recurso Especial. Estupro de Vulnerável. Menoridade das Vítimas. Certidão de Nascimento. Ausência. Demonstração Probatória por Outros Elementos. Possibilidade. 1. Nos crimes sexuais contra vulnerável, quando inexistente certidão de nascimento atestando ser a vítima menor de 14 anos na data do fato criminoso, este Superior Tribunal tem admitido a verificação etária a partir de outros elementos de convicção colocados aos autos. [...] 3. Agravo regimental desprovido. (AgRg no AREsp 12.700-AC, voto vencedor Rel. Min. Walter de Almeida Guilherme (Desembargador convocado do TJ/SP), Rel. para acórdão Min. Gurgel de Faria, julgado em 10/3/2015, DJe 5/6/2015).” (BRASÍLIA. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental do Agravo em Recurso Especial nº 12.700 – Acre**. Desembargador Relator Ministro Walter de Almeida Guilherme (Desembargador Convocado do Tribunal de Justiça de São Paulo), Quinta Turma. Brasília, julgado em 10 de março de 2015).

ao juiz que seu cliente está morto, só poderá fazê-lo por meio da certidão de óbito, nos termos do artigo 62 do Código de Processo Penal⁹², não servindo para este fim a prova testemunhal⁹³.

2.4.2 Sistema da Íntima Convicção

Consoante ensina Gustavo Badaró, o Sistema da Íntima Convicção⁹⁴ surgiu em um contexto de superação ao modelo da prova tarifada. Neste sistema, o juiz tem liberdade ilimitada de julgar o caso concreto de acordo com o seu convencimento pessoal, sem que haja necessidade de motivar sua decisão, podendo utilizar para a formação do seu convencimento, inclusive, provas que não constavam do processo, ou, até mesmo, seu próprio conhecimento privado⁹⁵. Como refere Fernando Capez, no Sistema da Íntima Convicção, não há critérios balizadores para que o juiz forme sua convicção e decida no processo⁹⁶.

Também este sistema encontra resquícios no ordenamento jurídico brasileiro, sendo o adotado na segunda fase do Tribunal do Júri⁹⁷. Sobre o assunto, colaciona-se crítica feita por Aury Lopes Júnior⁹⁸:

É adotado no Brasil, até hoje, no Tribunal do Júri, onde os profanos julgam com plena liberdade, sem qualquer critério probatório, e sem a necessidade de motivar ou fundamentar suas decisões. A “íntima convicção”, despida de qualquer fundamentação, permite a imensa monstruosidade jurídica de ser

⁹² O artigo 62 do Código de Processo Penal estabelece que “no caso de morte do acusado, o juiz somente à vista da certidão de óbito, e depois de ouvido o Ministério Público, declarará extinta a punibilidade”.

⁹³ LIMA, Renato Brasileiro de. **Código de processo penal comentado**. 2.ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 517.

⁹⁴ Alguns autores, a exemplo de Gustavo Badaró (BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. p. 423), utilizam a denominação “Sistema da Livre Convicção” para referir o Sistema da Íntima Convicção.

⁹⁵ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. p. 423.

⁹⁶ CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 408.

⁹⁷ Conforme lição de Alexandre Cebrian Reis e Victor Gonçalves, o Tribunal do Júri é procedimento especial bifásico, composto por uma fase inicial, também chamada de “Sumário da Culpa” (que se estende desde a denúncia até a formação do juízo de admissibilidade da acusação, com a decisão de pronúncia); e por uma segunda fase, denominada “Juízo da Causa” (a qual se inicia com a intimação das partes quanto às provas a serem produzidas em plenário, e se encerra com o trânsito em julgado da decisão do Tribunal do Júri). É nessa segunda fase, durante o julgamento em plenário pelos jurados, que se adota o Sistema da Íntima Convicção. Na votação aos quesitos, cabe ao jurado a tarefa de apenas assinalar “sim” ou “não”, inexistindo obrigação de motivar ou fundamentar suas decisões. (GONÇALVES, Victor Eduardo Rios; REIS, Alexandre Cebrian Araújo; LENZA, Pedro (Coordenador). **Direito processual penal esquematizado**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 530).

⁹⁸ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 368.

julgado a partir de qualquer elemento, pois a supremacia do poder dos jurados chega ao extremo de permitir que eles decidam completamente fora da prova dos autos e até mesmo decidam contra a prova [basta que façam isso duas vezes]. Isso significa um retrocesso ao direito penal do autor, ao julgamento pela “cara”, cor, opção sexual, religião, posição socioeconômica, aparência física, postura do réu durante o julgamento ou mesmo antes do julgamento, enfim, é imensurável o campo sobre o qual pode recair o juízo de (des)valor que o jurado faz em relação ao réu. E, tudo isso, sem qualquer fundamentação. A amplitude do mundo extra-autos de que os jurados podem lançar mão sepulta qualquer possibilidade de controle e legitimação desse imenso poder de julgar.

Ainda que se trate de um método de valoração da prova superado (já que contrário à diretriz de que todas as decisões emanadas pelo Poder Judiciário devem ser devidamente justificadas), vê-se que o Sistema da Íntima Convicção está presente no ordenamento jurídico brasileiro. Conferindo a mais ampla liberdade aos jurados para a tomada da decisão, o aludido sistema de valoração da prova permite que, no Tribunal do Júri – procedimento especial em que as decisões são tomadas por maioria de votos –, não se exija dos jurados a fundamentação de suas decisões.

2.4.3 Sistema da Persuasão Racional

Este é o sistema adotado pela atual legislação processual penal. Também chamado de Sistema do Livre Convencimento Motivado, o Sistema da Persuasão Racional surgiu como intermediário entre o engessamento radical do Sistema da Prova Tarifada e a liberdade exacerbada do Sistema da Íntima Convicção⁹⁹.

Segundo Fernando Capez, o referido sistema de valoração da prova confere ao julgador liberdade para formar sua convicção acerca das provas trazidas ao processo e, ao mesmo tempo, estabelece que as decisões judiciais devem ser devidamente fundamentadas, como forma de justificar o julgado¹⁰⁰. Neste ponto, Gustavo Badaró alerta que a liberdade conferida ao juiz pelo Sistema da Persuasão Racional não deve ser entendida como uma autorização para que ele decida conforme uma convicção pessoal ou íntima, visto que caberá ao julgador valorar a prova racionalmente, de acordo com um padrão comum de conhecimento, o qual possa ser intersubjetivamente controlável¹⁰¹.

⁹⁹ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 369.

¹⁰⁰ CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 408.

¹⁰¹ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. p. 424.

O mencionado autor esclarece¹⁰²:

A certeza judicial pode ser um mero “estado de ânimo”, formado a partir da impressão que cada meio de prova produz no espírito do juiz, mas decorrer de uma atividade racional, que permita ao juiz escolher, entre enunciados fáticos diversos, qual é preferível a outro, com base no conjunto de provas que dê suporte a cada um deles.

Ainda sobre esse sistema, Carlos Eduardo Scheid refere que, em um processo penal garantista, é direito do réu conhecer todos os aspectos que levaram à decisão condenatória ou absolutória. Oportunizando-se ao réu e à sua defesa técnica a análise dos caminhos que conduziram à decisão, torna-se possível a averiguação dos critérios que embasaram o provimento judicial, se racionais e devidamente justificados nas provas produzidas nos autos^{103/104}.

Segundo Aury Lopes Júnior e Alexandre Moraes da Rosa, essa relação entre a prova e a decisão judicial permite o estabelecimento de mecanismos de controle aptos a reduzir o autoritarismo e o erro judiciário¹⁰⁵. Portanto, pelo Sistema da Persuasão Racional, o juiz deve julgar de acordo com a prova e o sistema jurídico penal e processual, demarcando o espaço decisório pela conformidade constitucional¹⁰⁶.

¹⁰² BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. p. 424.

¹⁰³ SCHEID, Carlos Eduardo. **A motivação das decisões penais a partir da teoria garantista**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009. p. 141.

¹⁰⁴ Cumpre ressaltar que, no atual contexto de pandemia de covid-19 e das medidas adotadas pelo Poder Judiciário em razão do reconhecimento oficial de estado de calamidade pública (Decreto Legislativo nº 06, de 20 de março de 2020), o direito do réu de conhecer todos os aspectos que conduziram à decisão judicial não vem sendo observado em sua integralidade nas hipóteses de processos submetidos a julgamentos eletrônicos nos tribunais. Consoante alerta Camile Eltz de Lima, sessões virtuais de julgamento vêm sendo realizadas sem a possibilidade de acompanhamento pelas partes, as quais não conseguem tomar ciência do teor dos votos, tampouco do resultado do julgamento assim que finalizado. A autora destaca, inclusive, que sequer têm sido oportunizadas às partes a sustentação oral em tempo real, a entrega de memoriais e/ou a realização de qualquer acompanhamento externo, de modo que as partes tomam ciência do julgamento apenas por meio da publicação do acórdão nos veículos oficiais. A autora assevera: “Não é aceitável valer-se de uma situação emergencial e atípica para aniquilar simultaneamente o direito sagrado de defesa e prerrogativa essencial do advogado.” (LIMA, Camile Eltz de. Sessões virtuais na pandemia da covid-19: achatamento do direito de defesa? **Revista Consultor Jurídico**, abril/2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-abr-27/camile-lima-sessoes-virtuais-pandemia-achatamento-direito-defesa>> Acesso em: 10/05/2020).

¹⁰⁵ LOPES JÚNIOR, Aury; ROSA, Alexandre Moraes da. Sobre o uso do *standard* probatório no processo penal. **Revista Consultor Jurídico**, julho/2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-jul-26/limite-penal-uso-standard-probatorio-processo-penal>> Acesso em: 03/05/2020.

¹⁰⁶ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 370.

2.5 A CADEIA DE CUSTÓDIA DA PROVA

A cadeia de custódia da prova é um mecanismo por meio do qual se garante a autenticidade das evidências e provas coletadas durante a investigação e a persecução penal, principalmente quanto àquelas produzidas fora do processo¹⁰⁷. Nas palavras de Renato Brasileiro de Lima¹⁰⁸:

Funciona, pois, como a documentação formal de um procedimento destinado a manter e documentar a história cronológica de uma evidência, evitando-se, assim, eventuais interferências internas e externas capazes de colocar em dúvida o resultado da atividade probatória.

Acerca da finalidade da cadeia de custódia da prova, Aury Lopes Júnior e Alexandre Morais da Rosa esclarecem¹⁰⁹:

O cuidado é necessário e justificado: quer-se impedir a manipulação indevida da prova com o propósito de incriminar (ou isentar) alguém de responsabilidade, com vistas a obter a melhor qualidade da decisão judicial e impedir uma decisão injusta. Mas o fundamento vai além: não se limita a perquirir a boa ou má-fé dos agentes policiais/estatais que manusearam a prova. Não se trata nem de presumir a boa-fé, nem a má-fé, mas sim de objetivamente definir um procedimento que garanta e acredite a prova independente da problemática em torno do elemento subjetivo do agente. A discussão acerca da subjetividade deve dar lugar a critérios objetivos, empiricamente comprováveis, que independam da prova de má-fé ou 'bondade e lisura' do agente estatal.

Conforme destaca Leonardo Marcondes Machado, a cadeia de custódia da prova "é fundamental à regular utilização de uma evidência/prova em juízo, garantindo-se a respectiva 'história cronológica'".¹¹⁰ Maria Eduarda Azambuja Amaral explica que, seja qual for o volume, a natureza e/ou a quantidade de material a ser apreendido, é crucial que se mantenha hígida a cadeia de custódia da prova, para que

¹⁰⁷ LIMA, Renato Brasileiro de. **Código de processo penal comentado**. 2.ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 476.

¹⁰⁸ LIMA, Renato Brasileiro de. **Código de processo penal comentado**. 2.ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 476-477.

¹⁰⁹ LOPES JÚNIOR, Aury; ROSA, Alexandre Morais da. A importância da cadeia de custódia para preservar a prova penal. **Revista Consultor Jurídico**, janeiro/2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-jan-16/limite-penal-importancia-cadeia-custodia-prova-penal>> Acesso em: 09/05/2020. No mesmo sentido, tem-se o apontamento de Yuri Felix: "Trata-se, tão somente, da fiabilidade probatória, pois a arrecadação de fontes de prova exige cabal idoneidade do trabalho desenvolvido, independentemente da presença, ou não, da boa ou má-fé(2) do agente estatal, debate este que já deveria estar superado de longa estrada". (FELIX, Yuri. Fiabilidade da prova e a cadeia de custódia: um imperativo democrático. **Boletim do IBCCRIM - Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, n. 299, outubro, 2017).

¹¹⁰ MACHADO, Leonardo Marcondes. Pacote anticrime: cadeia de custódia da prova penal. **Revista Consultor Jurídico**, dezembro/2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-dez-24/academia-policia-pacote-anticrime-cadeia-custodia-prova-penal>> Acesso em: 09/05/2020.

se assegure a licitude probatória e se permita a rastreabilidade da prova produzida¹¹¹. A autora destaca, ainda, que o mais importante é compreender que o início da cadeia de custódia ocorre já na ocasião do isolamento e/ou preservação do local da ocorrência do fato¹¹².

Desta forma, entende-se necessário, para garantir a integridade da prova, um registro documentado de toda sua trajetória, desde sua coleta, contemplando toda a cronologia da posse, transporte, movimentação, recebimento, manuseio e armazenamento do material probatório ao longo de toda sua história cronológica¹¹³. A manutenção da cadeia de custódia serve, portanto, para atestar que o material não foi corrompido ou adulterado durante o tratamento e manuseio das evidências e provas coletadas, garantindo-se, assim, que esteja apto a embasar a investigação (fase investigatória) ou o convencimento do julgador (fase processual)¹¹⁴. Ocorrendo a quebra da cadeia de custódia da prova, impõe-se o reconhecimento da nulidade da prova a que se refere o conjunto de atos, dada a constatação da ilicitude, devendo ser determinado seu desentranhamento dos autos¹¹⁵.

Cumprido referir, ainda, que a cadeia de custódia da prova está diretamente relacionada ao direito do réu de confrontar os elementos de prova. Sobre o ponto, traz-se apontamento de Marcos Vinícius Pimenta Lopes¹¹⁶:

[...] o acusado tem o direito de confrontar todos os elementos de prova e argumentos da acusação; para tanto, é fundamental a preservação da cadeia de custódia dos elementos de prova e, somente assim, as questões

¹¹¹ AMARAL, Maria Edurda Azambuja. A prova pericial contábil: uma análise acerca da importância da cadeia de custódia. In: BERTONI, Felipe Faoro; AMARAL, Maria Eduarda Azambuja (Organizadores). **Economia e criminalidade: duas faces da mesma moeda**. Porto Alegre: Canal Ciências Criminais, p. 164-177, 2019. p. 169-170.

¹¹² AMARAL, Maria Edurda Azambuja. A prova pericial contábil: uma análise acerca da importância da cadeia de custódia. In: BERTONI, Felipe Faoro; AMARAL, Maria Eduarda Azambuja (Organizadores). **Economia e criminalidade: duas faces da mesma moeda**. Porto Alegre: Canal Ciências Criminais, p. 164-177, 2019. p. 170.

¹¹³ EBERHARDT, Marcos. **O STJ e a preservação da cadeia de custódia da prova**. Disponível em: <<https://canalcienciascriminais.jusbrasil.com.br/artigos/198219283/o-stj-e-a-preservacao-da-cadeia-de-custodia-da-prova>> Acesso em: 10/05/2020.

¹¹⁴ RIEGER, Renata Jardim da Cunha; AVILA, Bruna Virginia Mingatto de. Breves reflexões sobre o regramento da custódia da prova. **Revista Síntese Direito Penal e Processual Penal**. v. 19, n. 120, p. 09-17, fevereiro-março/2020. p. 09-10.

¹¹⁵ EBERHARDT, Marcos. **O STJ e a preservação da cadeia de custódia da prova**. Disponível em: <<https://canalcienciascriminais.jusbrasil.com.br/artigos/198219283/o-stj-e-a-preservacao-da-cadeia-de-custodia-da-prova>> Acesso em: 10/05/2020.

¹¹⁶ LOPES, Marcos Vinícius Pimenta. Uma releitura do direito ao confronto no processo penal brasileiro. **Boletim do IBCCRIM - Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**. n. 283, junho/2016.

complexas podem ser sujeitas a novas perícias requeridas pela defesa para confrontamento com o que tenha sido colocado pela acusação. Na afirmação da paridade de armas, à defesa deve ser dada a oportunidade de exercer seu papel de confrontador de tudo o que for colocado pela acusação; no caso de quebra da cadeia de custódia, o único caminho, em respeito ao processo democrático, é a declaração de nulidade de todas as provas irrepetíveis e as delas decorrentes feitas sem o procedimento de produção antecipada de provas (art. 156, I, do CPP). Se o elemento de prova não pode ser confrontado, a sua instrumentalização por qualquer meio de prova é viciada e deve ser sancionada com a nulidade.

No intuito de regulamentar a questão da cadeia de custódia da prova – temática até então discutida somente no âmbito doutrinário e jurisprudencial – a Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019 (conhecida por “Pacote Anticrime”) promoveu a inclusão, no Código de Processo Penal, de importantes diretrizes relacionadas à cadeia de custódia das provas, o que fez por meio dos artigos 158-A, 158-B, 158-C, 158-D, 158-E e 158-F. Os mencionados dispositivos positivaram conceitos fundamentais, bem como definiram parâmetros objetivos para a manutenção da cadeia de custódia da prova, com noções e regras impostas a todos os atores envolvidos na persecução penal¹¹⁷.

¹¹⁷ RIEGER, Renata Jardim da Cunha; AVILA, Bruna Virginia Mingatto de. Breves Reflexões sobre o Regramento da Custódia da Prova. **Revista Síntese Direito Penal e Processual Penal**. v. 19, n. 120, fevereiro/março. 2020, pp. 15-17.

3 A PROVA ILÍCITA E SUAS IMPLICAÇÕES

Como já mencionado no item 2.3.5. do presente estudo, no processo penal brasileiro, a produção probatória deve se dar com total observância às diretrizes do ordenamento jurídico, não se admitindo a utilização de prova produzida mediante violação a normas constitucionais ou legais¹¹⁸. Isso ocorre, como referem Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar, por ser “impensável uma persecução criminal ilimitada, sem parâmetros, onde os fins justificassem os meios, inclusive na admissão de provas ilícitas”¹¹⁹.

Por esta razão, sempre que houver dúvida sobre determinada prova no que concerne à forma de sua obtenção – se advinda, ou não, de violação a direitos juridicamente tutelados – sua admissão no processo dependerá de uma acurada análise quanto a uma eventual ilicitude¹²⁰. Em sendo constatada ilicitude, segundo refere César Dario Mariano da Silva, a prova ilícita, por ser inadmissível, não poderá permanecer no processo, devendo ser desentranhada, conforme determina o artigo 157, § 3º¹²¹, do Código de Processo Penal¹²². Melhor sorte não assiste aos demais atos do processo que se pautaram na prova ilícita, os quais deverão ser tidos por inexistentes¹²³. A necessidade de tais medidas decorre do já mencionado Princípio da Inadmissibilidade de Provas Ilícitas (abordado no item 2.3.5 do presente estudo),

¹¹⁸ LIMA, Renato Brasileiro de. **Código de processo penal comentado**. 2.ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 532.

¹¹⁹ TAVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. 12.ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 628.

¹²⁰ Havendo dúvida quanto à (i)licitude da prova, Maria Alice dos Santos Severo sugere a instauração de incidente de ilicitude da prova, procedimento que, segundo a autora, poderá, por analogia, seguir as diretrizes atinentes ao incidente de falsidade, dispostas no artigo 145 e seguintes do Código de Processo Penal, uma vez que não há regulamentação de procedimento legal específico para a apuração da ilicitude da prova. (SEVERO, Maria Alice dos Santos. **Quebra da cadeia de custódia na operação ouro verde**: a preservação das fontes de prova penal e sua confiabilidade. Disponível em: <http://www.pucrs.br/wp-content/uploads/sites/11/2018/09/maria_severo.pdf> Acesso em: 09/05/2020).

¹²¹ O artigo 157, § 3º, do Código de Processo Penal determina que “preclusa a decisão de desentranhamento da prova declarada inadmissível, esta será inutilizada por decisão judicial, facultado às partes acompanhar o incidente.”.

¹²² SILVA, César Dario Mariano da. A ilicitude probatória no caso das mensagens hackeadas. **Revista Consultor Jurídico**, agosto/2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-ago-13/cesar-dario-ilicitude-probatoria-mensagens-hackeadas>> Acesso em: 03/05/2020.

¹²³ SILVA, César Dario Mariano da. A ilicitude probatória no caso das mensagens hackeadas. **Revista Consultor Jurídico**, agosto/2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-ago-13/cesar-dario-ilicitude-probatoria-mensagens-hackeadas>> Acesso em: 03/05/2020.

previsto tanto na Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso LVI¹²⁴, quanto no Código de Processo Penal, em seu artigo 157, *caput*¹²⁵.

Outra importante repercussão advinda do reconhecimento da ilicitude de prova no processo seria o impedimento do juiz que conheceu do conteúdo da prova declarada ilícita, o qual não estaria apto a decidir naqueles autos dada a mácula à sua imparcialidade, pois seu convencimento estaria contaminado pela prova ilícita com a qual teve contato. Esta diretriz foi recentemente positivada no artigo 157 do Código de Processo Penal, por meio do § 5º¹²⁶, cuja redação foi incluída pela Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019 (“Pacote Anticrime”).

Contudo, em decisão proferida na Medida Cautelar nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305 – Distrito Federal, de Relatoria do Ministro Luiz Fux, o Supremo Tribunal Federal suspendeu a eficácia do aludido impedimento, sob o fundamento de que tal diretriz acarretaria ofensa aos princípios da legalidade, do juiz natural e da razoabilidade^{127/128}:

(b1) Os princípios da legalidade, do juiz natural e da razoabilidade restam violados pela proibição de o juiz que conheceu a prova declarada inadmissível proferir sentença. A ausência de elementos claros e objetivos para a seleção do juiz sentenciante permite eventual manipulação da escolha do órgão julgador, conduzindo à inconstitucionalidade a técnica eleita legislativamente;

(b2) Medida cautelar concedida, para suspensão da eficácia do artigo 157, §5º, do Código de Processo Penal (Inconstitucionalidade material).

¹²⁴ Esta é a redação do artigo 5º, inciso LVI, da Constituição Federal: “São inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meio ilícito”.

¹²⁵ O artigo 157, *caput*, do Código de Processo Penal, determina que “são inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais”.

¹²⁶ O artigo 157, § 5º, do Código de Processo Penal recebeu a seguinte redação: “o juiz que conhecer do conteúdo da prova declarada inadmissível não poderá proferir a sentença ou acórdão”.

¹²⁷ BRASÍLIA. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305 – Distrito Federal**. Relator Ministro Luiz Fux, julgado em 22 de janeiro de 2020.

¹²⁸ Sobre a decisão proferida na Medida Cautelar nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305 – Distrito Federal, oportuna a crítica feita por Lênio Streck: “Pelas posições que circulam por aí, vê-se que aqueles que são contra a Constituição instrumentalizam-na ‘para declarar inconstitucional aquilo que segue justamente o que ela prevê desde 1988. Ou seja: constitucional é aquilo que se quer que seja... E inconstitucional... É a mesma coisa. Parece que estamos criando uma técnica: em vez de Interpretação Conforme a Constituição, temos a ‘Interpretação constitucional conforme o desejo dos intérpretes’. Casa bem com o realismo jurídico retrô que impera no Direito brasileiro, cuja máxima é: o Direito é aquilo que os tribunais dizem que é.” (STRECK, Lênio Luiz. Juiz das garantias: do neoconstitucionalismo ao neo-inconstitucionalismo. **Revista Consultor Jurídico**, janeiro/2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-jan-02/senso-incomum-juiz-garantias-chegamos-neo-inconstitucionalismo>> Acesso em: 03/05/2020).

A despeito do que foi decidido pela Corte Suprema, a doutrina mostra-se favorável à positivação advinda do mencionado § 5º do artigo 157 do Código Processo Penal. Sobre o assunto, Euro Bento Maciel Filho esclarece que a alteração proposta pelo Pacote Anticrime traz não só uma nova forma de impedimento ao julgador, mas, principalmente, uma garantia de sua imparcialidade¹²⁹:

De efeito, doravante, ao menos no que diz respeito ao tema das “provas ilícitas”, o juiz que, a qualquer tempo, “conhecer do conteúdo de prova declarada inadmissível não poderá proferir a sentença ou acórdão”. Em outras palavras, quis o legislador impedir que um magistrado profira decisão no processo após ter tido contato com uma prova posteriormente declarada ilícita. Com isso, ainda que o processo, uma vez anulado, retorne às mãos do mesmo magistrado (juiz, desembargador ou ministro) que, após ter conhecido “do conteúdo da prova declarada inadmissível”, tenha decidido nos autos, estará ele legalmente impedido para proferir uma nova “sentença ou acórdão”.

Ressalta-se que muito antes da positivação, pelo “Pacote Anticrime”, da nova¹³⁰ forma de impedimento do julgador prevista no artigo 157, § 5º, do Código Processo Penal, muito se discutia quanto à (im)parcialidade do juiz nas hipóteses em que este teve acesso à prova ilícita, ou se contaminou pelas informações preliminares colhidas na fase pré-processual, sendo severamente defendido pela doutrina o impedimento do magistrado para apreciar e julgar o processo, quando constatada sua contaminação¹³¹. Justificando esse posicionamento, Leonardo Corrêa elucida que a ausência de imparcialidade do julgador que teve acesso à prova ilícita decorre do fato de não ser possível reverter as consequências psicológicas do contato do magistrado

¹²⁹ MACIEL FILHO, Euro Bento. **Pacote anticrime e a nova causa de impedimento imposta ao magistrado**. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/318720/pacote-anticrime-e-a-nova-causa-de-impedimento-imposta-ao-magistrado>> Acesso em: 19/04/2020.

¹³⁰ O impedimento do julgador que teve contato com prova ilícita foi previsto anteriormente no § 4º do artigo 157 do Código de Processo Penal, introduzido pela Lei nº 11.690, de 09 de junho de 2008, mas vetado pelo então Presidente da República. A redação do referido dispositivo era: “o juiz que conhecer do conteúdo da prova declarada inadmissível não poderá proferir a sentença ou acórdão”.

¹³¹ Neste sentido: Luiz Flávio Gomes (GOMES, Luiz Flávio. **Prova ilícita, juiz contaminado e o direito penal do inimigo**. Disponível em: <<https://fg.jusbrasil.com.br/noticias/67891/prova-ilcita-juiz-contaminado-e-o-direito-penal-do-inimigo-luiz-flavio-gomes>> Acesso em: 10/05/2020); Aury Lopes Júnior, Alexandre Morais da Rosa e Philipe Benoni Melo e Silva (LOPES JÚNIOR, Aury; ROSA, Alexandre Morais da; SILVA, Philipe Benoni Melo e. Quando o árbitro de vídeo falha: a copa e o processo penal. **Revista Consultor Jurídico**, junho/2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-jun-22/limite-penal-quando-arbitro-video-falha-copa-processo-penal#author>> Acesso em: 09/05/2020); Leonardo Marcondes Machado (MACHADO, Leonardo Marcondes. Juiz das garantias: a nova gramática da justiça criminal brasileira. **Revista Consultor Jurídico**, janeiro/2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-jan-21/academia-policia-juiz-garantias-gramatica-justica-criminal>> Acesso em: 03/05/2020); e Eduardo Pereira dos Anjos (ANJOS, Eduardo Pereira dos. O juiz fragmentado e o impacto no sistema de justiça penal. **Revista Consultor Jurídico**, abril/2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-abr-21/tribuna-defensoria-juiz-fragmentado-impacto-sistema-justica-penal#sdfootnote12sym>> Acesso em: 03/05/2020).

com o teor das provas inadmissíveis, pois, ainda que o julgador se empenhe em agir com imparcialidade e observância às leis, o contato que teve com a prova ilícita impactará na sua decisão^{132/133}.

Para além da questão da imparcialidade do julgador, a prática forense demonstra também que nem sempre a ilicitude da prova é de fácil constatação. Muito pelo contrário: são frequentes as situações em que tal aspecto não é percebido pelo julgador, fazendo-se necessária uma aprofundada aferição das condições em que a prova foi obtida ou produzida nos autos do processo para que se avalie se é caso ou não de prova ilícita.

3.1 CONCEITO DE PROVA ILÍCITA

Pela redação do artigo 5º, inciso LVI, da Constituição Federal, consideram-se ilícitas as provas obtidas por meios ilícitos. Neste contexto, Walter Nunes da Silva Júnior, no intuito de esclarecer a pretensão do constituinte ao formular o referido conceito, oferece duas acepções: “(a) provas obtidas ilicitamente são todas aquelas para cuja produção ocorre a transgressão de prescrição contida em norma jurídica; (b) ou são as produzidas com malfeição a direito fundamental”¹³⁴.

Guilherme de Souza Nucci, todavia, conceitua prova ilícita de forma mais ampla, entendendo-a como toda prova que se mostra contrária ao ordenamento jurídico, seja ela obtida em violação a normas legais (aqui compreendidas tanto as normas de direito material quanto as normas de direito processual), seja ela obtida

¹³² CORRÊA, Leonardo. Juiz das garantias pode gerar dificuldades, mas preserva democracia. **Revista Consultor Jurídico**. Fevereiro/2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-fev-04/leonardo-correa-juiz-garantias-gera-atritos-preserva-democracia>> Acesso em: 03/05/2020.

¹³³ No mesmo sentido, é a reflexão de Adriana Almeida de Oliveira: “Ora, a retirada física de provas ilícitas dos autos não implica a sua exclusão do universo cognitivo do julgador que as conheceu e, assim, a possibilidade de sua valoração. Por isso, não obstante a vedação constitucional, se em dado processo o juiz que conheceu as provas ilícitas julgar, essas serão admissíveis, ainda que não apareçam fisicamente nos autos ou nos fundamentos escritos da decisão desse juiz”. (OLIVEIRA, Adriana Almeida de. O que significa dizer que a prova ilícita é inadmissível? **R. Fórum de Ci. Crim. – RFCC**. Belo Horizonte, ano 3, n. 6, p. 145-173, julho-dezembro/2016. Disponível em: <<https://www.editoraforum.com.br/wp-content/uploads/2017/01/prova-ilicita.pdf>> Acesso em: 10/05/2020).

¹³⁴ SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. **Teoria constitucional do direito processual penal: limitações fundamentais ao exercício do direito de punir no sistema jurídico brasileiro**. 2006. 876 f. Tese (Doutorado). Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Pernambuco. Recife, 2006. Disponível em: <https://attena.ufpe.br/bitstream/123456789/4013/1/arquivo5907_1.pdf> Acesso em: 13/06/2020.

mediante ofensa à moral e aos bons costumes¹³⁵. Nas palavras do autor¹³⁶:

Sustentamos, todavia, que o gênero é a *ilicitude* – assim em Direito Penal, quanto nas demais disciplinas, inclusive porque foi o termo utilizado na Constituição Federal – significando o que é *contrário ao ordenamento jurídico*, contrário ao Direito de um modo geral, que envolve tanto o ilegal quanto o ilegítimo, isto é, tanto a infringência às normas legalmente produzidas, de direito material e processual, quanto aos princípios gerais de direito, aos bons costumes e à moral.

Seguindo uma linha um pouco menos ampliativa, o legislador, por meio do que se observa da redação do já referido artigo 157, *caput*, do Código de Processo Penal, conceitua como ilícita toda prova obtida mediante violação a normas constitucionais ou legais. Desta feita, vê-se que, de acordo com o mencionado dispositivo da lei processual penal, provas produzidas a partir do descumprimento de normas processuais também se consideram ilícitas.

No presente estudo, entretanto, a forma de conceituar prova ilícita se amoldará à doutrina majoritária, que – como já ressaltado no item 2.3.5 – se posiciona no sentido de diferenciar provas ilícitas (aquelas obtidas a partir de violação a normas constitucionais e/ou de direito material) de provas ilegítimas (aquelas produzidas mediante ofensa a normas processuais), entendendo-as como espécies do gênero “provas ilegais”¹³⁷. A relevância da separação entre esses conceitos (ilícita e ilegítima) se esclarecerá no tópico seguinte.

¹³⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**. 16. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 418

¹³⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**. 16. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 418

¹³⁷ Neste sentido: Aury Lopes Júnior (LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 395), Gabriel Silveira de Queirós Campos (CAMPOS, Gabriel Silveira de Queirós. **Provas ilícitas e ponderação de interesses no processo penal**. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 114), Luiz Francisco Torquato Avolio (AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas ilícitas: interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 49-50) Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar (TAVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. 12.ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 628), Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco e Antônio Carlos de Araújo Cintra (GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 31. ed. rev. e ampl. São Paulo: PC Editorial Ltda, 2015. p. 429); Carolina Neris Bridi, Marcelo Ricardo Colaço, Jean Carlos Kuss, Cláudio Sanches e Malena Cordeiro de Almeida (BRIDI, Carolina Neris; COLAÇO, Marcelo Ricardo; KUSS, Jean Carlos; SANCHES, Claudio; DE ALMEIDA, Malena Cordeiro. Provas ilícitas e sua utilização no processo penal com base no princípio da proporcionalidade. **Revista Extensão em Foco**. v. 4, n. 1, p. 109-120, 2016. Disponível em: <<http://periodicos.uniarp.edu.br/index.php/extensao/article/view/1151/600>> Acesso em: 03/05/2020); Sérgio Demoro Hamilton (HAMILTON, Sergio Demoro. **As provas ilícitas, a teoria da proporcionalidade e a autofagia do direito**. RDP nº 6, fevereiro-março/2001. Disponível em:

3.1.1 Distinção entre Prova Ilegítima e Prova Ilícita

Conforme refere Renato Brasileiro de Lima, a prova será considerada ilícita na hipótese de afronta à regra de direito material (penal ou constitucional) e ilegítima na hipótese de violação à norma de direito processual¹³⁸. Ou seja, em se tratando de prova cuja produção não observou alguma regra de caráter processual, estar-se-á diante de prova ilegítima, e não ilícita. Em contrapartida, se houver, durante a produção/obtenção da prova, alguma mácula à diretriz de direito penal/material ou constitucional, a prova será considerada ilícita¹³⁹.

A diferenciação entre provas ilícitas e ilegítimas é importante porque, conforme aponta Aury Lopes Júnior, as provas ilícitas são irrepetíveis, ao passo que as ilegítimas admitem a possibilidade de validação do ato¹⁴⁰:

A distinção é ainda mais relevante se considerarmos que as provas ilícitas (inadmissíveis no processo, portanto) não são passíveis de repetição, pois o vício vincula-se ao momento em que foi obtida (exterior ao processo). Assim, não havendo possibilidade de repetição, devem as provas ilícitas ser desentranhadas dos autos e destruídas. Noutra dimensão, as provas ilegítimas, em que o vício se dá na dimensão do processo (de ingresso ou produção), há a possibilidade de repetição do ato. Nesse caso, o que foi feito com defeito pode ser refeito e, portanto, validado pela repetição.

Segundo Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco e Antônio Carlos de Araújo Cintra, “em caso de violação a uma vedação meramente processual basta a sanção consistente na nulidade do ato cumprido e, em decorrência, da nulidade da decisão que se fundar sobre os resultados do acerto”¹⁴¹. O mesmo não ocorre com provas ilícitas, as quais, como asseveram os mencionados autores, devem ser desentranhadas dos autos e inutilizadas¹⁴².

<http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RDP_06_53.pdf> Acesso em: 03/05/2020).

¹³⁸ LIMA, Renato Brasileiro de. **Código de processo penal comentado**. 2.ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 534.

¹³⁹ De acordo com Aury Lopes Júnior, prova ilícita é aquela obtida em violação a uma norma de direito material ou em afronta à Constituição Federal (LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 394.). Gustavo Badaró, seguindo a mesma linha, refere que são ilícitas as provas obtidas mediante violação de normas de direito material ou de garantias constitucionais (BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. p. 410).

¹⁴⁰ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 395.

¹⁴¹ GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 31. ed. rev. e ampl. São Paulo: PC Editorial Ltda, 2015. p. 429.

¹⁴² GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 31. ed. rev. e ampl. São Paulo: PC Editorial Ltda, 2015. p. 430.

Como exemplos característicos de prova ilegítima, Fernando Capez indica o documento exibido em plenário do Júri que não tenha sido juntado aos autos com antecedência mínima de três dias úteis (ofensa à norma contida no artigo 479, *caput*, do Código de Processo Penal¹⁴³) e o depoimento prestado por pessoa proibida de depor em razão de sigilo profissional (violação à regra proibitiva do artigo 207 do Código de Processo Penal¹⁴⁴)¹⁴⁵. Ou seja, nessas hipóteses de provas ilegítimas, bastaria a validação do ato ou sua repetição observando as regras processuais estabelecidas na legislação, para tonar a prova regular.

Por outro lado, como exemplos de provas ilícitas, Alexandre Cebrian Reis e Victor Gonçalves referem aquelas obtidas mediante busca domiciliar sem mandado (inexistindo consentimento do morador ou situação de flagrância), mediante violação de sigilo bancário, ou, ainda, mediante confissão sob ameaça ou depoimento em Juízo sem a presença de defensor¹⁴⁶. Outro exemplo de prova ilícita bastante referenciado pela doutrina é a captação de conversa por meio de interceptação telefônica ilegal¹⁴⁷.

Na prática forense, tamanha é a frequência de ocorrência de interceptação ilegal promovida em aparelho celular de investigado, que o tema já foi amplamente repisado pelo Superior Tribunal de Justiça. A Corte Superior consolidou entendimento no sentido de que a prova obtida pela polícia por meio de acesso, sem autorização judicial, a dados armazenados em aparelho celular do investigado, constitui prova ilícita¹⁴⁸. Como exemplo deste entendimento, refere-se o julgamento do Recurso

¹⁴³ Esta é a redação do artigo 479, *caput*, do Código de Processo Penal: “Durante o julgamento não será permitida a leitura de documento ou a exibição de objeto que não tiver sido juntado aos autos com a antecedência mínima de 3 (três) dias úteis, dando-se ciência à outra parte”.

¹⁴⁴ O artigo 207 do Código de Processo Penal estabelece que “são proibidas de depor as pessoas que, em razão de função, ministério, ofício ou profissão, devam guardar segredo, salvo se, desobrigadas pela parte interessada, quiserem dar o seu testemunho”.

¹⁴⁵ CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 370.

¹⁴⁶ GONÇALVES, Victor Eduardo Rios; REIS, Alexandre Cebrian Araújo; LENZA, Pedro (Coordenador). **Direito processual penal esquematizado**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 269.

¹⁴⁷ CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 370-371.

¹⁴⁸ Conforme estudo promovido pela Secretaria de Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça a partir de exaustiva análise dos precedentes da Corte Superior, formou-se a seguinte tese: “É ilícita a prova colhida mediante acesso aos dados armazenados no aparelho celular, relativos a mensagens de texto, SMS, conversas por meio de aplicativos (*WhatsApp*), e obtida diretamente pela polícia, sem prévia autorização judicial.” (BRASÍLIA. Superior Tribunal de Justiça. Jurisprudência em Teses – n. 111. Provas no Processo Penal – II. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/internet_docs/jurisprudencia/jurisprudenciaemteses/Jurisprud%C3%Aancia%20em%20teses%20111%20-%20Provas%20no%20Processo%20Penal%20-%20II.pdf> Acesso em 08/06/2020).

Ordinário em *Habeas Corpus* nº 120.726 – São Paulo¹⁴⁹, pelo Superior Tribunal de Justiça, ocorrido em 18 de fevereiro de 2020. No caso em comento, a Quinta Turma da Corte Superior declarou ilícitas provas obtidas por meio de violação ao sigilo telefônico do acusado, acarretado pelo acesso da autoridade policial, sem autorização judicial, ao seu aparelho celular.

Cumprir destacar que os exemplos trazidos acima são os mais frequentemente observados quando se está diante de hipótese de prova ilícita, mas não excluem as demais situações em que a obtenção da prova represente ofensa à norma de direito penal ou a princípios e garantias constitucionais. Basta que se verifique a referida violação, para que se configure hipótese de ilicitude da prova – situação que ensejará sua inadmissibilidade no processo, consoante preconizam os já mencionados artigos 5º, inciso LVI, da Constituição Federal, e 157, *caput*, do Código de Processo Penal.

3.2 TEORIA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA

A Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada foi a responsável pela introdução do conceito de ilicitude derivada no ordenamento jurídico brasileiro. Sobre a gênese da teoria, Walter Nunes da Silva Júnior refere que, no intuito de garantir o máximo respeito aos direitos fundamentais do indivíduo, a Suprema Corte norte-americana incorporou ao princípio da ineficácia da prova ilícita – regra que, como mencionado no

¹⁴⁹ Esta é a ementa do Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* nº 120.726 – São Paulo: “Recurso Ordinário em *Habeas Corpus*. Tráfico Ilícito de Entorpecentes (artigo 33, *caput*, da Lei nº 11.343/2006). Provas Ilícitas. Configuração. Acesso, sem Autorização Judicial, ao Conteúdo do Celular Apreendido pela Autoridade Policial. Violação do Sigilo Telefônico. Pleito de Trancamento da Ação Penal. Impossibilidade. Fontes Independentes. Existência de Outros Elementos de Prova. Exame a ser Feito pelo Magistrado de 1º Grau. Recurso Ordinário Parcialmente Provido. 1. “A jurisprudência das duas Turmas da Terceira Seção deste Tribunal Superior firmou-se no sentido de ser ilícita a prova obtida diretamente dos dados constantes de aparelho celular, decorrentes de mensagens de textos SMS, conversas por meio de programa ou aplicativos (“WhatsApp”), mensagens enviadas ou recebidas por meio de correio eletrônico, obtidos diretamente pela polícia no momento do flagrante, sem prévia autorização judicial para análise dos dados armazenados no telefone móvel” [...] é defeso à autoridade policial o acesso, sem autorização judicial aos dados, em especial as conversas do aplicativo WhatsApp, de celular apreendido. 3. Diante da existência de outros elementos de prova, acerca da autoria do delito, não é possível declarar a ilicitude de todo o conjunto probatório, tampouco em trancamento da ação penal, visto que o § 1º do artigo 157 do Código de Processo Penal, excepciona, em matéria de provas ilícitas, a adoção da teoria dos frutos da árvore envenenada quando os demais elementos probatórios não estiverem vinculados àquele cuja ilicitude foi reconhecida. 4. Recurso ordinário em habeas corpus parcialmente provido, apenas, para reconhecer a ilegalidade das provas obtidas no celular do recorrente e determinar o seu desentranhamento dos autos, bem como as delas derivadas, a cargo do magistrado de primeiro grau. (Recurso ordinário em *Habeas Corpus* nº 120.726 – São Paulo, Relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 18/02/2020, DJe 28/02/2020)”. (BRASÍLIA. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 120.726 – São Paulo**. Relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 18 de fevereiro de 2020).

item 2.3.5, ficou conhecida como *exclusionary rule* – a ideia de que provas derivadas de provas ilícitas deveriam ser consideradas igualmente ineficazes. Assim se deu o surgimento da Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada (*fruits of the poisoned tree*)¹⁵⁰.

Renato Brasileiro de Lima explica que, inicialmente, essa construção apareceu no precedente da Suprema Corte norte-americana ligado ao caso *Silverthorne Lumber Co versus United States*, de 1920, no qual a Suprema Corte entendeu pela invalidade de uma intimação expedida com base em uma informação obtida por meio de uma busca ilegal. No aludido precedente, a Suprema Corte americana não permitiu à acusação a utilização, no processo, da prova derivada da busca ilegal, tampouco da prova obtida indiretamente, por meio da intimação originada da busca ilegal. Anos mais tarde, em 1939, no julgamento do caso *Nardone versus United States*, a Suprema Corte norte-americana cunhou a Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada (*fruits of the poisonous tree*), referindo, pela primeira vez em um precedente, que o vício da planta se transmite a todos os frutos dela advindos^{151/152}.

¹⁵⁰ SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. **Teoria constitucional do direito processual penal: limitações fundamentais ao exercício do direito de punir no sistema jurídico brasileiro**. 2006. 876 f. Tese (Doutorado). Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Pernambuco. Recife, 2006. Disponível em: <https://attenu.ufpe.br/bitstream/123456789/4013/1/arquivo5907_1.pdf> Acesso em: 13/06/2020.

¹⁵¹ LIMA, Renato Brasileiro de. **Código de processo penal comentado**. 2.ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 537.

¹⁵² Sobre o assunto, importa mencionar que, até 1914, provas de origem ilícita eram normalmente admitidas pela Justiça norte-americana, a despeito de ilegalidade dos meios pelos quais eram obtidas. Como destacam Jeffrey M. Bain e Michael K. Kelly, somente no julgamento do caso *Weeks versus United States*, de 1914, que a Suprema Corte norte-americana entendeu pela exclusão, com base na Quarta Emenda, de provas obtidas por meio de busca e apreensão ilegais por oficiais federais. Contudo, esta decisão não abarcou a questão das provas derivadas de provas ilícitas, ponto que só foi decidido no julgamento do caso *Silverthorne Lumber Co versus United States*, de 1920, em que se adotou pela primeira vez a Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada. Nas palavras dos autores: “*At common law the admissibility of evidence was not affected by the illegality of the means through which it was obtained. In 1914 this rule was changed when the Supreme Court in Weeks v. United States adopted the exclusionary rule. Pursuant to this rule, evidence procured by means of an unlawful search and seizure by federal officers is not admissible against the defendant in a federal court if timely objection is made on the basis of the fourth amendment. [...] Upon adoption of the exclusionary rule, there remained the question of whether indirect as well as direct evidence procured by exploitation of the illegality need be suppressed. This question was answered in 1920 in Silverthorne Lumber Co. v. United States, where the “fruit of the poisonous tree” doctrine was first espoused. The Silverthorne Court rejected the government’s contention that the United States Constitution prohibits the illegal seizure of evidence but not any advantages that the government would gain over the defendant through information received as a result of the illegal act. The Court explained that it was not merely that the evidence so acquired shall not be used before the Court but that it shall not be used at all.*” (BAIN, Jeffrey M; KELLY, Michael K. **Fruit of the poisonous tree: recent developments as viewed through its exceptions**, 31 U. Miami L. rev. 615, 1977. Disponível em: <<http://repository.law.miami.edu/umlr/vol31/iss3/5>> Acesso em: 18/04/2020).

No Brasil, a Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada também é conhecida por “Princípio da Contaminação”¹⁵³, e, mantendo o mesmo sentido empregado pela jurisprudência norte-americana, preconiza que se a árvore (prova originária) está envenenada (contaminada pela ilicitude), seus frutos (provas obtidas a partir da prova ilícita) já nascem envenenados (e, portanto, ilícitos)¹⁵⁴. Neste aspecto, Renato Brasileiro de Lima aponta que, em um primeiro momento, o Supremo Tribunal Federal mostrou-se contrário à Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada. Entretanto, em 1996, no julgamento do *Habeas Corpus* 73.351-4/São Paulo¹⁵⁵, ao analisar caso em que se verificou a realização de escuta telefônica ilícita (pois operada sem a exigida regulamentação legal), a Corte Suprema acolheu a aplicação da referida teoria, reconhecendo a ilicitude por derivação dos elementos probatórios direta ou indiretamente relacionados à escuta ilícita¹⁵⁶. Este importante precedente jurisprudencial fomentou a discussão sobre o tema da ilicitude por derivação, assunto que até então não encontrava a merecida atenção no âmbito nacional¹⁵⁷.

Nas demandas criminais que tramitam nos foros brasileiros, verificam-se, com certa frequência, situações em que se apresenta ao julgador prova aparentemente lícita, mas, quando analisada sua proveniência, constata-se ilicitude decorrente de

¹⁵³ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 401.

¹⁵⁴ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 401.

¹⁵⁵ No julgamento do *Habeas Corpus* nº 73.351-4/São Paulo, o Supremo Tribunal Federal acolheu a Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada. A decisão foi assim ementada: “*Habeas Corpus*. Acusação Vazada em Flagrante de Delito Viabilizado Exclusivamente por meio de Operação de Escuta Telefônica, Mediante Autorização Judicial. Prova Ilícita. Ausência de Legislação Regulamentadora. Art. 5º, XII, da Constituição Federal. *Fruits of the Poisonous Tree*. O Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, assentou entendimento no sentido de que sem a edição de lei definidora das hipóteses e da forma indicada no art. 5º, inc. XII, da Constituição, não pode o juiz autorizar a interceptação de comunicação telefônica para fins de investigação criminal. Assentou, ainda, que a ilicitude da interceptação telefônica – à falta da lei que, nos termos do referido dispositivo, venha a discipliná-la e viabilizá-la – contamina outros elementos probatórios eventualmente coligidos, oriundos, direta ou indiretamente, das informações obtidas na escuta. *Habeas Corpus* concedido (HC 73.351-4-SP, Rel. Min. Ilmar Galvão, julgado em 09/05/1996, DJ 19/03/1999)”. (BRASÍLIA. Supremo Tribunal Federal. ***Habeas Corpus* nº 73.351-4 – São Paulo (1943-1)**. Desembargador Relator Ministro Ilmar Galvão, Presidente Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, julgado em 09 de maio de 1996).

¹⁵⁶ LIMA, Renato Brasileiro de. **Código de processo penal comentado**. 2.ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 538.

¹⁵⁷ Conforme esclarece Maria Elizabeth Queijo, “desde o advento da Constituição Federal de 1988, a matéria reclamava disciplina na legislação ordinária. O art. 5º, LVI, do texto constitucional estabeleceu que as provas obtidas por meios ilícitos são inadmissíveis no processo. Contudo, muitas questões relativas ao tema permaneciam sem a necessária resposta normativa.” (QUEIJO, Maria Elizabeth, O tratamento da prova ilícita na reforma processual penal. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, ano 16, n. 188, p. 18-19, julho/2008).

relação desta prova com prova ilícita originária – circunstância que enseja a imprestabilidade da prova derivada. Esta correlação entre a prova secundária e a prova originária (e ilícita) para o fim de reconhecimento da ilicitude derivada só se permite porque a Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada foi recepcionada pelo direito brasileiro.

3.2.1 A Ilicitude por Derivação

Conforme elucidam Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar, até o advento da Lei nº 11.690/2008¹⁵⁸ – a qual deu nova redação ao artigo 157 do Código de Processo Penal – não existia disposição expressa no ordenamento brasileiro reconhecendo a ilicitude por derivação, o que permitia que alguns juristas se posicionassem no sentido da não aplicação da teoria¹⁵⁹. Neste contexto, o legislador infraconstitucional, por meio do § 1º, do artigo 157, do Código de Processo Penal¹⁶⁰, adotou a Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada e estendeu a vedação já existente quanto à prova ilícita a todas as provas que dela derivarem, positivando, de uma vez por todas, a Teoria da Ilicitude Derivada. A partir daí, surgiu no âmbito do direito brasileiro o conceito de prova ilícita por derivação.

De acordo com Gustavo Badaró, “prova ilícita por derivação é uma prova que, em si mesma é lícita, mas que somente foi obtida por intermédio de informações ou

¹⁵⁸ Cumpre mencionar, ainda que de forma breve, que a Lei nº 11.690/2008, de 09 de junho de 2008, promoveu significativa reforma na legislação processual penal, estabelecendo novas diretrizes atinentes à produção probatória. No tocante às provas ilícitas, modificou drasticamente o artigo 157 do Código de Processo Penal, cuja redação anterior à reforma era: “O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova”. A partir da referida reforma, o dispositivo passou a ter a seguinte redação: “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 nexo de causalidade entre uma e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras. § 2º. Considera-se fonte independente aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova. § 3º. Preclusa a decisão de desentranhamento da prova declarada inadmissível, esta será inutilizada por decisão judicial, facultado às partes acompanhar o incidente”. A importância desta alteração está, mais do que na ampliação do conceito de provas ilícitas (o qual passou a compreender também as provas obtidas em violação a normas legais), na positivação da teoria da ilicitude derivada (e de suas respectivas excludentes).

¹⁵⁹ TAVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. 12.ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 631.

¹⁶⁰ Positivando a Teoria da Ilicitude Derivada, o artigo 157, § 1º, do Código de Processo Penal, determina que “são também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado nexo de causalidade entre uma e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras”.

elementos decorrentes de uma prova ilicitamente obtida”¹⁶¹. Nesta situação, Aury Lopes Júnior destaca que, uma vez verificada a ilicitude de determinada prova, deve-se avaliar se esta prova contaminou eventuais provas dela advindas e/ou, ainda, se houve contaminação da sentença pela prova ilícita¹⁶².

Seguindo a mesma linha, Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar asseveram: “Em um juízo de causa e efeito, tudo que é originário de uma prova ilícita seria imprestável, devendo ser desentranhado dos autos”¹⁶³. Isso porque, nas palavras de Renato Brasileiro de Lima, “de nada adianta dizer que são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos se essa ilicitude também não se estender às provas que dela derivam”¹⁶⁴.

Como exemplo de prova ilícita por derivação, Aury Lopes Júnior indica a apreensão de objetos relacionados à prática criminosa a partir de escuta telefônica ilegal ou mediante quebra do sigilo de correspondência eletrônica. Nestas hipóteses, segundo assevera o autor, ainda que a apreensão seja regular porquanto munida de mandado, a apreensão é ilícita pois contaminada pela ilicitude do ato anterior¹⁶⁵. Outro exemplo típico de ilicitude derivada, trazido por Gustavo Badaró, é a descoberta de um cadáver durante o cumprimento a um mandado de busca domiciliar (prova em si lícita), cuja informação da localização fora obtida por meio de confissão mediante tortura¹⁶⁶. Nesta situação hipotética, a busca domiciliar, embora aparentemente lícita, mostra-se ilícita pela contaminação provocada pela ilicitude da confissão obtida mediante tortura (prova ilícita originária).

Todavia, apesar da notória relevância do tema, a observância da vedação ao uso de provas ilícitas e derivadas de ilícitas no processo penal não ocorre de modo uniforme dentre os agentes que atuam na prática forense. Ações processuais penais

¹⁶¹ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. p. 417.

¹⁶² LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 400.

¹⁶³ TAVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. 12.ed. rev. e atual. – Salvador: JusPodivm, 2017. p. 630.

¹⁶⁴ LIMA, Renato Brasileiro de. **Código de processo penal comentado**. 2.ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 537.

¹⁶⁵ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 401.

¹⁶⁶ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. p. 417.

baseadas em provas maculadas por ilicitude (derivada ou originária) são frequentes no Judiciário Brasileiro¹⁶⁷, sendo muitas vezes necessária a intervenção dos Tribunais Superiores em grau recursal, após morosa tramitação processual na origem, para que se garanta o respeito à vedação constitucional e infraconstitucional ao uso de provas ilícitas¹⁶⁸. Apresentando uma justificativa para a dificuldade de aplicação prática da Teoria da Ilicitude Derivada, Aury Lopes Júnior sustenta que, embora a lógica da teoria da ilicitude por derivação seja bastante clara, sua aplicação é extremamente complexa¹⁶⁹.

Não obstante a complexidade do tema, a jurisprudência dos Tribunais Superiores tem se mostrado adepta da Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada, reconhecendo a ocorrência de ilicitude por derivação e anulando atos, decisões e até mesmo processos, quando fundamentados em provas ilícitas. Ilustrando este posicionamento, mostra-se relevante o julgamento do Recurso Especial nº 1.630.097/Rio de Janeiro¹⁷⁰, em 18 de abril de 2017, pela Quinta Turma do Superior

¹⁶⁷ RIEGER, Renata Jardim da Cunha; AVILA, Bruna Virginia Mingatto de. Breves reflexões sobre a prova ilícita na atual jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. **Revista Síntese Direito Penal e Processual Penal**. v. 19, p. 111-117, dezembro-janeiro/2020. p. 111-117.

¹⁶⁸ Sobre o assunto, importa referir que o Recurso Extraordinário com Repercussão Geral nº 1.116.949 – Paraná atualmente aguarda julgamento pelo Supremo Tribunal Federal, que analisará caso de ação penal fundada em substância entorpecente encontrada a partir de ofensa ao direito constitucional de sigilo de correspondência do acusado. No caso em comento, o Tribunal de origem decidiu que a garantia constitucional ao direito de inviolabilidade do sigilo de correspondência não se presta a acobertar práticas ilegais, de modo que a prova obtida mediante ofensa ao artigo 5º, inciso XII, da Constituição Federal (“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”) seria apta a embasar a persecução penal. O referido recurso sem dúvida constituirá um importante marco para a questão das provas ilícitas. Segue ementa da decisão que conferiu repercussão geral: “Dados. Pacote. Envio. Abertura. Substância Entorpecente. Prova. Ilicitude Declarada na Origem. Recurso Extraordinário. Artigo 5º, Inciso XII, da Constituição Federal. Repercussão Geral. Configuração. Possui repercussão geral controversia alusiva à admissibilidade, no âmbito do processo penal, de prova obtida por meio de abertura de encomenda postada nos Correios, ante a inviolabilidade do sigilo das correspondências.” (BRASÍLIA. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário com Repercussão Geral nº 1.116.949 – Paraná**. Relator Ministro Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 25 de abril de 2019)

¹⁶⁹ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 401.

¹⁷⁰ O julgamento do Recurso Especial nº 1.630.097/Rio de Janeiro, pela Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, recebeu a seguinte ementa: “Penal e Processual Penal. Recurso Especial. Tráfico de Drogas. Prova Obtida de Conversa Travada por Função Viva-Voz do Aparelho Celular do Suspeito. Dúvidas Quanto ao Consentimento. Inexistência de Autorização Judicial. Ilcitude Constatada. Autoincriminação. Impossibilidade. Descoberta Inevitável. Inocorrência. Pleito Absolutório Mantido. Recurso Especial Desprovido. 1. O Tribunal de origem considerou que, embora nada de ilícito houvesse sido encontrado em poder do acusado, a prova da traficância foi obtida em flagrante violação ao direito constitucional à não autoincriminação, uma vez que aquele foi compelido a reproduzir, contra si, conversa travada com terceira pessoa pelo sistema viva-voz do celular, que

Tribunal de Justiça. No aludido julgado, a Corte Superior entendeu por bem manter o posicionamento do Tribunal de origem, no sentido de que substância entorpecente apreendida pela polícia militar na residência do acusado a partir de quebra ilegal de seu sigilo telefônico é prova ilícita, porquanto contaminada pela ilicitude da escuta telefônica irregular, devendo ser desentranhada dos autos do processo, reconhecendo-se, ainda, a nulidade da prisão em flagrante e da denúncia, bem como do processo nela fundado, pois construídos sobre prova ilícita. Oportuna a reprodução de importante trecho do julgamento:

De fato, a lei considera inadmissíveis as provas obtidas de forma ilícita, com violação à Constituição Federal e às normas legais, assim como aquelas originariamente lícitas, mas que derivam das ilícitas, devendo ser desentranhadas dos autos quando evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, e quando as derivadas não puderem ser obtidas senão por meio daquelas. [...]
Busca-se desta forma coibir a colheita de provas ilícitas pelo Estado, que afetem de algum modo os direitos fundamentais, como a intimidade, a privacidade, a inviolabilidade domiciliar e o sigilo das comunicações, à luz da garantia contra a autoincriminação.

No âmbito do Supremo Tribunal Federal, a Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada vem sendo igualmente aplicada. No julgamento da Reclamação Constitucional nº 24.473 – São Paulo¹⁷¹, julgada em 26 de junho de 2018 pela

conduziu os policiais à sua residência e culminou com a arrecadação de todo material estupefaciente em questão. 2. Não se cogita estar diante de descoberta inevitável, porquanto este fenômeno ocorre quando a prova derivada seria descoberta de qualquer forma, com ou sem a prova ilícita, o que não se coaduna com o caso aqui tratado em que a prova do crime dependeu da informação obtida pela autoridade policial quando da conversa telefônica travada entre o suspeito e terceira pessoa. [...] 4. Está-se diante de situação onde a prova está contaminada, diante do disposto na essência da teoria dos frutos da árvore envenenada (*fruits of the poisonous tree*), consagrada no art. 5º, inciso LVI, da Constituição Federal, que proclama a nódia de provas, supostamente consideradas lícitas e admissíveis, mas obtidas a partir de outras declaradas nulas pela forma ilícita de sua colheita. 5. Recurso especial desprovido.” (BRASÍLIA. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.630.097 – Rio de Janeiro**. Desembargador Relator Ministro Joel Ilan Paciornik, Presidente Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 18 de abril de 2017).

¹⁷¹ No julgamento da Reclamação Constitucional nº 24.473 – São Paulo, a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal reconheceu ilicitude derivada de uma gama de provas obtidas a partir de busca e apreensão domiciliar considerada ilícita. A seguir, a ementa do julgamento: “Reclamação constitucional ajuizada pela Mesa do Senado Federal. Defesa de prerrogativa de Senadora da República. Pertinência temática entre o objeto da ação e a atuação do ente despersonalizado. Legitimidade ativa *ad causam*. [...] 9. A extrema amplitude da ordem de busca, que compreendia indiscriminadamente valores, documentos, computadores e mídias de armazenamento de dados, impossibilitou a delimitação prévia do que pertenceria à Senadora da República e ao investigado, não detentor de prerrogativa de foro. [...] 17. O reconhecimento, portanto, da imprestabilidade do resultado da busca realizada no apartamento funcional da Senadora da República para fins probatórios, como também de eventuais elementos probatórios diretamente derivados (*fruits of the poisonous tree*), é medida que se impõe. [...] Determinada, ainda, a inutilização de todas as provas derivadas daquelas obtidas na busca, que deverão ser desentranhadas dos autos e, se for o caso, restituídas a quem de direito.” (BRASÍLIA. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação**

Segunda Turma, a Corte Suprema reconheceu, por maioria, a ilicitude de todas as provas obtidas por meio de busca e apreensão irregular, declarando, ainda, a ilicitude de todos os elementos probatórios advindos destas provas ilicitamente colhidas. A Turma julgadora, ao reconhecer a ilicitude por derivação, determinou a inutilização e desentranhamento dos autos, de todas as provas ilícitas e ilícitas por derivação.

O mesmo posicionamento se observa no julgamento do Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* nº 135.683 – Goiás¹⁷², pelo Supremo Tribunal Federal em 25 de outubro de 2016. Neste precedente, a Segunda Turma, por votação unânime, reconheceu a ilicitude de provas derivadas de interceptações telefônicas ilícitas, determinando seu desentranhamento dos autos e o retorno ao tribunal de origem para verificação de eventual existência de justa causa remanescente para o prosseguimento do feito sem as referidas provas.

Como se vê, a aferição de ilicitude das provas trazidas aos autos de processos criminais exige acurada análise quanto à sua origem. Não obstante determinada prova aparente regularidade, é preciso verificar como ocorreu sua obtenção, revisitando-se, inclusive, toda a cadeia de custódia da prova (sobre este ponto, ver apontamentos do item 2.5 deste estudo) – o que se faz no intuito de avaliar se houve alguma correlação desta prova com outra de origem ilícita.

Contudo, o procedimento descrito acima não deve ser entendido como de baixa complexidade. Muito pelo contrário: a complicação do tema está no fato de que há hipóteses em que a ilicitude da prova originária não alcançara a prova derivada –

Constitucional nº 24.473 – São Paulo. Relator Ministro Dias Toffoli, Segunda Turma, julgado em 26 de junho de 2018).

¹⁷² O julgamento do Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* nº 135.683/Goiás, pela Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, abarca situação em que a ofensa ao princípio do juiz natural tornou ilícita por derivação todas as provas obtidas a partir de escuta telefônica analisadas por juiz incompetente, conforme ementa que segue: “Recurso ordinário em habeas corpus. Constitucional. Processual Penal. Crimes de corrupção passiva e advocacia administrativa. Interceptações telefônicas realizadas em primeiro grau de jurisdição. Operação Vegas. [...] Invalidez das interceptações telefônicas relacionadas ao recorrente nas operações Vegas e Monte Carlo e das provas diretamente delas derivadas. Teoria dos frutos da árvore envenenada (*fruit of the poisonous tree*). Precedentes. Recurso parcialmente provido. [...] Recurso parcialmente provido para se conceder a ordem de *habeas corpus* no sentido de invalidar as interceptações telefônicas relacionadas ao recorrente nas operações Vegas e Monte Carlo, realizadas em primeiro grau, bem como as provas diretamente delas derivadas, determinando-se seu desentranhamento dos autos da ação penal à qual responde perante o Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, [...]”. (BRASÍLIA. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 135.683 – Goiás.** Relator Ministro Dias Toffoli, Segunda Turma, julgado em 25 de outubro de 2016).

circunstâncias que serão analisadas no tópico seguinte e que constituem o ponto focal do presente trabalho.

3.3 TEORIAS EXCLUDENTES DE ILICITUDE DA PROVA

Conforme será demonstrado a seguir, a Teoria da Ilícitude Derivada sofre algumas mitigações em sua aplicação no sistema nacional, situações que no presente estudo serão tratadas como “Teorias Excludentes de Ilícitude da Prova”. De início, se esclarece-se que as teorias excludentes reconhecidas como válidas no ordenamento jurídico brasileiro foram importadas da jurisprudência norte-americana, assim como ocorreu com a Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada (*fruits of the poisoned tree*) e com o Princípio da Inadmissibilidade de Provas Ilícitas (*exclusionary rule*). Entretanto, em que pese exista, na jurisprudência norte-americana, uma série de hipóteses mitigadoras da aplicação da Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada^{173/174}, neste estudo serão abordadas somente aquelas que, por serem compatíveis com o ordenamento jurídico brasileiro, acabaram sendo importadas do direito norte-americano para aplicação no âmbito nacional.

Como mencionado no item 3.2.1 deste estudo, ao positivar a inadmissibilidade de provas derivadas de provas ilícitas, o legislador infraconstitucional previu, na parte

¹⁷³ Conforme doutrina sustentada por Walter Nunes da Silva Júnior, na jurisprudência norte-americana, admite-se também a Teoria da Infração Constitucional Alheia, a partir da qual se entende que “somente pode solicitar a invalidade da prova ilícita a pessoa que teve o direito fundamental violado e que é prejudicada com a sua admissibilidade no processo”. Segundo o referido autor, se a obtenção da prova ilícita desrespeitou direito de pessoa diversa do acusado, a prova é admitida, visto que, pela jurisprudência norte-americana, não há ilicitude quanto ao acusado. Contudo, essa teoria é incompatível com o ordenamento jurídico brasileiro porquanto, no sistema vigente, a vedação às provas ilícitas não almeja apenas a proteção dos direitos fundamentais do acusado, mas também a imposição, ao Estado, de um comportamento ético. (SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. **Teoria constitucional do direito processual penal**: limitações fundamentais ao exercício do direito de punir no sistema jurídico brasileiro. 2006. 876 f. Tese (Doutorado). Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Pernambuco. Recife, 2006. Disponível em: <https://attena.ufpe.br/bitstream/123456789/4013/1/arquivo5907_1.pdf> Acesso em: 13/06/2020).

¹⁷⁴ Outra teoria existente no Direito norte-americano que não foi recepcionada pelo ordenamento jurídico brasileiro é a Teoria da Exceção de Boa-Fé. No intuito de elucidar a questão, Luiz Flávio Gomes explica que “no direito norte-americano também se menciona a exceção da ‘boa-fé’, que consistiria no seguinte: se a autoridade executora e produtora da prova atua de boa-fé, mesmo que a determinação tenha emanado de uma autoridade judicial incompetente, a prova seria válida. Isso no nosso sistema é inconcebível. [...] Prova determinada por autoridade incompetente (por juiz distinto do juiz natural) ou por autoridade que não tinha poderes (naquele momento) para a determinação da prova, viola o devido processo legal, logo, também é inadmissível. A boa-fé do agente no momento da obtenção da prova em nada afasta a mácula original da ilicitude.” (GOMES, Luiz Flávio. **Provas ilícitas e ilegítimas**: distinções fundamentais. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/noticias/1972597/>> Acesso em: 10/05/2020).

final do § 1º do artigo 157, do Código de Processo Penal, situações nas quais a ilicitude da prova derivada pode ser afastada, de modo que, fulminando-se a relação desta prova com a ilícita originária, ela se torna apta a influenciar o convencimento do julgador, sendo admitida no processo. Esta é a redação do artigo 157, § 1º, do Código de Processo Penal: “São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado nexo de causalidade entre uma e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras”.

Observa-se que, segundo o referido dispositivo, o legislador entendeu por bem que a ausência de nexo de causalidade entre a prova derivada e a prova originária e a possibilidade de obtenção daquela por fonte independente desta são hipóteses que excluem a ilicitude da prova derivada, autorizando seu uso no processo. Ainda, no intuito de conceituar fonte independente, o legislador infraconstitucional, por meio do § 2º do já mencionado artigo 157 do Código de Processo Penal, estabeleceu que: “Considera-se fonte independente aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova”.

Como bem destaca Renato Brasileiro de Lima, da análise da redação dada ao § 2º, do artigo 157, do Código de Processo Penal, vê-se que, muito embora pareça que o legislador apenas conceitua “fonte independente”, há uma terceira circunstância permissiva do uso de prova derivada de ilícita, entendida como descoberta inevitável. Segundo a referida excludente, a ilicitude da prova derivada é afastada quando se verifica que, inevitavelmente, a prova seria descoberta durante os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação criminal¹⁷⁵.

Ocorre que, da forma genérica e abstrusa pela qual o legislador optou por positivar as excludentes de ilicitude da prova derivada, tais exceções acabam por colocar em risco a garantia constitucional da vedação de provas ilícitas no processo¹⁷⁶. Nesta linha é o entendimento de Aury Lopes Júnior, segundo o qual a adoção da Teoria da Ilicitude Derivada foi um grande avanço no tratamento da prova ilícita, porém

¹⁷⁵ LIMA, Renato Brasileiro de. **Código de processo penal comentado**. 2.ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 541.

¹⁷⁶ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. p. 416-418.

foi tão atenuada pelo legislador que a matéria se tornou perigosamente casuística, possibilitando o esvaziamento do Princípio da Contaminação¹⁷⁷.

Ou seja, apesar da vedação legal quanto ao uso no processo penal de provas derivadas de provas ilícitas, essas circunstâncias excludentes da ilicitude da prova derivada, por serem demasiadamente genéricas, afastam a norma proibitiva, autorizando a utilização dessas provas na instrução probatória. No tópico seguinte, serão analisadas cada uma delas.

3.3.1 Teoria da Fonte Independente

A Teoria da Fonte Independente, como já referido no item anterior, encontra previsão no artigo 157, §§ 1º e 2º, do Código de Processo Penal¹⁷⁸, estabelecendo que a prova aparentemente derivada de prova ilícita, mas igualmente obtida por meio de fonte independente, não será considerada impregnada pela ilicitude, podendo ser utilizada no processo¹⁷⁹. Portanto, se o órgão da persecução penal demonstrar que obteve, de forma legítima, novos elementos de informação a partir de uma fonte autônoma de prova, que não guarde relação de dependência com a prova originariamente ilícita, tais elementos de informação serão admissíveis, pois se considera que não estão contaminados pela mácula da ilicitude originária^{180/181}.

¹⁷⁷ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 405.

¹⁷⁸ A Teoria da Fonte Independente, como já mencionado, encontra previsão legal, tanto no § 1º (parte final) do artigo 157 do Código de Processo Penal (“São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado nexo de causalidade entre uma e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras”), quanto no § 2º, do mesmo artigo, dispositivo por meio do qual o legislador procurou conceituar a fonte independente (“Considera-se fonte independente aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova”).

¹⁷⁹ GONÇALVES, Victor Eduardo Rios; REIS, Alexandre Cebrian Araújo; LENZA, Pedro (Coordenador). **Direito processual penal esquematizado**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 277.

¹⁸⁰ LIMA, Renato Brasileiro de. **Código de processo penal comentado**. 2.ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 539.

¹⁸¹ Segundo refere Marta Saad, “pelas mitigações impostas pela lei ordinária, não comprovado o nexo de causalidade, a prova subsequente é válida. E, ainda que evidenciado nexo de causalidade entre ambas, a prova derivada é quando puder ser obtida por meio de fonte independente.”. (SAAD, Marta. Lei 11.690/2008 e as provas ilícitas por derivação. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, ano 16, n. 188, p. 16, julho/2008). No mesmo sentido é o apontamento de Walter Nunes da Silva Júnior: “mesmo que a prova derivada guarde relação de dependência com a que foi obtida de forma ilícita, aquela não deve ser ineficaz, porém válida, desde que se verifique que a sua existência não ‘depende exclusivamente’ da que está contaminada por vício de ilegalidade” (SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. **Teoria constitucional do direito processual penal: limitações fundamentais ao exercício do direito de punir no sistema jurídico brasileiro**. 2006. 876 f. Tese (Doutorado). Programa de Pós-Graduação em Direito

Esta teoria sofre severas críticas da doutrina, no sentido de que, estando-se diante de prova obtida por fonte independente, em tese, não há que se falar em derivação desta prova de uma prova ilícita originária, inexistindo, pois, contaminação^{182/183}. Similar é o posicionamento de Fernando Capez¹⁸⁴:

[...] se não existe nexo de causalidade entre a nova evidência e a prova anteriormente produzida, isto significa que uma não derivou da outra. Se a causa geradora da prova for absolutamente independente em relação à anterior, é porque uma nada tinha a ver com a outra, sendo incabível falar em prova ilícita por derivação. Em outras palavras, se o fruto derivou de outra árvore distinta da envenenada, não há que se falar na teoria dos frutos da árvore envenenada. [...]

A regra da limitação da fonte independente é, portanto, supérflua, desnecessária. Basta aplicar a conhecida teoria da *conditio sine qua non* e o critério da eliminação hipotética: se ao excluir a prova anterior da cadeia causal a nova prova continuar existindo, é porque não foi causada por aquela, sendo incabível a alegação de ilicitude da prova por derivação. Se, ao contrário, a prova produzida estiver arrimada ou justificada na prova ilícita anterior, não se poderá alegar independência de fonte, ante o critério da eliminação hipotética (excluída a prova ilícita, desaparece a produção da prova dela derivada, revelando-se o nexo de interdependência entre ambas).

Outro fator muito criticado pela doutrina é a generalidade com que a Teoria da Fonte Independente foi elaborada pelo legislador. Nesta linha, sustenta Aury Lopes Júnior, por conta de seus conceitos vagos, a adoção tanto da Teoria da Fonte Independente quanto da Teoria da Descoberta Inevitável – que será tratada no tópico seguinte – permitirão que provas efetivamente contaminadas (portanto, ilícitas) acabem sendo utilizadas sob o frágil argumento de que não há clara demonstração de uma relação de causa e efeito com a prova ilícita originária¹⁸⁵. Este é o posicionamento do autor¹⁸⁶:

As teorias da descoberta inevitável e da fonte independente atuam quando existe nexo causal (logo, contaminação), mas a prova “poderia” ser obtida de outra forma ou quando a descoberta “seria inevitável”. Ambas se situam no campo da futurologia, da perspectiva, da prognose, mas sem qualquer dado

da Universidade Federal de Pernambuco. Recife, 2006. Disponível em: <https://attena.ufpe.br/bitstream/123456789/4013/1/arquivo5907_1.pdf> Acesso em: 13/06/2020).

¹⁸² LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 402.

¹⁸³ No mesmo sentido, é o entendimento de Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar: “A prova absolutamente independente, ou limitação da fonte independente (*independente source limitation*), não seria propriamente uma exceção aos efeitos da teoria dos frutos da árvore envenenada, e sim uma teoria coexistente, permitindo justamente a devida integração, partindo-se do pressuposto de que, não havendo vínculo entre as provas, não há de se falar em reflexos irradiando contaminação àquelas provas que não derivaram da ilícita.” (TAVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. 12.ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 633.).

¹⁸⁴ CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 380.

¹⁸⁵ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 402.

¹⁸⁶ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 402.

de concretude probatória. São efetivamente derivadas, mas como “poderiam” ser obtidas de qualquer forma ou por qualquer fonte, acabam sendo legitimadas. É, sem dúvida, uma validação de uma prova derivada de ilícita.

Em que pese se identifique alguma rejeição doutrinária quanto à Teoria da Fonte Independente, a referida excludente vem sendo comumente utilizada pela jurisprudência para legitimar o afastamento da alegação de ilicitude da prova. Neste sentido, faz-se menção ao julgamento proferido pelo Supremo Tribunal Federal, em 19 de novembro de 2018, no Agravo Regimental no *Habeas Corpus* nº 156157 – Paraná¹⁸⁷, em que a Corte Suprema sustentou que a inadmissibilidade de provas ilícitas e de derivadas de ilícitas não tem o condão de anular o processo, ao passo que podem permanecer válidas provas decorrentes de outras fontes, autônomas e independentes da prova ilícita.

No âmbito do Superior Tribunal de Justiça, o posicionamento não é diferente. Ilustrando a aceitação da excludente, menciona-se o julgamento do *Habeas Corpus* nº 422.299 – São Paulo¹⁸⁸, ocorrido em 24 de abril de 2018. No referido julgamento,

¹⁸⁷ Esta é a ementa do Agravo Regimental no *Habeas Corpus* nº 156157 – Paraná: “Agravo Regimental em *Habeas Corpus*. Quadrilha, Corrupção Passiva, Violação de Sigilo Funcional, Falsidade Ideológica e Lavagem de Dinheiro. Interceptações Telefônicas Autorizadas por Decisão Judicial. Alegação de ‘Quebra da Cadeia de Custódia’. Perda ou Subtração de Parte das Gravações. Constrangimento Ilegal Reconhecido nas Instâncias Ordinárias. Ausência de Ilegalidade na Determinação de Remessa dos Autos ao Juízo de Primeira Instância. 1. As provas ilícitas, bem como todas aquelas delas derivadas, são constitucionalmente inadmissíveis, mesmo quando reconduzidas aos autos de forma indireta, devendo, pois, ser desentranhadas do processo, não tendo, porém, o condão de anulá-lo, permanecendo válidas as demais provas lícitas e autônomas delas não decorrentes, ou ainda, que também decorreram de outras fontes, além da própria prova ilícita; [...] 4. Agravo Regimental a que se nega provimento.”. (BRASÍLIA. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Habeas Corpus nº 156157 – Paraná**. Relator Ministro Alexandre de Moraes, Primeira Turma, julgado em 19 de novembro de 2018).

¹⁸⁸ Segue ementa de julgamento do *Habeas Corpus* nº 422.299 – São Paulo, pelo Superior Tribunal de Justiça, em que se percebe a aplicação da Teoria da Fonte Independente pela Corte Superior: “Processual Penal. *Habeas Corpus* Substitutivo de Recurso Ordinário. Não Cabimento. Tráfico de Drogas. Acesso aos Danos Armazenados em Telefone Celular (Mensagens do Aplicativo *Whatsapp*). Ausência de Autorização Judicial. Nulidade das Provas. Configuração. Anterior Apreensão de Cerca de Um Quilo de Entorpecentes. Diversidade, Fracionamento e Forma de Acondicionamento. Valores em Dinheiro. Condenação Fundada em Provas Autônomas. Fonte Independente. Flagrante Ilegalidade Não Evidenciada. *Habeas Corpus* Não Conhecido. [...] III- *In casu*, os policiais tiveram acesso aos dados do aplicativo *WhatsApp* contidos no aparelho celular do paciente no momento da prisão em flagrante, sem autorização judicial. Todavia, ainda que a referida prova seja desconsiderada, porquanto nula, subsistem elementos autônomos suficientes para manter a condenação pelo crime de tráfico de drogas. [...] V- A apreensão de elevada quantidade de drogas, cuja diversidade, fracionamento e forma de acondicionamento, além de valores em dinheiro, constituem provas autônomas da traficância, e emanam de fonte independente, não restando evidenciado nexos causal com a ilicitude originária. [...] 4. Agravo regimental parcialmente conhecido e, nesta parte, improvido. (AgRg no REsp 1.573.910-SP, Rel. Min. Nefi Cordeiro, julgado em 22/03/2018, DJe 03/04/2018)”. (BRASÍLIA. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.573.910 – São Paulo**. Desembargador Relator Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 22 de março de 2018).

a Quinta Turma analisou situação em que, durante prisão em flagrante de acusado que mantinha em seu poder aproximadamente um quilo de substância entorpecente, a autoridade policial, sem prévia autorização judicial, obteve acesso a dados do aplicativo *WhatsApp* do acusado, violando seu sigilo telefônico. Em razão da interceptação telefônica ilegal, a Turma julgadora reconheceu a ilicitude das provas dela advindas, bem como de todos os elementos que delas derivaram. Todavia, a apreensão dos entorpecentes foi entendida como lícita, pois proveniente de fonte independente, não vinculada à interceptação ilegal.

Apesar de criticada pela doutrinação majoritária, a Teoria da Fonte Independente tem encontrado boa aplicação por parte dos Tribunais Superiores, que demonstram adotar o entendimento de que, havendo fonte independente, não há derivação e, portanto, não há contaminação. No âmbito jurisprudencial, parece não se confirmar, portanto, a ocorrência da hipótese sinalizada pela doutrina de esvaziamento da vedação constitucional às provas ilícitas no processo. Isso porque a Teoria da Fonte Independente tem se mostrado mais como uma validação da inexistência de nexo causal entre a prova ilícita e a supostamente derivada desta, do que como uma excludente de ilicitude da prova, visto que, se não há nexo, não há ilicitude e, portanto, não há incidência de excludente.

3.3.2 Teoria da Descoberta Inevitável

Por força da Teoria da Descoberta Inevitável, conforme refere Renato Brasileiro de Lima, restando demonstrado que a prova derivada da ilícita seria produzida de qualquer modo, independentemente da prova ilícita originária, tal prova deve ser considerada válida¹⁸⁹. Ou seja, existe derivação, mas a certeza de que a produção desta prova ocorreria posteriormente, a partir de uma prova lícita, faz com que a prova então derivada da ilícita seja admita no processo.

Nas palavras de Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar¹⁹⁰:

O que se deseja é impedir a contaminação de provas decorrentes de uma ilícita, caso o seu descobrimento seja inevitável. É dizer, se uma determinada prova viria aos autos de qualquer maneira, mesmo que a ilicitude não tivesse

¹⁸⁹ LIMA, Renato Brasileiro de. **Código de processo penal comentado**. 2.ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 541.

¹⁹⁰ TAVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. 12.ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 633-634.

acontecido, esta deve ser encarada como uma fatalidade, e o vínculo entre a prova originária e a derivada não deve levar a mácula desta última. [...] Na descoberta inevitável, o nexo existe, mas não é decisivo, pois a prova derivada, mesmo que a ilicitude não se operasse, ainda assim seria produzida dentro da lei

Todavia, a aplicação da referida excludente não pode se dar de forma indiscriminada. Conforme assevera Fernando Capez, é necessário que todos os procedimentos válidos que acabariam por resultar na descoberta da prova já estejam devidamente iniciados quando da produção paralela da prova derivada da prova ilícita originária¹⁹¹. Renato Brasileiro de Lima complementa que a utilização da Teoria da Descoberta Inevitável deve se dar com base em dados concretos e não em mera possibilidade¹⁹²:

A aplicação dessa teoria não pode ocorrer com base em dados meramente especulativos, sendo indispensável a existência de dados concretos a confirmar que a descoberta seria inevitável. Somente com base em fatos históricos demonstrados capazes de pronta verificação será possível dizer que a descoberta seria inevitável. Em outras palavras, não basta um juízo do possível. É necessário um juízo do provável, baseado em elementos concretos de prova.

No mesmo sentido é a reflexão proposta por Rômulo Lachi quanto à referida teoria: “Com efeito, é difícil imaginar situação em que se possa descartar até as mais remotas possibilidades de, hipoteticamente, a autoridade policial descobrir a prova por meio de suas atividades investigativas”¹⁹³. Aí reside a dificuldade na aplicação da Teoria da Descoberta Inevitável. Considerando que não existem critérios objetivos para aferição dos passos futuros de uma investigação, torna-se demasiadamente frágil o argumento de que, cedo ou tarde, determinada prova derivada de ilícita seria, de fato, descoberta por outros meios.

Para demonstrar essa fragilidade, traz-se o julgamento do *Habeas Corpus* nº

¹⁹¹ CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 380.

¹⁹² LIMA, Renato Brasileiro de. **Código de processo penal comentado**. 2.ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 541. No mesmo sentido é o apontamento de Diego Diniz Ribeiro: “Ocorre que a avaliação quanto à aplicabilidade ou não da teoria da descoberta inevitável não pode ficar em um plano estritamente hipotético [...]. Trata-se de uma análise concreta, baseada na investigação e na comparação dos fatos e das provas que circundam as diferentes searas investigativas (fiscal/aduaneira e criminal).” (RIBEIRO, Diego Diniz. Teoria dos frutos da árvore envenenada e descoberta inevitável no CARF. **Revista Consultor Jurídico**, janeiro/2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-jan-22/direto-carf-teorias-frutos-arvore-envenenada-descoberta-inevitavel>> Acesso em: 03/05/2020).

¹⁹³ LACHI, Rômulo. Exceções à inadmissibilidade das provas ilícitas no processo penal brasileiro. **Revista Jurídica Unigran**. Dourados, MS. v. 11, n. 22, julho-dezembro/2009. Disponível em: <https://www.unigran.br/dourados/revista_juridica/ed_anteriores/22/artigos/artigo07.pdf> Acesso em: 03/05/2020.

91867 – Pará¹⁹⁴, pelo Supremo Tribunal Federal, em 24 de abril de 2012. No caso em comento, a Corte Suprema analisou situação em que a autoridade policial, sem autorização judicial, realizou pesquisa em aparelhos telefônicos apreendidos, encontrando, a partir desta intervenção, ligações telefônicas entre os acusados e o executor de um crime. Conforme constou expressamente referido no acórdão¹⁹⁵, foi essa “verificação que permitiu a orientação inicial da linha investigatória a ser adotada, bem como possibilitou concluir que os aparelhos seriam relevantes para a investigação.”. Ou seja, a partir desta intervenção que se observou a possível vinculação dos acusados ao executor do crime.

Na ocasião, a Turma Julgadora assentou que a vinculação dos acusados ao executor do crime (o que, frisa-se, ocorreu somente em razão da pesquisa nos aparelhos) seria descoberta de qualquer forma em razão do curso normal da investigação, entendendo cabível a aplicação da Teoria da Descoberta Inevitável ainda que a intervenção nos aparelhos telefônicos fosse reconhecida como ilícita. Abaixo, colaciona-se o trecho do voto do Ministro Gilmar Mendes, dada sua relevância¹⁹⁶:

À guisa de mera argumentação, mesmo que se pudesse reputar a prova produzida como ilícita e as demais, ilícitas por derivação, nos termos da teoria

¹⁹⁴ Esta é a ementa do *Habeas Corpus* nº 91867 – Pará: “*Habeas Corpus*. Nulidades: (1) Inépcia da Denúncia; (2) Ilícitude da Prova Produzida Durante o Inquérito Policial; Violação de Registros Telefônicos do Corréu, Executor do Crime, Sem Autorização Judicial; (3) Ilícitude da Prova das Interceptações Telefônicas de Conversas dos Acusados com Advogados, Porquanto Essas Gravações Ofenderiam o Disposto no Artigo 7º, II, da Lei 8.906/96, Que Garante o Sigilo Dessas Conversas. Vícios Não Caracterizados. Ordem Denegada. [...] Ao proceder à pesquisa na agenda eletrônica dos aparelhos devidamente apreendidos, meio material indireto de prova, a autoridade policial, cumprindo o seu mister, buscou, unicamente, colher elementos de informação hábeis a esclarecer a autoria e a materialidade do delito (dessa análise logrou encontrar ligações entre o executor do homicídio e o ora paciente). Verificação que permitiu a orientação inicial da linha investigatória a ser adotada, bem como possibilitou concluir que os aparelhos seriam relevantes para a investigação. 2.4 À guisa de mera argumentação, mesmo que se pudesse reputar a prova produzida como ilícita e as demais, ilícitas por derivação, nos termos da teoria dos frutos da árvore venenosa (*fruit of the poisonous tree*), é certo que, ainda assim, melhor sorte não assistiria à defesa. É que, na hipótese, não há que se falar em prova ilícita por derivação. Nos termos da teoria da descoberta inevitável, construída pela Suprema Corte norte-americana no caso *Nix x Williams* (1984), o curso normal das investigações conduziria a elementos informativos que vinculariam os pacientes ao fato investigado. Bases desse entendimento que parecem ter encontrado guarida no ordenamento jurídico pátrio com o advento da Lei 11.690/2008, que deu nova redação ao art. 157 do CPP, em especial o seu § 2º.[...]. 4. Ordem denegada.”. (BRASÍLIA. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 91867 – Pará**. Relator Ministro Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 24 de abril de 2012).

¹⁹⁵ BRASÍLIA. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 91867 – Pará**. Relator Ministro Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 24 de abril de 2012.

¹⁹⁶ BRASÍLIA. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 91867 – Pará**. Relator Ministro Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 24 de abril de 2012.

dos frutos da árvore venenosa (*fruit of the poisonous tree*), é certo que, ainda assim, melhor sorte não assistiria à defesa. É que, na hipótese, não há que se falar em prova ilícita por derivação. Nos termos da teoria da descoberta inevitável, construída pela Suprema Corte norte-americana no caso *Nix x Williams* (1984), o curso normal das investigações conduziria a elementos informativos que vinculariam os pacientes ao fato investigado. Bases desse entendimento que parecem ter encontrado guarida no ordenamento jurídico pátrio com o advento da Lei 11.690/2008, que deu nova redação ao art. 157 do CPP, em especial o seu § 2º.

Contudo, para que a aplicação da Teoria da Descoberta Inevitável se mostrasse acertada na situação descrita acima, seria exigível a presença de elementos concretos que indicassem ao menos a existência de investigação paralela que, a despeito dos aparelhos apreendidos, vinculasse de alguma forma o nome dos acusados ao executor do crime. Inexistindo elementos concretos que justifiquem a aplicação da referida excludente de ilicitude da prova, sua utilização para tornar a prova ilícita admissível não é idônea. Neste sentido, aliás, é o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do *Habeas Corpus* nº 436.603 – Santa Catarina¹⁹⁷, ocorrido em 03 de dezembro de 2019.

No referido precedente, a Sexta Turma analisou situação em que a Teoria da Descoberta Inevitável foi indevidamente aplicada pelas instâncias ordinárias em situação de provas ilícitas por derivação, obtidas contra o acusado a partir de busca e apreensão reconhecida como ilícita. A justificativa para a aplicação da aludida excludente de ilicitude da prova derivada pelo Tribunal de origem foi no sentido de que, caso fosse solicitada expedição de mandado de busca e apreensão no domicílio

¹⁹⁷ Esta é a ementa do *Habeas Corpus* nº 436603 – Santa Catarina: “*Habeas Corpus*. Processual Penal. Organização Criminosa e Posse Ilegal de Arma de Fogo de Uso Permitido. Busca e Apreensão Domiciliar. Ilegalidade Reconhecida Pelas Instâncias Ordinárias. Teoria da Descoberta Inevitável Aplicada com Base em Meras Conjecturas e Presunções. Nulidade Reconhecida. Condenação Anulada. Absolvição Apenas Quanto ao Delito do Artigo 12 da Lei nº 10.826/2003. Organização Criminosa. Provas Independentes. Novo Julgamento na Origem. Ordem de *Habeas Corpus* Parcialmente Concedida. [...] 2. Na hipótese, as instâncias ordinárias reconheceram que a busca e apreensão realizada no endereço do Réu operou-se de forma ilegal, razão pela qual declararam nula a diligência. No entanto, com base na aplicação da teoria da descoberta inevitável, consideraram válidas as provas derivadas da ilícita, sob o fundamento de que, ‘caso os policiais tivessem requisitado, logo em seguida à prisão em flagrante [do Paciente], a expedição de Mandado de Busca e Apreensão na residência do acusado, esta teria sido deferida, o que teria produzido o mesmo resultado proveniente da diligência considerada ilícita, ou seja, os objetos e documentos na residência do apelante seriam descobertos de igual forma’. 3. Como se vê, a fundamentação apresentada pelas instâncias ordinárias não pode ser considerada idônea, pois baseada apenas em meras conjecturas e presunções, sem a apresentação de qualquer dado concreto que demonstrasse que as provas decorrentes da busca e apreensão ilegal seriam inevitavelmente descobertas. Nem mesmo foi ressaltada a existência de investigação paralela que, fatalmente, levaria ao domicílio do Acusado e, por conseguinte, aos objetos lá encontrados. [...]”. (BRASÍLIA. Superior Tribunal de Justiça. ***Habeas Corpus* nº 436603 – Santa Catarina**. Relatora Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 03 de dezembro de 2019).

do acusado (o que não foi feito), a diligência seria deferida e as provas inevitavelmente descobertas. A Corte Superior, neste caso, reconheceu a inidoneidade da aplicação da Teoria da Descoberta Inevitável, haja vista a completa ausência de elementos indicativos da inevitabilidade quanto à descoberta daquelas provas, e acertadamente declarou a nulidade das provas derivadas da busca e apreensão ilícitas, cassando a sentença condenatória para o fim de absolver o investigado quanto à acusação relacionada à prova ilícita por derivação.

Como se vê, a problemática da aplicação da Teoria da Descoberta Inevitável está na dificuldade de comprovação de que a prova secundária seria, de fato, descoberta, ainda que não existisse a prova ilícita primária. Neste ponto, Lênio Streck critica a mencionada teoria, ao referir que “essa leitura da relativização da prova ilícita permite que o Estado escolha o modo proibido de busca da prova e, depois, alegue que, se usasse os meios lícitos, chegaria no mesmo ponto”¹⁹⁸.

Neste ponto, considerando que o legislador não definiu parâmetros objetivos para esta comprovação, tem-se na Teoria da Descoberta Inevitável uma verdadeira ameaça à vedação das provas ilícitas no processo. Evidente, portanto, o perigo inerente a esta excludente de ilicitude, pois, conforme o caso, sua aplicação maculará todo o processo, ferindo gravemente o Estado Democrático de Direito.

3.3.3 Teoria do Nexo Causal Atenuado

A Teoria do Nexo Causal Atenuado, também chamada de “Limitação da Mancha Purgada”, foi desenvolvida nos Estados Unidos em 1963, no julgamento do caso *Wong Sun versus United States*. Sobre os fatos que deram ensejo ao surgimento desta teoria, traz-se a síntese feita por Renato Brasileiro de Lima¹⁹⁹:

Esta teoria foi desenvolvida no caso WONG SUN v. US (1963), em que a polícia, de maneira ilegal, ingressou no domicílio de “A” sem “causa provável” (indícios probatórios necessários para tanto), efetuando em seguida sua prisão. Dessa prisão *ilegal* resultou a apreensão de drogas em posse de “B”, o qual, por sua vez, disse ter recebido a droga de “C”, que também foi preso de maneira ilegal. Dias mais tarde, após “C” ter sido colocado em liberdade, resolveu voluntariamente confessar aos policiais a prática do delito, durante

¹⁹⁸ STRECK, Lênio Luiz. A tese da fonte independente e o CARF: o que é descoberta inevitável? **Revista Consultor Jurídico**, julho/2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-jul-25/tese-fonte-independente-carf-descoberta-inevitavel#_ftn2> Acesso em: 03/05/2020.

¹⁹⁹ LIMA, Renato Brasileiro de. **Código de processo penal comentado**. 2.ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 543.

seu interrogatório policial. Quanto à apreensão da droga com “B” e suas declarações, entendeu a Suprema Corte tratar-se de prova ilícita por derivação, eis que resultado da entrada ilegal na casa de “A”. No entanto, concluiu que a teoria dos frutos da árvore envenenada não teria o condão de contaminar o que se apurou contra “C”, pois sua ação voluntária de confessar a prática delituosa após ter sido solto e advertido de seus direitos, teria tornado a conexão entre a prisão ilegal e a declaração tão atenuada que o “veneno” da ilegalidade originária teria se dissipado.

De acordo com a Teoria do Nexo Causal Atenuado, não se reconhece ilicitude na prova derivada de prova ilícita se o nexo causal entre esta e a prova ilícita originária for atenuado em virtude do transcurso do tempo ou de circunstância superveniente capaz de romper a mácula da ilicitude²⁰⁰. Renato Brasileiro de Lima refere que a ilicitude da prova derivada também pode ser afastada conforme a relevância da ilegalidade, ou, ainda, se houver vontade de um dos envolvidos em colaborar com a persecução criminal²⁰¹. Nessas circunstâncias, a atenuação do vício da ilicitude originária provoca o desaparecimento do nexo causal entre a prova ilícita originária e a prova subsequente, não sendo mais hipótese de ilicitude por derivação²⁰².

Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar esclarecem os limites da relação entre a prova derivada e a prova originária, necessários para que a aplicação da Teoria do Nexo Causal Atenuado seja possível²⁰³:

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

Cumprе salientar que a Teoria do Nexo Causal Atenuado não encontra expressa positivação na legislação processual penal. Todavia, de acordo com Renato Brasileiro de Lima, apesar da lacuna legislativa, é possível imaginar que, ao escolher a redação do artigo 157, § 1º, do Código de Processo Penal, o legislador utilizou a

²⁰⁰ LIMA, Renato Brasileiro de. **Código de processo penal comentado**. 2.ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 543.

²⁰¹ LIMA, Renato Brasileiro de. **Código de processo penal comentado**. 2.ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 543.

²⁰² LIMA, Renato Brasileiro de. **Código de processo penal comentado**. 2.ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 543.

²⁰³ TAVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. 12.ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 634.

ideia da “ausência de nexo de causalidade entre a prova ilícita originária e a prova subsequente” para referir a excludente em questão²⁰⁴. Todavia, este não é entendimento predominante na doutrina. A exemplo do que refere César Dario Mariano da Silva, entende-se que a expressão “quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras”, utilizada pelo legislador no mencionado dispositivo legal, presta-se a identificar a hipótese de inexistência de derivação, e não uma hipótese de excludente de ilicitude pela atenuação do nexo de causalidade. Nas palavras do autor²⁰⁵:

Nesse caso, não se trata de exceção propriamente dita, mas de inexistência da derivação. Isso porque, não havendo nexo de causalidade entre a prova ilícita e outra prova qualquer, está não será contaminada, uma vez que não decorrente da prova considerada ilícita [...].

Ainda assim, a Teoria do Nexo Causal Atenuado, embora não esteja expressamente prevista na legislação processual penal, mostra-se mais bem tolerada pela doutrina que as excludentes referidas nos tópicos anteriores, não sofrendo severas críticas. Em contrapartida, sua aplicação pela jurisprudência se mostra um tanto tímida, sendo, ainda, pouco utilizada pelos Tribunais.

No julgamento da Ação Penal nº 856 – Distrito Federal²⁰⁶, em 18 de outubro de 2017, o Superior Tribunal de Justiça, por meio de sua Corte Especial, se manifestou sobre o tema, ao analisar pedido de reconhecimento de ilicitude de provas

²⁰⁴ LIMA, Renato Brasileiro de. **Código de processo penal comentado**. 2.ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 543.

²⁰⁵ SILVA, César Dario Mariano da. A relatividade das provas ilícitas e processualmente ilegítimas. **Revista Consultor Jurídico**. Novembro/2008. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2008-nov-29/proibicao_prova_ilegal_nao_absoluta?pagina=3> Acesso em: 17/05/2020.

²⁰⁶ A Ação Penal nº 856 – Distrito Federal, julgada pelo Superior Tribunal de Justiça em 18 de outubro de 2017 recebeu a seguinte ementa: “Ação Penal Originária. Cooperação Jurídica Internacional. Prova Produzida no Exterior. Parâmetro de Validade. Admissibilidade no Processo. Ordem Pública, Soberania Nacional e Bons Costumes. Violação. Inocorrência. Provas Ilícitas Derivadas. Frutos da Árvore Envenenada. Exceções. Teoria da Mancha Purgada. Nexo de Causalidade. Atenuação. Prerrogativa de Foro. Conexão e Continência. Competência. Desmembramento. Foro Prevalente. Artigo 78 do Código de Processo Penal. Prejuízo Concreto. Defesa. Ausência. Corrupção Passiva Qualificada. Aptidão da Denúncia. Lavagem de Dinheiro. Consunção. Matéria de Prova. Atipicidade. Inocorrência. Recebimento. [...] 4. A teoria dos frutos da árvore envenenada tem sua incidência delimitada pela exigência de que seja direto e imediato o nexo causal entre a obtenção ilícita de uma prova primária e a aquisição da prova secundária. 5. De acordo com a teoria do nexo causal atenuado ou da mancha purgada, i) o lapso temporal decorrido entre a prova primária e a secundária; ii) as circunstâncias intervenientes na cadeia probatória; iii) a menor relevância da ilegalidade; ou iv) a vontade do agente em colaborar com a persecução criminal, entre outros elementos, atenuam a ilicitude originária, expurgando qualquer vício que possa recair sobre a prova secundária e afastando a inadmissibilidade de referida prova. [...] 14. Preliminares rejeitadas. Denúncia recebida.” (BRASÍLIA. Superior Tribunal de Justiça. **Ação Penal nº 856 – Distrito Federal**. Relatora Ministra Nancy Andrighi, Corte Especial, julgado em 18 de outubro de 2017).

consubstanciadas em documentos que, antes de serem carregados à ação em análise, foram reconhecidos como ilícitos pela autoridade suíça (porquanto obtidos por meio de intervenção irregular de agentes infiltrados). Contudo, com base na Teoria do Nexo Causal Atenuado, a Corte Superior entendeu que a ilicitude dessas provas foi afastada pela conduta de um dos investigados que, ao optar por contribuir espontaneamente com a investigação e entregar aos investigadores tais documentos, atenuou o nexo causal existente entre eles e a prova ilícita originária. Desta forma, afastou-se a ilicitude da prova, sendo ela apta a permanecer no processo e influenciar o convencimento do julgador.

Como se vê, embora não possua respaldo legal, tampouco constitucional, a Teoria do Nexo Causal Atenuada foi entendida como compatível com o ordenamento jurídico brasileiro, sendo, por consequência, utilizada em julgamento do Tribunal Superior. Entretanto, conforme defende Walter Nunes da Silva Júnior, a Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada já vem sendo bastante flexibilizada pelas Teorias da Fonte Independente e da Descoberta Inevitável, não parecendo adequado flexibilizá-la ainda mais mediante a adoção da Teoria do Nexo Causal Atenuado²⁰⁷.

3.3.4 Teoria do Encontro Fortuito de Provas

De acordo com a Teoria do Encontro Fortuito de Provas, também chamada de “Princípio da Serendipidade”, não se reconhece ilicitude em eventual prova inesperadamente obtida durante investigação regular de crime diverso do relacionado à prova encontrada²⁰⁸. Na hipótese, a prova decorrente de encontro fortuito é considerada válida, sendo admitida no processo penal.

Sobre o assunto, Renato Brasileiro de Lima ressalta, contudo, que não pode haver irregularidade na realização da diligência que resultou na obtenção da prova, sob pena desta se tornar inválida²⁰⁹.

²⁰⁷ SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. **Teoria constitucional do direito processual penal: limitações fundamentais ao exercício do direito de punir no sistema jurídico brasileiro**. 2006. 876 f. Tese (Doutorado). Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Pernambuco. Recife, 2006. Disponível em: <https://attena.ufpe.br/bitstream/123456789/4013/1/arquivo5907_1.pdf> Acesso em: 13/06/2020.

²⁰⁸ LIMA, Renato Brasileiro de. **Código de processo penal comentado**. 2.ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 546.

²⁰⁹ LIMA, Renato Brasileiro de. **Código de processo penal comentado**. 2.ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 546.

Nas palavras do autor²¹⁰:

Fala-se em encontro fortuito de provas quando a prova de determinada infração penal é obtida a partir de diligência regularmente autorizada para a investigação de outro crime. Nesses casos, a validade da prova inesperadamente obtida está condicionada à forma como foi realizada a diligência: se houve desvio de finalidade, abuso de autoridade, a prova não deve ser considerada válida; se o encontro da prova foi casual, fortuito, a prova é válida.

Como exemplo da aplicação desta teoria, Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar referem hipótese de interceptação telefônica, mediante a devida autorização judicial, com a finalidade específica de apurar infração penal relativa a certo investigado, mas que, no curso da diligência, acaba a autoridade policial tendo notícia de prova ou de fonte de prova referente a delito diverso do apurado, atribuído ao mesmo suspeito ou a outra pessoa²¹¹. Neste aspecto, Aury Lopes Júnior assevera que deve haver vinculação causal da diligência que resultou na obtenção fortuita da prova com a causa que motivou a diligência, “como forma de evitar-se o substancialismo inquisitório e as investigações genéricas, verdadeiros ‘arrastões’ sem qualquer vinculação com a causa que os originou”²¹².

O posicionamento jurisprudencial se mostra no mesmo sentido. Conforme julgamento do Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* nº 117.113 – Minas Gerais²¹³,

²¹⁰ LIMA, Renato Brasileiro de. **Código de processo penal comentado**. 2.ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 546-547.

²¹¹ TAVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. 12.ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 639-640.

²¹² LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 387.

²¹³ A decisão da Corte Superior no julgamento do Recurso em *Habeas Corpus* nº 117.113 – Minas Gerais, reconheceu a aplicação da Teoria do Encontro Fortuito de Provas. A seguir, a ementa da decisão: “Processual Penal. Recurso Ordinário em *Habeas Corpus*. Tráfico de Drogas e Associação para o Tráfico. Encontro Fortuito de Provas (Serendipidade). Possibilidade. Prisão Preventiva. Garantia da Ordem Pública. Gravidade Concreta da Conduta Delitiva. Pedido de Extensão. Artigo 580 do Código de Processo Penal. Ausência de Similitude Fática entre os Réus. Constrangimento Ilegal Não Caracterizado. Recurso Não Provido. 1. Segundo a teoria do encontro fortuito ou casual de provas (serendipidade), independentemente da ocorrência da identidade de investigados ou réus, consideram-se válidas as provas encontradas casualmente pelos agentes da persecução penal, relativas à infração penal até então desconhecida, por ocasião do cumprimento de medidas de obtenção de prova de outro delito regularmente autorizadas, ainda que inexistam conexão ou continência com o crime supervenientemente encontrado e este não cumpra os requisitos autorizadores da medida probatória, desde que não haja desvio de finalidade na execução do meio de obtenção de prova. 2. Assim, embora, em um primeiro momento, a investigação não tenha sido dirigida ao recorrente, o encontro fortuito de provas, ocorrido em procedimento efetuado com observância da legislação de regência (perícia no celular do corréu), é válido para comprovar seu envolvimento no tráfico de drogas. [...] 7. Recurso não provido.” (BRASÍLIA. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 117.113 – Minas Gerais**. Relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 26 de novembro de 2019).

ocorrido em 26 de novembro de 2019, o Superior Tribunal de Justiça, com base da Teoria do Encontro Fortuito de Provas, reconheceu a admissibilidade de provas de crime praticado pelo acusado, casualmente encontradas durante perícia regularmente realizada em celular de outro investigado, para investigação de crime cometido por aquele indivíduo. Por não haver desvio de finalidade na execução da perícia, a Corte Superior entendeu que o encontro fortuito de provas foi válido para demonstrar o envolvimento do réu em prática criminosa.

Na mesma linha é o entendimento do Supremo Tribunal Federal. Ilustrando a aceitação da Teoria do Encontro Fortuito de Provas, faz-se menção ao julgamento da Corte Suprema quanto à Petição nº 7794 – Paraíba²¹⁴, julgada pela Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, em 30 de outubro de 2018, em que a Corte Suprema assentou o entendimento de que não ocorre nulidade no caso de prova fortuitamente encontrada, desde que tenha sido lícitamente obtida.

Desta forma, a aplicação da Teoria do Encontro Fortuito de Provas, ainda que não positivada na legislação brasileira, se mostra bem aceita pela doutrina e pela jurisprudência. Há, no entanto, a ressalva de que para que a aplicação da referida excludente de ilicitude seja idônea, a diligência que culminou no encontro inesperado da prova deve ser plenamente justificada, cumprindo com todas as exigências de regularidade, para que a prova fortuitamente encontrada fique desvinculada da ilicitude. Não observados os requisitos de regularidade da diligência que resultou na obtenção da prova, esta será entendida como ilícita, não sendo admitida no processo, pois eivada de vício.

²¹⁴ Esta é a ementa da decisão da Corte Suprema quanto à Petição nº 7794 – Paraíba: “Processo Penal e Constitucional. Agravo Regimental. Inquérito Policial. Decisão Judicial. Preclusão Lógica e Consumativa. Não Ocorrência. Natureza Inquisitiva do Procedimento. Precedentes. Nulidade das Provas. Inexistência. Encontro Fortuito de Elementos Probatórios. Possibilidade. Precedentes. Ausência de Demonstração de Prejuízo. Agravo Regimental Improvido. I – Não se opera preclusão lógica e consumativa de decisão judicial no âmbito do inquérito policial, uma vez que este possui natureza inquisitiva, e não litigiosa. II – O encontro fortuito de provas não induz a sua nulidade, desde que lícitamente obtidas. III – A cooperação entre órgãos públicos afigura-se legítima, e até mesmo recomendável, quando há proteção de um mesmo bem jurídico, a lisura no trato da coisa pública. IV – A demonstração de prejuízo, de acordo com o art. 563 do CPP, é essencial à alegação de nulidade, seja ela relativa ou absoluta. V – Agravo regimental a que se nega provimento.”. (BRASÍLIA. Supremo Tribunal Federal. **Petição nº 7794 – Paraíba**. Relator Ministro Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, julgado em 30 de outubro de 2018).

3.4 TEORIA DA PROPORCIONALIDADE OU DO SACRIFÍCIO

Ainda que não se trate de teoria classificada como excludente de ilicitude (como as teorias referidas anteriormente), a Teoria da Proporcionalidade também merece menção, porquanto autorizadora da utilização de prova ilícita no processo penal. Com base nesta teoria, torna-se possível a aceitação de prova manifestamente ilícita no processo penal, quando sua utilização servir para beneficiar o acusado, ainda que represente o sacrifício de direito de menor relevância – fala-se, portanto, em aplicação do Princípio da Proporcionalidade *pro reo*.

A justificativa da flexibilização da vedação constitucional está no fato de que a liberdade de um inocente se sobrepõe à proteção de direito eventualmente sacrificado durante a obtenção da prova^{215/216}. Desta feita, como bem esclarecem Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar, para que se permita a utilização de prova ilícita no processo penal pelo Princípio da Proporcionalidade, é imperioso que se esteja diante de situação de relevante conflito entre direitos fundamentais²¹⁷. Segundo os autores²¹⁸:

O conflito entre bens jurídicos tutelados pelo ordenamento leva o intérprete a dar prevalência àquele bem de maior relevância. Nesta linha, se de um lado está o **jus puniendi** estatal e a legalidade na produção probatória, e o do outro o **status libertatis** do réu, que objetiva demonstrar a inocência, este último bem deve prevalecer, sendo a prova utilizada, mesmo que ilícita, em seu benefício.

Conforme referido por Aury Lopes Júnior, situação típica da aplicação da teoria

²¹⁵ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 398.

²¹⁶ Neste caso, segundo Sergio Demoro Hamilton, seria possível considerar que o sujeito, ao utilizar prova ilícita em defesa de sua liberdade, estaria agindo em estado de necessidade – causa excludente de antijuridicidade (HAMILTON, Sergio Demoro. **As provas ilícitas, a teoria da proporcionalidade e a autofagia do direito**. RDP nº 6, fevereiro-março/2001. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RDP_06_53.pdf> Acesso em: 03/05/2020). Walter Nunes da Silva Júnior, por sua vez, refere que “quando o acusado pratica uma ilegalidade para poder defender-se de modo amplo e efetivamente no processo criminal, verifica-se o fenômeno da exclusão de ilicitude, com base no instituto da legítima defesa, daí porque, em verdade, não há de falar propriamente em prova obtida de forma ilícita.” (SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. **Teoria constitucional do direito processual penal: limitações fundamentais ao exercício do direito de punir no sistema jurídico brasileiro**. 2006. 876 f. Tese (Doutorado). Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Pernambuco. Recife, 2006. Disponível em: <https://attena.ufpe.br/bitstream/123456789/4013/1/arquivo5907_1.pdf> Acesso em: 13/06/2020).

²¹⁷ TAVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. 12.ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 636.

²¹⁸ TAVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. 12.ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 636.

em questão ocorre quando “o réu, injustamente acusado de um delito que não cometeu, viola o direito à intimidade, imagem, inviolabilidade do domicílio, das comunicações etc. de alguém para obter uma prova de sua inocência”²¹⁹. Neste caso, ocorre conflito entre o direito à liberdade daquele injustamente acusado e o direito à intimidade do detentor da prova. Nesta situação, deve prevalecer a liberdade do inocente, o qual se encontra sob a ameaça de uma condenação injusta.

O posicionamento da doutrina quanto à aceitação do Princípio da Proporcionalidade *pro reo* se mostra amplamente majoritário²²⁰. Nas palavras de Aury Lopes Júnior: “Desnecessário argumentar que a condenação de um inocente fere de morte o valor ‘justiça’, pois o princípio supremo é o da proteção dos inocentes no processo penal”²²¹. No mesmo sentido, posiciona-se Fernando Capez²²²:

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

No que concerne ao posicionamento jurisprudencial, o Supremo Tribunal Federal já se mostrou favorável à aplicação do Princípio da Proporcionalidade *pro reo*. No julgamento do *Habeas Corpus* nº 74.678 – São Paulo²²³, de Relatoria do Ministro

²¹⁹ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 398.

²²⁰ Neste sentido, estão Gabriel Silveira de Queirós Campos (CAMPOS, Gabriel Silveira de Queirós. **Provas ilícitas e ponderação de interesses no processo penal**. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 220), Luiz Francisco Torquato Avolio (AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas ilícitas: interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 73), Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco e Antônio Carlos de Araújo Cintra (GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 31. ed. rev. e ampl. São Paulo: PC Editorial Ltda, 2015. p. 431), Guilherme Madeira Dezem (DEZEM, Guilherme Madeira. **Curso de Processo Penal**. 2. ed. em e-book baseada na 2. ed. impressa. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 209), Vicente Greco Filho (GRECO FILHO, Vicente. **Manual de processo penal**. 9. ed. rev. e atual. em e-book. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 285) e Norberto Avena (AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. **Processo penal**. 9. ed. rev. e atual. em e-book. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017. p. 333).

²²¹ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 399.

²²² CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 375.

²²³ Esta é a ementa do julgamento do *Habeas Corpus* nº 74.678 – São Paulo: “*Habeas corpus*. Utilização de gravação de conversa telefônica feita por terceiro com a autorização de um dos interlocutores sem o conhecimento do outro quando há, para essa utilização, excludente da antijuridicidade. Afastada a ilicitude de tal conduta – a de, por legítima defesa, fazer gravar e divulgar conversa telefônica ainda que não haja o conhecimento do terceiro que está praticando crime –, é

Moreira Alves, ocorrido em 10 de junho de 1997, a Primeira Turma admitiu nos autos, em benefício da defesa, gravação de conversa telefônica feita por terceiro, com autorização de um dos interlocutores e sem o conhecimento do outro. Ainda que a gravação tenha, na ocasião, representado violação à intimidade do interlocutor que não autorizou a gravação, a Corte Suprema afastou a ilicitude da prova, aplicando a excludente de antijuridicidade da legítima defesa.

Portanto, a utilização do Princípio da Proporcionalidade *pro reo*, ainda que contrarie preceito constitucional, representa clara obediência à própria finalidade do Direito, prestando-se a permitir o uso de prova ilícita no processo com a finalidade de evitar condenação injusta. Ressalta-se, contudo, que a flexibilização da norma proibitiva *pro societate* não encontra a mesma aplicação.

No entendimento majoritário da doutrina, não se permite a aplicação da ponderação para beneficiar a acusação²²⁴. Isso porque, nas palavras de Alexandre Cebrian Reis e Victor Gonçalves, “não seria lógico que o Estado, a pretexto de distribuir a justiça, permitisse que seus agentes ou que particulares violassem normas jurídicas para garantirem o sucesso do esforço probatório”²²⁵. Ou seja, o Estado não pode valer-se de prática ilícita para promover a persecução penal contra ato ilícito, ainda que sob o pretexto de promover o bem comum.

Quanto às razões pelas quais o Princípio da Proporcionalidade não encontra a mesma aplicação *pro societate* que possui *pro reo*, cumpre trazer o esclarecimento

ela, por via de consequência, lícita e, também consequentemente, essa gravação não pode ser tida como prova ilícita, para invocar-se o artigo 5º, LVI, da Constituição com fundamento em que houve violação da intimidade (art. 5º, X, da Carta Magna). *Habeas corpus* indeferido.” (BRASÍLIA. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 74.678 – São Paulo**. Relator Ministro Moreira Alves, Primeira Turma, julgado em 10 de junho de 1997).

²²⁴ Neste sentido, estão: Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco e Antônio Carlos de Araújo Cintra (GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 31. ed. rev. e ampl. São Paulo: PC Editorial Ltda, 2015. p. 431-432), Renato Brasileiro de Lima (LIMA, Renato Brasileiro de. **Código de processo penal comentado**. 2.ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 510), Alexandre Cebrian Reis e Victor Gonçalves (GONÇALVES, Victor Eduardo Rios; REIS, Alexandre Cebrian Araújo; LENZA, Pedro (Coordenador). **Direito processual penal esquematizado**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 279) e Aury Lopes Júnior (LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 397).

²²⁵ GONÇALVES, Victor Eduardo Rios; REIS, Alexandre Cebrian Araújo; LENZA, Pedro (Coordenador). **Direito processual penal esquematizado**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 269.

de Renato Brasileiro de Lima²²⁶:

Aos olhos do leigo, soa desarrazoado permitir-se a absolvição de um culpado pelo fato de a prova contra ele produzida ter sido obtida por meios ilícitos. Para ele, os fins justificam os meios. Não obstante tal visão (equivocada), em um Estado Democrático de Direito, a descoberta da verdade não pode ser feita a qualquer preço. Mesmo que em prejuízo da apuração da verdade, no prol do ideal maior de um processo justo, condizente com o respeito aos direitos e garantias fundamentais da pessoa humana, não se pode admitir a utilização em um processo de provas obtidas por meios ilícitos.

Como se vê, ainda que o uso de prova ilícita pelo Estado para condenação de um culpado aparente favorecer a sociedade, tal prática, ao fim e ao cabo, representa o desrespeito pelo Estado a direitos e garantias individuais – conduta que, em si, não pode ser entendida como benéfica à sociedade. Aqui, volta-se à ideia de que – como já mencionado no item 2.1.2 do presente estudo –, no processo penal, deve prevalecer a busca pela verdade formal (em detrimento da verdade real, perseguida a qualquer custo), assegurando-se que a produção probatória seja exercida mediante estrita observância aos direitos e garantias individuais. Neste ponto, mostra-se oportuna a ressalva feita por Renato Brasileiro de Lima²²⁷:

A eficiência processual, compreendida como a funcionalidade dos mecanismos processuais tendentes a alcançar a finalidade do processo, que é a apuração dos fatos e das responsabilidades, não pode prescindir do respeito aos direitos e garantias fundamentais, sob pena de deslegitimação do sistema punitivo. Deveras, seria de todo contraditório que, em um processo criminal, destinado à apuração da prática de um ilícito penal, o próprio Estado se valesse de métodos violadores de direitos, comprometendo a legitimidade de todo o sistema punitivo, pois ele mesmo estaria se utilizando do ilícito penal.

Como visto, muito embora a utilização de prova ilícita em benefício da acusação pareça favorecer ao interesse público – no sentido de condenar pessoa sabidamente culpada –, quando analisada mais a fundo, vê-se que a hipótese é claramente contrária ao interesse da sociedade como um todo, pois representa a permissão ao poder público de descumprir a lei conforme seus interesses, o que gera um precedente muito perigoso e ameaçador das garantias dos jurisdicionados²²⁸. Sob esse prisma, importa trazer apontamento de Aury Lopes Júnior²²⁹:

²²⁶ LIMA, Renato Brasileiro de. **Código de processo penal comentado**. 2.ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 532.

²²⁷ LIMA, Renato Brasileiro de. **Código de processo penal comentado**. 2.ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 532-533.

²²⁸ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 397.

²²⁹ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 397.

Para os seguidores dessa corrente, a prova ilícita, em certos casos, tendo em vista a relevância do interesse público e ser preservado e protegido, poderia ser admitida. Abranda a proibição para admitir a prova ilícita, em casos excepcionais e graves, quando a obtenção e a admissão forem consideradas a única forma possível e razoável para proteger a outros valores fundamentais. A intenção é evitar aqueles resultados repugnantes e flagrantemente injustos. No Brasil é adotada com reservas, sobretudo, nas questões de direito de família. Em matéria penal, são raras as decisões que a adotam. O perigo dessa teoria é imenso, na medida em que o próprio conceito de “proporcionalidade” é constantemente manipulado e serve a qualquer senhor. Basta ver a quantidade imensa de decisões e até de juristas que ainda operam no reducionismo binário do *interesse público x interesse privado*, para justificar a restrição de direitos fundamentais (e, no caso, até a condenação) a partir da ‘prevalência’ do interesse público... É um imenso perigo (grave retrocesso) lançar mão desse tipo de conceito jurídico indeterminado e, portanto, manipulável, para impor restrição de direitos fundamentais.

Mesmo aqueles que demonstram simpatia pela corrente que admite a prova ilícita em favor da acusação reconhecem o risco que tal prática representaria às garantias constitucionais. Nesta linha, Fernando Capez, que demonstra concordância com a flexibilização da norma proibitiva *pro societate*, faz a ressalva de que se admitiria a utilização da prova ilícita nesta hipótese desde que demonstrada a prevalência do interesse público na aceitação da prova²³⁰. Contudo o próprio autor destaca que a adoção da sobredita teoria não é aceita pelos Tribunais Superiores Brasileiros²³¹, haja vista o receio de esvaziamento das garantias constitucionais²³².

²³⁰ No mesmo sentido, estão Gabriel Silveira de Queirós Campos (CAMPOS, Gabriel Silveira de Queirós. **Provas ilícitas e ponderação de interesses no processo penal**. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 231-232) e Norberto Avena (AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. **Processo penal**. 9. ed. rev. e atual. em e-book. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017. p. 333).

²³¹ Neste ponto, oportuno ressaltar que, muito embora o posicionamento dominante da doutrina e jurisprudência seja, acertadamente, no sentido da não aplicação do Princípio da Proporcionalidade *pro societate*, há precedente do Supremo Tribunal Federal admitindo, em favor da acusação, prova ilícita obtida mediante clara violação do direito fundamental do réu ao sigilo de correspondência, sob o singelo fundamento de que a administração penitenciária pode, na promoção da segurança pública, disciplina prisional e preservação da ordem jurídica, interceptar correspondência do réu. Esta decisão foi proferida nos autos do *Habeas Corpus* nº 70.814 – São Paulo, de relatoria do Ministro Celso de Mello, julgado pela Primeira Turma, em 01 de março de 1994. A seguir, a ementa da decisão: “*Habeas Corpus*. Estrutura Formal da Sentença e do Acórdão. Observância. Alegação de Interceptação Criminosa de Carta Missiva Remetida por Sentenciado. Utilização de Cópias Xerográficas Não Autenticadas. Pretendida Análise da Prova. Pedido Indeferido. [...] A administração penitenciária, com fundamento em razões de segurança pública, de disciplina prisional ou de preservação da ordem jurídica, pode, sempre excepcionalmente, e desde que respeitada a norma inscrita no art. 41, parágrafo único, da Lei n. 7.210/84, proceder a interceptação da correspondência remetida pelos sentenciados, eis que a cláusula tutelar da inviolabilidade do sigilo epistolar não pode constituir instrumento de salvaguarda de práticas ilícitas. [...]” (BRASÍLIA, Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 70.814 – São Paulo**. Ministro Relator Celso de Mello, Primeira Turma, julgado em 01 de março de 1994).

²³² CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 375.

Nas palavras do autor²³³:

No que tange ao princípio da proporcionalidade *pro societate*, consistente na admissibilidade das provas ilícitas, quando demonstrada a prevalência do interesse público na persecução penal, a tendência atual da jurisprudência dos Tribunais Superiores é a da sua não adoção. De acordo com esse entendimento, a não admissão de mecanismos de flexibilização das garantias constitucionais tem o objetivo de preservar o núcleo irredutível de direitos individuais inerentes ao devido processo legal, mantendo a atuação do poder público dentro dos limites legais. As medidas excepcionais de constrição de direitos não podem, assim, ser transformadas em práticas comuns de investigação.

Eugênio Pacelli também se apresenta favorável à aplicação excepcional do Princípio da Proporcionalidade *pro societate*. Entretanto, o autor defende que a flexibilização da norma proibitiva em favor da acusação não pode se dar de forma indiscriminada, restringindo a admissibilidade de provas ilícitas em favor da acusação somente em caso de extrema gravidade e em situações em que a produção da prova ilícita não parta do Estado²³⁴:

[...] voltando à questão do aproveitamento da prova ilícita em favor da acusação, diríamos que o critério de proporcionalidade poderá validamente ser utilizado, nas hipóteses em que não estiver em risco a *aplicabilidade potencial e finalística* da norma da inadmissibilidade. Por *aplicabilidade potencial e finalística* estamos nos referindo à função de controle da atividade estatal (responsável pela produção da prova) que desempenha a norma do art. 5º, LVI, da CF. Assim, quando não se puder falar no incremento ou no estímulo da prática de ilegalidade pelos agentes produtores da prova, pensamos ser possível, em tese, a aplicação da regra da proporcionalidade.

Como exemplo de situação em que caberia a aplicação do Princípio da Proporcionalidade *pro societate*, Eugênio Pacelli sugere caso de crime de natureza sexual contra menores, em que a prova obtida com violação a direitos e garantias individuais do acusado tenha sido produzida por uma das vítimas, sem intervenção ou participação do Estado na produção da prova²³⁵. Na visão do autor, não sendo

²³³ CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 375.

²³⁴ PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**. 21. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017. p. 197.

²³⁵ PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**. 21. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017. p. 197-198. Nas palavras do autor: “Ora, se a mais relevante função desempenhada pela garantia da inadmissibilidade da prova ilícita, para além de sua dimensão ética, é servir como fator inibitório e intimidatório de práticas ilegais por parte dos órgãos responsáveis pela produção da prova, constata-se que, em nenhum momento, tal missão foi cumprida. Ou, mais ainda, em nenhum momento, colocou-se em risco o incremento das atividades policiais abusivas. E assim nos parece porque quem *produziu a prova* não foi o Estado, e, sim, um particular, que, à evidência, não se dedica a essa função (a de produtor de provas para o processo penal). Pior: um dos autores da subtração da prova era uma das vítimas. Constata-se, com efeito, que o Estado não agiu com qualquer abuso de poder, ou com incentivo à ação abusiva por parte do menor, ao receber a prova de um fato praticado com violação ao direito”. (PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**. 21. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017. p. 197-198).

constatado abuso de poder pelo Estado, ou incentivo deste à ação abusiva por parte do particular que obteve a prova, não há razão para não se utilizar tal prova para condenar o acusado sabidamente culpado²³⁶.

Ainda que plenamente justificado, o posicionamento de Eugênio Pacelli não encontra respaldo doutrinário ou jurisprudencial. Como bem refere Renato Brasileiro de Lima, a admissibilidade da prova ilícita *pro societate*, nos moldes atualmente aplicados em favor da defesa, conferiria ao Estado legitimidade ampla e irrestrita para violar direitos fundamentais, tornando letra morta o preceito constitucional que prevê a inadmissibilidade das provas ilícitas²³⁷.

Neste contexto, traz-se, ainda, a reflexão proposta por Filipe Coutinho Silveira acerca da atual relativização dos direitos e garantias individuais ante a decretação da pandemia de covid-19 (Decreto Legislativo nº 06, de 20 de março de 2020). Com o reconhecimento do estado de calamidade pública, promoveram-se medidas coercitivas de isolamento e quarentena. Segundo refere o autor, pela situação excepcional de calamidade, o Estado passou a adotar medidas emergenciais para a contenção da pandemia, dentre as quais está o monitoramento eletrônico de celulares (com o fornecimento de dados pelas operadoras nacionais de telecomunicações) – sem o consentimento dos respectivos titulares das linhas telefônicas e sem autorização judicial – como forma de identificar aglomerações e punir aqueles que desrespeitarem as medidas de segurança. Vê-se, na hipótese, afronta ao direito à intimidade e ao sigilo de comunicações, indicativos de ilicitude na obtenção dos dados pelo Estado²³⁸.

²³⁶ PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**. 21. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017. p. 198.

²³⁷ LIMA, Renato Brasileiro de. **Código de processo penal comentado**. 2.ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 510.

²³⁸ SILVEIRA, Filipe Coutinho. Coronavírus, monitoramento eletrônico e prova criminal. **Revista Consultor Jurídico**, abril/2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-abr-24/filipe-silveira-monitoramento-eletronico-prova-criminal>> Acesso em: 03/05/2020. Nas palavras do autor: “Ainda que se insista no argumento de ser a única medida administrativa eficaz para controle e mitigação da propagação da Covid-19, surgirá, inexoravelmente, o debate sobre a validade da utilização dos dados interceptados como elemento de prova apto a produzir condenações criminais, especialmente dos crimes mencionados na Portaria Interministerial n. 05 de 17/3/2020, notadamente a infração de medida sanitária preventiva e a desobediência (CP, artigos 268 e 330, respectivamente).” (SILVEIRA, Filipe Coutinho. Coronavírus, monitoramento eletrônico e prova criminal. **Revista Consultor Jurídico**, abril/2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-abr-24/filipe-silveira-monitoramento-eletronico-prova-criminal>> Acesso em: 03/05/2020).

O fato é que, ao criar precedente autorizando o uso de prova ilícita pelo Estado em razão do interesse público, estar-se-á, ao fim e ao cabo, convalidando todas as provas ilícitas, visto que, quando não em benefício do réu, se darão em prol do interesse público²³⁹. Portanto, em atenção às diretrizes inerentes ao Estado Democrático de Direito e à necessidade de contenção do ente público por meio das restrições constitucionais e infraconstitucionais, não se mostra adequado promover a flexibilização das garantias constitucionais conferidas aos jurisdicionados, em prol do exercício da atividade probatória pelo Estado.

²³⁹ LIMA, Renato Brasileiro de. **Código de processo penal comentado**. 2.ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 510.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Do estudo realizado acerca das circunstâncias permissivas de provas derivadas de ilícitas no processo penal, extraem-se, ao final, as seguintes considerações:

Primeira: A prova presta-se a reconstruir, no processo, os fatos que deram causa à persecução penal, influenciando diretamente no convencimento do julgador, visto que, nela, se fundamentará o comando sentencial. Desta forma, a produção probatória deve observar rigorosamente as diretrizes constitucionais e infraconstitucionais relacionadas ao tema, sob pena de estar-se diante de prova ilícita.

Segunda: Elementos de informação produzidos durante a fase investigativa (pré-processual, portanto) não são entendidos como provas, pois produzidos de forma inquisitorial. A constituição de uma prova pressupõe sua confirmação em juízo à luz do contraditório e da ampla defesa.

Terceira: A verdade que deve ser reconstruída no processo por meio das provas deve ser a verdade formal, ou seja, aquela produzida em observância às limitações formuladas pelas regras de produção probatória. A ideia de que o processo penal é pautado pelo princípio da verdade material deve ser superada, prevalecendo a busca pela verdade processual/formal, como forma de garantir que a produção probatória não implique violação a direitos juridicamente tutelados.

Quarta: Apesar do Princípio da Liberdade da Prova conferir às partes ampla liberdade probatória, concluiu-se que esta liberdade não é absoluta, visto que a admissibilidade dos meios de prova é condicionada aos óbices constitucionais e infraconstitucionais.

Quinta: Com base no Sistema da Persuasão Racional, o julgador tem liberdade para formar sua convicção a partir das provas carreadas aos autos, valorando a prova de acordo com um padrão comum de conhecimento. Contudo, a decisão judicial deve ser obrigatoriamente fundamentada, sob pena de nulidade.

Sexta: Para que se possa garantir a licitude e autenticidade das evidências e provas obtidas durante a investigação e persecução penal, é necessária a higidez da cadeia de custódia da prova, cuja manutenção deverá observar as novas diretrizes

incluídas no Código de Processo Penal pela Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019 (“Pacote Anticrime”).

Sétima: O Princípio da Inadmissibilidade de Provas Ilícitas, que foi inserido no ordenamento jurídico brasileiro por meio da adoção da teoria norte-americana conhecida como *exclusionary rule*, está previsto no artigo 5º, inciso LVI, da Constituição Federal, bem como no artigo 157, *caput*, do Código de Processo Penal. Segundo este princípio, não se admitem provas obtidas por meios ilícitos. Neste contexto, embora o constituinte não conceitue prova ilícita, o legislador processual penal assim o fez, referindo como ilícitas as provas obtidas em violação a normas constitucionais ou legais.

Oitava: Provas ilícitas, por uma construção doutrinária, distinguem-se de provas ilegítimas. Enquanto estas são obtidas mediante violação a normas de direito processual, aquelas são obtidas a partir de ofensa a normas de direito constitucional e/ou material. Segundo entendimento doutrinário majoritário, as provas ilegítimas admitem a possibilidade de validação do ato ou sua repetição, o que não ocorre com as provas ilícitas, as quais são irrepetíveis e imprestáveis, devendo ser desentranhadas dos autos.

Nona: Por meio de alterações promovidas no Código de Processo Penal pela Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019 (“Pacote Anticrime”) – regramento que inseriu o § 5º no artigo 157 da legislação processual penal –, positivou-se o impedimento do julgador que tenha tido contato com prova ilícita, haja vista o comprometimento de sua imparcialidade. Contudo, o Supremo Tribunal Federal suspendeu a eficácia da nova disposição legal, utilizando-se do argumento de que essa nova forma de impedimento representaria ofensa aos princípios da legalidade, do juiz natural e da razoabilidade.

Décima: Pela Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada (*fruits of the poisoned tree*) – também de construção jurisprudencial norte-americana – introduziu-se, no direito processual penal brasileiro, o conceito de ilicitude por derivação, segundo o qual se entende que uma prova, ainda que aparentemente lícita, apresentar-se-á ilícita por derivação, caso tenha relação com prova ilícita originária. Nesta hipótese, a prova

derivada será igualmente inadmitida no processo, conforme regra contida no artigo 157, § 1º, do Código de Processo Penal.

Décima primeira: Ao positivar a ilicitude por derivação, o legislador infraconstitucional tratou de prever, na parte final do § 1º do artigo 157 do Código de Processo Penal, exceções à vedação existente quanto à prova derivada de ilícita, determinando que, quando não evidenciado nexo de causalidade entre a derivada e a ilícita originária (aqui se entende, portanto, que não haverá derivação), ou quando a derivada puder ser obtida por uma fonte independente da prova ilícita (teoria da fonte independente), a vedação existente quanto à prova ilícita originária não alcançará a prova derivada, de modo que esta será admitida no processo.

Décima segunda: Por meio do § 2º do artigo 157 do Código de Processo Penal, o legislador conceituou como fonte independente, aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova. Assim surgiu uma segunda exceção à vedação às provas derivadas de provas ilícitas, a Teoria da Descoberta Inevitável.

Décima terceira: A forma vaga e genérica utilizada pelo legislador processual penal para prever as exceções à inadmissibilidade de provas derivadas de ilícitas, tornou a aplicação da norma demasiadamente complexa. O não estabelecimento de diretrizes específicas para a aplicação das excludentes – a exemplo da falta de critérios objetivos para a aferição dos passos futuros de uma investigação e/ou instrução criminal – deu ensejo a um acentuado risco de esvaziamento da vedação ao uso de provas ilícitas, deixando a cargo da doutrina e jurisprudência o estabelecimento dos requisitos para aplicação das teorias excludentes de ilicitude da prova derivada de ilícita.

Décima quarta: No que concerne à Teoria da Fonte Independente, doutrina e jurisprudência majoritárias entendem que, havendo fonte independente, não há derivação, inexistindo, portanto, contaminação desta prova pela prova ilícita. Desta forma, havendo fonte independente, não se estaria diante de uma excludente de ilicitude da prova derivada, mas sim de uma situação de ausência de nexo causal entre uma prova e outra, e, por conseguinte, de hipótese de ausência de ilicitude. Há, contudo, corrente minoritária no sentido de que há derivação, mas o nexo causal entre

a prova derivada e a ilícita originária é atenuado pela fonte independente. Ainda que a Teoria da Fonte Independente seja fortemente criticada pela doutrina, verificou-se que esta teoria vem sendo amplamente aplicada nos Tribunais Superiores.

Décima quinta: Quanto à Teoria da Descoberta Inevitável – diferentemente do que ocorre com a Teoria da Fonte Independente – verificou-se que doutrina e jurisprudência entendem que existe derivação. Entretanto, a certeza de que a prova seria inevitavelmente descoberta faz com que, ao menos em tese, a prova seja admitida no processo, mesmo permanecendo seu vínculo com prova ilícita originária.

Décima sexta: No intuito de prevenir o esvaziamento do Princípio da Contaminação, há entendimento doutrinário e jurisprudencial no sentido de que, para que haja a incidência da excludente da descoberta inevitável sobre uma dada prova derivada, é necessário que todos os procedimentos válidos (portanto, não relacionados à prova ilícita originária) que resultariam na descoberta da prova ilícita por derivação já tenham sido iniciados quando da produção da prova a partir da ilícita originária. Esta aferição deve ocorrer com base em elementos concretos extraídos dos autos do inquérito ou do processo, não sendo válidas para a aplicação da teoria meras suposições. Ainda assim, a referida teoria mostra-se bastante frágil, constituindo-se uma ameaça à vedação ao uso de provas ilícitas e uma afronta aos pilares do Estado Democrático de Direito.

Décima sétima: Não obstante inexistir expressa positivação no ordenamento jurídico brasileiro, construiu-se, na doutrina majoritária, uma terceira exceção à vedação às provas derivadas de ilícitas, a Teoria do Nexo Causal Atenuado. Segundo essa teoria, se o nexos causal entre a prova derivada e a prova ilícita originária for atenuado a tal ponto que torne demasiadamente frágil o vínculo entre uma prova e outra, considera-se afastada a ilicitude da prova derivada, admitindo-a no processo. Segundo critérios estabelecidos pela doutrina, a atenuação do nexos causal pode ocorrer em decorrência do transcurso de longo período de tempo entre a produção de uma prova e outra, em razão de circunstância superveniente, pela menor relevância da ilicitude, ou, ainda, pela disposição do investigado em contribuir com a investigação. Contudo, verificou-se que a aplicação desta teoria tem se dado de forma bastante tímida pelos Tribunais Superiores.

Décima oitava: Observou-se a existência uma quarta teoria excludente de ilicitude da prova derivada, a Teoria do Encontro Fortuito de Provas, igualmente oriunda de construção doutrinária e jurisprudencial. Segundo a referida excludente, não se entende ilícita a prova obtida inesperadamente durante investigação regular de crime diverso daquele ao qual se relaciona a prova fortuitamente encontrada. Todavia, não deve haver nenhuma irregularidade na realização da diligência da qual resultou a descoberta da prova. Do contrário, ela será ilícita, não sendo abrangida pela referida excludente.

Décima nona: Segundo doutrina amplamente majoritária, permite-se, com base da Teoria da Proporcionalidade ou do Sacrifício, a utilização de prova ilícita em benefício da defesa, ainda que sua utilização represente o sacrifício de direito alheio de menor relevância. É caso, pois, de aplicação do Princípio da Proporcionalidade *pro reo*. Concluiu-se que a aceitação decorre do entendimento de que a liberdade de um inocente injustamente acusado deve prevalecer, ainda que a prova de sua inocência seja obtida mediante ofensa a normas de direito constitucional ou legal.

Vigésima: Conforme doutrina majoritária, o Princípio da Proporcionalidade não comporta aplicação *pro societate*, uma vez que tal hipótese representaria um aval ao Estado para que agisse em claro descumprimento à lei – o que jamais deverá ser tolerado pela sociedade, ainda que pareça que o ente público, assim agindo, estaria em defesa do interesse social. As regras de inadmissibilidade das provas ilícitas devem ser estritamente observadas pelo ente público, servindo como limitação ao poder punitivo do Estado.

REFERÊNCIAS

- AMARAL, Maria Edurda Azambuja. A prova pericial contábil: uma análise acerca da importância da cadeia de custódia. In: BERTONI, Felipe Faoro; AMARAL, Maria Eduarda Azambuja (Organizadores). **Economia e criminalidade: duas faces da mesma moeda**. Porto Alegre: Canal Ciências Criminais, p. 164-177, 2019.
- ANDRADE, Mauro Fonseca. Teoria da gestão da prova: um confronto consigo mesma. **Revista Ibero-Americana de Ciências Penais**, p. 141-200, 2015. Disponível em <<http://paginasdeprocessopenal.com.br>> Acesso em: 03/06/2018.
- ANJOS, Eduardo Pereira dos. O juiz fragmentado e o impacto no sistema de justiça penal. **Revista Consultor Jurídico**, abril/2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-abr-21/tribuna-defensoria-juiz-fragmentado-impacto-sistema-justica-penal#sdfootnote12sym>> Acesso em: 03/05/2020.
- ANJOS, Eduardo Pereira dos. **Precarização da valoração da prova no processo penal**: uma triste constatação prática. Disponível em: <<https://emporiadodireito.com.br/leitura/precarizacao-da-valoracao-da-prova-no-processo-penal-uma-triste-constatacao-pratica>> Acesso em: 03/05/2020.
- ARAÚJO, Fábio Roque. **O princípio da proporcionalidade referido ao legislador penal**. Salvador: Faculdade Baiana de Direito, 2011.
- AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. **Processo penal**. 9. ed. rev. e atual. em e-book. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017.
- AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas ilícitas**: interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.
- BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.
- BAIN, Jeffrey M; KELLY, Michael K. **Fruit of the poisonous tree: recent developments as viewed through its exceptions**, 31 U. Miami L. rev. 615, 1977. Disponível em: <<http://repository.law.miami.edu/umlr/vol31/iss3/5>> Acesso em: 18/04/2020.
- BARBOSA, José Olindo Gil. **As provas ilícitas no processo brasileiro**. Disponível em: <<http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/AS%20PROVAS%20IL%CD CITAS.pdf>> Acesso em: 03/05/2020.
- BERTONI, Felipe Faoro; AVILA, Bruna Virginia Mingatto de. O ovo grudou na frigideira: considerações sobre o direito penal nas relações de consumo. In: BERTONI, Felipe Faoro; AMARAL, Maria Eduarda Azambuja (Organizadores). **Economia e criminalidade: duas faces da mesma moeda**. Porto Alegre: Canal Ciências Criminais, p. 37-48, 2019.

BRASÍLIA. Superior Tribunal de Justiça. **Ação Penal nº 856 – Distrito Federal**. Relatora Ministra Nancy Andrichi, Corte Especial, julgado em 18 de outubro de 2017.

BRASÍLIA. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental do Agravo em Recurso Especial nº 12.700 – Acre**. Desembargador Relator Ministro Walter de Almeida Guilherme (Desembargador Convocado do Tribunal de Justiça de São Paulo), Quinta Turma. Brasília, julgado em 10 de março de 2015.

BRASÍLIA. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Habeas Corpus nº 156157 – Paraná**. Relator Ministro Alexandre de Moraes, Primeira Turma, julgado em 19 de novembro de 2018.

BRASÍLIA. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.573.910 – São Paulo**. Desembargador Relator Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 22 de março de 2018.

BRASÍLIA. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 436603 – Santa Catarina**. Relatora Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 03 de dezembro de 2019.

BRASÍLIA. Superior Tribunal de Justiça. **Jurisprudência em Teses – N. 111. Provas no Processo Penal – II**. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/internet_docs/jurisprudencia/jurisprudenciaemteses/Jurisprud%C3%Aancia%20em%20teses%20111%20-%20Provas%20no%20Processo%20Penal%20-%20II.pdf> Acesso em: 08/06/2020.

BRASÍLIA. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.630.097 – Rio de Janeiro**. Desembargador Relator Ministro Joel Ilan Paciornik, Presidente Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 18 de abril de 2017.

BRASÍLIA. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 117.113 – Minas Gerais**. Relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 26 de novembro de 2019.

BRASÍLIA. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 120.726 – São Paulo**. Relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 18 de fevereiro de 2020.

BRASÍLIA, Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 70.814 – São Paulo**. Ministro Relator Celso de Mello, Primeira Turma, julgado em 01 de março de 1994

BRASÍLIA. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 73.351-4 – São Paulo**. Desembargador Relator Ministro Ilmar Galvão, Presidente Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, julgado em 09 de maio de 1996.

BRASÍLIA. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 74.678 – São Paulo**. Relator Ministro Moreira Alves, Primeira Turma, julgado em 10 de junho de 1997

BRASÍLIA. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 91867 – Pará**. Relator Ministro Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 24 de abril de 2012.

BRASÍLIA. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305 – Distrito Federal**. Relator Ministro Luiz Fux, julgado em 22 de janeiro de 2020.

BRASÍLIA. Supremo Tribunal Federal. **Petição nº 7794 – Paraíba**. Relator Ministro Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, julgado em 30 de outubro de 2018.

BRASÍLIA. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário com Repercussão Geral nº 1.116.949 – Paraná**. Relator Ministro Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 25 de abril de 2019.

BRASÍLIA. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 135.683 – Goiás**. Relator Ministro Dias Toffoli, Segunda Turma, julgado em 25 de outubro de 2016.

BRESSAN, Adilson José. **Provas ilícitas por derivação**: a (in)aplicabilidade, no processo penal brasileiro, das teorias norte-americanas que atenuam a doutrina dos frutos da árvore envenenada. Disponível em: <<https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/44992/provas-ilicitas-por-derivacao-a-in-aplicabilidade-no-processo-penal-brasileiro-das-teorias-norte-americanas-que-atenuam-a-doutrina-dos-frutos-da-arvore-envenenada>> Acesso em: 10/05/2020.

BRIDI, Carolina Neris; COLAÇO, Marcelo Ricardo; KUSS, Jean Carlos; SANCHES, Claudio; DE ALMEIDA, Malena Cordeiro. Provas ilícitas e sua utilização no processo penal com base no princípio da proporcionalidade. **Revista Extensão em Foco**. v. 4, n. 1, p. 109-120, 2016. Disponível em: <<http://periodicos.uniarp.edu.br/index.php/extensao/article/view/1151/600>> Acesso em: 03/05/2020.

CALLEGARI, André Luís; WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. **Sistema penal e política criminal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

CAMPOS, Gabriel Silveira de Queirós. **Provas ilícitas e ponderação de interesses no processo penal**. Salvador: JusPodivm, 2015.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

CASTILHOS, Aline Pires de Souza Machado de; POLL, Roberta Eggert. **Ciências criminais**: temas controvertidos na realidade prática brasileira. 1ª ed. Florianópolis: Habitus, 2018.

CORRÊA, Leonardo. Juiz das garantias pode gerar dificuldades, mas preserva democracia. **Revista Consultor Jurídico**. Fevereiro/2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-fev-04/leonardo-correa-juiz-garantias-gera-atritos-preserva-democracia>> Acesso em: 03/05/2020.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. As reformas parciais do CPP e a gestão da prova: segue o princípio inquisitivo. **Boletim do IBCCRIM - Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**. n. 188, julho/2008.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O sistema acusatório: cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. **Senado: Revista de Informação Legislativa**. Brasília, a. 46, n. 183, p. 103-115, julho-setembro/2009. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/194935/000871254.pdf>> Acesso em: 01/06/2018.

DEZEM, Guilherme Madeira. **Curso de Processo Penal**. 2. ed. em e-book baseada na 2. ed. impressa. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

DI GESU, Cristina. **Prova penal e falsas memórias**. 2. ed. ampl. e rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.

EBERHARDT, Marcos. **O STJ e a preservação da cadeia de custódia da prova**. Disponível em: <<https://canalcienciascriminais.jusbrasil.com.br/artigos/198219283/o-stj-e-a-preservacao-da-cadeia-de-custodia-da-prova>> Acesso em: 10/05/2020.

FELIX, Yuri. Fiabilidade da prova e a cadeia de custódia: um imperativo democrático. **Boletim do IBCCRIM - Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, n. 299, outubro, 2017.

GOMES, Luiz Flávio. **Provas ilícitas e ilegítimas: distinções fundamentais**. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/noticias/1972597/>> Acesso em: 10/05/2020.

GOMES, Luiz Flávio. **Prova ilícita, juiz contaminado e o direito penal do inimigo**. Disponível em: <<https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/67891/prova-ilicita-juiz-contaminado-e-o-direito-penal-do-inimigo-luiz-flavio-gomes>> Acesso em: 10/05/2020.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios; REIS, Alexandre Cebrian Araújo; LENZA, Pedro (Coordenador). **Direito processual penal esquematizado**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

GRECO FILHO, Vicente. **Manual de processo penal**. 9. ed. rev. e atual. em e-book. São Paulo: Saraiva, 2012.

GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 31. ed. rev. e ampl. São Paulo: PC Editorial Ltda, 2015.

HAMILTON, Sergio Demoro. **As provas ilícitas, a teoria da proporcionalidade e a autofagia do direito**. RDP nº 6, fevereiro-março/2001. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RDP_06_53.pdf> Acesso em: 03/05/2020.

KHALED JÚNIOR, Salah Hassan. O sistema processual penal brasileiro: acusatório, misto ou inquisitório? **Civitas: Revista de Ciências Sociais**. Porto Alegre, v. 10, n. 2, p. 293-308, maio-agosto/2010. Disponível em: <www.redalyc.org/html/742/74221650008/> Acesso em: 04/06/2018.

LACHI, Rômulo. Exceções à inadmissibilidade das provas ilícitas no processo penal brasileiro. **Revista Jurídica Unigran**. Dourados, MS. v. 11, n. 22, julho-dezembro/2009. Disponível em: <https://www.unigran.br/dourados/revista_juridica/ed_anteriores/22/artigos/artigo07.pdf> Acesso em: 03/05/2020.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Código de processo penal comentado**. 2.ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017.

LIMA, Camile Eltz de. Sessões virtuais na pandemia da covid-19: achatamento do direito de defesa? **Revista Consultor Jurídico**, abril/2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-abr-27/camile-lima-sessoes-virtuais-pandemia-achatamento-direito-defesa>> Acesso em: 10/05/2020.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

LOPES JÚNIOR; Aury; ROSA, Alexandre Moraes da. A importância da cadeia de custódia para preservar a prova penal. **Revista Consultor Jurídico**, janeiro/2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-jan-16/limite-penal-importancia-cadeia-custodia-prova-penal>> Acesso em: 09/05/2020.

LOPES JÚNIOR, Aury; ROSA, Alexandre Moraes da; SILVA, Philipe Benoni Melo e. Quando o árbitro de vídeo falha: a copa e o processo penal. **Revista Consultor Jurídico**, junho/2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-jun-22/limite-penal-quando-arbitro-video-falha-copa-processo-penal#author>> Acesso em: 09/05/2020.

LOPES JÚNIOR, Aury; ROSA, Alexandre Moraes da. Entenda o impacto do juiz das garantias no processo penal. **Revista Consultor Jurídico**, dezembro/2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-dez-27/limite-penal-entenda-impacto-juiz-garantias-processo-penal>> Acesso em: 09/05/2020.

LOPES JÚNIOR, Aury. (Re)pensando os sistemas processuais em democracia: a estafa do tradicional problema inquisitório x acusatório. **Boletim do IBCCRIM - Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, n. 251, outubro/2013.

LOPES JÚNIOR; Aury; ROSA, Alexandre Moraes da. Sobre o uso do *standard* probatório no processo penal. **Revista Consultor Jurídico**, julho/2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-jul-26/limite-penal-uso-standard-probatorio-processo-penal>> Acesso em: 03/05/2020.

LOPES, Marcos Vinícius Pimenta. Uma releitura do direito ao confronto no processo penal brasileiro. **Boletim do IBCCRIM - Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**. n. 283, junho/2016.

LORA, Deise Helena. Sistemas jurídico-penais contemporâneos: a verdade como “revelação” no processo penal. Da gênese inquisitorial ao arbítrio do sistema misto. **Sistema Penal & Violência: Revista Eletrônica da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul**, v. 7, n. 2, p. 237-248, julho-dezembro/2015. Disponível em: <<http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/sistemapenaleviolencia/article/view/21086/13932>> Acesso em: 01/06/2018.

MACHADO, Leonardo Marcondes. Juiz das garantias: a nova gramática da justiça criminal brasileira. **Revista Consultor Jurídico**, janeiro/2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-jan-21/academia-policia-juiz-garantias-gramatica-justica-criminal>> Acesso em: 03/05/2020.

MACHADO, Leonardo Marcondes. Pacote anticrime: cadeia de custódia da prova penal. **Revista Consultor Jurídico**, dezembro/2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-dez-24/academia-policia-pacote-anticrime-cadeia-custodia-prova-penal>> Acesso em: 09/05/2020.

MACHADO, Nara Borgo Cypriano. **O princípio do *nemo tenetur se detegere* e a prova no processo penal**. Disponível em: <<http://fdc.br/Arquivos/Revista/37/01.pdf>> Acesso em: 03/05/2020.

MACIEL FILHO, Euro Bento. **Pacote anticrime e a nova causa de impedimento imposta ao magistrado**. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/318720/pacote-anticrime-e-a-nova-causa-de-impedimento-imposta-ao-magistrado>> Acesso em: 19/04/2020.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**. 16. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 14. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

OLIVEIRA, Adriana Almeida de. O que significa dizer que a prova ilícita é inadmissível? **R. Fórum de Ci. Crim. – RFCC**. Belo Horizonte, ano 3, n. 6, p. 145-173, julho-dezembro/2016. Disponível em: <<https://www.editoraforum.com.br/wp-content/uploads/2017/01/prova-ilicita.pdf>> Acesso em: 10/05/2020.

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

PRADO, Geraldo. **Prova penal e sistema de controles epistêmicos: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos**. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons Editora do Brasil Ltda, 2014. Disponível em: <http://www.marcialpons.com.br/wp-content/uploads/2016/05/L-32_tira-gosto_Prova-penal-e-sistema-de-controles-epistemicos-Geraldo-Prado.pdf> Acesso em: 03/05/2020.

QUEIJO, Maria Elizabeth, O tratamento da prova ilícita na reforma processual penal. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, ano 16, n. 188, p. 18-19, julho/2008.

RIBEIRO, Diego Diniz. Teoria dos frutos da árvore envenenada e descoberta inevitável no CARF. **Revista Consultor Jurídico**, janeiro/2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-jan-22/direto-carf-teorias-frutos-arvore-envenenada-descoberta-inevitavel>> Acesso em: 03/05/2020.

RIEGER, Renata Jardim da Cunha; AVILA, Bruna Virginia Mingatto de. Breves reflexões sobre a prova ilícita na atual jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. **Revista Síntese Direito Penal e Processual Penal**. v. 19, p. 111-117, dezembro-janeiro/2020.

RIEGER, Renata Jardim da Cunha; AVILA, Bruna Virginia Mingatto de. Breves reflexões sobre o regramento da custódia da prova. **Revista Síntese Direito Penal e Processual Penal**. v. 19, n. 120, p. 09-17, fevereiro-março/2020.

RITTER, Ruiz. Os poderes instrutórios do juiz no processo penal. **Artigos Jurídicos e Direito em Debate: Revista Eletrônica AJDD**, a. 7, n. 12, 3 p. 1-22, 2017. Disponível em <http://reajdd.com.br/artigos/Revista_Ano_VII_n12/3-RUIZ-MESTRE-ESTADUAL.pdf> Acesso em: 01/06/2018.

ROMANO, Rogério Tadeu. A presunção de inocência e a segurança jurídica. **Revista Síntese Direito Penal e Processual Penal**. v.19, p. 76-82, dezembro-janeiro/2020.

ROSA, Alexandre Moraes da. Teoria da perda de uma chance probatória pode ser aplicada ao processo penal. **Revista Consultor Jurídico**, junho/2014. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2014-jun-20/teoria-perda-chance-probatoria-aplicada-processo-penal>> Acesso em: 09/05/2020.

SAAD, Marta. Lei 11.690/2008 e as provas ilícitas por derivação. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, ano 16, n. 188, p. 16, julho/2008.

SCHEID, Carlos Eduardo. **A motivação das decisões penais a partir da teoria garantista**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

SEVERO, Maria Alice dos Santos. **Quebra da cadeia de custódia na operação ouro verde**: a preservação das fontes de prova penal e sua confiabilidade. Disponível em: <http://www.pucrs.br/wp-content/uploads/sites/11/2018/09/maria_severo.pdf> Acesso em: 09/05/2020.

SICORA, Karol; PINHEIRO, Rafael Camparra; RIEGER, Renata Jardim da Cunha. Reformas processuais penais em debate: a disciplina da atividade probatória e o ideal político da Lei n. 11.690/2008. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XII, n. 70, novembro/2009. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6833> Acesso em: 04/06/2018.

SILVA, César Dario Mariano da. A ilicitude probatória no caso das mensagens hackeadas. **Revista Consultor Jurídico**, agosto/2019. Disponível em:

<<https://www.conjur.com.br/2019-ago-13/cesar-dario-ilicitude-probatoria-mensagens-hackeadas>> Acesso em: 03/05/2020.

SILVA, César Dario Mariano da. A relatividade das provas ilícitas e processualmente ilegítimas. **Revista Consultor Jurídico**. Novembro/2008. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2008-nov-29/proibicao_prova_ilegal_nao_absoluta?pagina=3> Acesso em: 17/05/2020.

SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. **Teoria constitucional do direito processual penal**: limitações fundamentais ao exercício do direito de punir no sistema jurídico brasileiro. 2006. 876 f. Tese (Doutorado). Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Pernambuco. Recife, 2006. Disponível em: <https://attena.ufpe.br/bitstream/123456789/4013/1/arquivo5907_1.pdf> Acesso em: 13/06/2020.

SILVEIRA, Filipe Coutinho. Coronavírus, monitoramento eletrônico e prova criminal. **Revista Consultor Jurídico**, abril/2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-abr-24/filipe-silveira-monitoramento-eletronico-prova-criminal>> Acesso em: 03/05/2020.

STRECK, Lênio Luiz. A tese da fonte independente e o CARF: o que é descoberta inevitável? **Revista Consultor Jurídico**, julho/2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-jul-25/tese-fonte-independente-carf-descoberta-inevitavel#_ftn2> Acesso em: 03/05/2020.

STRECK, Lênio Luiz. Juiz das garantias: do neoconstitucionalismo ao neo-inconstitucionalismo. **Revista Consultor Jurídico**, janeiro/2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-jan-02/senso-incomum-juiz-garantias-chegamos-neo-inconstitucionalismo>> Acesso em: 03/05/2020.

TAVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. 12.ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017.

FACULDADE DOM BOSCO DE PORTO ALEGRE
CURSO DE DIREITO

BRUNA VIRGINIA MINGATTO DE ÁVILA

**AS CIRCUNSTÂNCIAS PERMISSIVAS DO USO DE PROVAS DERIVADAS DE
ILÍCITAS NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO**

Porto Alegre
2018

BRUNA VIRGINIA MINGATTO DE ÁVILA

**AS CIRCUNSTÂNCIAS PERMISSIVAS DO USO DE PROVAS DERIVADAS DE
ILÍCITAS NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO**

Projeto de pesquisa apresentado como requisito à aprovação da acadêmica na disciplina Trabalho de Conclusão de Curso I do Curso de Direito da Faculdade Dom Bosco de Porto Alegre.

Professora Orientadora: Prof^a. Me. Renata Jardim da Cunha Rieger.

Porto Alegre

2018

SUMÁRIO

1	DADOS DE IDENTIFICAÇÃO DO PROJETO.....	4
2	TEMA.....	4
3	DELIMITAÇÃO DO TEMA.....	4
4	PROBLEMA DE PESQUISA.....	4
5	HIPÓTESE.....	4
6	OBJETIVOS.....	5
	6.1 OBJETIVO GERAL.....	5
	6.2 OBJETIVOS ESPECÍFICOS.....	5
7	JUSTIFICATIVA.....	5
8	EMBASAMENTO TEÓRICO.....	6
9	METODOLOGIA.....	43
10	CRONOGRAMA.....	44
11	SUMÁRIO PROVISÓRIO.....	45
	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	46

1 DADOS DE IDENTIFICAÇÃO DO PROJETO

Acadêmica: Bruna Virginia Mingatto de Ávila

Orientadora: Prof^a. Me. Renata Jardim da Cunha Rieger

Área do Direito: Direito Processual Penal

Previsão de Duração: A produção acadêmica do projeto de pesquisa e da monografia ocorrerá de fevereiro de 2018 a novembro de 2018.

2 TEMA

Provas ilícitas.

3 DELIMITAÇÃO DO TEMA

A admissibilidade de prova derivada de ilícita no processo penal brasileiro.

4 PROBLEMA DE PESQUISA

No processo penal brasileiro, em quais circunstâncias se admite a utilização de prova derivada de prova ilícita?

5 HIPÓTESE

É legítima a utilização de prova derivada de prova ilícita, no processo penal brasileiro, quando for possível a obtenção da prova derivada por fonte independente da prova ilícita, quando for demonstrado que o trâmite da investigação criminal acarretaria, inevitavelmente, a descoberta da prova derivada e, ainda, quando a prova for obtida inesperadamente, durante investigação regular de crime diverso do relacionado à prova encontrada.

6 OBJETIVOS

6.1 OBJETIVO GERAL

Identificar as situações em que, de acordo com as diretrizes do ordenamento jurídico brasileiro, se admite a utilização, no processo penal, de prova derivada de prova ilícita.

6.2 OBJETIVOS ESPECÍFICOS

- a. Apresentar conceitos referentes ao sistema probatório próprio do processo penal.
- b. Conceituar a prova ilícita e identificar as consequências de sua utilização no processo penal.
- c. Delimitar as situações em que se admite, no ordenamento jurídico brasileiro, a utilização de provas derivadas de provas ilícitas.

7 JUSTIFICATIVA

A prova, no processo penal, desempenha o importante papel de influenciar o convencimento do julgador por meio da reconstrução dos fatos históricos que ensejaram a persecução penal, repercutindo diretamente no resultado do processo. Por esta razão, a produção probatória e a valoração da prova pelo juízo devem seguir importantes diretrizes estabelecidas tanto pelo Código de Processo Penal quanto pela Constituição Federal. Dentre tais diretivas, tem-se a vedação às provas obtidas por meios ilícitos (proibição positivada no artigo 5º, inciso LVI, da Constituição Federal, bem como no artigo 157, *caput*, do Código de Processo Penal).

Entretanto, em algumas situações, a proibição às provas ilícitas sofre certa relativização, admitindo-se aquelas derivadas das ilícitas no bojo de um processo penal. Considerando a finalidade e a relevância da vedação constitucional e infraconstitucional às provas ilícitas, o presente projeto de pesquisa justifica-se pela

necessidade de analisar e avaliar essas circunstâncias permissivas, identificando os critérios utilizados pela doutrina e pela jurisprudência brasileiras e, ainda, aferindo sua legitimidade.

8 EMBASAMENTO TEÓRICO

1. A Prova e o seu Papel no Processo Penal Brasileiro

No processo penal, segundo esclarece Gustavo Badaró, a palavra “prova” pode ser empregada com diferentes acepções, a saber: a) “atividade probatória”, representando o conjunto de atos praticados para a verificação de um fato; b) “meio de prova”, sendo o instrumento por meio do qual se introduzem no processo os elementos aptos a influenciar o julgador; ou, ainda, c) “resultado probatório”, significando o convencimento que os meios de prova geram no juiz e nas partes¹. Nessa linha, também no presente projeto de pesquisa, o termo poderá ser utilizado nestas diferentes acepções, privilegiando-se o sentido de “meio de prova”.

A prova exerce papel de fundamental importância no processo penal brasileiro, visto que permite a avaliação da responsabilidade penal do acusado, refletindo diretamente na decisão do processo, bem como na fixação da pena ou da medida de segurança². Conforme entendimento de Aury Lopes Júnior, a importância das provas está no fato de que, por meio delas, se faz uma reconstrução (aproximativa) do fato histórico descrito na peça acusatória, permitindo que o juiz exerça sua atividade recognitiva, a partir da qual se produzirá o convencimento externado na sentença³. Ao que parece, são as provas que legitimam o comando sentencial. Consectário lógico é que a decisão judicial deve estar devidamente fundamentada nas provas produzidas durante o processo.

¹ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 5. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. pp. 389-390.

² CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 23. ed. – São Paulo: Saraiva, 2016. p. 367.

³ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 14. ed. – São Paulo: Saraiva, 2017. p. 342.

1.1. Conceito de Prova

Conforme ensinamento de Gustavo Badaró, “prova é tudo o que é apto a levar o conhecimento de alguma coisa a alguém”⁴. No âmbito do processo penal, prova é o elemento que autoriza a conclusão acerca da veracidade de um fato ou circunstância, introduzido no processo com o objetivo de convencer o juiz⁵. Corroborando esse entendimento, Eugênio Pacelli refere que a prova é aquilo que se destina à “reconstrução dos fatos investigados no processo, buscando a maior coincidência possível com a realidade histórica, isto é, com a verdade dos fatos”⁶. Na mesma linha é o entendimento de Fernando Capez⁷:

Do latim *probatio*, é o conjunto de atos praticados pelas partes, pelo juiz (CPP, arts. 156, I e II, 209 e 234) e por terceiros (p. ex., peritos), destinados a levar ao magistrado a convicção acerca da existência ou inexistência de um fato, da falsidade ou veracidade de uma afirmação.

Como se vê, a prova parece ocupar posição de elevada importância no processo penal, uma vez que depende dela a reconstrução dos fatos relacionados à investigação. É a partir do conhecimento oriundo da análise das provas produzidas nos autos que o juiz terá condições de proferir a decisão mais adequada ao caso concreto. Daí se vê a relevância da produção probatória no âmbito processual penal.

1.1.1. Verdade Formal e Verdade Material

Como mencionado no tópico anterior (item 1.1.), a prova se presta à busca da verdade dos fatos. Entretanto a pesquisa realizada até o momento demonstra que a doutrina identifica duas “verdades”: a verdade material/real e a verdade processual/formal.

Por “verdade material”, conforme esclarece Luiz Francisco Torquato Avolio, entende-se o poder-dever inquisitivo do juiz penal de demonstrar a existência do crime e sua autoria, exigindo-se uma pesquisa muito além da convergência das partes sobre os fatos, visto que caberá ao julgador a incumbência de efetivamente conhecer a

⁴ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 5. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. p. 389.

⁵ GONÇALVES, Victor Eduardo Rios; REIS, Alexandre Cebrian Araújo; coordenador Pedro Lenza. **Direito processual penal esquematizado**. 6. ed. – São Paulo: Saraiva, 2017. p. 259.

⁶ PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**. 21. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2017. p. 174.

⁷ CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 23. ed. – São Paulo: Saraiva, 2016. p. 367.

realidade e a verdade dos fatos antes de decidir⁸. Guilherme de Souza Nucci refere que, no processo penal, adota-se a verdade material⁹:

Vale registrar que, ao cuidarmos de *provas*, voltamos os nossos olhos para a busca da verdade, que, no processo penal, é denominada material, real ou substancial, justamente para fazer contraste com a verdade formal ou instrumental do processo civil.

Contrapondo-se a essa ideia, Gustavo Badaró entende pela necessidade da busca da verdade formal na persecução penal, sustentando que a verdade perquirida no processo deve observar as limitações estabelecidas pelas regras da produção probatória. Nas palavras do autor¹⁰:

A verdade processual traduz-se em um valor que legitima a atividade jurisdicional, não se podendo considerar justa uma sentença que não tenha sido precedida de um processo estruturado segundo regras que possibilitem uma correta verificação dos fatos. (...) Todavia, a “verdade judicial”, até mesmo por força de limitações legais decorrentes das regras sobre admissão, produção e valoração da prova, jamais será uma verdade absoluta. Trata-se, pois, de uma verdade necessariamente relativa, que seja a “maior aproximação possível” daquilo que se denomina verdade, *tout court*.

No mesmo sentido, Eugênio Pacelli assinala que, apesar de sabidamente imperfeita, o processo penal deve construir uma verdade judicial, “uma *certeza do tipo jurídica*, que pode ou não corresponder à verdade da realidade histórica (da qual, aliás, em regra, jamais se saberá)”¹¹. Isso porque, nos termos das atuais diretrizes do ordenamento jurídico vigente, não pode o processo penal se prestar a perquirir, a qualquer custo, a verdade real.

Esclarecendo a razão pela qual a busca da verdade material deveria dar lugar à busca da verdade formal no processo penal, tem-se a explicação de Aury Lopes Júnior¹²:

Esse processo, que não conhecia a ideia de limites – admitindo inclusive a tortura –, levou mais gente a confessar não só delitos não cometidos, mas também alguns impossíveis de serem realizados. (...) O maior inconveniente da verdade real foi ter criado uma “cultura inquisitiva” que acabou se disseminando por todos os órgãos estatais responsáveis pela persecução

⁸ AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas Ilícitas. Interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas**. 6. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 45.

⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 14. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2017. pp. 347/348.

¹⁰ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 5. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. p. 386.

¹¹ PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**. 21. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2017. pp. 174-175.

¹² LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 14. ed. – São Paulo: Saraiva, 2017. pp. 372-373.

penal. A partir dela, as práticas probatórias mais diversas estão autorizadas pela nobreza de seus propósitos: a verdade. (...) Assim, no processo penal, só se legitimaria a 'verdade formal ou processual'. Trata-se de uma verdade perseguida pelo modelo formalista como fundamento de uma condenação e que só pode ser alcançada mediante o respeito das regras precisas e relativas aos fatos e circunstâncias considerados como penalmente relevantes.

Na mesma linha, é o entendimento de Gustavo Badaró¹³:

A verdade não é o fim último do processo penal e, sua busca não pode se dar a partir de uma premissa de que os fins justificam os meios. No caso em que uma limitação à descoberta da verdade se justifique para fazer prevalecer outro valor – como o respeito à dignidade humana, à proteção da intimidade, à preservação da imparcialidade do julgador – igualmente ou mais relevante para que se profira uma decisão justa, é de admitir a adoção de regras legais antiepistêmicas, desde que fundamentais para preservar o outro valor em jogo. (...) A busca da verdade não é o fim último do processo penal, mas um meio para a correta aplicação da lei penal.

Ao que parece neste momento inicial da pesquisa, mostra-se adequado adotar, no bojo de um processo penal, a busca da verdade formal em detrimento da verdade material, pois a verdade a ser construída no processo não pode ultrapassar as garantias e diretrizes estabelecidas em lei. Pelo contrário, a atividade probatória deve ser desenvolvida garantindo-se que a produção da prova não implique na violação a direitos juridicamente tutelados.

1.1.2. Os Meios de Prova

Conforme refere Guilherme de Souza Nucci, “meios de provas” são todos os recursos, diretos e indiretos, empregados para alcançar a verdade dos fatos no processo¹⁴. Ainda, na definição de Aury Lopes Júnior, meio de prova pode ser entendido como o elemento por meio do qual se oferece ao juiz meios de conhecimento, de formação da história do crime, cujos resultados probatórios podem ser utilizados diretamente na decisão, a exemplo da prova testemunhal, dos documentos e das perícias¹⁵.

Vale destacar que os meios de prova positivados na legislação processual penal são meramente exemplificativos. Nessa linha, são igualmente admitidos aqueles não previstos no Código de Processo Penal, os quais são referidos por

¹³ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 5. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. p. 389.

¹⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 14. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 348.

¹⁵ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 14. ed. – São Paulo: Saraiva, 2017. p. 352.

Alexandre Cebrian Reis e Victor Gonçalves como “meios inominados”, dos quais são exemplos as filmagens (videofonogramas), os arquivos de áudio (fonogramas), as fotografias e a inspeção judicial¹⁶. Sobre o tema, também mostra-se oportuna a diferenciação entre meios de prova e meios de obtenção de provas trazida por Gustavo Badaró¹⁷:

A diferença é que, enquanto os meios de prova são aptos a servir, diretamente, ao convencimento do juiz sobre a veracidade ou não de uma afirmação fática (por exemplo, o depoimento de uma testemunha, ou o teor de uma escritura pública), os meios de obtenção de prova (por exemplo, uma busca e apreensão) são instrumentos para a colheita de elementos ou fontes de provas, estes, sim, aptos a convencer o julgador (por exemplo, um extrato bancário [documento] encontrado em uma busca e apreensão domiciliar). Ou seja, enquanto o meio de prova se presta ao convencimento direto do julgador, os meios de obtenção de provas somente indiretamente, e dependendo do resultado de sua realização, poderão servir à reconstrução da história dos fatos.

Segundo o autor, os meios de obtenção de prova comumente representam restrição a direitos fundamentais do investigado, especialmente a liberdades públicas relacionadas à privacidade, à intimidade ou à liberdade de manifestação do pensamento. São exemplos de restrição a direitos fundamentais a quebra de sigilo bancário ou fiscal, a busca domiciliar e, ainda, a interceptação telefônica¹⁸. Contudo, a despeito da diferenciação trazida pelo autor, no presente projeto de pesquisa “meios de prova” e “meios de obtenção de prova” serão tratados como sinônimos.

1.2. Os Sistemas Processuais e a Gestão de Provas

A atuação do julgador e a forma como se desenvolve a produção probatória no processo penal são aspectos diretamente condicionados ao tipo de sistema processual adotado. A pesquisa realizada até o momento demonstra a existência de dois sistemas processuais contrapostos: o Sistema Inquisitório e o Sistema Acusatório¹⁹, os quais serão brevemente abordados no presente projeto de pesquisa,

¹⁶ GONÇALVES, Victor Eduardo Rios; REIS, Alexandre Cebrian Araújo; coordenador Pedro Lenza. **Direito processual penal esquematizado**. 6. ed. – São Paulo: Saraiva, 2017. p. 268.

¹⁷ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 5. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. p. 391.

¹⁸ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 5. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. p. 391.

¹⁹ Neste ponto, mostra-se oportuna a reflexão de Aury Lopes Júnior acerca da desgastada dicotomia entre acusatório e inquisitório. Nas palavras do autor: “(...) o processo penal brasileiro ainda tem um longo caminho a percorrer para ser considerado um sistema processual penal democrático, sendo necessário fazer um deslocamento do foco da discussão tradicional (acusatório x inquisitório), pois não há paz conceitual para uma mudança. Não existe consenso sobre esses conceitos e muitas são as vozes que sustentam ser o processo brasileiro acusatório, dando, portanto, um falso ponto final na discussão. Precisamos retomar a partir da Constituição e da Convenção Americana de Direitos

tão somente quanto às suas características mais relevantes e seus reflexos na produção da prova.

No tocante às características próprias de um Sistema Inquisitório, Aury Lopes Júnior indica a unificação das funções de acusar e julgar, a iniciativa probatória nas mãos do julgador, a violação ao Princípio da Iniciativa das Partes (*ne procedat iudex ex officio*) – o qual estabelece a inércia da jurisdição –, pois o juiz pode atuar de ofício, a parcialidade do julgador, a inexistência de contraditório pleno e a desigualdade de armas e oportunidades²⁰. Referindo-se ao Sistema Inquisitório como “diabólico”²¹, Jacinto Coutinho destaca que o maior problema do modelo inquisitorial é a extrema concentração de poder nas mãos do julgador, o qual detém a gestão da prova, impossibilitando um julgamento imparcial²².

Em acentuada contraposição ao Sistema Inquisitório, tem-se o Sistema Acusatório, o qual caracteriza-se, segundo Aury Lopes Júnior, pela clara separação entre as funções de acusar e julgar, pela gestão e pela iniciativa probatória nas mãos das partes – e não mais a cargo do julgador como no modelo inquisitorial –, pela imparcialidade do julgador, pelo tratamento igualitário entre as partes, pela publicidade dos procedimentos como regra e pela presença do contraditório, garantindo-se ao réu a possibilidade de defesa²³. Nas palavras de Jacinto Coutinho²⁴:

Trata-se isso sim de um sistema que realça o papel das partes a começar por aquele do juiz não só por compatibilizá-lo com os ditames constitucionais,

Humanos, para alinhar o Código de Processo Penal na perspectiva de um sistema processual penal democrático”. (LOPES JÚNIOR, Aury. (Re)pensando os sistemas processuais em democracia: a estafa do tradicional problema inquisitório x acusatório. **Boletim do IBCCRIM - Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, n. 251, outubro, 2013).

²⁰ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 14. ed. – São Paulo: Saraiva, 2017. p. 43.

²¹ Nas palavras do autor: “O modelo é genial, não fosse, antes, diabólico, embora nascido, como se viu, no seio da Igreja Católica. Em um tempo extremamente místico, não poderia ser diferente. Resistiu – e resiste – como o mais apurado sistema jurídico do qual se tem conhecimento, tendo persistido por tanto tempo justo por sua simplicidade, isto é, porque usa o próprio modelo de pensamento (por excelência) da civilização ocidental”. (COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O Sistema acusatório. Cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. **Senado: Revista de Informação Legislativa**. Brasília, a. 46, n. 183, p. 103-115, julho-setembro, 2009. p. 115. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/194935/000871254.pdf>> Acesso em: 01/06/2018).

²² COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. As reformas parciais do CPP e a gestão da prova: segue o princípio inquisitivo. **Boletim do IBCCRIM - Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**. n. 188, julho, 2008.

²³ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 14. ed. – São Paulo: Saraiva, 2017. p. 43.

²⁴ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O Sistema acusatório. Cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. **Senado: Revista de Informação Legislativa**. Brasília, a. 46, n. 183, p. 103-115, julho-setembro, 2009. p. 115. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/194935/000871254.pdf>> Acesso em: 01/06/2018.

mas, sobretudo, em razão de permitir que se caminhe na direção de uma maior democracia processual.

Nesta fase inicial da pesquisa, a distinção mais relevante entre esses dois sistemas processuais aparenta ser a questão da gestão da prova²⁵. Estando o juiz autorizado (ainda que sob determinadas condições) a adotar uma postura ativa, cabendo a ele questionar e produzir provas *ex officio*, estar-se-á diante de um Sistema Inquisitório. Em contrapartida, estando o juiz obrigado a adotar uma postura inerte, imparcial, figurando como um mero árbitro da atuação das partes, estar-se-á diante de um Sistema Acusatório²⁶.

De acordo com Ruiz Ritter o sistema constitucionalmente adotado no Brasil é o Acusatório, porém, o autor critica o modelo brasileiro ressaltando que um sistema propriamente acusatório é incompatível com a atribuição de poderes instrutórios ao julgador, pois tais poderes representam ofensa à imparcialidade do julgador e clara violação ao Princípio da Presunção de Inocência²⁷. Neste ponto, Khaled Júnior explica que a crítica ao modelo brasileiro ocorre porque a legislação processual penal vigente apresenta indesejáveis resquícios inquisitoriais, não somente por possuir uma fase preliminar de caráter inquisitório – o inquérito policial –, mas também por comportar, na fase processual proposta como acusatória, dispositivos de caráter inquisitorial que comprometem a posição de imparcialidade do juiz^{28/29}.

²⁵ Neste sentido: “(...) o núcleo fundante do processo é a gestão da prova, tudo gira em torno da prova, enquanto instrumento de reconhecimento e captura psíquica do juiz. Superou-se a visão tradicional de que o sistema estava demarcado pela separação inicial das funções, repensando o próprio alcance do *ne procedat iudex ex officio*. Ademais, imprescindível afastar o juiz da iniciativa probatória em nome do contraditório e da necessária imparcialidade do julgador”. (LOPES JÚNIOR, Aury. (Re)pensando os sistemas processuais em democracia: a estafa do tradicional problema inquisitório x acusatório. **Boletim do IBCCRIM - Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**. n.251, outubro, 2013).

²⁶ ANDRADE, Mauro Fonseca. Teoria da gestão da prova: um confronto consigo mesma. **Revista Ibero-Americana de Ciências Penais**, 141-200, 2015. pp. 142-143. Disponível em <<http://paginasdeprocessopenal.com.br>> Acesso em: 03/06/2018.

²⁷ RITTER, Ruiz. Os Poderes Instrutórios do Juiz no Processo Penal. **Artigos Jurídicos e Direito em Debate: Revista Eletrônica AJDD**, a. 7, n. 12, 3 p. 1-22, 2017. p. 2. Disponível em <http://reajdd.com.br/artigos/Revista_Ano_VII_n12/3-RUIZ-MESTRE-ESTADUAL.pdf> Acesso em: 01/06/2018).

²⁸ KHALED JÚNIOR, Salah Hassan. O Sistema Processual Penal brasileiro: Acusatório, misto ou inquisitório? **Civitas: Revista de Ciências Sociais**. Porto Alegre, v. 10, n. 2, p. 293-308, maio-ago, 2010, p. 294. Disponível em <www.redalyc.org/html/742/74221650008/> Acesso em: 04/06/2018.

²⁹ Como exemplo dos mencionados resquícios do Sistema Inquisitório no Código de Processo Penal, Karol Sicora, Rafael Camparra Pinheiro e Renata da Cunha Rieger referem o *caput* do 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”), dispositivo por meio do qual se ao juiz a remição aos elementos de informação colhidos durante o inquérito policial para formação de seu convencimento. Igualmente demonstrando a presença de traços inquisitoriais na

1.3. Princípios

No processo penal, além das normas constitucionais e legais, regulamentadoras tanto da atividade probatória quanto da avaliação das provas pelo julgador, existem diversos princípios que devem ser igualmente observados. Neste projeto, analisar-se-ão alguns dos mais relevantes atinentes à questão probatória:

1.3.1. Princípio da Comunhão da Prova

Segundo o Princípio da Comunhão da Prova, “uma vez produzida, a prova pode socorrer qualquer das partes, independentemente de qual dos litigantes a indicou ou introduziu no processo”³⁰. Sobre este ponto, Fernando Capez explica que, no campo penal, não há prova pertencente a uma ou outra parte. A prova produzida no processo servirá ao interesse da Justiça, destinando-se à formação da convicção do órgão julgador, pouco importando se foi produzida pela acusação ou pela defesa³¹.

Neste ponto, Renato Brasileiro de Lima refere que só há falar em comunhão da prova após a sua produção, de modo que, enquanto a prova não foi produzida, a parte que a invocou poderá dela desistir³². Consequentemente, caso a prova já tenha sido

legislação processual penal, tem-se o artigo 156 do Código de Processo Penal (“A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício: I- ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida; II – determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.”). Segundo ressaltam os mencionados autores, o artigo 156 atribui poderes instrutórios ao julgador, prática que não se coaduna com o sistema acusatório, ao passo que compromete a imparcialidade do julgador. (SICORA, Karol; PINHEIRO, Rafael Camparra; RIEGER, Renata Jardim da Cunha. Reformas processuais penais em debate: a disciplina da atividade probatória e o ideal político da Lei n. 11.690/2008. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XII, n. 70, nov. 2009. Disponível em <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6833> Acesso em: 04/06/2018). Criticando os mesmos dispositivos, tem-se Deise Lora: “o juiz que tem acesso aos autos do inquérito, que decide acerca da prova da materialidade e os indícios da autoria (em sede cautelar) e que, ainda, interroga o réu e instrui diretamente o processo, não possui condições a um julgamento imparcial.” (LORA, Deise Helena. Sistemas Jurídico-Penais Contemporâneos. A verdade como “revelação” no processo penal. Da gênese inquisitorial ao arbítrio do sistema misto. **Sistema Penal & Violência: Revista Eletrônica da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul**, v. 7, n. 2, p. 237-248, julho-dezembro, 2015. Disponível em <<http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/sistemapenaleviolencia/article/view/21086/13932>> Acesso em: 01/06/2018).

³⁰ GONÇALVES, Victor Eduardo Rios; REIS, Alexandre Cebrian Araújo; coordenador Pedro Lenza. **Direito processual penal esquematizado**. 6. ed. – São Paulo: Saraiva, 2017. p. 267.

³¹ CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 23. ed. – São Paulo: Saraiva, 2016. p. 409.

³² LIMA, Renato Brasileiro de. **Código de Processo Penal comentado**. 2.ed. rev. e atual. – Salvador: JusPodivm, 2017. pp. 513-514. Aprofundando este ponto, o autor sugere como exemplo a desistência, durante o curso de uma audiência, da oitiva de testemunha que ainda não foi ouvida. Segundo o autor, neste caso a parte poderá livremente desistir da produção da prova, independentemente da concordância da parte contrária, nos termos do artigo 401, § 2º, do Código de Processo Penal (“A parte

produzida, ela se tornará parte do processo, de modo que, pelo Princípio da Comunhão da Prova, não assistirá à parte que a produziu o direito de desistir da prova, tampouco de requerer sua exclusão do processo.

1.3.2. Princípio da Liberdade da Prova

Conforme ensina Renato Brasileiro de Lima, de acordo com o Princípio da Liberdade da Prova, há, no processo penal, a mais ampla liberdade probatória, seja no tocante ao momento da prova, ao tema da prova, ou, ainda, aos meios de prova que podem ser utilizados pelas partes. Isso por conta dos interesses envolvidos no processo penal, que em muito se diferenciam do processo civil³³.

Contudo Alexandre Cebrian Reis e Victor Gonçalves asseveram que, apesar da ampla liberdade conferida às partes para desempenhar a produção probatória, a admissibilidade dos meios de prova deve ficar condicionada à observância das limitações constitucionais e infraconstitucionais³⁴. Ou seja, compreende-se, pela pesquisa realizada até o momento, que o Princípio da Liberdade da Prova aparenta sofrer mitigação frente aos limites estabelecidos pela lei, sendo possível acreditar que somente será aceito como meio de prova aquilo que não ofenda os óbices constitucionais e infraconstitucionais.

1.3.3. Princípio da Não Autoincriminação

Segundo o Princípio da Não Autoincriminação, o qual encontra previsão no artigo 5º, inciso LXIII, da Constituição Federal³⁵, nenhuma pessoa está obrigada a praticar qualquer comportamento ativo que possa incriminá-la, não sendo obrigada a produzir provas contra si, ou contribuir com a produção de prova que não lhe favoreça, de modo que não pode sequer ser constrangida a falar a verdade, caso esta lhe seja

poderá desistir da inquirição de qualquer das testemunhas arroladas, ressalvado o disposto no art. 209 deste Código”). Contudo o autor destaca que, pelo Princípio da Busca da Verdade, o juiz está autorizado a produzir provas de ofício durante o processo, podendo determinar a oitivas das testemunhas que entender necessárias, ainda que não tenham sido arroladas. (LIMA, Renato Brasileiro de. **Código de Processo Penal comentado**. 2.ed. rev. e atual. – Salvador: JusPodivm, 2017. pp. 514-515).

³³ LIMA, Renato Brasileiro de. **Código de Processo Penal comentado**. 2.ed. rev. e atual. – Salvador: JusPodivm, 2017. p. 514.

³⁴ GONÇALVES, Victor Eduardo Rios; REIS, Alexandre Cebrian Araújo; coordenador Pedro Lenza. **Direito processual penal esquematizado**. 6. ed. – São Paulo: Saraiva, 2017. p. 268.

³⁵ O artigo 5º, inciso LXIII, da Constituição Federal, o qual consagra o Princípio da Não Autoincriminação, determina que “o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado”.

prejudicial³⁶. Tal princípio encontra-se igualmente previsto em tratados internacionais, como a Convenção Americana de Direitos Humanos³⁷ e o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos³⁸.

Conforme refere Renato Brasileiro de Lima, o Princípio da Não Autoincriminação decorre do exercício da ampla defesa negativa, consistente na não produção de elementos probatórios de elevado risco ou relevante potencialidade danosa à defesa do réu³⁹. Por esta razão, o autor refere, também, que, sempre que a produção da prova demandar um comportamento ativo por parte do acusado, o seu consentimento será imprescindível, não se admitindo medidas coercitivas contra ele para obrigá-lo a cooperar. Da mesma forma, a recusa do acusado em se submeter a tais provas não pode ser entendida como presunção de culpabilidade⁴⁰.

Importa, ainda, trazer a lição de Aury Lopes Júnior sobre este ponto. Segundo o autor, o exercício do direito ao silêncio (direito decorrente do Princípio da Não Autoincriminação) pode implicar a perda da oportunidade de influenciar o convencimento do julgador⁴¹:

Exemplo típico é o exercício do direito de silêncio, calcado no *nemo tenetur se detegere*. Não gera um prejuízo processual, pois não existe uma carga. Contudo, potencializa o risco de uma sentença condenatória. Isso é inegável. Não há uma carga para a defesa exatamente porque não se lhe atribui um prejuízo imediato e tampouco possui ela um dever de liberação. A questão desloca-se para a dimensão da distribuição do risco pela perda de uma chance de obter a captura psíquica do juiz. O réu que cala assume o risco decorrente da perda da chance de obter o convencimento do juiz da veracidade de sua tese.

Tomando-se por base o pesquisado até o momento, é possível considerar que o exercício do direito à não autoincriminação é prerrogativa do acusado, devendo ser exercido conforme sua conveniência. Aparentemente, segundo o Princípio da Não

³⁶ LIMA, Renato Brasileiro de. **Código de Processo Penal comentado**. 2.ed. rev. e atual. – Salvador: JusPodivm, 2017. p. 499.

³⁷ O artigo 8º, item 2, alínea 'g', da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica) determina que, durante o processo, toda pessoa tem "direito de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada", consagrando, portanto, o Princípio da Não Autoincriminação.

³⁸ O artigo 14, item 3, alínea 'g', do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, igualmente consagra o Princípio da Não Autoincriminação, ao determinar que toda pessoa acusada de um delito terá direito "de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada".

³⁹ LIMA, Renato Brasileiro de. **Código de Processo Penal comentado**. 2.ed. rev. e atual. – Salvador: JusPodivm, 2017. p. 488.

⁴⁰ LIMA, Renato Brasileiro de. **Código de Processo Penal comentado**. 2.ed. rev. e atual. – Salvador: JusPodivm, 2017. p. 501.

⁴¹ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 14. ed. – São Paulo: Saraiva, 2017. p. 356.

Autoincriminação, o acusado pode se calar no interrogatório, recusar-se a participar de acareações e de reconhecimentos, e, inclusive, deixar de submeter-se a exames periciais⁴², sem que isso lhe onere a defesa.

1.3.4. Princípio da Presunção da Inocência

Conforme entendimento de Renato Brasileiro de Lima, o Princípio da Presunção de Inocência consiste no entendimento de que o acusado não será considerado culpado de determinado crime senão após o término do devido processo legal, em que tenha se utilizado de todos os instrumentos pertinentes à sua defesa (ampla defesa), sendo-lhe possibilitada, inclusive, a destruição da credibilidade das provas apresentadas pela acusação (contraditório)^{43/44}. Tal prerrogativa encontra previsão no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal⁴⁵.

Nas palavras de Aury Lopes Júnior, o Princípio da Presunção de Inocência é o princípio reitor do processo penal, do qual decorre tanto um dever de tratamento, quanto uma regra de julgamento⁴⁶:

Dentro do processo, a presunção de inocência implica um dever de tratamento por parte do juiz e do acusador, que deverão efetivamente tratar o réu como inocente, não ab(usando) das medidas cautelares e, principalmente, não olvidando que a partir dela se atribui a carga da prova integralmente ao acusador (em decorrência do dever de tratar o réu como inocente, logo, a presunção deve ser derrubada pelo acusador). Na dimensão externa ao processo, a presunção de inocência impõe limites à publicidade abusiva e à estigmatização do acusado (diante do dever de trata-lo como inocente). Como regra de julgamento, a presunção de inocência impõe que a absolvição seja o critério pragmático de resolução da dúvida judicial, através do *in dubio pro reo*.

⁴² LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 14. ed. – São Paulo: Saraiva, 2017. p. 367.

⁴³ LIMA, Renato Brasileiro de. **Código de Processo Penal comentado**. 2.ed. rev. e atual. – Salvador: JusPodivm, 2017. p. 478.

⁴⁴ Neste ponto, em atenção à pesquisa realizada até o momento, importa referir, ainda que de forma brevíssima, que, mediante um mecanismo denominado “cadeia de custódia da prova”, garante-se a autenticidade das evidências e provas coletadas durante a investigação e a persecução penal, principalmente quanto às produzidas fora do processo. Nas palavras de Renato Brasileiro de Lima: “Funciona, pois, como a documentação formal de um procedimento destinado a manter e documentar a história cronológica de uma evidência, evitando-se, assim, eventuais interferências internas e externas capazes de colocar em dúvida o resultado da atividade probatória”. (LIMA, Renato Brasileiro de. **Código de Processo Penal comentado**. 2.ed. rev. e atual. – Salvador: JusPodivm, 2017. pp. 476-477).

⁴⁵ O artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, o qual consagra o Princípio da Presunção de Inocência, determina que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

⁴⁶ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 14. ed. – São Paulo: Saraiva, 2017. pp. 354-355.

Portanto, o que se entende da pesquisa realizada até o momento é que, no processo penal brasileiro, o réu deve ser tratado como inocente, e, assim sendo, não lhe incumbe provar nada, devendo ser absolvido em caso de dúvida judicial. Também importa destacar que, segundo Aury Lopes Júnior, a importância do Princípio da Presunção de Inocência é tamanha que se torna possível verificar a qualidade de um sistema processual através do nível de observância (eficácia) a esse princípio⁴⁷.

1.3.5. Princípio da Inadmissibilidade de Provas Ilícitas

Conforme refere Eugênio Pacelli, ainda que as provas desempenhem, no processo penal, a função de “reconstrução da realidade histórica, sobre a qual se pronunciará a certeza quanto à verdade dos fatos, para fins de formação da coisa julgada”⁴⁸, o ordenamento jurídico vigente estabelece restrições às provas obtidas em violação a normas constitucionais ou legais, de modo que não podem ser utilizadas no processo. Tais provas, por serem tidas como “ilícitas”, têm seu uso vedado por força do Princípio da Inadmissibilidade de Provas Ilícitas, o qual encontra previsão no artigo 5º, inciso LVI, da Constituição Federal⁴⁹, bem como no artigo 157, *caput*, do Código de Processo Penal⁵⁰.

No tocante à vedação contida na legislação processual penal, para Fernando Capez, a lei – respeitando o comando constitucional – deixou clara a inadmissibilidade das provas ilícitas, não distinguindo as provas ilícitas das ilegítimas. Nessa linha, segundo o autor, sendo obtidas tanto em violação a normas constitucionais quanto a normas legais, as provas devem ser consideradas ilícitas, não sendo admitidas no processo⁵¹. Não obstante o legislador deixe de fazer distinção entre provas ilícitas e ilegítimas, autores como Gustavo Badaró, Aury Lopes Júnior, Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar diferenciam, identificando que provas ilícitas são as obtidas em violação a normas de direito material ou constitucional, enquanto que as ilegítimas são

⁴⁷ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 14. ed. – São Paulo: Saraiva, 2017. p. 354.

⁴⁸ PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**. 21. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2017. p. 181.

⁴⁹ O artigo 5º, inciso LVI, da Constituição Federal, o qual positivou o Princípio da Inadmissibilidade de Provas Ilícitas, estabelece que “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”.

⁵⁰ Seguindo a linha do texto constitucional, o artigo 157, *caput*, do Código de Processo Penal, determina que “são inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais”.

⁵¹ CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 23. ed. – São Paulo: Saraiva, 2016. p. 378.

as obtidas em violação a normas de direito processual⁵². Contudo tal diferenciação não será aprofundada neste tópico pois será melhor abordada no item 2.1.1. do presente projeto de pesquisa.

1.4. Os Sistemas de Valoração da Prova

As diretrizes da legislação brasileira, acerca das provas no processo penal, não se limitam às instruções probatórias endereçadas às partes, existindo regras de julgamento no processo penal quanto aos métodos de valoração das provas⁵³. São três os sistemas rotineiramente identificados pela doutrina⁵⁴, quais sejam: o Sistema da Prova Tarifada, o Sistema da Íntima Convicção e, por fim, o Sistema da Persuasão Racional, os quais serão tratados a seguir.

1.4.1. Sistema da Prova Tarifada

Nas palavras de Fernando Capez, no Sistema da Prova Tarifada, verifica-se que “a lei impõe ao juiz o rigoroso acatamento a regras preestabelecidas, as quais atribuem, de antemão, o valor de cada prova, não deixando para o julgador qualquer margem de discricionariedade para emprestar-lhe maior ou menor importância”⁵⁵. Detalhando um pouco mais este ponto, Gustavo Badaró elucida que, neste sistema de valoração da prova, há determinação legal prévia de quais meios de prova são aptos a provar cada fato e qual o valor de cada meio de prova⁵⁶.

⁵² Neste sentido: Gustavo Badaró (BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 5. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. p. 410), Aury Lopes Júnior (LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 14. ed. – São Paulo: Saraiva, 2017. p. 395), Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar (TAVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. 12.ed. rev. e atual. – Salvador: JusPodivm, 2017. p. 628).

⁵³ PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**. 21. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2017. p. 180.

⁵⁴ Neste sentido: Aury Lopes Júnior (LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 14. ed. – São Paulo: Saraiva, 2017. pp. 367-372), Fernando Capez (CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 23. ed. – São Paulo: Saraiva, 2016. pp. 407-409), Guilherme de Souza Nucci (NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 14. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2017. pp. 356-357), Renato Brasileiro de Lima (LIMA, Renato Brasileiro de. **Código de Processo Penal comentado**. 2.ed. rev. e atual. – Salvador: JusPodivm, 2017. pp. 516-519), Alexandre Cebrian Reis e Victor Gonçalves (GONÇALVES, Victor Eduardo Rios; REIS, Alexandre Cebrian Araújo; coordenador Pedro Lenza. **Direito processual penal esquematizado**. 6. ed. – São Paulo: Saraiva, 2017. pp. 261-264).

⁵⁵ CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 23. ed. – São Paulo: Saraiva, 2016. p. 407.

⁵⁶ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 5. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. p. 423.

Como exemplo das diretrizes do Sistema da Prova Tarifada, Aury Lopes Júnior lembra que a confissão era tida como uma prova absoluta, acima de qualquer outra prova, e que uma única testemunha não tinha valor como prova no processo⁵⁷. Por consequência, o autor tece severas críticas a esse sistema de valoração da prova⁵⁸:

Saltam aos olhos os graves inconvenientes de tal sistema, na medida em que não permitia uma valoração da prova por parte do juiz, que se via limitado a aferir segundo os critérios previamente definidos na lei, sem espaço para sua sensibilidade ou eleições de significados a partir da especificidade do caso.

Aparentemente, ainda que tal sistema de valoração da prova tenha sido superado, a pesquisa realizada até o momento demonstra que – ainda hoje – existem resquícios do Sistema da Prova Tarifada na legislação processual penal brasileira. A regra contida no artigo 158, do Código de Processo Penal⁵⁹, por exemplo, estabelece que, em se tratando de infração que deixa vestígios, o exame de corpo de delito, direto ou indireto, é a única prova indicada pela legislação processual penal como apta a comprovar a materialidade do fato, não podendo ser substituída sequer pela confissão do acusado. Outro exemplo de prova tarifada, trazido por Renato Brasileiro de Lima, está no artigo 155, parágrafo único, do Código de Processo Penal⁶⁰, o qual diz respeito

⁵⁷ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 14. ed. – São Paulo: Saraiva, 2017. p. 367.

⁵⁸ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 14. ed. – São Paulo: Saraiva, 2017. p. 367.

⁵⁹ Servindo como exemplo do Sistema de Prova Tarifada, o artigo 158 do Código de Processo Penal conta com a seguinte redação: “Quando a infração deixar vestígios, será indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado”.

⁶⁰ Demonstrando a aplicação do Sistema de Prova Tarifada na legislação processual penal brasileira, o parágrafo único do artigo 155 do Código de Processo Penal estabelece que “somente quanto ao estado das pessoas serão observadas as restrições estabelecidas na lei civil”. Neste ponto importa dizer que já existe posicionamento do Superior Tribunal de Justiça relativizando a necessidade de certidão sobre o estado da pessoa em casos de crimes sexuais. No julgamento do Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 12.700 - Acre (2011/0109782-8), ocorrido em 10 de março de 2015, em seu voto vencedor, o Ministro Relator Walter de Almeida Guilherme (Desembargador convocado do Tribunal de Justiça de São Paulo) entendeu que, nos casos de crimes sexuais contra vulnerável, inexistindo certidão de nascimento que ateste ser a vítima menor de 14 anos na data do fato, admite-se a comprovação da idade por outros documentos hábeis, tais como laudos periciais, declarações de testemunhas e declaração do acusado. Abaixo, segue a ementa do referido acórdão: Penal. Agravo Regimental no Recurso Especial. Estupro de Vulnerável. Menoridade das Vítimas. Certidão de Nascimento. Ausência. Demonstração Probatória por Outros Elementos. Possibilidade. 1. Nos crimes sexuais contra vulnerável, quando inexistir certidão de nascimento atestando ser a vítima menor de 14 anos na data do fato criminoso, este Superior Tribunal tem admitido a verificação etária a partir de outros elementos de convicção colacionados aos autos (AgRg no AREsp 114.864/DF, Rel. Ministro Og Fernandes, Sexta Turma, julgado em 24/09/2013, DJe 03/10/2013 e HC 81.181/SP, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 27/05/2010, DJe 21/06/2010). 2. Na hipótese, embora inexistir certidão civil, os laudos periciais, as declarações das testemunhas, a compleição física das vítimas e as declarações do próprio acusado suprem satisfatoriamente a ausência daquela prova documental. 3. Agravo regimental desprovido. (AgRg no AREsp 12.700-AC, voto vencedor Rel. Min. Walter de Almeida Guilherme (Desembargador convocado do TJ/SP), Rel. para acórdão Min. Gurgel de Faria, julgado em 10/3/2015, DJe 5/6/2015). (BRASÍLIA. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental do Agravo em Recurso Especial nº 12.700 – Acre (2011/0109782-8)**. Desembargador Relator Ministro Walter

ao estado das pessoas. No exemplo sugerido pelo autor, pretendendo o advogado provar ao juiz que seu cliente está morto, só poderá fazê-lo por meio da certidão de óbito, nos termos do artigo 62 do Código de Processo Penal⁶¹, não servindo para este fim a prova testemunhal⁶².

1.4.2. Sistema da Íntima Convicção

Consoante ensina Gustavo Badaró, o Sistema da Íntima Convicção⁶³ surgiu em um contexto de superação ao modelo da prova tarifada. Neste sistema, o juiz tem liberdade ilimitada de julgar o caso concreto de acordo com o seu convencimento pessoal, sem que haja necessidade de motivar sua decisão, podendo utilizar para a formação do seu convencimento, inclusive, provas que não constavam do processo, ou, até mesmo, seu próprio conhecimento privado⁶⁴. Nas palavras de Fernando Capez⁶⁵: “Sua convicção íntima, formada não importa por quais critérios, é o que basta, não havendo critérios balizadores para o julgamento”.

Também este sistema encontra resquícios no ordenamento jurídico brasileiro, sendo o adotado na segunda fase do Tribunal do Júri⁶⁶. Colaciona-se crítica feita por Aury Lopes Júnior⁶⁷:

É adotado no Brasil, até hoje, no Tribunal do Júri, onde os profanos julgam com plena liberdade, sem qualquer critério probatório, e sem a necessidade de motivar ou fundamentar suas decisões. A “íntima convicção”, despida de

de Almeida Guilherme (Desembargador Convocado do Tribunal de Justiça de São Paulo), Quinta Turma. Brasília, julgado em 10 de março de 2015).

⁶¹ O artigo 62 do Código de Processo Penal estabelece que “no caso de morte do acusado, o juiz somente à vista da certidão de óbito, e depois de ouvido o Ministério Público, declarará extinta a punibilidade”.

⁶² LIMA, Renato Brasileiro de. **Código de Processo Penal comentado**. 2.ed. rev. e atual. – Salvador: JusPodivm, 2017. p. 517.

⁶³ Alguns autores, a exemplo de Gustavo Badaró (BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 5. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. p. 423), utilizam a denominação “Sistema da Livre Convicção” para referir o Sistema da Íntima Convicção.

⁶⁴ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 5. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. p. 423.

⁶⁵ CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 23. ed. – São Paulo: Saraiva, 2016. p. 408.

⁶⁶ Conforme lição de Alexandre Cebrian Reis e Victor Gonçalves, o Tribunal do Júri é procedimento especial bifásico, composto por uma fase inicial, também chamada de “Sumário da Culpa” (que se estende desde a denúncia até a formação do juízo de admissibilidade da acusação, com a decisão de pronúncia); e por uma segunda fase, denominada “Juízo da Causa” (a qual se inicia com a intimação das partes quanto às provas a serem produzidas em plenário, e se encerra com o trânsito em julgado da decisão do Tribunal do Júri). É nessa segunda fase, durante o julgamento em plenário pelos jurados, que se adota o Sistema da Íntima Convicção. Na votação aos quesitos, cabe ao jurado a tarefa de apenas assinalar “sim” ou “não”, inexistindo obrigação de motivar ou fundamentar suas decisões. (GONÇALVES, Victor Eduardo Rios; REIS, Alexandre Cebrian Araújo; coordenador Pedro Lenza. **Direito processual penal esquematizado**. 6. ed. – São Paulo: Saraiva, 2017. p. 530).

⁶⁷ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 14. ed. – São Paulo: Saraiva, 2017. p. 368.

qualquer fundamentação, permite a imensa monstruosidade jurídica de ser julgado a partir de qualquer elemento, pois a supremacia do poder dos jurados chega ao extremo de permitir que eles decidam completamente fora da prova dos autos e até mesmo decidam contra a prova [basta que façam isso duas vezes]. Isso significa um retrocesso ao direito penal do autor, ao julgamento pela “cara”, cor, opção sexual, religião, posição socioeconômica, aparência física, postura do réu durante o julgamento ou mesmo antes do julgamento, enfim, é imensurável o campo sobre o qual pode recair o juízo de (des)valor que o jurado faz em relação ao réu. E, tudo isso, sem qualquer fundamentação. A amplitude do mundo extra-autos de que os jurados podem lançar mão sepulta qualquer possibilidade de controle e legitimação desse imenso poder de julgar.

Aparentemente, ainda que se trate de um método de valoração da prova superado (já que contrário à diretriz de que todas as decisões emanadas pelo Poder Judiciário devem ser devidamente justificadas), é um sistema ainda existente no ordenamento jurídico brasileiro. Conforme pesquisa realizada até o momento, o Sistema da Íntima Convicção se faz presente no Tribunal do Júri, procedimento especial em que as decisões são tomadas por maioria de votos, não sendo exigido dos jurados que fundamentem suas decisões.

1.4.3. Sistema da Persuasão Racional

Também chamado de Sistema do Livre Convencimento Motivado, o Sistema da Persuasão Racional surgiu como intermediário entre o engessamento radical do Sistema da Prova Tarifada e a liberdade exacerbada do Sistema da Íntima Convicção⁶⁸. Segundo Fernando Capez, esse sistema de valoração da prova confere ao julgador liberdade para formar sua convicção acerca das provas trazidas ao processo e, ao mesmo tempo, estabelece que as decisões judiciais devem ser devidamente fundamentadas, como forma de justificar o julgado⁶⁹.

Sobre este ponto, oportuno referir o ensinamento de Gustavo Badaró⁷⁰:

Num sistema em que a prova se destina apenas a convencer o julgador, o juiz torna-se um sujeito privilegiado, e o resultado do processo quanto ao juízo de fato decorre apenas de uma verdade intimamente atingida, quase que em um ato de auto-revelação (...). A certeza judicial pode ser um mero “estado de ânimo”, formado a partir da impressão que cada meio de prova produz no espírito do juiz, mas decorrer de uma atividade racional, que permita ao juiz escolher, entre enunciados fáticos diversos, qual é preferível a outro, com base no conjunto de provas que dê suporte a cada um deles.

⁶⁸ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 14. ed. – São Paulo: Saraiva, 2017. p. 369.

⁶⁹ CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 23. ed. – São Paulo: Saraiva, 2016. p. 408.

⁷⁰ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 5. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. p. 424.

Contudo o autor alerta que a liberdade conferida ao juiz pelo Sistema da Persuasão Racional não deve ser entendida como uma autorização para que ele decida conforme uma convicção pessoal ou íntima. O julgador deverá valorar a prova racionalmente, de acordo com um padrão comum de conhecimento, o qual possa ser intersubjetivamente controlável⁷¹. Ou seja, o juiz deve julgar de acordo com a prova e o sistema jurídico penal e processual, demarcando o espaço decisório pela conformidade constitucional⁷². Nesta fase inicial da pesquisa, compreende-se que este é o sistema adotado pela atual legislação processual penal.

2. A Prova Ilícita

No processo penal brasileiro, não se admite a utilização de prova ilicitamente obtida, ou seja, produzida mediante violação a normas constitucionais ou legais⁷³. Aparentemente, isso ocorre pois, conforme explicam Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar “seria impensável uma persecução criminal ilimitada, sem parâmetros, onde os fins justificassem os meios, inclusive na admissão de provas ilícitas”⁷⁴. Por esta razão, em se tratando de prova comprovadamente advinda de violação a direitos juridicamente tutelados, esta será considerada ilícita, tornando-se imprestável ao processo, pois – como já mencionado no tópico destinado ao estudo do Princípio da Inadmissibilidade de Provas Ilícitas (item 1.3.5) – tanto a Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso LVI⁷⁵, quanto o Código de Processo Penal, em seu artigo 157, *caput*⁷⁶, vedam o uso, no processo, de provas ilícitas.

2.1. Conceito

Nessa fase inicial da pesquisa, nota-se que a definição de provas ilícitas não é uníssona na doutrina brasileira. De acordo com Aury Lopes Júnior, prova ilícita é aquela obtida em violação a uma norma de direito material ou em afronta à

⁷¹ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 5. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. p. 424.

⁷² LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 14. ed. – São Paulo: Saraiva, 2017. p. 370.

⁷³ LIMA, Renato Brasileiro de. **Código de Processo Penal comentado**. 2.ed. rev. e atual. – Salvador: JusPodivm, 2017. p. 532.

⁷⁴ TAVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. 12.ed. rev. e atual. – Salvador: JusPodivm, 2017. p. 628.

⁷⁵ Esta é a redação do artigo 5º, inciso LVI, da Constituição Federal: “São inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meio ilícito”.

⁷⁶ O artigo 157, *caput*, do Código de Processo Penal, determina que “são inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais”, dispositivo que se mostra em total conformidade com o texto constitucional.

Constituição Federal⁷⁷. Gustavo Badaró, seguindo a mesma linha, refere que são ilícitas as provas obtidas mediante violação de normas de direito material ou de garantias constitucionais⁷⁸.

Guilherme de Souza Nucci, por sua vez, parece ampliar ainda mais o conceito de provas ilícitas, ao passo que considera como ilícita toda prova que se mostrar contrária ao ordenamento jurídico, seja ela obtida em violação a normas legais (aqui compreendidas tanto as normas de direito material quanto as normas de direito processual), seja ela obtida mediante ofensa à moral e aos bons costumes⁷⁹:

Sustentamos, todavia, que o gênero é a *ilicitude* – assim em Direito Penal, quanto nas demais disciplinas, inclusive porque foi o termo utilizado na Constituição Federal – significando o que é *contrário ao ordenamento jurídico*, contrário ao Direito de um modo geral, que envolve tanto o ilegal quanto o ilegítimo, isto é, tanto a infringência às normas legalmente produzidas, de direito material e processual, quanto aos princípios gerais de direito, aos bons costumes e à moral.

Como exemplos de provas ilícitas, Alexandre Cebrian Reis e Victor Gonçalves referem aquelas obtidas mediante busca domiciliar sem mandado (inexistindo consentimento do morador ou situação de flagrância), mediante violação de sigilo bancário, ou, ainda, mediante confissão sob ameaça ou depoimento em Juízo sem a presença de defensor⁸⁰. Ou seja, aparentemente, sendo constatada ofensa a princípio ou a garantia constitucional, violação a norma legal ou, ainda, lesão a direito juridicamente tutelado, a prova será considerada ilícita, não sendo admitida no processo.

2.1.1. Distinção entre Prova Ilegítima e Prova Ilícita

Da pesquisa realizada até o momento, é possível perceber que a doutrina majoritária posiciona-se no sentido de diferenciar provas ilícitas de provas ilegítimas (entendendo-as como espécies do gênero “provas ilegais”)⁸¹. Concordando com a

⁷⁷ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 14. ed. – São Paulo: Saraiva, 2017. p. 394.

⁷⁸ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 5. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. p. 410.

⁷⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal comentado**. 16. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 418

⁸⁰ GONÇALVES, Victor Eduardo Rios; REIS, Alexandre Cebrian Araújo; coordenador Pedro Lenza. **Direito processual penal esquematizado**. 6. ed. – São Paulo: Saraiva, 2017. p. 269.

⁸¹ Neste sentido: Gustavo Badaró (BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 5. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. p. 410), Aury Lopes Júnior (LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 14. ed. – São Paulo: Saraiva, 2017. p. 395), Gabriel Silveira de Queirós Campos (CAMPOS, Gabriel Silveira de Queirós. **Provas Ilícitas e Ponderação de Interesses no**

distinção entre provas ilícitas e ilegítimas, Renato Brasileiro de Lima, refere que a prova será considerada ilícita na hipótese de afronta a regras de direito material (penal ou constitucional) e ilegítima na hipótese de violação à norma de direito processual⁸². Outra importante diferença entre provas ilegítimas e ilícitas, trazida por Aury Lopes Júnior, diz respeito à possibilidade de validação do ato⁸³:

A distinção é ainda mais relevante se considerarmos que as provas ilícitas (inadmissíveis no processo, portanto) não são passíveis de repetição, pois o vício vincula-se ao momento em que foi obtida (exterior ao processo). Assim, não havendo possibilidade de repetição, devem as provas ilícitas ser desentranhadas dos autos e destruídas. Noutra dimensão, as provas ilegítimas, em que o vício se dá na dimensão do processo (de ingresso ou produção), há a possibilidade de repetição do ato. Nesse caso, o que foi feito com defeito pode ser refeito e, portanto, validado pela repetição.

Tal diferenciação é relevante porque, conforme sustentam os autores Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco e Antônio Carlos de Araújo Cintra, “em caso de violação a uma vedação meramente processual basta a sanção consistente na nulidade do ato cumprido e, em decorrência, da nulidade da decisão que se fundar sobre os resultados do acerto”⁸⁴. Aparentemente, o mesmo não ocorre com provas ilícitas, as quais, segundo os mencionados autores, devem ser desentranhadas dos autos e inutilizadas⁸⁵.

No intuito de elucidar a questão, Fernando Capez indica como exemplos característicos de prova ilegítima o documento exibido em plenário do Júri que não tenha sido juntado aos autos com antecedência mínima de três dias úteis (ofensa à norma contida no artigo 479, *caput*, do Código de Processo Penal⁸⁶) e o depoimento prestado por pessoa proibida de depor em razão de sigilo profissional (violação à regra

Processo Penal. – Salvador: JusPodivm, 2015. p. 114), Luiz Francisco Torquato Avolio (AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas Ilícitas. Interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas.** 6. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. pp. 49-50) Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar (TAVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal.** 12.ed. rev. e atual. – Salvador: JusPodivm, 2017. p. 628), Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco e Antônio Carlos de Araújo Cintra (GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo.** 31. ed. rev. e ampl. – São Paulo: PC Editorial Ltda, 2015. p. 429).

⁸² LIMA, Renato Brasileiro de. **Código de Processo Penal comentado.** 2.ed. rev. e atual. – Salvador: JusPodivm, 2017. p. 534.

⁸³ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal.** 14. ed. – São Paulo: Saraiva, 2017. p. 395.

⁸⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo.** 31. ed. rev. e ampl. – São Paulo: PC Editorial Ltda, 2015. p. 429.

⁸⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo.** 31. ed. rev. e ampl. – São Paulo: PC Editorial Ltda, 2015. p. 430.

⁸⁶ Esta é a redação do artigo 479, *caput*, do Código de Processo Penal: “Durante o julgamento não será permitida a leitura de documento ou a exibição de objeto que não tiver sido juntado aos autos com a antecedência mínima de 3 (três) dias úteis, dando-se ciência à outra parte”.

proibitiva do artigo 207 do Código de Processo Penal⁸⁷)⁸⁸. Como exemplos de provas ilícitas, o autor refere a confissão obtida com emprego de tortura, a apreensão de documento realizada mediante violação de domicílio e a captação de uma conversa por meio de interceptação telefônica ilegal⁸⁹.

2.2. A Ilícitude por Derivação

No processo penal brasileiro, verificam-se, com alguma frequência, situações em que há prova, aparentemente, lícita, mas que, por apresentar relação com prova ilícita, torna-se igualmente ilícita em razão da contaminação. A esse fenômeno dá-se o nome de “ilícitude por derivação”.

Conforme ensina Gustavo Badaró, “a prova ilícita por derivação é uma prova que, em si mesma é lícita, mas que somente foi obtida por intermédio de informações ou elementos decorrentes de uma prova ilicitamente obtida”⁹⁰. Desse modo, ocorre a contaminação da prova derivada, a qual passa a ser igualmente inadmitida no processo, assim como a prova que a originou. Sobre este ponto, Aury Lopes Júnior destaca que, sendo verificada a ilicitude de determinada prova, deve-se avaliar se esta prova contaminou eventuais provas dela advindas, ou, ainda, se houve contaminação da sentença pela prova ilícita⁹¹. Preocupando-se com os efeitos da contaminação, complementa o autor⁹²:

(...) entendemos que o vício se transmite a todos os elementos probatórios obtidos a partir do ato maculado, literalmente contaminando-os com a mesma intensidade. Desta forma, devem ser desentranhados o ato originariamente viciado e todos os que dele derivem ou decorram, pois igualmente ilícita é a prova que deles se obteve.

Seguindo a mesma linha, Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar asseveram: “Em um juízo de causa e efeito, tudo que é originário de uma prova ilícita seria imprestável, devendo ser desentranhado dos autos”⁹³. Isso porque, conforme

⁸⁷ O artigo 207 do Código de Processo Penal estabelece que “são proibidas de depor as pessoas que, em razão de função, ministério, ofício ou profissão, devam guardar segredo, salvo se, desobrigadas pela parte interessada, quiserem dar o seu testemunho”.

⁸⁸ CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 23. ed. – São Paulo: Saraiva, 2016. p. 370.

⁸⁹ CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 23. ed. – São Paulo: Saraiva, 2016. pp. 370-371.

⁹⁰ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 5. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. p. 417.

⁹¹ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 14. ed. – São Paulo: Saraiva, 2017. p. 400.

⁹² LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 14. ed. – São Paulo: Saraiva, 2017. p. 401.

⁹³ TAVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. 12.ed. rev. e atual. – Salvador: JusPodivm, 2017. p. 630.

reflexão de Renato Brasileiro de Lima, “de nada adianta dizer que são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos se essa ilicitude também não se estender às provas que dela derivam”⁹⁴.

Como exemplo típico de ilicitude derivada, Gustavo Badaró refere a descoberta de um cadáver durante o cumprimento a um mandado de busca domiciliar (prova em si lícita), cuja informação da localização fora obtida por meio de confissão mediante tortura⁹⁵. Desta forma, a busca domiciliar, embora aparentemente lícita, mostra-se ilícita pela contaminação provocada pela ilicitude da confissão obtida mediante tortura (prova ilícita originária). Exemplo similar é trazido por Fernando Capez⁹⁶:

É o caso da confissão extorquida mediante tortura, que venha a fornecer informações corretas a respeito do lugar onde se encontra o produto do crime, propiciando sua regular apreensão. Esta última prova, a despeito de ser regular, estaria contaminada pelo vício na origem.

Ocorre que, conforme elucidam Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar, nem sempre a legislação processual penal reconheceu a ilicitude por derivação. Até o advento da Lei nº 11.690/2008⁹⁷ – a qual deu nova redação ao artigo 157 do Código

⁹⁴ LIMA, Renato Brasileiro de. **Código de Processo Penal comentado**. 2.ed. rev. e atual. – Salvador: JusPodivm, 2017. p. 537.

⁹⁵ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 5. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. p. 417.

⁹⁶ CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 23. ed. – São Paulo: Saraiva, 2016. pp. 371-372.

⁹⁷ Em atenção à pesquisa realizada até o momento, cumpre mencionar, ainda que de forma breve, que a Lei nº 11.690/2008, de 09 de junho de 2008, promoveu significativa reforma na legislação processual penal, estabelecendo novas diretrizes atinentes à produção probatória. No tocante às provas ilícitas, modificou drasticamente a redação dada ao artigo 157 do Código de Processo Penal, cuja redação anterior à reforma era: “O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova”. A partir da referida reforma, o dispositivo passou a ter a seguinte redação: “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 nexo de causalidade entre uma e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras. § 2º. Considera-se fonte independente aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova. § 3º. Preclusa a decisão de desentranhamento da prova declarada inadmissível, esta será inutilizada por decisão judicial, facultado às partes acompanhar o incidente”. A importância da aludida alteração está tanto na ampliação do conceito de provas ilícitas (o qual passou a compreender também as provas obtidas em violação a normas legais), quanto na positivação da teoria da ilicitude derivada (e de suas respectivas excludentes – situações que serão aprofundadas no item 2.3 do presente projeto de pesquisa). Também importa mencionar que reforma promovida pela Lei nº 11.690/2008 conferiu nova redação aos artigos 155 e 156 do Código de Processo Penal, assegurando o contraditório judicial durante a produção probatória e permitindo a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes. Por fim, insta referir que a reforma modificou a redação do artigo 159 do Código de Processo Penal, definindo novas diretrizes para a realização do exame de corpo de delito e outras perícias; estabeleceu nova forma de tratamento ao ofendido por meio da modificação do artigo 201 do Código de Processo Penal e, ainda, alterou as diretrizes atinentes à inquirição de testemunhas, conferindo nova redação aos artigos 210, 212 e 217, do Código de Processo Penal.

de Processo Penal – não existia disposição expressa no ordenamento brasileiro reconhecendo a ilicitude por derivação, o que permitia que alguns juristas se posicionassem no sentido da não aplicação da teoria⁹⁸. Ciente disso, o legislador infraconstitucional, por meio do § 1º, do artigo 157, do Código de Processo Penal⁹⁹, estendeu a vedação já existente quanto à prova ilícita a todas as provas que dela derivarem, positivando, de uma vez por todas, a Teoria da Ilcitude Derivada.

Portanto, nessa fase inicial da pesquisa, compreende-se que, ainda que determinada prova aparente regularidade, é preciso uma análise de como se deu sua obtenção, verificando eventual origem ilícita. Aparentemente, sendo constatada vinculação com prova ilícita, estar-se-á diante do fenômeno da ilicitude por derivação, não sendo a prova admitida no processo por força do disposto no § 1º do artigo 157 do Código de Processo Penal.

2.2.1. Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada

Também chamada de “Princípio da Contaminação”¹⁰⁰, a Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada foi a responsável pela introdução da Teoria da Ilcitude Derivada no ordenamento jurídico brasileiro. No que concerne à origem da teoria, Renato Brasileiro de Lima explica que a construção do conceito de prova ilícita por derivação adveio de um precedente da Suprema Corte norte-americana, ligado ao caso *Silverthorne Lumber Co versus United States*, de 1920, no qual a Suprema Corte entendeu pela invalidade de uma intimação expedida com base em uma informação obtida por meio de uma busca ilegal, de modo que não permitiu à acusação a utilização, no processo, da prova derivada da busca ilegal, tampouco da prova obtida indiretamente, por meio da intimação originada da busca ilegal. Anos mais tarde, em 1939, no julgamento do caso *Nardone versus United States*, a Suprema Corte norte-americana cunhou a Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada (*fruits of the poisonous tree*), referindo que o vício da planta se transmite a todos os frutos dela advindos¹⁰¹.

⁹⁸ TAVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. 12.ed. rev. e atual. – Salvador: JusPodivm, 2017. p. 631.

⁹⁹ Positivando a Teoria da Ilcitude Derivada, o artigo 157, § 1º, do Código de Processo Penal, determina que “são também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado nexo de causalidade entre uma e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras”.

¹⁰⁰ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 14. ed. – São Paulo: Saraiva, 2017. p. 401.

¹⁰¹ LIMA, Renato Brasileiro de. **Código de Processo Penal comentado**. 2.ed. rev. e atual. – Salvador: JusPodivm, 2017. p. 537.

No tocante ao Brasil, Renato Brasileiro de Lima assevera que, em um primeiro momento, o Supremo Tribunal Federal mostrou-se contrário à teoria. Entretanto, em 1996, ao voltar a se manifestar sobre o assunto, a Corte Suprema acolheu a aplicação da referida teoria no julgamento do *Habeas Corpus* 73.351-4/São Paulo¹⁰² – antes mesmo da positivação da inadmissibilidade das provas derivadas das ilícitas na legislação processual penal brasileira, a qual ocorreu somente anos mais tarde, em 2008, pela reforma promovida pela Lei nº 11.690/2008, como já mencionado no tópico anterior (item 2.2.)¹⁰³.

No intuito de explicar e exemplificar a Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada, refere Aury Lopes Júnior¹⁰⁴:

A lógica é muito clara, ainda que a aplicação seja extremamente complexa, de que se a árvore está envenenada, os frutos que ela gera estarão igualmente contaminados (por derivação). (...) Exemplo típico é a apreensão de objetos utilizados para a prática de um crime (armas, carros etc.) ou mesmo que constituam o corpo de delito, e que tenham sido obtidos a partir da escuta telefônica ilegal ou através da violação de correspondência eletrônica. Mesmo que a busca e apreensão seja regular, com o mandado respectivo, é um ato derivado do anterior, ilícito. Portanto, contaminado está.

Conforme abordado, em razão de sua relevância, a Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada foi recepcionada no Brasil, a partir de 1996, pela Corte Suprema – o que, posteriormente, motivou a positivação da Teoria da Ilcitude Derivada na legislação processual penal brasileira. Ocorre que, ao positivar a ilcitude da prova derivada, o legislador também previu hipóteses em que a ilcitude da prova originária não alcançaria a prova derivada, hipóteses essas que, agora, serão brevemente analisadas e que constituem o problema de pesquisa do presente trabalho.

¹⁰² No julgamento do *Habeas Corpus* nº 73.351-4/São Paulo, o Supremo Tribunal Federal acolheu a Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada. Conforme se verifica na ementa do referido julgado: “*Habeas Corpus*. Acusação Vazada em Flagrante de Delito Viabilizado Exclusivamente por meio de Operação de Escuta Telefônica, Mediante Autorização Judicial. Prova Ilícita. Ausência de Legislação Regulamentadora. Art. 5º, XII, da Constituição Federal. *Fruits of the Poisonous Tree*. O Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, assentou entendimento no sentido de que sem a edição de lei definidora das hipóteses e da forma indicada no art. 5º, inc. XII, da Constituição, não pode o juiz autorizar a interceptação de comunicação telefônica para fins de investigação criminal. Assentou, ainda, que a ilcitude da interceptação telefônica – à falta da lei que, nos termos do referido dispositivo, venha a discipliná-la e viabilizá-la – contamina outros elementos probatórios eventualmente coligidos, oriundos, direta ou indiretamente, das informações obtidas na escuta. *Habeas Corpus* concedido (HC 73.351-4-SP, Rel. Min. Ilmar Galvão, julgado em 09/05/1996, DJ 19/03/1999)”. (BRASÍLIA. Supremo Tribunal Federal. ***Habeas Corpus* nº 73.351-4 – São Paulo (1943-1)**. Desembargador Relator Ministro Ilmar Galvão, Presidente Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, julgado em 09 de maio de 1996).

¹⁰³ LIMA, Renato Brasileiro de. **Código de Processo Penal comentado**. 2.ed. rev. e atual. – Salvador: JusPodivm, 2017. p. 538.

¹⁰⁴ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 14. ed. – São Paulo: Saraiva, 2017. p. 401.

2.3. Teorias Excludentes de Ilicitude da Prova

Não obstante haja vedação expressa ao uso, no processo, de provas ilícitas e provas derivadas de ilícitas, há de se destacar que existem situações previstas pelo legislador nas quais a ilicitude da prova derivada pode ser afastada, resultando na sua admissão no processo. Tais circunstâncias autorizadoras estão previstas na parte final do artigo 157, § 1º do Código de Processo Penal, que conta com a seguinte redação: “São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado nexo de causalidade entre uma e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras”.

Observa-se que, segundo o referido dispositivo, a ausência de nexo de causalidade entre a prova derivada e a prova originária e a possibilidade de obtenção daquela por fonte independente desta são hipóteses que excluem a ilicitude da prova derivada, autorizando seu uso no processo. Neste ponto, em atenção à pesquisa realizada até o momento, importa dizer, quanto à fonte independente, que, como bem destaca Renato Brasileiro de Lima, da análise da redação dada ao § 2º, do artigo 157, do Código de Processo Penal¹⁰⁵, ainda que pareça que o legislador apenas conceitua “fonte independente”, vê-se que há uma terceira circunstância permissiva do uso da prova derivada, qual seja a descoberta inevitável. Segundo a referida excludente, a ilicitude da prova derivada é afastada quando se verifica que, inevitavelmente, a prova seria descoberta durante os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação criminal¹⁰⁶.

Analisadas as exceções verificadas no Código de Processo Penal, conclui Gustavo Badaró: “Correta a previsão legal da inadmissibilidade da prova ilícita por derivação. Entretanto, o mesmo não se pode dizer da forma com que o legislador disciplinou as exceções à teoria da prova ilícita por derivação”¹⁰⁷. Não diferente é o posicionamento de Aury Lopes Júnior, o qual sustenta que a adoção da Teoria da

¹⁰⁵ Conforme consta no artigo 157, § 2º, do Código de Processo Penal, a certeza de que a prova seria descoberta em decorrência dos trâmites da investigação também constitui exceção à incidência da norma proibitiva. Traz-se, ainda mais uma vez, a redação do dispositivo legal: “Considera-se fonte independente aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova”.

¹⁰⁶ LIMA, Renato Brasileiro de. **Código de Processo Penal comentado**. 2.ed. rev. e atual. – Salvador: JusPodivm, 2017. p. 541.

¹⁰⁷ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 5. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. p. 416.

Ilícitude Derivada foi um grande avanço no tratamento da prova ilícita, mas que, infelizmente, foi tão atenuado pelo legislador que a matéria se tornou perigosamente casuística, possibilitando o esvaziamento do Princípio da Contaminação¹⁰⁸. Ou seja, apesar da vedação legal quanto ao uso no processo penal de provas derivadas de provas ilícitas, aparentemente circunstâncias demasiadamente genéricas afastam a norma proibitiva, autorizando a utilização dessas provas na instrução probatória. Daí a importância de um estudo acerca das teorias excludentes de ilicitude da prova derivada.

2.3.1. Teoria da Fonte Independente

A Teoria da Fonte Independente encontra, conforme referido, previsão no artigo 157, §§ 1º e 2º, do Código de Processo Penal¹⁰⁹, estabelecendo que a prova aparentemente derivada de prova ilícita, mas igualmente obtida por meio de fonte independente, não será considerada impregnada pela ilicitude¹¹⁰. Em termos práticos, Renato Brasileiro de Lima explica que, se o órgão da persecução penal demonstrar que obteve, de forma legítima, novos elementos de informação a partir de uma fonte autônoma de prova, que não guarde relação de dependência com a prova originariamente ilícita, nem dela decorra – inexistindo, portanto, vínculo causal entre a fonte autônoma e a prova originariamente ilícita – tais elementos de informação serão admissíveis, pois se considera que não estão contaminados pela mácula da ilicitude originária¹¹¹.

A pesquisa realizada até o momento demonstra que, em razão da generalidade com que foi elaborada pelo legislador, a Teoria da Fonte Independente não encontra ampla aceitação na doutrina. Na visão de Aury Lopes Júnior, pela adoção dessa teoria, provas efetivamente contaminadas, portanto ilícitas, acabam sendo utilizadas

¹⁰⁸ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 14. ed. – São Paulo: Saraiva, 2017. p. 405.

¹⁰⁹ A Teoria da Fonte Independente, como já mencionado, encontra previsão legal, tanto no § 1º (parte final) do artigo 157 do Código de Processo Penal (“São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado nexo de causalidade entre uma e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras”), quanto no § 2º, do mesmo artigo, dispositivo por meio do qual o legislador procurou conceituar a fonte independente (“Considera-se fonte independente aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova”).

¹¹⁰ GONÇALVES, Victor Eduardo Rios; REIS, Alexandre Cebrian Araújo; coordenador Pedro Lenza. **Direito processual penal esquematizado**. 6. ed. – São Paulo: Saraiva, 2017. p. 277.

¹¹¹ LIMA, Renato Brasileiro de. **Código de Processo Penal comentado**. 2.ed. rev. e atual. – Salvador: JusPodivm, 2017. p. 539.

sob o frágil argumento de que não há clara demonstração de uma relação de causa e efeito com a prova ilícita originária¹¹². Este é o posicionamento do autor¹¹³:

Mas desde logo uma questão deve ficar clara: em ambas, a prova posterior é derivada da anterior, mas o legislador tergiversa o efeito “dominó” ao estabelecer “ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras”. Ora, quando a prova não é derivada, não há nexos causal e não há que se falar em contaminação. As teorias da descoberta inevitável e da fonte independente atuam quando existe nexos causal (logo, contaminação), mas a prova “poderia” ser obtida de outra forma ou quando a descoberta “seria inevitável”. Ambas se situam no campo da futurologia, da perspectiva, da prognose, mas sem qualquer dado de concretude probatória. São efetivamente derivadas, mas como “poderiam” ser obtidas de qualquer forma ou por qualquer fonte, acabam sendo legitimadas. É, sem dúvida, uma validação de uma prova derivada de ilícita.

Na mesma linha, é o entendimento de Fernando Capez¹¹⁴:

Finalmente cabe aqui um comentário acerca das limitações da fonte independente e da descoberta inevitável. No primeiro caso, se não existe nexos de causalidade entre a nova evidência e a prova anteriormente produzida, isto significa que uma não derivou da outra. Se a causa geradora da prova for absolutamente independente em relação à anterior, é porque uma nada tinha a ver com a outra, sendo incabível falar em prova ilícita por derivação. Em outras palavras, se o fruto derivou de outra árvore distinta da envenenada, não há que se falar na teoria dos frutos da árvore envenenada.

Como se vê, Fernando Capez aparenta não concordar com a Teoria da Fonte Independente por entender que, se a prova adveio de fonte absolutamente independente, sequer haveria derivação desta prova com relação à ilícita originária. Abaixo, o autor complementa¹¹⁵:

A regra da limitação da fonte independente é, portanto, supérflua, desnecessária. Basta aplicar a conhecida teoria da *conditio sine qua non* e o critério da eliminação hipotética: se ao excluir a prova anterior da cadeia causal a nova prova continuar existindo, é porque não foi causada por aquela, sendo incabível a alegação de ilicitude da prova por derivação. Se, ao contrário, a prova produzida estiver arrimada ou justificada na prova ilícita anterior, não se poderá alegar independência de fonte, ante o critério da eliminação hipotética (excluída a prova ilícita, desaparece a produção da prova dela derivada, revelando-se o nexos de interdependência entre ambas).

Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar também aparentam não concordar com a Teoria da Fonte Independente como uma forma de excludente da ilicitude

¹¹² LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 14. ed. – São Paulo: Saraiva, 2017. p. 402.

¹¹³ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 14. ed. – São Paulo: Saraiva, 2017. p. 402.

¹¹⁴ CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 23. ed. – São Paulo: Saraiva, 2016. pp. 380.

¹¹⁵ CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 23. ed. – São Paulo: Saraiva, 2016. pp. 380.

derivada, em que pese demonstrem aceitar sua aplicação. Nas palavras dos autores¹¹⁶:

A prova absolutamente independente, ou limitação da fonte independente (*independent source limitation*), não seria propriamente uma exceção aos efeitos da teoria dos frutos da árvore envenenada, e sim uma teoria coexistente, permitindo justamente a devida integração, partindo-se do pressuposto de que, não havendo vínculo entre as provas, não há de se falar em reflexos irradiando contaminação àquelas provas que não derivaram da ilícita.

Gustavo Badaró, por sua vez, reprova o texto legal, referindo que, ao procurar definir o que se considera como fonte independente, o § 2º do artigo 157 do Código de Processo Penal foi, nas palavras do autor, “extremamente infeliz”, porquanto acabou, como já se abordou anteriormente, definindo outra exceção, qual seja a da descoberta inevitável¹¹⁷. A crítica de Gustavo Badaró está no fato de que os termos utilizados pelo legislador foram tão amplos e vagos que acabam permitindo o esvaziamento da regra geral da vedação das provas ilícitas derivadas¹¹⁸.

Em contrapartida, Guilherme de Souza Nucci aparentemente concorda com a Teoria da Fonte Independente, ao passo que demonstra entender ser esta a única exceção à aplicação da Teoria da Ilícitude Derivada¹¹⁹:

Considerando-se que a prova ilícita não pode gerar outra ou outras que se tornem lícitas, ao contrário, todas as que advierem da ilícita são igualmente inadmissíveis, a única exceção concentra-se na prova de fonte independente. A prova originária de fonte independente não se macula pela ilicitude existente em prova correlata.

No curso do trabalho, será necessário o aprofundamento deste instituto, verificando-se a legitimidade, ou não, desta teoria. Atualmente, é utilizada pela jurisprudência para o afastamento da ilicitude da prova¹²⁰. Neste momento inicial da

¹¹⁶ TAVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. 12.ed. rev. e atual. – Salvador: JusPodivm, 2017. p. 633.

¹¹⁷ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 5. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. p. 418.

¹¹⁸ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 5. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. p. 418.

¹¹⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 14. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 351.

¹²⁰ Neste sentido, segue precedente do Superior Tribunal de Justiça: “Processual Penal. Habeas Corpus Substitutivo de Recurso Ordinário. Não Cabimento. Tráfico de Drogas. Acesso aos Danos Armazenados em Telefone Celular (Mensagens do Aplicativo Whatsapp). Ausência de Autorização Judicial. Nulidade das Provas. Configuração. Anterior Apreensão de Cerca de Um Quilo de Entorpecentes. Diversidade, Fracionamento e Forma de Acondicionamento. Valores em Dinheiro. Condenação Fundada em Provas Autônomas. Fonte Independente. Flagrante Ilegalidade Não Evidenciada. Habeas Corpus Não Conhecido. [...] III- In casu, os policiais tiveram acesso aos dados do aplicativo WhatsApp contidos no aparelho celular do paciente no momento da prisão em flagrante, sem autorização judicial. Todavia, ainda que a referida prova seja desconsiderada, porquanto nula,

pesquisa, parece que há perigo na aplicação da referida teoria, podendo-se, no caso concreto, verificar clara ofensa ao Princípio da Inadmissibilidade das Provas Ilícitas, situação que maculará todo o processo.

2.3.2. Teoria da Descoberta Inevitável

Por força da Teoria da Descoberta Inevitável, conforme refere Renato Brasileiro de Lima, restando demonstrado que a prova derivada da ilícita seria produzida de qualquer modo, independentemente da prova ilícita originária, tal prova deve ser considerada válida¹²¹. Quanto à finalidade da mencionada teoria, explicam Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar¹²²:

O que se deseja é impedir a contaminação de provas decorrentes de uma ilícita, caso o seu descobrimento seja inevitável. É dizer, se uma determinada prova viria aos autos de qualquer maneira, mesmo que a ilicitude não tivesse acontecido, esta deve ser encarada como uma fatalidade, e o vínculo entre a prova originária e a derivada não deve levar a mácula desta última.

Todavia, conforme assevera Fernando Capez, é necessário que todos os procedimentos válidos que acabariam por resultar na descoberta da prova já estejam

subsistem elementos autônomos suficientes para manter a condenação pelo crime de tráfico de drogas. IV- Antes que ocorresse o acesso dos policiais aos dados do celular, foram apreendidos em poder do paciente quase um quilo de entorpecentes variados ("75 porções de cocaína, com peso líquido de 19,13 gramas, 50 porções individuais e uma porção grande de crack, com peso líquido de 350,87 gramas e 42 porções individuais e uma porção grande de maconha, com peso líquido de 575,64 gramas" (fl. 16), além de determinada quantia em dinheiro. V- A apreensão de elevada quantidade de drogas, cuja diversidade, fracionamento e forma de acondicionamento, além de valores em dinheiro, constituem provas autônomas da traficância, e emanam de fonte independente, não restando evidenciado nexos causal com a ilicitude originária [...] Habeas corpus não conhecido. (HC 422.299-SP, Rel. Min. Felix Fischer, julgado em 24/04/2018, DJe 02/05/2018)". (BRASÍLIA. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 422.299 – São Paulo (2017/0279162-9)**. Desembargador Relator Ministro Felix Fischer, Quinta Turma. Brasília, julgado em 24 de abril de 2018). Igualmente demonstrando o uso da Teoria da Fonte Independente tem-se o seguinte precedente: "Penal e Processual Penal. Agravo Regimental no Recurso Especial. Roubo Qualificado. Fundamentos da Decisão Recorrida. Ausência de Impugnação. Súmula 182/STJ. Pleito Absolutório. Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada. Inaplicabilidade. Existência de Fonte de Prova Independente. Súmula 83/STJ. Agravo Parcialmente Conhecido e, Nesta Parte, Improvido. [...] 2. O Tribunal de origem afastou a incidência da teoria dos frutos da árvore envenenada ao entendimento de que, apesar da ilegalidade da prisão e do reconhecimento dos acusados no distrito policial, existiriam outros elementos de convicção nos autos, que seriam fontes independentes de provas, aptos a ensejar o decreto condenatório. 3. Conforme a jurisprudência desta Corte, demonstrada a existência de fonte independente, a nulidade do ato não tem o condão de invalidar as provas subsequentes. Incidência da Súmula 83/STJ. 4. Agravo regimental parcialmente conhecido e, nesta parte, improvido. (AgRg no REsp 1.573.910-SP, Rel. Min. Nefi Cordeiro, julgado em 22/03/2018, DJe 03/04/2018)". (BRASÍLIA. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.573.910 – São Paulo (2015/0312701-0)**. Desembargador Relator Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 22 de março de 2018).

¹²¹ LIMA, Renato Brasileiro de. **Código de Processo Penal comentado**. 2.ed. rev. e atual. – Salvador: JusPodivm, 2017. p. 541.

¹²² TAVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. 12.ed. rev. e atual. – Salvador: JusPodivm, 2017. p. 633.

devidamente iniciados quando da produção paralela da prova derivada da prova ilícita originária. Nas palavras do autor: “Ao contrário, se a prova autônoma nada havia produzido, quando teve início a prova ilícita, neste caso, não se aplica a regra de admissibilidade prevista na nova lei”¹²³.

Como se vê, a aplicação da Teoria da Descoberta Inevitável não pode se dar de forma indiscriminada. Para que seja regular, faz-se necessária a observância de alguns requisitos, como salienta Renato Brasileiro de Lima¹²⁴:

A aplicação dessa teoria não pode ocorrer com base em dados meramente especulativos, sendo indispensável a existência de dados concretos a confirmar que a descoberta seria inevitável. Somente com base em fatos históricos demonstrados capazes de pronta verificação será possível dizer que a descoberta seria inevitável. Em outras palavras, não basta um juízo do possível. É necessário um juízo do provável, baseado em elementos concretos de prova.

Seguindo o mesmo raciocínio, Fernando Capez refere que, ainda que se permita que uma dada prova, a despeito de sua ilicitude, seja considerada válida sob o argumento de que acabaria sendo descoberta de qualquer modo, é necessário extrema cautela do julgador para não tornar sem efeito a cláusula de garantia da proibição das provas ilícitas¹²⁵. Ou seja, a pesquisa realizada até o momento demonstra a necessidade de uma especial atenção durante a análise das circunstâncias que alegadamente resultariam na descoberta da prova, para verificar se, de fato, se está diante de hipótese de aplicação da Teoria da Descoberta Inevitável. Do contrário, aparentemente a teoria poderá se tornar apenas um subterfúgio para maquiar a ilicitude da prova derivada.

Indicando aceitação da teoria, manifestam-se Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar¹²⁶:

Na descoberta inevitável, o nexó existe, mas não é decisivo, pois a prova derivada, mesmo que a ilicitude não se operasse, ainda assim seria produzida dentro da lei. Era apenas uma questão de tempo.

Contudo cumpre mencionar o questionamento de Renato Brasileiro de Lima quanto à constitucionalidade da Teoria da Descoberta Inevitável: “Seria possível que

¹²³ CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 23. ed. – São Paulo: Saraiva, 2016. p. 380.

¹²⁴ LIMA, Renato Brasileiro de. **Código de Processo Penal comentado**. 2.ed. rev. e atual. – Salvador: JusPodivm, 2017. p. 541.

¹²⁵ CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 23. ed. – São Paulo: Saraiva, 2016. pp. 380.

¹²⁶ TAVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. 12.ed. rev. e atual. – Salvador: JusPodivm, 2017. p. 634.

o legislador infraconstitucional instituísse tal restrição à prova ilícita por derivação?”. Como aspecto justificador da suposta inconstitucionalidade da teoria, o autor apresenta o argumento de que sua aplicação pode colocar em risco a finalidade da vedação constitucional às provas ilícitas¹²⁷. No curso do trabalho será necessário o aprofundamento deste instituto, verificando-se a constitucionalidade, ou não, desta teoria.

2.3.3. Teoria do Nexo Causal Atenuado

Segundo a Teoria do Nexo Causal Atenuado, também chamada de “Limitação da Mancha Purgada”, não se reconhece ilicitude na prova derivada se o nexos causal entre esta e a prova ilícita originária for atenuado em virtude do transcurso do tempo ou de circunstância superveniente capaz de romper a mácula da ilicitude¹²⁸. De acordo com a teoria em questão, segundo refere Renato Brasileiro de Lima, a ilicitude pode ser afastada conforme a relevância da ilegalidade, ou, ainda, se houver vontade de um dos envolvidos em colaborar com a persecução criminal. Aparentemente, a atenuação do vício da ilicitude originária provoca o desaparecimento do nexos causal entre a prova ilícita originária e a prova subsequente, não sendo mais hipótese de ilicitude por derivação¹²⁹.

Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar esclarecem os limites da relação entre a prova derivada e a prova originária, necessários para que a aplicação da Teoria do Nexo Causal Atenuado seja possível¹³⁰:

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

¹²⁷ LIMA, Renato Brasileiro de. **Código de Processo Penal comentado**. 2.ed. rev. e atual. – Salvador: JusPodivm, 2017. p. 541.

¹²⁸ LIMA, Renato Brasileiro de. **Código de Processo Penal comentado**. 2.ed. rev. e atual. – Salvador: JusPodivm, 2017. p. 543.

¹²⁹ LIMA, Renato Brasileiro de. **Código de Processo Penal comentado**. 2.ed. rev. e atual. – Salvador: JusPodivm, 2017. p. 543.

¹³⁰ TAVORA, Nestor. **Curso de direito processual penal** / Nestor Távora, Rosmar Rodrigues Alencar – 12.ed. rev. e atual. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2017. p. 634.

Ainda no intuito de elucidar a questão, oportuno trazer a explicação sobre a origem do instituto. Nas palavras de Renato Brasileiro de Lima¹³¹:

Esta teoria foi desenvolvida no caso WONG SUN v. US (1963), em que a polícia, de maneira ilegal, ingressou no domicílio de “A” sem *causa provável* (indícios probatórios necessários para tanto), efetuando em seguida sua prisão. Dessa prisão *ilegal* resultou a apreensão de drogas em posse de “B”, o qual, por sua vez, disse ter recebido a droga de “C”, que também foi preso de maneira ilegal. Dias mais tarde, após “C” ter sido colocado em liberdade, resolveu voluntariamente confessar aos policiais a prática do delito, durante seu interrogatório policial. Quanto à apreensão da droga com “B” e suas declarações, entendeu a Suprema Corte tratar-se de prova ilícita por derivação, eis que resultado da entrada ilegal na casa de “A”. No entanto, concluiu que a teoria dos frutos da árvore envenenada não teria o condão de contaminar o que se apurou contra “C”, pois sua ação voluntária de confessar a prática delituosa após ter sido solto e advertido de seus direitos, teria tornado a conexão entre a prisão ilegal e a declaração tão atenuada que o *veneno* da ilegalidade originária teria se dissipado.

Cumpre salientar, ainda, que a Teoria do Nexo Causal Atenuado não encontra expressa positivação na legislação processual penal. Contudo, conforme esclarece Renato Brasileiro de Lima, apesar da lacuna legislativa, construiu-se um entendimento de que, ao escolher a redação do artigo 157, § 1º, do Código de Processo Penal, o legislador utilizou a ideia da “ausência de nexo de causalidade entre a prova ilícita originária e a prova subsequente” para referir a excludente em questão¹³². Neste momento inicial da pesquisa, parece que esta teoria é, em verdade, pautada em mera suposição, a qual relativiza perigosamente a vedação constitucional ao uso de provas ilícitas no processo, sem, nem ao menos, haver previsão legal expressa apta a justificar sua aplicação.

2.3.4. Teoria do Encontro Fortuito de Provas

De acordo com a Teoria do Encontro Fortuito de Provas, também chamada de “Princípio da Serendipidade”, não se reconhece ilicitude em eventual prova inesperadamente obtida durante investigação regular de crime diverso do relacionado à prova encontrada¹³³. Na hipótese, a prova decorrente de encontro fortuito é considerada válida, sendo admitida no processo penal. Contudo Renato Brasileiro de Lima ressalta que não pode haver irregularidade na realização da diligência que

¹³¹ LIMA, Renato Brasileiro de. **Código de Processo Penal comentado**. 2.ed. rev. e atual. – Salvador: JusPodivm, 2017. p. 543.

¹³² LIMA, Renato Brasileiro de. **Código de Processo Penal comentado**. 2.ed. rev. e atual. – Salvador: JusPodivm, 2017. p. 543.

¹³³ LIMA, Renato Brasileiro de. **Código de Processo Penal comentado**. 2.ed. rev. e atual. – Salvador: JusPodivm, 2017. p. 546.

resultou na obtenção da prova, sob pena desta se tornar inválida¹³⁴. Nas palavras do autor¹³⁵:

Fala-se em encontro fortuito de provas quando a prova de determinada infração penal é obtida a partir de diligência regularmente autorizada para a investigação de outro crime. Nesses casos, a validade da prova inesperadamente obtida está condicionada à forma como foi realizada a diligência: se houve desvio de finalidade, abuso de autoridade, a prova não deve ser considerada válida; se o encontro da prova foi casual, fortuito, a prova é válida.

Como exemplo da aplicação desta teoria, Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar referem hipótese de interceptação telefônica, mediante a devida autorização judicial, com a finalidade específica de apurar infração penal relativa a certo investigado, mas que, no curso da diligência, acaba a autoridade policial tendo notícia de prova ou de fonte de prova referente a delito diverso do apurado, atribuído ao mesmo suspeito ou a outra pessoa¹³⁶.

Neste aspecto, importante referir a ressalva feita pelo autor Aury Lopes Júnior, “em suma, há que se atentar para a vinculação causal da prova como forma de evitar-se o substancialismo inquisitório e as investigações genéricas, verdadeiros ‘arrastões’ sem qualquer vinculação com a causa que os originou”¹³⁷. Ou seja, a diligência deve ser plenamente justificada, cumprindo com todas as exigências de regularidade, para que a prova fortuitamente encontrada fique desvinculada da ilicitude.

Neste momento inicial de pesquisa, parece possível a aceitação da Teoria do Encontro Fortuito de Provas, desde que sejam observados os requisitos de regularidade da diligência que resultou na obtenção da prova, requisitos estes que, no curso do trabalho, serão estudados e aprofundados. Do contrário, a prova se tornará ilícita, não sendo admitida no processo, pois eivada de vício.

2.4. Teoria da Proporcionalidade ou do Sacrifício

Ainda que não se trate de teoria classificada como excludente de ilicitude (como as teorias referidas anteriormente), a Teoria da Proporcionalidade também merece

¹³⁴ LIMA, Renato Brasileiro de. **Código de Processo Penal comentado**. 2.ed. rev. e atual. – Salvador: JusPodivm, 2017. p. 546.

¹³⁵ LIMA, Renato Brasileiro de. **Código de Processo Penal comentado**. 2.ed. rev. e atual. – Salvador: JusPodivm, 2017. pp. 546-547.

¹³⁶ TAVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. 12.ed. rev. e atual. – Salvador: JusPodivm, 2017. pp. 639-640.

¹³⁷ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 14. ed. – São Paulo: Saraiva, 2017. p. 387.

menção, porquanto autorizadora da utilização de prova ilícita no processo penal. Com base nesta teoria, torna-se possível a aceitação de prova manifestamente ilícita no processo penal, quando sua utilização servir para beneficiar o acusado, ainda que represente o sacrifício de direito de menor relevância – fala-se, portanto, em aplicação do Princípio da Proporcionalidade *pro reo*. A justificativa da flexibilização da vedação constitucional está no fato de que a liberdade de um inocente se sobrepõe à proteção de direito eventualmente sacrificado durante a obtenção da prova (dessa inocência)¹³⁸.

Portanto, como bem esclarecem Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar, para que se permita a utilização de prova ilícita no processo penal pelo Princípio da Proporcionalidade, é imperioso que se esteja diante de situação de relevante conflito entre direitos fundamentais¹³⁹. Segundo os autores¹⁴⁰:

O conflito entre bens jurídicos tutelados pelo ordenamento leva o intérprete a dar prevalência àquele bem de maior relevância. Nesta linha, se de um lado está o **jus puniendi** estatal e a legalidade na produção probatória, e o do outro o **status libertatis** do réu, que objetiva demonstrar a inocência, este último bem deve prevalecer, sendo a prova utilizada, mesmo que ilícita, em seu benefício.

Por se tratar de flexibilização de norma constitucional, parece essencial que se esteja diante de conflito entre direitos fundamentais relevantes. Conforme referido por Aury Lopes Júnior, situação típica da aplicação da teoria em questão ocorre quando “o réu, injustamente acusado de um delito que não cometeu, viola o direito à intimidade, imagem, inviolabilidade do domicílio, das comunicações etc. de alguém para obter uma prova de sua inocência”¹⁴¹. Neste caso, ocorre conflito entre o direito à liberdade daquele injustamente acusado e o direito à intimidade do detentor da prova. Nesta situação, parece que, de fato, deve prevalecer a liberdade do inocente, o qual se encontra sob a ameaça de uma condenação injusta.

O posicionamento da doutrina quanto à aceitação do Princípio da Proporcionalidade *pro reo* parece ser uníssono¹⁴². Nas palavras de Aury Lopes Júnior:

¹³⁸ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 14. ed. – São Paulo: Saraiva, 2017. p. 398.

¹³⁹ TAVORA, Nestor. **Curso de direito processual penal** / Nestor Távora, Rosmar Rodrigues Alencar – 12.ed. rev. e atual. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2017. p. 636.

¹⁴⁰ TAVORA, Nestor. **Curso de direito processual penal** / Nestor Távora, Rosmar Rodrigues Alencar – 12.ed. rev. e atual. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2017. p. 636.

¹⁴¹ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 14. ed. – São Paulo: Saraiva, 2017. p. 398.

¹⁴² Neste sentido, estão Gabriel Silveira de Queirós Campos (CAMPOS, Gabriel Silveira de Queirós. **Provas Ilícitas e Ponderação de Interesses no Processo Penal**. – Salvador: JusPodivm, 2015. p. 220), Luiz Francisco Torquato Avolio (AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas Ilícitas**.

“Desnecessário argumentar que a condenação de um inocente fere de morte o valor ‘justiça’, pois o princípio supremo é o da proteção dos inocentes no processo penal”

¹⁴³. No mesmo sentido, posiciona-se Fernando Capez¹⁴⁴:

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

Nesta fase inicial da pesquisa, parece que a utilização do Princípio da Proporcionalidade *pro reo*, ainda que contrarie preceito constitucional, representa clara obediência à própria finalidade do Direito, prestando-se a permitir o uso de prova ilícita no processo com a finalidade de evitar condenação injusta. Ressalta-se, contudo, que a flexibilização da norma proibitiva *pro societate* não encontra a mesma aplicação.

No entendimento majoritário da doutrina, não se permite a aplicação da ponderação para beneficiar a acusação¹⁴⁵. Isso porque, nas palavras de Alexandre Cebrian Reis e Victor Gonçalves, “não seria lógico que o Estado, a pretexto de distribuir a justiça, permitisse que seus agentes ou que particulares violassem normas jurídicas para garantirem o sucesso do esforço probatório” ¹⁴⁶. Ou seja, o Estado não

Interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas. 6. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 73), Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco e Antônio Carlos de Araújo Cintra (GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo.** 31. ed. rev. e ampl. – São Paulo: PC Editorial Ltda, 2015. p. 431), Guilherme Madeira Dezem (DEZEM, Guilherme Madeira. **Curso de Processo Penal.** 2. ed. em e-book baseada na 2. ed. impressa – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 209), Vicente Greco Filho (GRECO FILHO, Vicente. **Manual de processo penal.** 9. ed. rev. e atual. em e-book – São Paulo: Saraiva, 2012. p. 285) e Norberto Avena (AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. **Processo Penal.** 9. ed. rev. e atual. em e-book – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017. p. 333).

¹⁴³ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal.** 14. ed. – São Paulo: Saraiva, 2017. p. 399.

¹⁴⁴ CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal.** 23. ed. – São Paulo: Saraiva, 2016. p. 375.

¹⁴⁵ Neste sentido, estão: Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco e Antônio Carlos de Araújo Cintra (GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo.** 31. ed. rev. e ampl. – São Paulo: PC Editorial Ltda, 2015. pp. 431-432), Renato Brasileiro de Lima (LIMA, Renato Brasileiro de. **Código de Processo Penal comentado.** 2.ed. rev. e atual. – Salvador: JusPodivm, 2017. p. 510), Alexandre Cebrian Reis e Victor Gonçalves (GONÇALVES, Victor Eduardo Rios; REIS, Alexandre Cebrian Araújo; coordenador Pedro Lenza. **Direito processual penal esquematizado.** 6. ed. – São Paulo: Saraiva, 2017. p. 279) e Aury Lopes Júnior (LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal.** 14. ed. – São Paulo: Saraiva, 2017. p. 397).

¹⁴⁶ GONÇALVES, Victor Eduardo Rios; REIS, Alexandre Cebrian Araújo; coordenador Pedro Lenza. **Direito processual penal esquematizado.** 6. ed. – São Paulo: Saraiva, 2017. p. 269.

pode valer-se de prática ilícita para promover a persecução penal contra ato ilícito, ainda que sob o pretexto de promover o bem comum.

Quanto às razões pelas quais o Princípio da Proporcionalidade não encontra a mesma aplicação *pro societate* que possui *pro reo*, cumpre trazer o esclarecimento de Renato Brasileiro de Lima¹⁴⁷:

Aos olhos do leigo, soa desarrazoado permitir-se a absolvição de um culpado pelo fato de a prova contra ele produzida ter sido obtida por meios ilícitos. Para ele, os fins justificam os meios. Não obstante tal visão (equivocada), em um Estado Democrático de Direito, a descoberta da verdade não pode ser feita a qualquer preço. Mesmo que em prejuízo da apuração da verdade, no prol do ideal maior de um processo justo, condizente com o respeito aos direitos e garantias fundamentais da pessoa humana, não se pode admitir a utilização em um processo de provas obtidas por meios ilícitos.

Como se vê, ainda que o uso de prova ilícita pelo Estado para condenação de um culpado aparente favorecer a sociedade, tal prática, ao fim e ao cabo, representa o desrespeito pelo Estado a direitos e garantias individuais – conduta que, em si, não pode ser entendida como benéfica à sociedade. Aqui, volta-se à ideia de que – como já mencionado no item 1.1.1 do presente projeto de pesquisa –, no processo penal, deve prevalecer a busca pela verdade formal (em detrimento da verdade real, perseguida a qualquer custo), assegurando-se que a produção probatória seja exercida mediante estrita observância aos direitos e garantias individuais. Neste ponto, se mostra oportuna a ressalva feita por Renato Brasileiro de Lima¹⁴⁸:

A eficiência processual, compreendida como a funcionalidade dos mecanismos processuais tendentes a alcançar a finalidade do processo, que é a apuração dos fatos e das responsabilidades, não pode prescindir do respeito aos direitos e garantias fundamentais, sob pena de deslegitimação do sistema punitivo. Deveras, seria de todo contraditório que, em um processo criminal, destinado à apuração da prática de um ilícito penal, o próprio Estado se valesse de métodos violadores de direitos, comprometendo a legitimidade de todo o sistema punitivo, pois ele mesmo estaria se utilizando do ilícito penal.

Como visto, muito embora a utilização de prova ilícita em benefício da acusação pareça favorecer ao interesse público – mesmo que para condenar pessoa sabidamente culpada –, quando analisada mais a fundo, vê-se que a hipótese é claramente contrária ao interesse da sociedade como um todo, pois representa a permissão ao poder público de descumprir a lei conforme seus interesses, o que gera

¹⁴⁷ LIMA, Renato Brasileiro de. **Código de Processo Penal comentado**. 2.ed. rev. e atual. – Salvador: JusPodivm, 2017. p. 532.

¹⁴⁸ LIMA, Renato Brasileiro de. **Código de Processo Penal comentado**. 2.ed. rev. e atual. – Salvador: JusPodivm, 2017. pp. 532-533.

um precedente muito perigoso e ameaçador das garantias dos jurisdicionados¹⁴⁹. Este é, também, o posicionamento de Aury Lopes Júnior¹⁵⁰:

Para os seguidores dessa corrente, a prova ilícita, em certos casos, tendo em vista a relevância do interesse público e ser preservado e protegido, poderia ser admitida. Abranda a proibição para admitir a prova ilícita, em casos excepcionais e graves, quando a obtenção e a admissão forem consideradas a única forma possível e razoável para proteger a outros valores fundamentais. A intenção é evitar aqueles resultados repugnantes e flagrantemente injustos. No Brasil é adotada com reservas, sobretudo, nas questões de direito de família. Em matéria penal, são raras as decisões que a adotam. O perigo dessa teoria é imenso, na medida em que o próprio conceito de “proporcionalidade” é constantemente manipulado e serve a qualquer senhor. Basta ver a quantidade imensa de decisões e até de juristas que ainda operam no reducionismo binário do *interesse público x interesse privado*, para justificar a restrição de direitos fundamentais (e, no caso, até a condenação) a partir da ‘prevalência’ do interesse público... É um imenso perigo (grave retrocesso) lançar mão desse tipo de conceito jurídico indeterminado e, portanto, manipulável, para impor restrição de direitos fundamentais.

Mesmo aqueles que demonstram simpatia pela corrente que admite a prova ilícita em favor da acusação parecem reconhecer o perigo que tal prática representaria às garantias constitucionais. Nesta linha, Fernando Capez, aparentemente, concorda com a flexibilização da norma proibitiva *pro societate*, desde que demonstrada a prevalência do interesse público na aceitação da prova¹⁵¹. Contudo o próprio autor destaca que a adoção da sobredita teoria não é aceita pelos Tribunais Superiores Brasileiros, haja vista o receio de esvaziamento das garantias constitucionais¹⁵². Nas palavras do autor¹⁵³:

No que tange ao princípio da proporcionalidade *pro societate*, consistente na admissibilidade das provas ilícitas, quando demonstrada a prevalência do interesse público na persecução penal, a tendência atual da jurisprudência dos Tribunais Superiores é a da sua não adoção. De acordo com esse entendimento, a não admissão de mecanismos de flexibilização das garantias constitucionais tem o objetivo de preservar o núcleo irredutível de direitos individuais inerentes ao devido processo legal, mantendo a atuação do poder público dentro dos limites legais. As medidas excepcionais de constrição de direitos não podem, assim, ser transformadas em práticas comuns de investigação.

¹⁴⁹ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 14. ed. – São Paulo: Saraiva, 2017. p. 397.

¹⁵⁰ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 14. ed. – São Paulo: Saraiva, 2017. p. 397.

¹⁵¹ No mesmo sentido, estão Gabriel Silveira de Queirós Campos (CAMPOS, Gabriel Silveira de Queirós. **Provas Ilícitas e Ponderação de Interesses no Processo Penal**. – Salvador: JusPodivm, 2015. pp. 231-232) e Norberto Avena (AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. **Processo Penal**. 9. ed. rev. e atual. em e-book – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017. p. 333).

¹⁵² CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 23. ed. – São Paulo: Saraiva, 2016. p. 375.

¹⁵³ CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 23. ed. – São Paulo: Saraiva, 2016. p. 375.

Eugênio Pacelli, por sua vez, apresenta-se favorável à aplicação do Princípio da Proporcionalidade *pro societate*. Entretanto, o autor defende que a flexibilização da norma proibitiva em favor da acusação não pode se dar de forma indiscriminada, restringindo a admissibilidade de provas ilícitas em favor da acusação somente em caso de extrema gravidade e em situações que a produção da prova ilícita não partir do Estado¹⁵⁴:

(...) voltando à questão do aproveitamento da prova ilícita em favor da acusação, diríamos que o critério de proporcionalidade poderá validamente ser utilizado, nas hipóteses em que não estiver em risco a *aplicabilidade potencial e finalística* da norma da inadmissibilidade. Por *aplicabilidade potencial e finalística* estamos nos referindo à função de controle da atividade estatal (responsável pela produção da prova) que desempenha a norma do art. 5º, LVI, da CF. Assim, quando não se puder falar no incremento ou no estímulo da prática de ilegalidade pelos agentes produtores da prova, pensamos ser possível, em tese, a aplicação da regra da proporcionalidade.

Como exemplo de situação em que caberia a aplicação do Princípio da Proporcionalidade *pro societate*, Eugênio Pacelli sugere caso de crime de natureza sexual contra menores, em que a prova obtida com violação a direitos e garantias individuais do acusado tenha sido produzida por uma das vítimas, sem intervenção ou participação do Estado na produção da prova¹⁵⁵. Na visão do autor, não sendo constatado abuso de poder pelo Estado, ou incentivo deste à ação abusiva por parte do particular que obteve a prova, não há porque não se utilizar tal prova para condenar o acusado sabidamente culpado¹⁵⁶.

¹⁵⁴ PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**. 21. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2017. p. 197.

¹⁵⁵ PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**. 21. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2017. pp. 197-198. Nas palavras do autor: “Trata-se de decisão da Suprema Corte, no julgamento do RE nº 251.445/GO (DJU 3.8.2000), Relator o eminente Min. Celso de Mello, que afirmou a ilicitude e a inadmissibilidade da prova, em razão de ter sido obtida com violação do domicílio do suposto autor. O fato envolvia crimes de natureza sexual contra menores (registro e manutenção de fotografias pornográficas). Acreditamos que a Suprema Corte perdeu uma grande oportunidade de aplicação do critério da proporcionalidade. É que a aplicação da norma da vedação das provas ilícitas *naquele caso* não cumpriu qualquer um de seus propósitos finalísticos. Ora, se a mais relevante função desempenhada pela garantia da inadmissibilidade da prova ilícita, para além de sua dimensão ética, é servir como fator inibitório e intimidatório de práticas ilegais por parte dos órgãos responsáveis pela produção da prova, constata-se que, em nenhum momento, tal missão foi cumprida. Ou, mais ainda, em nenhum momento, colocou-se em risco o incremento das atividades policiais abusivas. E assim nos parece porque quem *produziu a prova* não foi o Estado, e, sim, um particular, que, à evidência, não se dedica a essa função (a de produtor de provas para o processo penal). Pior: um dos autores da subtração da prova era uma das vítimas. Constata-se, com efeito, que o Estado não agiu com qualquer abuso de poder, ou com incentivo à ação abusiva por parte do menor, ao receber a prova de um fato praticado com violação ao direito”. (PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**. 21. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2017. pp. 197-198).

¹⁵⁶ PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**. 21. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2017. p. 198.

Ainda que plenamente justificado o posicionamento de Eugênio Pacelli, aparentemente seu entendimento não encontra respaldo doutrinário ou jurisprudencial. Neste momento inicial da pesquisa, parece assistir razão a Renato Brasileiro de Lima, no sentido de que a admissibilidade da prova ilícita *pro societate*, nos moldes atualmente aplicados em favor da defesa, conferiria ao Estado legitimidade ampla e irrestrita para violar direitos fundamentais, tornando letra morta o preceito constitucional que prevê a inadmissibilidade das provas ilícitas¹⁵⁷.

Desta forma, prevalece o entendimento de que, ao criar precedente autorizando o uso de prova ilícita no processo penal em razão do interesse público, estar-se-ia, ao fim e ao cabo, convalidando todas as provas ilícitas, visto que, quando não em benefício do réu, se dariam em prol do interesse público¹⁵⁸. Portanto, em atenção às diretrizes inerentes ao Estado Democrático de Direito e à necessidade de contenção do ente público por meio das restrições constitucionais e infraconstitucionais, não se mostra adequado promover a flexibilização das garantias constitucionais conferidas aos jurisdicionados, em prol do exercício da atividade probatória pelo Estado.

9 METODOLOGIA

A metodologia consistirá em pesquisa bibliográfica e jurisprudencial e será feita pelo método de abordagem dedutivo.

¹⁵⁷ LIMA, Renato Brasileiro de. **Código de Processo Penal comentado**. 2.ed. rev. e atual. – Salvador: JusPodivm, 2017. p. 510.

¹⁵⁸ LIMA, Renato Brasileiro de. **Código de Processo Penal comentado**. 2.ed. rev. e atual. – Salvador: JusPodivm, 2017. p. 510.

10 CRONOGRAMA

ATIVIDADES	FEV	MAR	ABR	MAI	JUN	AGO	SET	OUT	NOV	DEZ
Escolha do tema e do orientador										
Encontros com o orientador										
Pesquisa bibliográfica preliminar										
Leituras e elaboração de resumos										
Elaboração do projeto										
Entrega do projeto de pesquisa										
Defesa										
Revisão bibliográfica complementar										
Redação do capítulo 1										
Redação do capítulo 2										

Redação das considerações iniciais e finais										
Revisão e entrega oficial do trabalho										
Defesa do trabalho em banca										

11 SUMÁRIO PROVISÓRIO

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS
2. A PROVA E O SEU PAPEL NO PROCESSO PENAL
 - 2.1. Conceito de Prova
 - 2.1.1. Verdade Formal e Verdade Material
 - 2.1.2. Os Meios de Prova
 - 2.2. Os Sistemas Processuais e a Gestão de Provas
 - 2.3. Princípios
 - 2.3.1. Princípio da Comunhão da Prova
 - 2.3.2. Princípio da Liberdade da Prova
 - 2.3.3. Princípio da Não Autoincriminação
 - 2.3.4. Princípio da Presunção da Inocência
 - 2.3.5. Princípio da Inadmissibilidade de Provas Ilícitas
 - 2.4. Os Sistemas de Valoração da Prova
 - 2.4.1. Sistema da Prova Tarifada
 - 2.4.2. Sistema da Íntima Convicção
 - 2.4.3. Sistema da Persuasão Racional
3. A PROVA ILÍCITA
 - 3.1. Conceito
 - 3.1.1. Distinção entre Prova Ilegítima e Prova Ilícita
 - 3.2. A Ilcitude por Derivação
 - 3.2.1. Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada
 - 3.3. Teorias Excludentes de Ilcitude da Prova
 - 3.3.1. Teoria da Fonte Independente
 - 3.3.2. Teoria da Descoberta Inevitável
 - 3.3.3. Teoria do Nexo Causal Atenuado
 - 3.3.4. Teoria do Encontro Fortuito de Provas
 - 3.4. Teoria da Proporcionalidade ou do Sacrifício
4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE, Mauro Fonseca. Teoria da gestão da prova: um confronto consigo mesma. **Revista Ibero-Americana de Ciências Penais**, 141-200, 2015. Disponível em <<http://paginasdeprocessopenal.com.br>> Acesso em: 03/06/2018.

AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. **Processo Penal**. 9. ed. rev. e atual. em e-book – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017.

AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas Ilícitas. Interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas**. 6. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 5. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

BRASÍLIA. Superior Tribunal de Justiça. Informativo nº 0563 Período: 29 de maio a 14 de junho de 2015. Quinta Turma. **Direito Processual Penal. Comprovação da menoridade de vítima de crimes sexuais**. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/>> Acesso em: 18/05/2018.

BRASÍLIA. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental do Agravo em Recurso Especial nº 12.700 – Acre (2011/0109782-8)**. Desembargador Relator Ministro Walter de Almeida Guilherme (Desembargador Convocado do Tribunal de Justiça de São Paulo), Quinta Turma. Brasília, julgado em 10 de março de 2015.

BRASÍLIA. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 73.351-4 – São Paulo (1943-1)**. Desembargador Relator Ministro Ilmar Galvão, Presidente Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, julgado em 09 de maio de 1996.

BRASÍLIA. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 422.299 – São Paulo (2017/0279162-9)**. Desembargador Relator Ministro Felix Fischer, Quinta Turma. Brasília, julgado em 24 de abril de 2018.

BRASÍLIA. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.573.910 – São Paulo (2015/0312701-0)**. Desembargador Relator Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 22 de março de 2018.

CAMPOS, Gabriel Silveira de Queirós. **Provas Ilícitas e Ponderação de Interesses no Processo Penal**. – Salvador: JusPodivm, 2015.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 23. ed. – São Paulo: Saraiva, 2016.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O Sistema acusatório. Cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. **Senado: Revista de Informação Legislativa**. Brasília, a. 46, n. 183, p. 103-115, julho-setembro, 2009. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/194935/000871254.pdf>> Acesso em: 01/06/2018.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. As reformas parciais do CPP e a gestão da prova: segue o princípio inquisitivo. **Boletim do IBCCRIM - Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**. n. 188, julho, 2008.

DEZEM, Guilherme Madeira. **Curso de Processo Penal**. 2. ed. em e-book baseada na 2. ed. impressa – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios; REIS, Alexandre Cebrian Araújo; coordenador Pedro Lenza. **Direito processual penal esquematizado**. 6. ed. – São Paulo: Saraiva, 2017.

GRECO FILHO, Vicente. **Manual de processo penal**. 9. ed. rev. e atual. em e-book – São Paulo: Saraiva, 2012.

GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 31. ed. rev. e ampl. – São Paulo: PC Editorial Ltda, 2015.

KHALED JÚNIOR, Salah Hassan. O Sistema Processual Penal brasileiro: Acusatório, misto ou inquisitório? **Civitas: Revista de Ciências Sociais**. Porto Alegre, v. 10, n. 2, p. 293-308, maio-ago, 2010. Disponível em <www.redalyc.org/html/742/74221650008/> Acesso em: 04/06/2018.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Código de Processo Penal comentado**. 2.ed. rev. e atual. – Salvador: JusPodivm, 2017.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 14. ed. – São Paulo: Saraiva, 2017.

LOPES JÚNIOR, Aury. (Re)pensando os sistemas processuais em democracia: a estafa do tradicional problema inquisitório x acusatório. **Boletim do IBCCRIM - Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, n. 251, outubro, 2013.

LORA, Deise Helena. Sistemas Jurídico-Penais Contemporâneos. A verdade como “revelação” no processo penal. Da gênese inquisitorial ao arbítrio do sistema misto. **Sistema Penal & Violência: Revista Eletrônica da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul**, v. 7, n. 2, p. 237-248, julho-dezembro, 2015. Disponível em <<http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/sistemapenaleviolencia/article/view/21086/13932>> Acesso em: 01/06/2018.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 14. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2017.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal comentado**. 16. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2017.

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

RITTER, Ruiz. Os Poderes Instrutórios do Juiz no Processo Penal. **Artigos Jurídicos e Direito em Debate: Revista Eletrônica AJDD**, a. 7, n. 12, 3 p. 1-22, 2017. Disponível em <http://reajdd.com.br/artigos/Revista_Ano_VII_n12/3-RUIZ-MESTRE-ESTADUAL.pdf> Acesso em: 01/06/2018.

SICORA, Karol; PINHEIRO, Rafael Camparra; RIEGER, Renata Jardim da Cunha. Reformas processuais penais em debate: a disciplina da atividade probatória e o ideal político da Lei n. 11.690/2008. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XII, n. 70, nov. 2009. Disponível em <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6833> Acesso em: 04/06/2018

TAVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. 12.ed. rev. e atual. – Salvador: JusPodivm, 2017.