

**FACULDADE EVANGÉLICA DE RUBIATABA
CURSO DE DIREITO
JAQUELINE SOUZA DA SILVA**

A TEORIA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA E AS PROVAS ILÍCITAS

**RUBIATABA/GO
2020**

JAQUELINE SOUZA DA SILVA

A TEORIA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA E AS PROVAS ILÍCITAS

Monografia apresentada como requisito parcial à conclusão do curso de Direito da Faculdade Evangélica de Rubiataba, sob orientação do Professor Mestre Edilson Rodrigues.

**RUBIATABA/GO
2020**

JAQUELINE SOUZA DA SILVA

A TEORIA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA E AS PROVAS ILÍCITAS

Monografia apresentada como requisito parcial à conclusão do curso de Direito da Faculdade Evangélica de Rubiataba, sob orientação do Professor Mestre Edilson Rodrigues.

MONOGRAFIA APROVADA PELA BANCA EXAMINADORA EM 17/07/2020

Mestre Edilson Rodrigues
Orientador
Professor da Faculdade Evangélica de Rubiataba

Especialista Lincoln Deivid Martins
Examinador
Professor da Faculdade Evangélica de Rubiataba

Mestre Rogério Gonçalves Lima
Examinador
Professor da Faculdade Evangélica de Rubiataba

AGRADECIMENTOS

Agradeço, primeiramente, a Deus por me capacitar, me sustentando e dando-me força nessa nova jornada da minha vida.

Agradeço à minha mãe Cleuza que vem sempre me incentivando, me apoiando em todos os momentos da minha vida; certamente sem ela eu não teria chegado até aqui. Não poderia deixar de mencionar meus amigos que sempre me apoiaram e me ajudaram na construção desse trabalho, Cleiber, Rui André e Andressa, os quais me ajudaram nos momentos de diversas dúvidas, medos e até mesmo vontade de desistir.

Agradeço, também, o meu orientador, Mestre Edilson Rodrigues, por ter se disponibilizado em me orientar, me ajudando na escolha do tema e problemática, estando sempre de prontidão a sanar todas as minhas dúvidas, me dando sugestões, as quais me permitiram concluir este trabalho.

*“Teu dever é lutar pelo Direito, mas se um dia encontrares o Direito em conflito com a Justiça, luta pela Justiça”
(Eduardo Juan Couture)*

RESUMO

Este trabalho monográfico tem por finalidade o aprofundamento e a verificação da questão da inadmissibilidade ou admissibilidade das provas ilícitas dentro do ordenamento jurídico brasileiro, a citação de leis voltadas a temática, os entendimentos doutrinários e jurisprudenciais, e seus efeitos. Toda a pesquisa e análise têm por primórdio a teoria dos frutos da árvore envenenada. Para obtenção da resposta à problemática proposta pelo trabalho, realizou-se pesquisas bibliográficas em artigos científicos, doutrinas, jurisprudência, sites e na legislação vigente. Inicialmente, verificando que o tema das provas ilícitas se apresenta envolvido por um agrupamento de princípios constitucionais, além de normas legais, os quais garantem a idoneidade das provas e do próprio processo, a pesquisa trouxe conceitos de princípios constitucionais, com ênfase ao devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa. Em continuação foram abordados os aspectos da vedação probatória contida no art. 5º da Constituição Federal, os princípios forenses envolvidos e as teorias das provas ilícitas derivadas, principalmente a teoria dos frutos da árvore envenenada. O trabalho também objetivou entender as políticas públicas voltadas para a questão, principalmente através da criação de legislação, abordando a temática juntamente com a análise do entendimento da suprema corte brasileira. Após toda a análise e pesquisa, foi possível concluir pela possibilidade de se admitir no processo brasileiro as provas obtidas por meios ilícitos, porém não é uma aplicação absoluta.

Palavras-chave: Admissibilidade. Frutos da árvore envenenada. Ilícita. Prova.

ABSTRACT

This monographic work aims to deepen and verify the question of the inadmissibility or admissibility of illicit evidence within the Brazilian legal system, the citation of laws focused on the theme, doctrinal and jurisprudential understandings, and their effects. All research and analysis are based on the theory of the fruit of the poisoned tree. To obtain the answer to the problem proposed by the work, bibliographic research was carried out on scientific articles, doctrines, jurisprudence, websites and current legislation. Initially, verifying that the theme of illicit evidence is involved by a grouping of constitutional principles, in addition to legal norms, which guarantee the suitability of the evidence and the process itself, the research brought concepts of constitutional principles, with emphasis on due legal process, the contradictory and the broad defense. In continuation, aspects of the evidentiary prohibition contained in art. 5 of the Federal Constitution, the forensic principles involved and the theories of illicit evidence derived, mainly the theory of the fruit of the poisoned tree. The work also aimed to understand public policies related to the issue, mainly through the creation of legislation addressing the issue, together with an analysis of the understanding of the Brazilian supreme court. After all the analysis and research, it was possible to conclude by the possibility of admitting the evidence obtained by illicit means in the Brazilian process, but it is not an absolute application.

Keywords: Admissibility, Proof, Illicit, Fruits of the poisoned tree.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ABNT - Associação Brasileira de Normas Técnicas

CRFB - Constituição da República Federativa do Brasil

CPC - Código de Processo Civil

STJ - Superior Tribunal de Justiça

STF - Supremo Tribunal Federal

CPP - Código de Processo Penal

LISTA DE SÍMBOLOS

§ - Parágrafo

§§ - Parágrafos

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	19
2. DO PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL E SEUS COROLÁRIOS E DO SISTEMA PROCESSUAL PENAL	22
2.1 O PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL E SEUS COROLÁRIOS .	24
2.2 DISPOSIÇÕES GERAIS ACERCA DOS SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS.....	31
3 A UTILIZAÇÃO DAS PROVAS LÍCITAS NO PROCESSO PENAL.....	33
4 DAS PROVAS ILÍCITAS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	43
4.1 DA POSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DE PROVAS PENAS ILÍCITAS NA DOUTRINA E NA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA	45
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	52

1. INTRODUÇÃO

As provas, nos processos judiciais ou administrativos, são fundamentais para basear a decisão da autoridade competente. Tais provas devem observar as garantias e os limites previstos na Constituição Federal e no Código de Processo Penal. Porém, em tais processos, não obstante, são inseridas provas obtidas ilicitamente; além disso, a partir de tais provas ilícitas, pode ocorrer o fato de decorrer outros elementos probatórios, os quais são capazes de influenciar diretamente o deslinde das questões analisadas para se chegar na decisão do processo iniciado.

Analisar, então, a possibilidade de aproveitamento ou não das provas carreadas a um processo é indispensável para atribuir-lhe o ajustado resultado, à luz não só da legislação vigente, como também do entendimento jurisprudencial. Isto porque a inserção ou eliminação de tais provas é ponto decisivo para a formação da convicção dos magistrados, que são competentes para condenar ou absolver os réus. Assim, é necessário estudar as regras que deliberam a invalidação das provas ilícitas e derivadas destas, bem como as prerrogativas à teoria dos frutos da árvore envenenada.

Com este trabalho, pretende-se contribuir diretamente para a reflexão acerca da teoria dos frutos da árvore envenenada, assim como dos privilégios, a fim de adicionar a investigação sobre as questões relacionadas à admissibilidade de provas ilícitas por derivação. Além disso, pretende-se trazer à tona mais informações sobre a teoria estudada, tendo em vista que o tratamento direto da matéria, no plano normativo, se resume à vedação genérica ao uso de provas ilícitas, contida na Lei Maior e no nosso Código de Processo Penal no seu artigo 157.

Importante mencionar que a produção de provas no processo penal, além de demandar origem lícita, está relacionada a diversos princípios constitucionais, precipuamente ao devido processo legal, tendo em vista o indispensável temor às regras do jogo, já que será a partir dos elementos probatórios que os magistrados formarão seu convencimento acerca da questão submetida à análise judicial.

O interesse pelo tema surgiu da preocupação com os limites a que estão submetidas as provas, considerando que é por meio destas que a concretização da

justiça acontecerá ou deixará de ocorrer. Assim, acredita-se ser essencial conhecer as normas que regulam a admissão dos elementos probatórios no processo, a fim de que os direitos e as garantias fundamentais não sejam ceifados na inquirição por uma sentença a qualquer custo e, ao mesmo tempo, não se descartar provas que possam ser aproveitadas. Nesse particular, é de extrema importância a compreensão dos fundamentos que embasam as decisões acerca da admissibilidade das provas derivadas das que se iniciaram de forma ilícita, ou seja, da teoria dos frutos da árvore envenenada e suas exceções.

O art. 5º, LVI, da Constituição da República Federativa do Brasil, decretou, em 1988, a inadmissibilidade das provas obtidas ilicitamente. A matéria, todavia, só foi tratada no Código de Processo Penal em 2008, com a edição da Lei n. 11.690, a qual modificou a composição do artigo 157 daquele código, prevendo também a inadmissibilidade das provas ilícitas por derivação. A legislação brasileira tomou como base, para elaborar suas normas, a doutrina e a jurisprudência norte-americanas, as quais estavam à frente na abordagem do tema.

Diante disso, pretende-se responder à seguinte questão: há a utilização da prova ilícita no processo penal? O resultado seria dissemelhante em cada conjuntura. Isso porque, no caso de a prova viciada servir para provar a inocência do réu, está cada vez mais difundida a tese de que aquela é admissível, em que pese inexistir previsão legal nesse sentido. Outrossim, a teoria dos frutos da árvore envenenada, pela qual se excluem as provas ilícitas por derivação, comporta determinadas exceções, de modo que, em certas ocasiões, o elemento probatório poderá ser admitido.

Nessa esteira, a seguinte temática anterior a ser pesquisada há duas possíveis hipóteses a responder. A primeira suposição: Que poderá ser indicado de que há a admissibilidade de aplicação da prova ilícita no processo penal. A notabilidade de utilizar provas ilícitas. Para chegarmos a uma conclusão relacionada a essa problemática utilizaremos também alguns objetivos específicos que são: Inquirir a observação da teoria dos frutos da árvore envenenada e a ideia de Estado; anatomizar a admissibilidade das provas ilícitas do processo penal; compreender as políticas públicas em face de suposição de emprego das provas ilícitas no ordenamento jurídico brasileiro.

Quanto à possibilidade dessa utilização da prova ilícita, podemos estabelecer o aproveitamento desse material usando um princípio básico do direito

que busca defender a exclusão dessa inadmissibilidade, que é o princípio da proporcionalidade, que ajuda a estabelecer critérios objetivos na utilização desse material, que ao usá-la num caso concreto caberá ao julgador com bom senso, através de outros casos semelhantes de ter a possibilidade de mudar o rumo do processo; mas com o intuito de favorecer a sociedade ou a acusação, que todos nós já sabemos que isso é possível no direito brasileiro, pois a prova de inocência deve prevalecer sempre, independentemente da circunstância

Podem existir situações em que várias hipóteses podem ser confirmadas concomitantemente, ou, também, todas serem rejeitadas. Poderá ao fim da pesquisa haver a volubilidade de se chegar a outros propósitos que não foram proclamados nas relações acima.

Para tanto, no primeiro capítulo, analisar-se-ão diversos princípios constitucionais relacionados, de alguma forma, ao devido processo legal, considerando a influência desses no campo probatório, bem como aspectos importantes acerca da teoria da prova.

No segundo capítulo será abordada a questão da admissibilidade das provas lícitas, atentando-se à sua gênese, seu conceito, suas peculiaridades.

No último capítulo, tratar-se-á, mais especificamente, das provas ilícitas, também aquelas por derivação, analisando a *fruitofthepoisonoustreetheory* norte-americana que, traduzindo para a língua portuguesa, significa a teoria da árvore envenenada, e foi aderida pelo ordenamento brasileiro. Além disso, verificar-se-ão quais as exceções à citada teoria e a sua aplicação na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

2. DO PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL E SEUS COROLÁRIOS E DO SISTEMA PROCESSUAL PENAL

O sistema jurídico brasileiro é composto por diversos instrumentos, os quais servem de apoio no momento da aplicação da norma. Um deles são os princípios que, por sua vez, procuram fixar diretrizes de atuação para os operadores de direito. São em verdade regras que, embora não estejam escritas, servem de diretrizes para a aplicação da lei, oferecem o apoio necessário para a interpretação desta pelos aplicadores da lei.

A normatividade dos princípios, segundo Bonavides (2011), pode ser encontrada na conceituação que afirmava serem aquelas normas jurídicas consideradas determinantes de muitas outras subordinadas que a pressupõem. O constitucionalista, baseando-se em doutrina estrangeira capitaneado por Guastini, apresenta seis diferentes conceitos pelos quais os autores podem definir o que é princípio.

Em primeiro lugar, o vocábulo 'princípio', diz textualmente aquele jurista [Guastini], se refere a normas (ou a disposições legislativas que exprimem normas) providas de um alto grau de generalidade. Em segundo lugar, prossegue Guastini, os juristas usam o vocábulo "princípio" para referir-se a normas (ou a disposições que exprimem normas) providas de um alto grau de indeterminação e que por isso requerem concretização por via interpretativa, sem a qual não seriam suscetíveis de aplicação a casos concretos. Em terceiro lugar, afirma ainda o mesmo autor, os juristas empregam a palavra "princípio" para referir-se a normas (ou disposições normativas) de caráter "programático". Em quarto lugar, continua aquele pensador, o uso que os juristas às vezes fazem do termo "princípio" é para referir-se a normas (ou a dispositivos que exprimem normas) cuja posição na hierarquia das fontes de Direito é muito elevada. Em quinto lugar – novamente Guastini – "os juristas usam o vocábulo princípio para designar normas (ou disposições normativas) que desempenham uma função "importante" e 'fundamental' no sistema jurídico ou político unitariamente considerado, ou num ou noutro subsistema do sistema jurídico conjunto (o Direito Civil, o Direito do Trabalho, o Direito das Obrigações)". Em sexto lugar, finalmente, elucida Guastini, os juristas se valem da expressão "princípio" para designar normas (ou disposições que exprimem normas) dirigidas aos órgãos de aplicação, cuja específica função é fazer a escolha dos dispositivos ou das normas aplicáveis nos diversos casos (BONAVIDES, 2011, p. 257-258).

Sendo assim, percebe-se que não existe uma unanimidade na forma como os princípios são concebidos pela literatura jurídica, sendo o termo usado para designar diferentes ideias. Ainda assim, a grande maioria dessas concepções

reconhece que os princípios possuem alguma carga de normatividade, ainda que não haja consenso em que grau esta está presente.

Como lecionam Cademartori e Duarte (2009), os princípios são espécies de normas jurídicas e, em conjunto com as regras, são verdadeiros mandados de otimização, tendo em vista que determinam a realização de algo na maior medida possível, levando sempre em consideração as possibilidades jurídicas e as possibilidades reais existentes. Os princípios, segundo os autores, são normas jurídicas que, em conjunto com as leis, determinam a maneira de agir dos operadores do direito, os quais deverão levá-los a efeito o máximo possível após avaliadas as possibilidades jurídicas e reais existentes no caso concreto.

Nas palavras de Silva (2009), os princípios são bases das normas jurídicas que se encontram positivadas e incorporadas no ordenamento jurídico brasileiro e que se transformam em normas-princípio, constituindo-se de princípios básicos da organização constitucional. Assim, pelo autor, os princípios são o alicerce para a aplicação das normas jurídicas e que estão positivados e incorporados no sistema jurídico.

Acrescenta Gomes (2014, p. 03):

Os princípios aplicados ao Direito Penal são vetores que se irradiam para elucidar as condutas tanto daqueles que elaboram as leis, quanto dos que devem aplicá-la. São, na verdade, valores fundamentais que informam esse ramo jurídico, situando-se em patamar superior às regras em geral. Também se prestam a nortear a interpretação e a integração do ordenamento jurídico vigente. Há princípios que se encontram expressamente previstos em lei ou enumerados na própria Constituição Federal, de forma explícita ou implícita, servindo de orientação à elaboração de leis ou atuando na interpretação e integração de dispositivos legais e constitucionais.

Nos termos da citação acima, os princípios são vetores que servem para elucidar as condutas tanto por aqueles que elaboram a lei, quanto por aqueles que a aplicam. São valores que se situam em um patamar superior às regras em geral. Servem, outrossim, para nortear a interpretação e integração do ordenamento jurídico em vigor. Nesta perspectiva há princípios previstos em lei, ou enumerados constitucionalmente, quer de forma explícita, quer de forma implícita, servindo como instrumento de auxílio para a elaboração e interpretação das leis, bem como para a integração de dispositivos legais e constitucionais.

Assim, o presente capítulo almeja abordar, por meio de pesquisas bibliográficas e doutrinárias, o princípio do devido processo legal e seus corolários, bem como a sua aplicação no o sistema processual penal, o que, para a didática da pesquisa, será tratado em dois subtítulos, cada qual se propondo a tratar um assunto em específico.

2.1 O PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL E SEUS COROLÁRIOS

Ratifica-se que, além das leis presentes no ordenamento jurídico brasileiro, se deve ater a existência de princípios que, conforme noções gerais dispostas introdutoriamente, podem ser caracterizados como diretrizes com amplo espectro de atuação. Eles possuem a função de orientar na confecção e aplicação da norma. Sabendo disso, o presente item, objetiva abordar o princípio do devido processo legal e os princípios dele decorrentes e que são de suma importância no sistema processual penal.

A Constituição Federal de 1988, dentre suas normas, conta com um título – o Título II – destinado aos direitos e garantias fundamentais, onde foram consagrados alguns dos diversos princípios que norteiam o homem na aplicação do direito. No referido Título, encontra-se o art. 5º, inciso LIV¹, o qual estabelece a proibição de privação de liberdade ou de bens do sujeito, sem que lhe seja possibilitado o devido processo legal (BRASIL, 1988).

A inovação promovida pela Carta Magna atual remonta à Constituição Federal de 1215, imposta por membros do alto clero inglês, bem como pelos nobres ao rei João Sem Terra, instituindo em seu art. 392, que o rei não deveria mais julgar os casos segundo a sua própria vontade, que teria em tese força absoluta, sendo imprescindível um julgamento por parte dos homens, pelos seus pares ou pela lei da terra (SOUZA e SILVA, 2008). Afere-se, por meio das disposições dos autores, que o referido dispositivo não tratou expressamente do termo devido processo legal, mas ao retirar das mãos do monarca o poder decisório absoluto acabou por positivar tal princípio.

¹ Art. 5º, inc. LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.

De acordo com Moraes (2009), o devido processo legal se trata de um princípio que atua em duas vias, uma vez que, ao mesmo tempo que atua em defesa do direito à liberdade, no âmbito formal assegura completa igualdade de condições com o Estado-persecutor, além da plenitude de defesa. Ainda segundo o autor, a plenitude de defesa se traduz no direito à defesa técnica, a um processo público, ao direito de ser devidamente citado, à produção ampla de provas a ser processado e julgado pelo juízo competente, a possibilidade de se recorrer das decisões judiciais, à imutabilidade das decisões, à revisão criminal, um conjunto de garantias, portanto.

Para Cintra et. al (2009, p. 88), a fórmula do devido processo legal é o *“conjunto de garantias constitucionais que, de um lado, asseguram às partes e exercício de suas faculdades e poderes processuais e, do outro, são indispensáveis ao correto exercício da jurisdição”*. Assim, o devido processo legal como garantia constitucional assegura de um lado que as partes executam suas faculdades e poderes processuais, os quais, por outro lado, são indispensáveis para o exercício pleno da jurisdição.

Tais garantias são, de fato, a salvaguarda do próprio processo. Veja o que leciona Silva (2005, p. 432):

Garante-se o processo, e 'quando se fala em processo, e não em simples procedimento, alude-se, sem dúvida, a formas instrumentais adequadas, a fim de que a prestação jurisdicional, quando entregue pelo Estado, dê a cada o que é seu, segundo os imperativos da ordem jurídica. E isso envolve a garantia do contraditório, a plenitude do direito de defesa, a isonomia processual e a bilateralidade dos atos procedimentais'.

O princípio inculcado visa, portanto, garantir que, em qualquer tipo de processo, sejam seguidas as regras do jogo, permitindo-se às partes ter segurança acerca do que poderá vir pela frente, bem como delimitando os direitos de cada uma na persecução do seu objetivo, seja este a condenação do réu, a defesa do cliente, a busca por uma sociedade melhor, o respeito a um direito individual, coletivo ou qualquer outro. Em outras palavras, versa sobre asseverar que nenhuma pessoa tenha a sua liberdade e seus bens tolhidos sem que tenha havido de forma justa um processo que tenha observado a forma legalmente preestabelecida.

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969, tratado internacional que consagra

diversos direitos civis e políticos, sendo a base do sistema interamericano de Direitos Humanos, também já havia abordado o tema. O Pacto, promulgado no Brasil em 6 de novembro de 1992, estatuiu, em seu art. 8º², garantias judiciais de que toda pessoa terá o direito de ser ouvida no processo, com todas as garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal, que seja independente e imparcial, a quem competirá a apuração de qualquer acusação penal formulada contra o sujeito, ou para a determinação de seus direitos e obrigações de caráter cível, trabalhista, fiscal, ou de outras naturezas (BRASIL, 1992). Nessa senda, ao aderir a Convenção Americana de Direitos Humanos, o Brasil mostra o seu comprometimento com um processo penal justo e equitativo, onde não há mais espaço para os abusos que haviam no passado.

Souza e Silva (2008) utiliza também a expressão devido procedimento legal, salientando que, se existir um procedimento específico para apurar o comportamento criminoso do acusado, a não observância deste pode caracterizar vício insanável, na medida em que a opção por um rito menos completo provoca a restrição da pertinência de alegação do acusado ou na inobservância do princípio do juiz natural. A contrário sensu é admissível a convalidação da desmoralização caso se demonstre que a opção por uma metodologia diversa tenha trazido idênticas ou superiores condições de defesa do acusado.

Rangel (2009, p. 4) pontua que:

O devido processo penal é indispensável, assim, como garantia ao cidadão de que seus direitos serão respeitados – e que se não forem, há, em tese, como se defender –, não sendo admissíveis restrições não previstas em lei, mormente pois a liberdade é a regra, enquanto o seu cerceamento é a exceção. Do princípio em análise, aliás, derivam tantos outros positivados, visto que não há verdade processual sem que, para que se possa descobri-la, sejam respeitados os procedimentos delineados em lei. Sem o devido processo legal, não pode haver contraditório.

Assim é que o devido processo legal está, como se pode perceber, intimamente ligado à ampla defesa e ao contraditório, igualmente garantidos pela Constituição, no seu art. 5º, LV³. Aliás, as três garantias estão particularmente

² Art. 8º - Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza

³ Art. 5º, LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

relacionadas à matéria da prova no processo penal, considerando a necessidade de sua produção, pelas partes, e de o acusado defender-se daquelas que pesem contra si.

Ao dizer que o devido processo legal possui como corolários a ampla defesa e o contraditório, que deverão ser assegurados aos litigantes em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, impende observar, portanto, os conceitos desses dois outros princípios. Conforme entendimento de Moraes (2009, p. 106-107):

Por ampla defesa entende-se o asseguramento que é dado ao réu de condições que lhe possibilitem trazer para o processo todos os elementos tendentes a esclarecer a verdade ou mesmo de omitir-se ou calar-se, se entender necessário, enquanto o contraditório é a própria exteriorização da ampla defesa, impondo a condução dialética do processo (par conditio), pois a todo ato produzido pela acusação caberá igual direito da defesa de opor-se-lhe ou de dar-lhe a versão que melhor lhe apresente, ou, ainda, de fornecer uma interpretação jurídica diversa daquela feita pelo autor.

O direito à ampla defesa, então, permite ao réu trazer ao processo os meios de prova que lhe possam ajudar a obter uma sentença absolutória, independentemente de se entender que caiba ao réu algum ônus probatório. O contraditório, ao seu turno, garante a possibilidade de o acusado opor-se às provas e alegações trazidas pela acusação, oferecendo ao magistrado a sua versão dos fatos e estabelecendo a dialética processual.

Segundo Cintra et. al (2009), o princípio do contraditório, a quem também intitulam de audiência bilateral, consiste em uma garantia fundamental da justiça. Ademais, em todo processo contencioso, ainda que seja o autor que instaure a relação processual, esta só será dada por completa com o chamamento do réu a juízo. Trata-se de um método de confrontação da prova e comprovação da verdade posta em conflito. Conduz, outrossim, ao direito de audiência e às alegações mútuas das partes, sob pena de parcialidade do juiz.

A esse respeito, pronuncia-se Lopes Jr (2011, p. 183):

Contraditório e defesa são distintos, pelo menos no plano teórico. PELLEGRINI GRINOVER explica que 'defesa e contraditório estão indissolavelmente ligados, porquanto é do contraditório (visto em seu primeiro momento, da informação) que brota o exercício da defesa; mas é esta – como poder correlato ao de ação – que garante o contraditório. A defesa, assim, garante o contraditório, mas também por este se manifesta e é garantida. Eis a íntima relação e interação da defesa e do contraditório.

Como indica a citação acima, o contraditório à defesa é distinto, contudo, fazem parte de um mesmo plano de ação, estão intimamente ligados. A defesa garante o contraditório, mas adicionalmente se manifesta por este e é garantida. É perceptível a diferença entre contraditório e ampla defesa. Todavia, o limite entre um e outro é tênue, restando imperceptível, na prática, algumas vezes, por estarem praticamente fundidos.

De maneira geral, para o exercício do contraditório, as partes, em relação ao juiz, não devem ser antagônicas, mas colaboradoras necessárias, pois ambas são inerentes àquele. O magistrado, ao seu turno, deve permanecer equidistante das partes para exercer adequadamente as suas funções.

No que se refere ao direito de defesa, tem-se que compete à acusação se valer de todos os atos inerentes ao convencimento do juiz, assumindo especial relevância na fase de produção e valoração do conjunto probatório, tendo em vista que as partes não possuem apenas o direito de produzir as provas e sustentar suas razões, mas também, de tê-las adequadamente apreciadas e valoradas pelo órgão jurisdicional. O contraditório, por seu turno, compreende o direito das partes de serem cientificadas de todos os atos processuais e de se manifestarem a respeito, antes de ser proferida qualquer decisão jurisdicional (CAPEZ, 2010).

Acrescenta Souza e Silva (2008) que o réu tem asseguradas duas formas de defesa: a técnica, prestada por advogado, patrono da causa; e, a autodefesa, caracterizada no sistema processual penal pelo ato do interrogatório, ocasião em que o acusado pode se utilizar de seus direitos de não se autoincriminar e de permanecer em silêncio. Conforme pronunciam os autores, a defesa é formada pela defesa técnica realizada pelo advogado da causa, e pela autodefesa, realizada no ato do interrogatório pelo acusado.

Além do princípio do contraditório e da ampla defesa, outro princípio intimamente relacionado ao devido processo legal, por fazer parte das regras do jogo, é o do juiz natural. Na Constituição Pátria, vem formulada basicamente em dois incisos do art. 5º o inciso XXXVII⁴, segundo o qual não existirá no Brasil juízo ou tribunal de exceção e o inciso LIII⁵, pelo qual nenhuma pessoa será processada e julgada por autoridade que não seja competente para o feito (BRASIL, 1988). Isso

⁴ Art. 5º, XXXVII - não haverá juízo ou tribunal de exceção

⁵ Art. 5º, LIII - ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente

significa, em síntese, que todo cidadão tem o direito de saber, de antemão, a autoridade que o processará e por qual juiz ou tribunal será julgado, caso pratique uma conduta criminosa.

Souza e Silva (2008) assevera que o princípio em apreciação está vinculado à garantia do acesso à justiça, consistindo no direito do acusado ser julgado por um órgão jurisdicional pré-constituído, o que não significa dizer que se possa exigir o julgamento por um juiz específico. O princípio do juiz natural, portanto, é aquele em que o juízo é pré-existente ao tempo da infração; isso implica dizer que ninguém será processado por um juízo criado a posteriori ou especificamente para tal julgamento, ato que poderia ser visto até mesmo como forma de perseguição.

Outra garantia processual constitucional umbilicalmente ligada ao devido processo legal e indispensável para o raciocínio realizado na valoração da prova é o da motivação das decisões judiciais, presente no art. 93, IX⁶, da Constituição Federal de 1988, pelo qual todos os julgamentos por parte do Poder Judiciário, serão públicos, e todas as decisões neles proferidas devem ser fundamentadas, sob pena de nulidade. O supradito princípio tem a função de controlar a eficácia processual, tendo em vista que só por meio de uma decisão fundamentada poder-se-á avaliar se foram observadas as regras do devido processo penal, se houve racionalidade na decisão judicial (BRASIL, 1988; LOPES JR, 2011).

Afere-se, portanto, que em todas as decisões proferidas pela autoridade judicial se faz necessário indicar os motivos que levaram a tal decisão, apontando, de maneira clara, o que levou o magistrado à conclusão alcançada. Urge mencionar que as decisões são tomadas por um ser humano, com vida própria, sentimentos, senso de justiça próprios, sendo esse princípio destinado a garantir que o juiz seja movido pelas razões de direito, não razões pessoais.

É mister, se destacar, além dos já citados, o princípio da presunção de inocência, devido a sua íntima relação com a matéria de provas. Esse princípio está previsto na Constituição Federal de 1988, no art. 5º, LVII⁷, que enuncia que nenhuma pessoa será considerada culpada sem o trânsito em julgado de sentença penal condenatória (BRASIL, 1988). Assim, mesmo que proferida decisão

⁶ Art. 93, IX - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação

⁷ Art. 5º, LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

fundamentada por juízo competente, a pessoa só será considerada culpada diante do trânsito em julgado da decisão que o condenou.

Carvalho (2001, *apud* LOPES JR., 2011) explica que tal é a relevância do princípio supracitado, que não precisa fazer menção à nomenclatura presunção de inocência em qualquer local, por se tratar de um pressuposto da condição humana no atual cenário histórico. Nessa perspectiva, independentemente da indicação da nomenclatura presunção de inocência em dispositivos normativos, tem-se que se trata de pressuposto aliado à própria condição humana.

Consoante Souza e Silva (2008), tal princípio se reveste de dois aspectos: o primeiro aspecto indica que as medidas impostas ao investigado, principalmente as referentes à prisão cautelar, impondo-se que estão não figura como punição antecipada; o segundo aspecto é relacionado ao ônus da prova, revelando que acaso o acusador falhe na missão de provar o alegado, haverá de ser aplicado o princípio da presunção de inocência, absolvendo-se de pronto o acusado.

Capez (2010), por sua vez, defende que o princípio da presunção de inocência desdobra-se não em dois, mas três aspectos: o primeiro determina que no momento da instrução processual, a presunção legal relativa a ausência de culpa, inverte-se o ônus da prova; o segundo esclarece que no momento da avaliação da prova valorará a prova em favor do acusado acaso subsista dúvida; a terceira indica no curso do processo penal, como paradigma de tratamento do acusado, especialmente no que tange à análise da necessidade de prisão processual.

Em suma, é imperioso a existência de um devido processo legal, sendo direito do acusado, defender-se e contraditar no processo, ser julgado por juízo preexistente, e imparcial, que profira decisão fundamentada, que só produzirá seus efeitos condenatórios após seu trânsito em julgado, e não ser condenado, a menos que haja provas contundentes de sua culpa. Bem, superada a abordagem a esses princípios tão importantes no âmbito jurídico, a seguir, tratar-se-á do sistema processual penal, corroborando com a temática proposta por esse trabalho monográfico.

2.2 DISPOSIÇÕES GERAIS ACERCA DOS SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS

Como demonstrado anteriormente, existem no processo penal, uma série de princípios que fixam diretrizes ao aplicador da norma. O sistema processual penal, por sua vez, tem a finalidade de servir de instrumento para a tutela dos direitos fundamentais, para que as sanções penais impostas sejam as necessárias para cada caso concreto. Sendo assim, o presente item tem a finalidade de traçar noções gerais acerca dos sistemas processuais penais, utilizando-se de referências bibliográficas e doutrinárias para a satisfação do intento.

O sistema processual penal engloba princípios e regras aplicadas de acordo com o momento político pertinente e estabelece as diretrizes a serem seguidas no momento da aplicação do direito penal em cada caso concreto. Há três sistemas que regem o processo penal, quais sejam, o acusatório, o inquisitivo e o misto. Cada um com suas peculiaridades (RANGEL, 2010; NUCCI, 2010). Nesses termos, o sistema processual penal é formado por um conjunto de normas e princípios que se propõem a orientar o aplicador do direito no julgamento de determinado caso concreto. Existem três sistemas processuais penais no ordenamento jurídico brasileiro, o acusatório, o inquisitivo e o misto.

Segundo Lopes Jr. (2012), o sistema acusatório possui as seguintes características: distinção entre as atividades de acusação e julgamento, iniciativa de produção de provas pelas partes, juiz imparcial que não investigue nem produza provas, igualdade entre as partes, procedimento predominantemente oral, publicidade dos atos, contraditório e ampla defesa, ausência de hierarquia entre as provas, respeito à coisa julgada e possibilidade de impugnação das decisões.

Como se pode observar, no sistema acusatório, o juiz é o órgão imparcial de aplicação da lei e ele se manifesta apenas se provocado for. Também resta clara a importância em se observar legalidade dentro do contraditório, da ampla defesa, do juiz natural, da presunção de inocência e é claro, o devido processo legal, como já mencionado antes, para assegurar a ocorrência de um julgamento justo diante do caso concreto.

Acerca do sistema inquisitivo explora Filho (2012) que neste não há contraditório, e justamente por isso, inexistem a liberdade e a igualdade processuais. As funções de acusar, defender e julgar ficam nas mãos de uma única pessoa que

inicia o processo, colhe as provas e profere a decisão, podendo inclusive, torturar o acusado na tentativa de obter uma confissão. A defesa no processo é meramente decorativa, ou seja, em nada influencia no deslinde do feito. O processo é secreto e não há qualquer garantia ao réu.

Quanto à fase de investigação, Rangel (2009) explica que esta é levada a efeito, na grande maioria das vezes, por um magistrado, com o auxílio da polícia judiciária. Esse procedimento é secreto, escrito, e não há contraditório e ampla defesa. A fase judicial é instaurada com a acusação penal, que é feita, via de regra pelo Ministério Público, havendo debate oral, publicidade, contraditório e direitos isonômicos das partes.

Como leciona Nucci (2010), o sistema processual penal adotado em território brasileiro é o misto. Por um enfoque constitucional, poder-se-ia dizer que se trata de um sistema acusatório em função da existência de diversos princípios que regulam o sistema processual. Entretanto, o Código de Processo Penal foi elaborado sob uma ótica inquisitiva, não havendo como negar que o encontro entre a Constituição e o referido Código resulta no hibridismo dos sistemas acusatório e inquisitivo.

Diante do exposto, o sistema processual penal é conceituado como um conjunto de normas e princípios que norteiam o operador do direito, no momento de aplicar a norma. Há três sistemas processuais disponíveis no ordenamento jurídico brasileiro: o acusatório que é aquele caracterizado pela imparcialidade do juiz, necessidade de provocação, e estrito cumprimento da lei, respeito ao contraditório e a ampla defesa, e aos princípios do juiz natural, presunção de inocência e devido processo legal; o inquisitivo, em que não há contraditório, bem como não há liberdades ou igualdades processuais; e, o misto, que é uma junção dos dois primeiros, e que tem sido adotado no Brasil.

O estudado no presente capítulo é de suma importância para a solução do problema da pesquisa, pois demonstra o caminho processual a ser adotado pelo operador do direito e os princípios básicos a serem adotados nessa oportunidade, inclusive no momento de valoração das provas. A seguir, passa-se a tratar da utilização das provas lícitas no processo penal, adentrando, assim, de forma mais específica ao tema deste trabalho monográfico.

3 A UTILIZAÇÃO DAS PROVAS LÍCITAS NO PROCESSO PENAL

Essa seção tem como objetivo discorrer sobre as provas no processo penal brasileiro, tendo sido superadas as considerações iniciais sobre os princípios inerentes ao processo penal e também sobre o sistema penal brasileiro, fazendo-se mister adentrar em si, ao tema supracitado, o que contribuirá para que ao final, se possa chegar em uma conclusão para os questionamentos levantados a partir do tema desta pesquisa monográfica.

A pesquisa que será aqui realizada será sustentada em referências bibliográficas e doutrinárias, e pesquisa ao Código de Processo Penal e à Constituição Federal. Descobrimos ao final que provas ilícitas, ou seja, aquelas obtidas em desacordo com as normas vigentes, são inadmitidas e, em tese, não seriam aceitas pelo magistrado responsável pela solução do litígio.

Inicialmente, cabe salientar que a prova, não só no processo penal, mas também em outras áreas, é regida por normas constitucionais, como já mencionado anteriormente e, portanto, tais normas devem ser observadas para que a utilização de alguma prova não viole princípios constitucionais ou normas de direito material como o código penal.

Nas palavras de Gonçalves (2018), a prova visa reconstruir acontecimentos passados, importantes para a busca da verdade dos fatos durante a atividade judicial, até porque se destina a verificar cada um dos enunciados fáticos pertinentes para a apreciação e posterior decisão acerca de uma problemática, a qual dá-se o nome de processo probatório. Destarte, a prova destina-se a reconstruir fatos acontecidos há algum tempo, de forma a trazer a verdade ao processo, para apreciação e decisão judicial.

Silva (2012, p. 1120) explica que prova vem:

Do latim *proba*, de *probare* (demonstrar, reconhecer, formar juízo de), entende-se, assim, no sentido jurídico, a denominação, que se faz, pelos meios legais, da existência ou veracidade de um fato material ou de um ato jurídico, em virtude do qual se conclui por sua existência do fato ou ato demonstrado.

Consoante a citação acima, prova vem do latim *proba* que consiste em demonstrar, reconhecer, formar juízo de algo. No sentido jurídico, expressa a

existência ou veracidade de um fato, o qual após análise do conjunto probatório poderá se afirmar se aconteceu de fato ou não.

De maneira específica, a prova se trata do conjunto de atos praticados pelas partes, pelo juiz, ou por terceiros, com o intuito de levar ao magistrado a certeza acerca da existência ou não de determinado fato, bem como quanto a falsidade ou veracidade das informações que chegaram ao seu conhecimento. Pelas provas proceder-se-á a reconstrução história do fato criminoso (CAPEZ, 2010; LOPES JR., 2011). Nesses termos, prova é todo ato praticado com o intuito de comprovar a veracidade de uma informação e que pode ser praticado tanto pelas partes, por terceiros, como é o caso dos peritos, e pelo juiz de ofício, no uso de suas atribuições legais.

Filho (2013, p. 563) leciona que *“provar é, antes de mais nada, estabelecer a existência da verdade; e as provas são os meios pelos quais se procura estabelecê-la”*. Assim sendo, vê-se que em se tratando de provas no processo penal, esta tem o sentido de verificar, de confirmar os fatos narrados, é a maneira com a qual se estabelecerá a verdade.

Em suma, a verdade real é impossível de ser obtida. Não só porque a verdade é excessiva [...], senão porque constitui um gravíssimo erro falar em ‘real’ quando estamos diante de um fato passado, histórico. É o absurdo de equiparar o real ao imaginário. O real só existe no presente (LOPES JR., 2011, p. 546).

Acerca da verdade real, declara o autor que ela é impossível de ser obtida, não só porque a verdade em si é excessiva, mas porque é errado se falar em real, já que se está diante de um fato passado, que faz parte da história. Portanto, de real só existe o presente.

Conforme lição de Capez (2010, p. 342), *“no que toca à finalidade da prova, destina-se à formação da convicção do juiz acerca dos elementos essenciais para o deslinde da causa”*. Nas palavras do autor, a prova se destina a formação do convencimento do juiz, que irá proferir decisão no caso, e deve se basear em todos os elementos essenciais para a finalização da causa.

Como explica o autor, a função primordial da prova é mostrar ao juiz os fatos alegados e convencê-lo de que estes de fato ocorreram. Assim, o destinatário das provas é o magistrado, mas também são interessadas todas as partes que

poderão aceitá-las ou não, e traçar a estratégia processual adequada ou optar pela interposição do recurso pertinente.

Oliveira (2010, p. 341), ao seu turno, completa que:

A prova judiciária tem um objetivo claramente definido: a reconstrução dos fatos investigados no processo, buscando a maior coincidência possível com a realidade histórica, isto é, com a verdade dos fatos, tal como, efetivamente, ocorridos no espaço e no tempo. A tarefa, portanto, é das mais difíceis, quando não impossível: a reconstrução da verdade.

A prova na visão do autor objetiva a reconstrução dos fatos investigados no processo criminal, a procura de uma maior correspondência com a realidade histórica do que efetivamente ocorreu no tempo e no espaço. Essa tarefa é uma das tarefas processuais mais complicadas, especialmente quando não é possível a reconstrução da verdade.

Assim é que o objetivo da prova está intrinsecamente ligado a outra questão de profunda relevância, qual seja, o problema da verdade no processo penal. Neste campo, é recomendado ao julgador e às partes – especialmente à acusação – buscar a reconstrução do fato criminoso constante na denúncia ou queixa da forma mais fidedigna possível, visando à obtenção da pretendida verdade material ou real, e não apenas da verdade processual. A missão, sabe-se, é árdua, para não dizer impossível, visto que na maioria das vezes está permeada por aspectos subjetivos, ao se levar em conta que diversos meios probatórios são, de fato, o exteriorização do que determinado indivíduo contou que fez (confissão), viu ou diz que viu (testemunhas) ou concluiu a partir de elementos analisados (perícia), além de todos esses estarem sujeitos à interpretação do julgador. De todo modo, a tarefa subsiste e devem ser buscadas as melhores provas, a fim de que se tenha a maior aproximação possível dos atos porventura praticados (CARDOZO, 2012, p. 20).

Pela citação retro emerge-se que o objetivo da prova está diretamente ligado a outra questão extremamente relevante, que é o problema da verdade no processo penal. Nesse campo, em específico, é recomendado ao julgador e às partes, especialmente o acusador, buscar a reconstrução do fato criminoso noticiado na denúncia ou queixa da forma mais verdadeira possível, com a finalidade de obter a verdade material ou real, além da verdade processual.

O autor menciona, outrossim, que a missão é difícil, especialmente, porque está baseada em aspectos subjetivos, levando em conta que diversos meios de prova, são a exteriorização do que determinada pessoa disse, presenciou, ou concluiu a partir de elementos por ela analisados, além, é claro, de todos estarem sujeitos à interpretação da autoridade julgadora. A tarefa consiste, sobretudo, em

buscar as melhores provas, a fim de obter uma maior aproximação possível dos atos eventualmente praticados.

Para Lopes Jr. (2011) no processo penal, só se é legítima a verdade, formal ou processual, obtida em atendimento aos procedimentos e garantias legais. Portanto, a tese da acusação deve se ater a todos os preceitos normativos, corroborando o conteúdo da acusação com as provas colhidas em acordo com a legislação vigente, pois a verdade posta em julgamento deve ser passível de prova e oposição. Conforme prescrito pelo autor, todo o processo de obtenção de provas deve se atentar à legislação vigente, só sendo admitidas provas obtidas por meios legais, em que foram obedecidos os procedimentos e normas previstos em lei.

No que diz respeito ao objeto da prova, pode-se dizer que, de um modo geral, o acontecimento deve ser reconhecido pelo magistrado para que, diante disto, possa emitir um juízo de valor. Assim, se é imputado a alguém a prática de homicídio doloso qualificado por motivo fútil, o objeto da prova será o homicídio por um motivo insignificante. Ressalta, outrossim, que não se deve confundir objeto da prova com objeto de prova, tendo em vista que esta última se relaciona a fatos ou coisas que devem ser provados, mediante a desnecessidade de prova de fatos notórios (RANGEL, 2009).

Destarte, como leciona o autor, todos os acontecimentos fáticos devem chegar a conhecimento do magistrado para que emita um juízo de valor, acompanhados de todos os elementos e provas necessárias ao seu convencimento. Deve-se atentar ao fato de que as provas deverão se relacionar aos fatos que ainda precisam ser provados, não sendo necessário produzir provas sobre fatos já comprovados.

Souza e Silva (2008, p. 296) afirma que o objeto da prova é “o *tema probatório, aquilo que se pretende conhecer através de um meio de prova, a matéria ou fatos sobre os quais recai a prova, que, no procedimento, deve ter uma relação direta ou indireta com o objeto do processo (pertinência)*”. Os autores, ratificando o que fora exposto acima, disciplinam que as provas devem ter relação direta ou indireta com os fatos relatados no processo, e é preciso se atentar àquilo que se precisa conhecer por meio de um meio de prova.

O objeto da prova será toda circunstância, fato ou alegação relacionada aos fatos processados, nos quais sobrevenha a incerteza e por isso precisam ser provados em juízo, para o deslinde do feito. Deve-se ater aos fatos que poderão

alterar a solução do litígio, a responsabilidade penal do acusado e interferir na fixação da pena (CAPEZ, 2010). Dessa maneira, o conjunto probatório deverá se relacionar aos fatos do processo penal, em que ainda se exista alguma dúvida e que, portanto, precisam ser provados em juízo para se viabilizar a solução processual.

Cardozo (2012, p. 21-22) explora a existência de quatro espécies de fatos que independem da produção de provas:

a) fatos intuitivos – aqueles que são evidentes, cuja convicção já está formada. Exemplo disso é a dispensa, nos termos do art. 162, parágrafo único, do Código de Processo Penal, do exame de corpo de delito interno em casos de morte violenta; b) fatos notórios – também denominados de verdade sabida, são aqueles cujo conhecimento faz parte da cultura de uma sociedade, p. ex., que a água molha ou que no dia sete de setembro se comemora a Independência do Brasil; c) presunções legais – porque decorrentes da lei ou da ordem normal das coisas. Podem ser absolutas (*jure et de jure*), como a presunção de incapacidade de menores de dezoito anos, ou relativas (*juris tantum*); d) fatos inúteis – aqueles que, sejam ou não verdade, não influenciam no deslinde da causa.

Segundo consta das palavras do autor, as provas podem ser acerca de: fatos intuitivos, ou seja, aqueles que são evidentes; fatos notórios, ou seja, aqueles que dizem respeito a um conhecimento que faz parte da cultura da sociedade; presunções legais, porque são decorrentes da lei ou da ordem natural das coisas, podendo ser absolutas ou relativas; e, fatos inúteis, que são aqueles que não influenciam de nenhuma maneira no deslinde da causa.

Rangel (2009, p. 424) apresenta a classificação das provas em três categorias:

Quanto ao objeto, quanto ao sujeito e quanto à forma. Na primeira categoria, separa-as em diretas ou indiretas. Estarão no primeiro grupo quando se referirem ao próprio fato probando, sem a necessidade de um processo lógico de construção. Figurarão no segundo, contudo, se da prova, por um raciocínio lógico, puder chegar ao fato, como no caso dos indícios e das presunções. Na segunda categoria, relacionada a de quem ou de onde a prova promana, o autor distingue as provas entre pessoal e real. Prova pessoal é a afirmativa consciente destinada a mostrar a veracidade dos fatos afirmados, como a testemunha que narra os fatos ou o laudo assinado por um perito oficial. Já a prova real é a encontrada na res, originada de qualquer vestígio deixado pelo crime, a exemplo do ferimento da vítima ou da arma do crime. A última forma de divisão refere-se à maneira pela qual as partes apresentam a veracidade de suas alegações em juízo, podendo a prova ser testemunhal, documental ou material. É testemunhal quando um indivíduo, chamado a depor, relata sua experiência pessoal sobre o fato. Genericamente, podem ser as afirmações feitas por testemunhas, pelo ofendido e até mesmo a confissão do acusado. É

documental quando for produzida por afirmação na forma escrita ou gravada, como cartas e escrituras públicas. Por fim, é material a prova consistente em qualquer materialidade que sirva de elemento de convicção sobre o fato probando.

O autor classifica a prova em três, quanto ao objeto, quanto ao sujeito e quanto à forma. A prova quanto ao objeto é aquela que é constituída levando-se em consideração o próprio fato que vai se provar. A prova quanto ao sujeito é aquela que, por um raciocínio lógico, pode-se chegar ao fato, como é o caso dos indícios e das presunções. Nesta categoria existem, por seu turno, as provas reais e pessoais. A prova pessoal é aquela que visa demonstrar a veracidade dos fatos alegados. A real, por sua vez, se origina de um vestígio deixado pelo crime. Por fim, a prova quanto à forma se refere ao modo como as partes apresentam a veracidade das provas perante o magistrado, que pode ser testemunhal, documental e material. A testemunhal é o depoimento prestado por um indivíduo, em que ele relata sua experiência pessoal sobre o fato narrado no processo. A documental é produzida por afirmação escrita ou gravada. A material é qualquer prova física que sirva de elemento para a convicção do magistrado.

Capez (2010) destaca, por sua via, que são inúmeras as classificações da prova, enumerando as três categorias retro e adicionando uma outra classificação decorrente da razão do efeito ou valor produzido pela prova. Nesta perspectiva, a prova poderá ser plena, se for satisfatoriamente convincente ou necessária para alcançar um juízo de certeza por parte do juízo da causa, ou não plena, a qual também dá-se o nome de indiciária, que é aquela que apresenta mero juízo de probabilidade.

Algo que deve ser considerado, ainda, são os momentos para a realização do procedimento probatório, o qual pode ser conceituado como o conjunto de atos necessários para alcançar o deslinde do processo. É, em verdade, a oportunidade para a busca da verdade real ou processual, as quais servirão de elementos para o convencimento do juiz. Visa, portanto, a realização prática do conteúdo probatório, a fim de se estabelecer a maior certeza possível sobre a verdade dos fatos (RANGEL, 2009).

Nesses termos, o procedimento probatório é a realização dos atos necessários para alcançar a solução do litígio, afigurando-se como o momento processual necessário ao convencimento do magistrado, levando a certeza e justiça

da decisão proferida. As provas destinam-se, de uma maneira geral, a chegar o mais perto possível das verdades dos fatos relatados no processo criminal.

Acerca dos meios de prova Rangel (2009, p. 420) define-os como sendo *“aqueles que o juiz, direta ou indiretamente, utiliza para conhecer da verdade dos fatos, estejam eles previstos em lei ou não. Em outras palavras, é o caminho utilizado pelo magistrado para formar a sua convicção acerca dos fatos ou coisas que as partes alegam”*. Nessa linha, os meios de prova são aqueles que, direta ou indiretamente, levam ao conhecimento da verdade dos fatos, ou seja, é o caminho utilizado pelo juiz do processo, para formar sua convicção a respeito de fatos ou coisas alegadas pelas partes.

Capez (2010) destaca que a produção de provas é um ônus da parte, não uma obrigação processual. Por obrigação processual tem-se o dever da parte de praticar determinado ato, sob pena de violação dos preceitos legais, ônus, por sua vez, é um adimplemento facultativo à parte que, caso permaneça inerte, levará a provável prejuízo a si mesmo ou a não obtenção de nenhuma vantagem. Como aduz o autor, não se pode considerar uma obrigação a produção de provas pelas partes, mas uma faculdade, cuja inexecução importará em prejuízo próprio, ou a não obtenção de vantagens processuais.

Se a parte não exercita o ônus que lhe compete, esta apenas deixa de usufruir a vantagem processual que obteria se o tivesse exercitado, no momento e na forma previstos nas leis processuais, gerando um prejuízo contra seus próprios interesses, não se confundindo com uma obrigação, já que esta pressupõe uma conduta cujo adimplemento ou cumprimento aproveita à parte que ocupa o outro pólo da relação jurídica e que, portanto, pode exigí-la, podendo o obrigado ser coercitivamente forçado a implementá-la (SOUZA e SILVA, 2008, p. 344-345).

Nos termos da citação retro, acaso a parte não use de seu direito de produção de provas, esta apenas deixará de usufruir de eventual vantagem processual, que seria possível acaso tivesse executado em tempo o ônus de provar os fatos alegados. Assim, a inércia leva a prejuízos seus próprios interesses. Não se deve tratar como uma obrigação, especialmente, porque esta pressupõe uma conduta, cujo adimplemento não aproveita a outra parte litigante, e que pode ser, a qualquer tempo exigida, sendo a parte coercitivamente forçada a executá-la.

O ônus da prova é tido como um encargo em que os litigantes deverão provar a verdade dos fatos alegados. Trata-se de um encargo de provar a

veracidade de suas próprias postulações (ARANHA, 2006; RANGEL, 2009). Assim, a produção de provas é a oportunidade que as partes tem para comprovar a veracidade dos fatos alegados de provar que o que disse ao longo do processo consiste na verdade dos fatos.

Essa atividade probatória importa em quatro fases distintas, a postulação, a admissão, a produção e a valoração. A produção da prova é ligada ao momento processual previsto para a indicação das provas que se produzir, sob pena de preclusão do direito. A única prova passível de ser requerida a qualquer tempo é o incidente de insanidade mental do acusado, tendo em vista que seria uma ofensa a condenação de uma pessoa inimputável (CAPEZ, 2010; ARANHA, 2006).

Nos termos da citação acima, o ato de produção de provas leva a quatro fases distintas, a saber: postulação, admissão, produção e valoração. A prova naturalmente é ligada a um momento processual específico, previsto em lei, levando a preclusão do direito de produção de provas, se não realizado no momento oportuno. A única prova que é possível de ser intentada a qualquer tempo é a de incidente de insanidade mental da pessoa que está sendo acusada no processo criminal, tendo em vista, que seria uma ofensa a condenação de uma pessoa inimputável.

[...] a postulação ou proposição, que se refere ao instante previsto para a produção da prova. Em regra, propõem-se as provas com a peça acusatória e com a defesa prevista nos arts. 396-A7 e 406, § 3º8, do Código de Processo Penal. O segundo momento é o da admissão. Este consiste em ato processual do juiz que, ao examinar as provas postuladas e seu objeto, defere ou não a sua produção. Em princípio, não serão deferidas as provas irrelevantes, impertinentes ou protelatórias, bem como as ilícitas. A terceira etapa é a da produção, que consiste nos atos processuais das partes de trazer a juízo seus elementos de convicção sobre as provas existentes (CARDOZO, 2012, p. 23).

De acordo com o autor, a primeira fase, que é da postulação ou proposição, é aquela que diz respeito ao instante previsto em lei para a produção das provas destinadas ao convencimento do magistrado. A segunda fase, a da admissão, consiste no momento em que o juiz, ao examinar as provas apresentadas e seu objeto, dirá se defere ou não sua produção. Em princípio, não serão deferidas provas que sejam irrelevantes ao processo, impertinentes, protelatórias ou ilícitas. A terceira fase é a da produção, que consiste na medida processual em que as partes trarão a juízo seus elementos de convicção acerca das provas existentes.

Acerca das provas consideradas ilícitas, importante destacar o teor do art. 5º, inc. LVI⁸, da Constituição Federal, que declara como inadmissíveis no processo provas que sejam obtidas por meios ilícitos. Considerando o teor do dispositivo constitucional, só serão admitidas no processo criminal, provas que sejam obtidas em atendimento a legislação vigente.

Capez (2014, p. 100) ensina que “*quando a prova for vedada, em virtude de ter sido produzida com afronta a normas de direito material, será chamada de ilícita*”. Completa o autor que, quando a prova não for admitida, tendo em vista que produzida em desacordo com as normas vigentes, será nomeada como ilícita.

Pacheco (2008, p. 119 apud Prado, 2011, p. 13), interpretando o texto do art. 157 do Código de Processo Penal, explica que:

a) com base no princípio da supremacia da Constituição, provas ilícitas são as que violam as normas constitucionais de direito constitucional tanto material quanto processual e as que violam as normas legais, de direito infraconstitucional material; b) provas ilegítimas são as que violam normas legais de direito infraconstitucional processual; c) provas ilícitas e ilegítimas simultaneamente, são as que violam, ao mesmo tempo, normas constitucionais (materiais ou processuais) e normas infraconstitucionais processuais.

Como indica o autor, baseado na supremacia da Constituição Federal, provas ilícitas são aquelas que violam as normas constitucionais, tanto material como processual, bem como as que estão em desacordo com as normas infraconstitucionais. As provas ilegítimas são aquelas que violam o direito infraconstitucional processual, e, provas ilícitas e ilegítimas são, simultaneamente, as que violam normas constitucionais e infraconstitucionais processuais.

Sabe-se que os meios de provas admitidos em lei para o deslinde de um processo criminal estão longe de esgotar todas as possibilidades de produção de provas, tendo em vista a existência de novos meios mais eficientes decorrentes da utilização da tecnologia, desconhecidos na época em que foi elaborado o Código de Processo Penal como, por exemplo, a prova pericial por DNA e a interceptação telefônica, para a obtenção de informações (SOUZA e SILVA, 2008).

De acordo com a afirmação acima, as provas permitidas legalmente no Código de Processo Penal estão longe de esgotar todas as possibilidades,

⁸ Art.5º, LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos.

especialmente em decorrência do avanço tecnológico, que hoje oferecem mais alternativas, que as existentes no momento de confecção da lei processual vigente. A título de exemplo, destacam os autores, a prova pericial por DNA, a interceptação de conversas telefônicas.

Em suma, provas são os meios utilizados pelas partes para comprovar a veracidade dos fatos alegados ao longo do processo criminal, e que servem para o convencimento do magistrado. São de caráter facultativo, tendo em vista que sua ausência importa, tão somente, em malefício a própria parte. Constitucionalmente, é vedado e não serão admitidas provas obtidas por meio ilícito, que são aquelas que não encontram suporte legal para aceitação. Contudo, sabe-se que, com o avanço tecnológico, ampliou-se as possibilidades de produção de provas, fazendo com que a lei processual penal tenha se tornado ultrapassada nesse quesito.

Nestes termos, após a abordagem sobre a questão da admissibilidade da prova no Direito Penal Brasileiro, passa-se no próximo e último capítulo a analisar um tema importante em se tratando de provas quando se tratar de haver dúvida quanto à culpabilidade do acusado e, assim, este poder se beneficiar da dúvida em favor do réu, ou seja, a possibilidade de se admitir essa prova ilícita e a análise especificamente da utilização da teoria dos frutos da árvore envenenada no Processo Penal Brasileiro. Também, analisar-se-á as duas vertentes relacionadas a essa admissão, buscando pesquisar se nos últimos anos tiveram casos em que o magistrado aceitou a utilização dessa prova, e quais foram os requisitos usados para tal conduta.

4 DAS PROVAS ILÍCITAS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A presente seção visa discutir sobre o que são as provas ilícitas e como elas são dispostas no ordenamento jurídico brasileiro, bem como a possibilidade de utilizá-las na instrução processual, conforme doutrina e jurisprudência brasileiras.

Conforme abordado nas seções anteriores, as provas visam dar credibilidade aos fatos alegados pelas partes. Contudo, nem todas as provas possuem legitimidade para serem conhecidas como conteúdo dos processos judiciais, como veremos a seguir, já que existem normas que regularizam a informalidade e legalidade material das provas propostas pelas partes.

Foi elaborada através do método de pesquisa bibliográfica, buscando as fontes já publicadas, afim de fornecer à pesquisadora o suporte teórico necessário, estabelecendo os conceitos já pacificados e trazendo as possíveis problemáticas, bem como de análise jurisprudencial para discutir acerca das possibilidades de resposta ao problema proposto na pesquisa.

No ordenamento jurídico brasileiro, a proibição das provas ilícitas se origina no devido processo legal, princípio previsto no artigo 5º, LIV, da CF da seguinte forma: “Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

O devido processo legal, preleciona Moraes (MORAES, 2016, p. 84):

[...] configura dupla proteção ao indivíduo, atuando tanto no âmbito material de proteção ao direito de liberdade, quanto no âmbito formal, ao assegurar-lhe paridade total de condições com o Estado-persecutor e plenitude de defesa (direito a defesa técnica, à publicidade do processo, à citação, de produção ampla de provas, de ser processado e julgado pelo juiz competente, aos recursos, à decisão imutável, à revisão criminal).

Especificando-se no âmbito material, mais relevante para a presente pesquisa, significa, então, que o cidadão tem o “direito de não ser privado de sua liberdade e de seus bens, sem a garantia de um processo desenvolvido na forma que a lei estabelece” (CAPEZ, 2009, p. 301). Portanto, é por causa da imprescindível necessidade de que sejam realizadas as disposições legais e constitucionais que se vedam as provas ilícitas nos processos judiciais penais.

Importante ressaltar, antes de prosseguir com a discussão, que as provas ilícitas são aquelas que possuem graus de ilegalidade. Ou seja, que violam princípios ou normas dispostas no ordenamento jurídico. A ilicitude da prova pode decorrer das mais variadas ações (GONÇALVES, 2018, p. 224): busca domiciliar sem mandado, quando não houver consentimento do morador ou situação de flagrância; violação de sigilo bancário; exercício de ameaças para obtenção de confissão; interceptação de comunicações telefônicas sem autorização judicial; colheita de testemunho em Juízo sem a presença de defensor, etc.

Conforme dispõe Avena, as provas ilícitas são entendidas de maneiras distintas, considerando-se a temporalidade, antes ou depois da alteração legislativa de 2008, (AVENA, 2017, p. 327):

seguindo a orientação clássica, sempre entendemos como ilícitas as provas obtidas mediante violação de normas que possuam conteúdo material (assecuratório de direitos), sendo necessário, ainda, que essa violação acarrete, direta ou indiretamente, a ofensa a garantia ou a princípio constitucional. Questão relevante é saber se essa característica da ilicitude, como vício relacionado à ofensa direta ou indireta à Constituição Federal, ainda subsiste no ordenamento jurídico atual, visto que o art. 157, caput, do CPP, alterado pela referida Lei 11.690/2008, preceituou que ilícitas são as provas obtidas em violação a normas constitucionais ou legais.

Ou seja, após a mudança legislativa, caso a prova obtida viole tanto dispositivo material, de violação de direito ou de princípio, quanto dispositivo processual, quanto sua formalidade e os atos necessários para sua obtenção, a prova será ilícita.

Como dispositivo legal, as provas ilícitas estão tipificadas, havendo o legislador ignorado a distinção entre prova ilícita e prova ilegítima (LOPES JÚNIOR, 2020, p. 630), no Art. 157 e seus parágrafos, do Código de Processo Penal,

Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais. § 1º São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras. § 2º Considera-se fonte independente aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova. § 3º Preclusa a decisão de desentranhamento da prova declarada inadmissível, esta será inutilizada por decisão judicial, facultado às partes acompanhar o incidente.

Entendido o conceito de prova ilícita e seu dispositivo legal, importante abrir discussão, em seguida, sobre a possibilidade de utilização delas no nosso ordenamento jurídico, bem como os reflexos das teorias doutrinárias no processo penal.

4.1 DA POSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DE PROVAS PENAIS ILÍCITAS NA DOUTRINA E NA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA

Essa subseção abordará as possíveis utilizações de provas ilícitas no processo penal. Analisado o conceito das provas ilícitas, aquelas descritas no Art. 157 do Código de Processo Penal, é importante agora estabelecer as discussões jurídicas não pacificadas, tanto na doutrina, quanto na jurisprudência, acerca da utilização dessas provas nos ritos penais.

Deu-se através do método de pesquisa bibliográfica, bem como da análise de jurisprudência do tem sido discutido.

Desde a Lei n. 11.690/2008, o dispositivo processual penal passou a prever, definitivamente, a inadmissibilidade da prova ilícita por derivação (art. 157, § 1º, primeira parte, do CPP), de acordo com entendimento prévio atribuído pela jurisprudência, de modo a propor que as provas conhecidas por meio ilícito contaminam as provas em decorrência desta primeira que, mesmo produzidas licitamente, tenham se originado das primeiras ilícitas (GONÇALVES, 2018, p. 230).

Essa teoria, de contaminação da prova nova que surge em consequência de uma prova ilícita é chamada de *fruitsofpoisonoustreedoctrine*, ou teoria dos frutos da árvore envenenada.

Antes de se introduzir na legislação brasileira a proibição da prova ilícita por derivação nos processos, o STF passou a admitir a teoria dos frutos da árvore envenenada, com jurisprudência de julgado de Habeas Corpus⁹, no qual foi declarada ilícita prova decorrente de prova anteriormente ilícita.

Comentando jurisprudência disposta acerca da aplicabilidade da teoria dos frutos da árvore envenenada, em relação ao HC 90.298/RS, Rel. Min. Cezar Peluso¹⁰, o doutrinador Renato Brasileiro de Lima dispõe que a 2ª Turma do

⁹SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HABEAS CORPUS 69.912 (segundo)/RS. Tribunal Pleno. Rel. Min. Sepúlveda Pertence — Julgamento: 16.12.1993 — DJ 25.03.1994 — p. 6.012

¹⁰STF, 2ª Turma, HC 90.298/RS, Rei. Min. Cezar Peluso, j. 08/09/2009, DJe 195 15/10/2009.

Supremo declarou como ilícita a prova criminal consistente em “obtenção, sem mandado judicial, de dados bancários de acusado, do que derivou a contaminação das demais provas produzidas com base nessa diligência ilegal” (LIMA, 2019, p. 649).

De acordo com o STF, o réu ter confessado posteriormente à obtenção da prova já ilícita não seria capaz de manter sua condenação, pois a confissão surgiu em decorrência da prova ilícita, “sendo razoável supor que não teria sido feita sem a quebra prévia e ilegal do sigilo bancário” (LIMA, 2019, p. 649). Portanto, é de se reconhecer que a confissão do acusado, como meio de prova, foi contaminada de ilicitude por derivação da prova anterior.

Todavia, a teoria dos frutos da árvore envenenada não é absoluta, havendo algumas exceções à regra. A primeira se dá pela chamada teoria da fonte independente, que, segundo Lima (LIMA, 2016, p. 845),

se o órgão da persecução penal demonstrar que obteve, legitimamente, novos elementos de informação a partir de uma fonte autônoma de prova, que não guarde qualquer relação de dependência, nem decorra da prova originariamente ilícita, com esta não mantendo vínculo causal, tais dados probatórios são admissíveis, porque não contaminados pela mácula da ilicitude originária.

Portanto, com a teoria da fonte independente, só se contaminará a prova decorrente da prova ilícita, quando se puder concluir que a ilicitude originária foi condição essencial de surgimento da prova secundária; caso ela possa ser encontrada de outros meios que não envolvam a prova ilícita, poderá ela ser admitida.

Nesse sentido, ainda dispõe Rangel (RANGEL, 2015, p.548), sustentando que:

Fonte independente de prova (FIP) é aquela que foi obtida sem qualquer relação, direta ou indireta, com a prova ilícita. Trata-se de um meio de prova que tem vida própria, autônoma, lícita e que não é contaminada e nem contamina qualquer outra fonte de prova, exatamente pela sua licitude. A lei fala que se não houver um nexó de causalidade entre a prova ilícita e a outra prova obtida, não haverá contaminação, ou seja, a relação de causalidade é o liame que deve existir entre uma prova ilícita e outra (lícita) para que possamos falar em contaminação. É a linha que liga a colheita de uma prova à obtenção de outra. Fonte independente de prova (FIP) é o que até então a jurisprudência chamava de prova absolutamente independente (PAI), ou seja, aquela que não tem conexão nenhuma com a prova ilícita, e que, independentemente da ilícita, nós chegaríamos nela pelos atos normais de investigação.

É de se reconhecer, então, que a teoria da fonte independente ganhou força doutrinária no Brasil, sendo validada por juristas em suas obras científicas de estudo do direito penal. Essa, portanto, se trata de uma possibilidade de admissão de prova ilícita no processo penal.

O STF, contudo, no primeiro momento de admitir a teoria dos frutos da árvore envenenada, não delimitou ressalvas quanto às regras de exclusão de aplicação da teoria. Em tese, seria absoluta até aquele momento. Contudo, como muito bem dispõe o doutrinador brasileiro (LIMA, 2019, p. 647),

Posteriormente, todavia, firmou-se o entendimento de que provas obtidas por meios ilícitos contaminam única e exclusivamente aquelas que são exclusivamente delas decorrentes. Logo, é perfeitamente possível a prolação de um decreto condenatório se comprovado que a prova ilícita, que contamina as demais provas que dela se originam, não tenha sido a prova exclusiva que desencadeou o procedimento penal, mas somente veio a corroborar as outras lícitamente obtidas pela investigação policial.

Nesse sentido, ainda, se tem outros julgados do STF acerca da aplicabilidade da teoria da fonte independente. No HC 93.050/RJ11, o relator Min. Celso de Mello faz uma fundamentação aplicando a regra de exclusão de aplicação da teoria dos frutos da árvore envenenada.

O relator afirma que “revelam-se inadmissíveis, desse modo, em decorrência da ilicitude por derivação, os elementos probatórios a que os órgãos da persecução penal somente tiveram acesso em razão da prova originariamente ilícita, obtida como resultado da transgressão” (MELLO, 2008, p.703).

Contudo, ele continua seu raciocínio dispondo que se o acusador penal demonstrar que conseguiu, legitimamente, os novos elementos de prova a partir de uma fonte independente de prova, “que não guarde qualquer relação de dependência, nem decorra da prova originariamente ilícita, com esta não mantendo vinculação causal”, essa prova produzida se revela plenamente admissível porque não foi contaminada pela ilicitude originária, já que é autônoma (MELLO, 2008, p.704).

Portanto, a teoria da fonte independente se encontra, necessariamente, na “ausência fática de relação de causalidade ou de dependência lógica ou temporal

¹¹Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=539135>>

(produção da prova posteriormente à ilícita). Fonte de prova independente é: prova não relacionada com os fatos que geraram a produção da prova contaminada” (PACELLI, 2018, p. 297).

Por fim, entendeu o legislador brasileiro a admitir a teoria do fato independente ao tipificá-la no Art. 157, §2º, do CPP, dispondo 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”.

Além da teoria da fonte independente, também é exceção à regra da teoria dos frutos envenenados a teoria da contaminação expurgada. Segundo Lima, de acordo com essa teoria, não se aplica a da prova ilícita por derivação “se o nexos causal entre a prova primária e a secundária for atenuado em virtude do decurso do tempo, de circunstâncias supervenientes na cadeia probatória, da menor relevância da ilegalidade ou da vontade de um dos envolvidos em colaborar com a persecução criminal” (LIMA, 2016, p. 849).

Assim, “apesar de já ter havido a contaminação de um determinado meio de prova em face da ilicitude ou ilegalidade da situação que o gerou” (LIMA, 2016, p. 849), um fato futuro afasta a contaminação de ilegalidade, permitindo-se, assim, o aproveitamento da prova inicialmente contaminada.

Ou seja, o fenômeno contaminação expurgada, trata-se da possibilidade de que, mesmo que já ocorra a contaminação de uma determinada prova em decorrência da ilicitude da prova anterior ou da ilegalidade da situação que o gerou, “um acontecimento posterior expurga (afasta, elide) esta contaminação, permitindo-se o aproveitamento da prova. É importante observar que, na contaminação expurgada, existe nexos de causalidade entre a situação de ilegalidade e a prova que se quer utilizar” (AVENA, 2017, p. 331). Todavia, como visto, este nexos é afastado ou atenuado pela interferência de um acontecimento posterior.

Não há aplicação jurisprudencial dessa exclusão ao princípio dos frutos da árvore envenenada no ordenamento jurídico. Essa tese, portanto, é doutrinária e ainda se finda nas discussões científicas do direito, sem sustentação de tribunais ou magistrados no Brasil.

Há, ainda, como discussão doutrinária, como outra exceção à aplicação da teoria dos frutos envenenados, a teoria da descoberta inevitável. O fenômeno da descoberta inevitável se trata de uma “hipótese na qual a prova será considerada

admissível se evidenciado que ela seria, inevitavelmente, descoberta por meios legais” (AVENA, 2017, p. 331).

Conforme discorre Lopes Junior, quando o Art. 157, §2º, do CPP, ao dispor que, “seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova¹², estaria o legislador brasileiro adotando – tacitamente – a teoria da descoberta inevitável” (LOPES JUNIOR, 2020, p. 641). Sustenta também essa hipótese o doutrinador Lima, ao dispor que “é verdade que o legislador não se refere de maneira expressa à teoria da descoberta inevitável. Porém, seu conteúdo pode ser extraído do art. 157, § 2º, do CPP” (LIMA, 2016, p. 847)

Importante destacar o posicionamento, sobre esse tópico, do doutrinador Pacelli, que vem trazer a peculiaridade da descoberta inevitável em relação à fonte independente, dispondo que, diferente da fonte independente (PACELLI, 2018, p. 297):

Na descoberta inevitável admite-se a prova, ainda que presente eventual relação de causalidade ou de dependência entre as provas (a ilícita e a descoberta), exatamente em razão de se tratar de meios de prova rotineiramente adotados em determinadas investigações. Com isso, evita-se a contaminação da totalidade das provas que sejam subsequentes à ilícita.

A aplicação dessa teoria não pode acontecer baseada em dados superficiais ou especulativos, sendo essencial e imprescindível a ocorrência fatos concretos a confirmar que a descoberta da prova 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” (LIMA, 2016, p. 847).

Há também a possibilidade de utilização de prova ilícita no processo penal em favor do réu diante do princípio da proporcionalidade.

Essa discussão é, majoritariamente, doutrinária não havendo, ainda, jurisprudência de aplicação da teoria. Ela, segundo Avena, é possível quando se for a única forma de absolver o réu ou de comprovar um fato importante à sua defesa. “Para tanto, é aplicado o princípio da proporcionalidade, também chamado de

¹² BRASIL. Código de Processo Penal. Art. 157, §2º, final.

princípio do sopesamento, o qual, partindo da consideração de que nenhum direito reconhecido na Constituição pode revestir-se de caráter absoluto” (AVENA, 2017, p. 332), abrindo a possibilidade de analisar, frente à disputa de direitos fundamentais, qual é o que deve, efetivamente, ser protegido pelo Estado no caso concreto.

Essa possibilidade surge, segundo Pacelli, do “critério hermenêutico mais utilizado para resolver eventuais conflitos ou tensões entre princípios constitucionais igualmente relevantes que se baseia na chamada ponderação de bens e/ou de interesses, presente até mesmo nas opções mais corriqueiras da vida cotidiana”. A discussão realizada em situações assim, de conflito de princípios, se propõe a permitir a aplicação, no caso específico, “da proteção mais adequada possível a um dos direitos em risco, e da maneira menos gravosa ao(s) outro(s). Fala-se, então, em proporcionalidade” (PACELLI, 2018, p. 304).

Portanto, a regra do inciso LVI do art. 5º da CRFB não é absoluta, pois trata-se de um princípio com possibilidade de conflito a outro princípio. “Deve ser interpretada de forma coerente e razoável, mostrando proporção entre os bens jurídicos que se contrastam” (RANGEL, 2015, 486).

Lopes Junior, por sua vez, sustenta que “trata-se da proporcionalidade pro reo, em que a ponderação entre o direito de liberdade de um inocente prevalece sobre um eventual direito sacrificado na obtenção da prova (dessa inocência)” (LOPES JUNIOR, 2020, p. 634). Portanto, segundo ele, só se admitiria a prova ilícita se fosse em favor do réu, mas nunca para incriminá-lo: “ou seja, a mesma prova que serviu para a absolvição do inocente não pode ser utilizada contra terceiro, na medida em que, em relação a ele, essa prova é ilícita e assim deve ser tratada (inadmissível, portanto)” (LOPES JUNIOR, 2020, p. 636).

Ainda dentro da perspectiva da utilização da prova ilícita, aplicando-se o princípio da proporcionalidade, Pacelli discorre que (PACELLI, 2018, p. 305):

o objeto de nossas preocupações é o aproveitamento da prova ilícita apenas quando favorável à acusação. E por uma razão até muito simples. A prova da inocência do réu deve sempre ser aproveitada, em quaisquer circunstâncias. Em um Estado de Direito não há como se conceber a ideia da condenação de alguém que o próprio Estado acredita ser inocente. Em tal situação, a jurisdição, enquanto Poder Público, seria, por assim dizer, uma contradição em seus termos.

A aplicação, contudo, conforme dispõe Avena, “condiciona-se a que se considere a previsão legal de inutilização da prova reconhecida como ilícita (art. 157,

§ 3.º) como uma faculdade do juiz, que poderá usá-la ou não, conforme as peculiaridades do caso concreto (AVENA, 2017, P. 333).

É importante destacar, como bem dispõe Távora, que “o princípio da proporcionalidade não pode ser invocado para se sobrepor a garantias e direitos individuais do acusado, especialmente no Brasil (país com histórico peculiar de violações aos direitos humanos)”.

Nesse sentido, importante destacar a jurisprudência do STF acerca da possível aplicação do princípio da proporcionalidade em relação à utilização de provas ilícitas, que nem sempre justifica a utilização da prova ilícita, já que depende da valoração dada pelo julgador, que precisa ser em favor do réu:

Provas ilícitas: sua inadmissibilidade no processo (CF, art. 5º, LVI): considerações gerais. 2. Da explícita proscrição da prova ilícita, sem distinções quanto ao crime objeto do processo (CF, art. 5º, LVI), resulta a prevalência da garantia nela estabelecida sobre o interesse na busca, a qualquer custo da verdade real no processo: conseqüente impertinência de apelar-se ao princípio da proporcionalidade – à luz de teorias estrangeiras inadequadas à ordem constitucional brasileira – para sobrepor, à vedação constitucional da admissão da prova ilícita, considerações sobre a gravidade da infração penal objeto da investigação ou da imputação¹³.

Por fim, resta demonstrado, através dos estudos e discussões presentes nessa pesquisa, que o ordenamento jurídico brasileiro permite a utilização de provas ilícitas, mas com aplicabilidade muito restrita, como no caso da teoria da fonte independente prevista no Art. 157, §2 do CPP. Contudo, a doutrina também admite outras formas de utilização de provas ilícitas, mesmo que não sejam, ainda, adotadas pelos tribunais.

¹³ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Primeira Turma: HC 80949/RJ. Rel. Min. Sepúlveda Pertence – Informativo nº 250 de 12 a 16 de novembro de 2001 – Prova ilícita: inadmissibilidade (transcrições).

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A discussão acerca da utilização de provas ilícitas no ordenamento jurídico brasileiro é complexa e muito relevante do ponto de vista acadêmico. As possíveis aplicações e as teorias que as defendem são várias, inclusive por discutir direitos fundamentais do cidadão garantidos na Constituição Federal brasileira.

O problema central da pesquisa, verificar se há a utilização de provas ilícitas no processo penal, dentro dos limites estabelecidos pela pesquisadora, foi respondido.

Assim como os objetivos estipulados foram alcançados, senão vejamos. A primeira seção, que busca estabelecer as diretrizes e conceitos acerca dos princípios constitucionais relevantes para o tema, bem como os sistemas processuais penais existentes na teoria do direito, trouxe que, conforme o princípio do devido processo legal, para que se possa afirmar ser alguém culpado, imprescindíveis dois aspectos: a existência de uma sentença penal condenatória e que esta decisão tenha transitado em julgado, inviabilizando, a priori, alteração no resultado do julgamento, bem como é que o devido processo legal está, como se pode perceber, intimamente ligado à ampla defesa e ao contraditório, igualmente garantidos pela Constituição, no seu art. 5º, LV.

Em relação aos sistemas processuais penais, obteve-se que um sistema processual penal é o conjunto de princípios e regras constitucionais, de acordo com o momento político de cada Estado, que estabelece as diretrizes a serem seguidas à aplicação do direito penal a cada caso concreto. Assim, houveram diferentes sistemas penais durante a história do direito.

No sistema acusatório, o juiz é o ente imparcial de aplicação da lei e ele se manifesta apenas se provocado for junto com a importância de se observar legalidade dentro do contraditório, da ampla defesa, do juiz natural, da presunção de inocência e é claro, o devido processo legal.

Há divergências sobre o sistema adotado pelo Brasil, como se percebe na discussão abarcada pela pesquisadora. Por um lado, se tem que o Brasil adota o sistema acusatório. Por outro lado, se tem que o Brasil adota o sistema misto, haja vista que a fase de investigação/inquérito se utiliza do sistema inquisitorial.

A segunda seção, no entanto, veio trazer como é a utilização das provas no ordenamento jurídico brasileiro. Foi importante realizar esse objetivo afim de, primeiro, entender como se dá o regulamento das provas lícitas. Assim sendo, se tratando de provas no processo penal, ela tem o sentido de confirmar os fatos narrados ou dos direitos alegados pela parte. Por isso mesmo, elas são extremamente burocráticas e dependem da verificação da sua legalidade durante a instrução processual.

Foi visto, também, que o contraditório deve ser rigorosamente observado nas fases de produção de prova. Na postulação, pela denúncia e resposta, o contraditório deve existir na possibilidade de as partes postularem provas em igualdade de condições. Na admissão, ele está na faculdade de impugnar a decisão que admitiu alguma prova, caso se entenda que essa esteja equivocada. Na produção (instrução), o contraditório está na possibilidade de defesa e acusação participarem e assistirem a produção da prova.

Por fim, em relação à discussão central da pesquisa proposta, a terceira seção veio abordar, especificamente, das provas penais ilícitas no ordenamento jurídico brasileiro.

Como resultado, obteve-se que as provas ilícitas são aquelas eivadas de vícios de legalidade, ou seja, violam direitos ou princípios (no âmbito material), ou violam regulamentos processuais e formalidades necessárias (no âmbito formal). A discussão resultou, também, na aplicação da teoria dos frutos da árvore envenenada no ordenamento jurídico brasileiro, oficialmente tipificada após a edição da Lei n. 11.690 de 2008.

A teoria dos frutos da árvore envenenada, contudo, não é de aplicação absoluta. Nessas exceções, principalmente, é que se encontram as possibilidades de utilização de provas ilícitas no processo penal. A teoria da fonte independente, por exemplo, foi até tipificada na legislação processual penal no Art. 157, § 2º.

Foi também discutida a possibilidade doutrinária de utilização da prova ilícita em favor do réu com aplicação do princípio da proporcionalidade, devendo, contudo, ser analisado de caso em caso, haja vista que depende da interpretação do julgador em resolver o problema entre os princípios conflitantes.

Importante destacar, ainda, que a pesquisa foi realizada principalmente durante o período de pandemia, do novo coronavírus, declarada pela organização mundial da saúde, no ano de 2020. As dificuldades encontradas pela pesquisadora

envolvem a questão do isolamento social, que dificulta o acesso às bibliotecas, principalmente a da própria instituição de ensino vinculada, mas também aos estresses psicológicos causados pelo temor do avanço da doença no país e também no município em que reside.

Mesmo assim, os resultados obtidos na pesquisa se mostram satisfatórios, nos limites encontrados pela pesquisadora, o que torna o trabalho grandioso por se tratar de uma provação pessoal em um momento tão difícil.

REFERÊNCIAS

ARANHA, Adalberto José Q.T. de Camargo. **Da prova no processo penal**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2018.

AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. **Processo Penal**. 9 ed. rev. e atual. São Paulo: MÉTODO, 2017.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 26 ed. São Paulo: 2019.

BRASIL. Decreto-lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 10 dez 2019.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

_____, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 26. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

_____, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 21 ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

_____, Fernando. **Processo Penal Simplificado**. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

CARDOZO, Paulo Henrique. **As provas ilícitas no processo penal e a teoria dos frutos da árvore envenenada**. Florianópolis, 2012. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/179762/Paulo%20Henrique%20Cardozo%20-%20Trabalho%20de%20Conclus%C3%A3o%20de%20Curso.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 13 maio 2020.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo et. al. **Teoria Geral do Processo**. 25ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2019.

GOMES, Geneevieve Aline Zaffani Grablauskas. **Princípios do Direito Penal Brasileiro**. 2014. Disponível em: <https://semanaacademica.org.br/system/files/artigos/principios_do_direito_penal_brasileiro.pdf>. Acesso em: 27 jun. 2020.

GONÇALVES, Alana Stefanello. **Valoração da prova no processos penal: aplicabilidade do standard probatório beyond a reasonable doubt no direito brasileiro.** Salvador, 2018. Disponível em: < <https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/25714/1/Alana%20Stefanello%20Gon%C3%A7alves.pdf>>. Acesso em: 13 maio 2020.

_____, Victor Eduardo Rios. **Direito processual penal esquematizado.** 7.ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **As Nulidades do Processo Penal.** 6.ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal: volume único – 4. ed. rev., ampl. e atual.** Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.

_____, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal: volume único - 7. ed. rev., ampl. e atual. -** Salvador: Ed. JusPodivm, 2019.

_____, Renato Brasileiro. **Manual de Processo Penal.** 5. ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

LOPES JR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional: volume I.** 4. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

_____, Aury. **Direito processual penal.** 17. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

MELLO, Celso de. **Relator do Voto do HC 93.050/RJ.** STF. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=539135>>. Acesso em: 19 jun. 2019.

MORAES, Alexandre. **Direito constitucional.** 33. ed. rev. e atual. até a EC nº 95, de 15 de dezembro de 2016. São Paulo: Atlas, 2017.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penale execução penal.** 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal.** 22. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018.

PRADO, Leandro Cadenas. **Provas ilícitas**: teoria e a interpretação dos tribunais superiores. 2 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2008.

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 16. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

_____, Paulo. **Direito Processual Penal**. 17. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

_____, Paulo. **Direito processual penal**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

REIS, Alexandre Cebrian Araújo; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito Processual Penal Esquematizado**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**. São Paulo: Saraiva, 1995.

SOUZA, Sérgio Ricardo de; SILVA, Willian. **Manual de processo penal constitucional**: pós reforma de 2008. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

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

DECLARAÇÃO DE CORREÇÃO DE MONOGRAFIA

Eu, Elisamar Maria Rosa, brasileira, divorciada, portadora da cédula de identidade RG n. 1568174 – 2ª Via/DGPC, inscrita no Cadastro de Pessoa Física do Ministério da Fazenda CPF/MF sob o n. 332.978.781-34, residente e domiciliada na Avenida Pedro José Fernandes, Qd 8, Lt 14, Centro, Itaguaru/GO., graduada em Licenciatura Plena em História pela Universidade Estadual de Goiás (UEG), Pós-graduada em Métodos e Técnicas de Ensino pela Universidade Salgado de Oliveira (UNIVERSO), e, devidamente, cadastrada junto à Faculdade Evangélica de Rubiataba-GO., declaro para os devidos fins que efetuei a revisão ortográfica e gramatical da Monografia Intitulada **“A TEORIA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA E AS PROVAS ILÍCITAS”**, de autoria da acadêmica do Curso de Direito, **JAQUELINE SOUZA DA SILVA**, da Faculdade Evangélica de Rubiataba/GO.

Itaguaru, 30 de junho de 2020.

Elisamar Maria Rosa

DECLARAÇÃO DE CORREÇÃO DE ABSTRACT

Eu, Anaíse Moreira Pimentel Atanásio, brasileira, casada, portadora da cédula de identidade RG n. 5275121 – 2ª Via/SSP-GO, inscrita no Cadastro de Pessoa Física do Ministério da Fazenda CPF/MF sob o n. 027.449.331-47, residente e domiciliada na Avenida Lázaro Borges Guimarães, Qd 7, Lt 18, Centro, Itaguaru/GO., graduada em Licenciatura Plena em Letras pela Universidade Estadual de Goiás (UEG) e Pós-graduada em Metodologia e práticas do Ensino de Língua Portuguesa e Língua Inglesa pela Faculdade Educacional da Lapa (FAEL), declaro para os devidos fins que efetuei a correção do ABSTRACT da Monografia “**A TEORIA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA E AS PROVAS ILÍCITAS**”, de autoria da acadêmica do Curso de Direito, **JAQUELINE SOUZA DA SILVA**, da Faculdade Evangélica de Rubiataba/GO.

Itaguaru, 30 de Junho de 2020.

Anaíse Moreira Pimentel Atanásio