

# A (IN) ADMISSIBILIDADE E ALCANCE DAS PROVAS ILÍCITAS NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

## The (In) admissibility and Scope of Illicit Evidence in Brazilian Criminal Proceeding

Gabriel Nardis de Oliveira<sup>1</sup>

Igor Mateus Lopes de Souza<sup>2</sup>

Wiklo Romão da Silva Alves<sup>3</sup>

Carlos Henrique Passos Mairink<sup>4</sup>

**Resumo:** O presente artigo tem por finalidade estudar as especificidades das provas no processo penal, especialmente no que tange à questão da (in) admissibilidade e alcance das provas ilícitas no processo penal brasileiro. É sabido que a prova é utilizada na busca da verdade real dos fatos. Nesse sentido, para ter certeza sobre um determinado levado ao juiz, necessário se faz a produção de provas durante as fases processuais. Assim, a prova é muito importante para o bom andamento e desfecho do processo. No entanto, como todos os direitos Constitucionais, o direito à prova, possui limitações, tendo em vista que, apesar de ser uma garantia constitucional, o direito à prova não é absoluto, pois sofre restrições justamente no tocante à admissibilidade ou não das provas obtidas por meios ilícitos no processo. A partir do expostos, tem-se o surgimento de controvérsias por parte da doutrina, no sentido de que, essas provas podem ou não serem utilizadas. Fato é que, toda a problemática da prova ilícita mostra-se como protagonista de profundas discussões jurisprudenciais e doutrinárias, motivo pelo qual se faz importante a discussão do tema abordado no presente artigo.

**Palavras-chave:** Prova ilícita. Admissibilidade. Princípio da Proporcionalidade.

**Abstract:** This article aims to study the specificities of evidence in criminal proceedings, especially with regard to the issue of (in) admissibility and scope of illegal evidence in Brazilian

---

<sup>1</sup> Aluno do 9º Período da Faculdade Minas Gerais – FAMIG – e-mail: gabrienardis23@gmail.com

<sup>2</sup> Aluno do 9º Período da Faculdade Minas Gerais – FAMIG – e-mail: igor44@gmail.com

<sup>3</sup> Aluno do 9º Período da Faculdade Minas Gerais – FAMIG – e-mail: romao21@gmail.com

<sup>4</sup> Professor da FAMIG, orientador do trabalho de Conclusão de Curso – e-mail: passosmairink@gmail.com

criminal proceedings. It is known that proof is used in the search for the real truth of facts. In this sense, in order to be sure about a particular thing taken to the judge, it is necessary to produce evidence during the procedural stages. Thus, the test is very important for the smooth running and outcome of the process. However, like all Constitutional rights, the right to evidence has limitations, given that, despite being a constitutional guarantee, the right to evidence is not absolute, as it is restricted precisely with regard to the admissibility or otherwise of the evidence obtained. by illegal means in the process. From the above, there is the emergence of controversies on the part of the doctrine, in the sense that these tests may or may not be used. The fact is that the whole issue of illegal evidence is shown to be the protagonist of profound jurisprudential and doctrinal discussions, which is why the discussion of the topic addressed in this article is important.

**Keywords:** Illicit proof. Admissibility. Principle of Proportionality.

## 1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho busca analisar a possibilidade ou não da admissibilidade das provas ilícitas nos autos processo. O art. 157 do Código de Processo Penal Brasileiro (CPP), prevê que as provas ilícitas devem ser desentranhadas do processo. O tema em debate justifica sua relevância, porque provas obtidas por meios ilícitos, ensejam nulidade dos atos processuais e, conseqüentemente a contaminação do processo. Diante do explanado, apresentou-se o seguinte problema: Existe a possibilidade de admissão das provas ilícitas no processo penal brasileiro, afastando, com isso, a regra da exclusão?

A fim de traçar um melhor panorama sobre o assunto, o artigo será dividido em cinco capítulos. No primeiro capítulo, far-se-á uma breve explanação sobre o conceito jurídico da palavra prova, utilizando-se para isso, as construções doutrinárias sobre a questão. Neste ponto, será destacado, ainda, a finalidade e a classificação das provas.

Em um segundo momento, será promovido um estudo sobre o rol exemplificativo dos meios de prova, previstos no CPP. Em prosseguimento, será abordado à quem cabe o ônus da prova. Em quarto lugar, será apresentado os três sistemas de apreciação das provas, previstos no processo penal brasileiro, quais sejam: Sistema de íntima convicção, Sistema da prova tarifada e o Sistema do convencimento motivado. Por fim, será discutido sobre a (in) admissibilidade e alcance das provas ilícitas no processo penal, partindo da premissa de que há uma proibição trazida pela Constituição Federal (CR/88) e pelo CPP, nesse sentido.

Serão colocadas, algumas considerações acerca do princípio da proporcionalidade e suas aplicações, sendo este, o motivo ensejador da relativização da inadmissibilidade da prova ilícita. Ainda, será observado o entendimento da doutrina e da jurisprudência sobre os limites em que se deve dar essa aplicação. Nesse contexto, será explicitada a prova ilegal como gênero, com suas três espécies: As provas ilícitas, ilícita por derivação e ilegítima. Quanto a metodologia utilizada para o desenvolvimento deste trabalho, será o método dedutivo, utilizando-se como meios de pesquisa a análise do ordenamento jurídico brasileiro, bem como a abordagem da doutrina nacional e da jurisprudência, acerca da temática ora suscitada.

## **2 DA PROVA**

Diante da execução de um crime, surge a necessidade da prova, ela se constitui como um elemento fundamental para que se comprove a verdade dos fatos. Nesse sentido, cabe ao magistrado lançar mão das legislações para analisar sua legitimidade e materialidade. A regra constitucional disposta no Processo Penal é a inadmissibilidade da prova ilícita. Porém, existem construções argumentativas no sentido de se instaurar mecanismos capazes de contornar essa regra, originando algumas exceções. Assim, a admissibilidade das provas ilícitas segue critérios um tanto quanto rigorosos que serão analisados ao longo do presente estudo.

As provas no Código de Processo Penal (CPP) encontram-se disciplinadas em seu Título VII, nos artigos 155 a 157. Para entender melhor a temática, neste momento, faz-se necessário trazer um conceito do termo “prova”, remetido por Guilherme de Souza Nucci:

O termo prova origina-se do latim – probatio -, que significa ensaio, verificação, inspeção, exame, argumento, razão, aprovação ou confirmação. Dele deriva o verbo provar – probare -, significando ensaiar, verificar, examinar, reconhecer por experiência, aprovar, estar satisfeito com algo, persuadir alguém a alguma coisa ou demonstrar. Entretanto no plano jurídico, cuida-se, particularmente, da demonstração evidente da veracidade ou autenticidade de algo. Vincula-se, por óbvio, à ação de provar, cujo objetivo é tornar claro e nítido ao juiz a realidade de um fato, de um acontecimento ou de um episódio. A prova vincula-se à verdade e à certeza, que se ligam à realidade, todas voltadas, entretanto, à convicção de seres humanos. O universo no qual estão inseridos tais juízos do espírito ou valorações sensíveis da mente humana precisa ser analisado tal como ele pode ser e não como efetivamente é (NUCCI, 2011, p. 15).

Em se tratando de uma abordagem conceitual, o termo “prova” no sentido jurídico, possui diversas particularidades. Mais uma vez, nos ensinamentos de Guilherme de Souza Nucci, a prova:

[...] a) como ato: é o processo pelo qual se verifica a exatidão do fato alegado pela parte (ex.: fase da prova); b) como meio: trata-se do instrumento pelo qual se

demonstra a verdade de algo (ex.: prova testemunhal); c) como resultado: é o produto extraído da análise dos instrumentos de prova oferecidos, demonstrando a verdade de um fato. Neste último senso, pode dizer o juiz, ao chegar na sentença. [...] Denominam-se provas típicas as previstas expressamente em lei, que possuem procedimento próprio para a sua produção (ex.: prova testemunhal, pericial etc.). São atípicas as provas não previstas explicitamente em lei como tal ou quando, embora previstas, não possuem procedimentos específicos para a sua obtenção, ex.: reconhecimento do crime (NUCCI, 2011, p. 17).

Antes de qualquer coisa “sem dúvida alguma, o tema referente à prova é o mais importante de toda a ciência processual, já que as provas constituem os olhos do processo, o alicerce sobre o qual se ergue toda a dialética processual” (CAPEZ, 2007, p. 282). Ela deve designar a verdade, que pode ser dividida em verdade material e verdade formal. Assim, “a verdade real (material) é a que se pode denominar de verdade em si, ou seja, aquilo que efetivamente aconteceu no mundo sensível; enquanto que a verdade formal é a que se estabelece nos autos, como resultado das provas produzidas pelas partes” (TEIXEIRA FILHO, 1997, p. 37-38). Na mesma linha de raciocínio, Fernando da Costa Tourinho Filho, complementa que a prova serve para:

[...] antes de mais nada, estabelecer a existência da verdade; e as provas são meios pelos quais se procura estabelecer-la. É demonstrar a veracidade do que se alega. Entendem-se, também, por prova, de ordinário, os elementos produzidos pelas partes ou pelo próprio Juiz visando a estabelecer, dentro do processo, a existência de certos fatos. É o instrumento de verificação do *thema probandum* (TOURINHO FILHO, 2009, p. 522).

Dessa forma, trazendo as considerações feitas por Mirabete (2006, p. 249) provar é “produzir um estado de certeza na consciência e mente do Juiz, para sua convicção, a respeito da existência ou inexistência de um fato, ou da verdade ou falsidade de uma afirmação sobre uma situação de fato que se considera de interesse para uma decisão judicial ou a solução de um processo”. Ademais, pode-se concluir que para que haja a condenação do acusado, se faz necessário haver provas contundentes, não podendo o magistrado se embasar nas entrelinhas. Caso haja insuficiência de prova dos fatos ou qualquer dúvida sobre a participação do autor, a absolvição se faz necessária. Desta forma, a função da prova se dá na intenção de convencer o juiz acerca do fato em questão.

## **2.1 Da finalidade e classificação das provas**

Apesar de muito se falar em prova dentro do processo penal, muitos não sabem qual a sua finalidade. Nas palavras de Tourinho Filho (2009, p. 523) “o objetivo ou finalidade da prova é formar a convicção de Juiz sobre os elementos necessários para a decisão da causa”. Nesse

contexto, pode-se afirmar que a finalidade da prova é a formação da convicção do julgador do caso concreto, por meio da diligência probatória desenvolvida ao longo do processo, objetivando o refazimento dos fatos que estão sendo investigados na fase extraprocessual, buscando com isso, uma possível aproximação da realidade fática. Por sua vez, Prado (2009, p. 4) aduz que são duas as principais finalidades da prova: “formar o convencimento do juiz sobre o que se alega e embasar a decisão final da demanda perante a coletividade”. Então, corroborando com esse entendimento, Guilherme de Souza Nucci colaciona que:

A finalidade da prova é a demonstração lógica da realidade com único objetivo de gerar, no magistrado, a certeza em relação aos fatos discutidos e alegados, fazendo o seu fim ser a produção do convencimento do juiz no que diz respeito à verdade processual, sendo a verdade tangível de ser alcançada no processo, conforme a realidade ou não. Cabe exclusivamente ao julgador atender a verdade processual para proferir a sua decisão. E nessa afinação o esforço da parte será concernente a extração do maior número de subsídios transitáveis para a persuasão racional dos órgãos do Poder Judiciário (NUCCI, 2011).

Nesse contexto, “a finalidade da prova é a fixação dos fatos do processo. Provar não quer dizer a demonstração da verdade dos fatos discutidos, mas determinar e fixar formalmente os fatos” (CARNELUTTI, *apud* LEAL, 2011, p.170). E, além disso, “toda prova diz respeito a um certo fato, é produzida num determinado processo e tem por finalidade nele gerar seus efeitos” (ARANHA, 2008, p. 254).

Por outro lado, a classificação das provas ficou a cargo da doutrina, “o instrumento da prova recai sobre o fato que pretende ser reconhecido como verdadeiro. Assim, as provas podem ser classificadas conforme os seguintes critérios: Quanto ao objeto que “pode ser dividido em direta ou indireta: a) direta é quando se refere imediatamente ao fato cuja prova é desejada; b) indireta é aquela relativa a outros fatos, chamados de indícios (alcança o fato principal através de um raciocínio lógico)” (ARANHA, 2006, p. 23-25). E, quanto ao efeito ou valor, que, pode ser dividido em plena e não plena ou indiciária, “a prova plena é aquela necessária para condenação e que imprime no julgador certeza quanto ao fato. Já a prova não plena ou indiciária é a limitada quanto à profundidade, permitindo, por exemplo, a decretação de medidas cautelares” (NUCCI, 2014, p. 31). Ainda, conforme Adalberto José Queiroz Telles de Camargo Aranha, as provas podem ser classificadas seguindo os critérios do sujeito e da forma:

Do sujeito da prova: sujeito da prova é a pessoa ou coisa de quem ou de onde derivou a prova. Pode ser dividido em reais ou morais: a) reais são aqueles que aderem à coisa (exemplo: uma impressão digital numa arma – prova pericial); b) morais são aquelas que possuem origem na pessoa humana (exemplo: testemunho do crime – prova testemunhal). Da forma da prova: quanto à forma as provas podem ser testemunhais, documentais e materiais (ARANHA, 2006, p. 23-25).

Na lição de Tourinho Filho (2009, p. 522) “todos os fatos sobre os quais versa a lide são objeto da prova [...] é o fato a ser provado”. Na mesma linha, Aranha (2006, p. 26) aduz que o objeto da prova “é o fato a ser demonstrado, isto é, todos os fatos sobre os quais versem a ação penal e devam ser verificados”.

Além disso, o juiz, para condenar alguém, deve tomar como base apenas as provas produzidas em contraditório conforme o art. 155, do CPP que dispõe: “O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas” (BRASIL, 1941). Segundo esse artigo, a prova deverá ser produzida, observando-se o contraditório, com exceções das provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.

Entende-se por provas cautelares, todas aquelas que abarcam risco de desaparecimento do objeto com o decurso do tempo. Via de regra, dependem de autorização judicial, como no caso, também, da interceptação telefônica. A defesa no que concerne à prova cautelar se dá em momento posterior, ou seja, devido investigado tomar conhecimento dos elementos colhidos após as diligências serem concluídas, o contraditório acontece de forma diferida, adiado. Já as provas não repetíveis, são aquelas que não se pode produzi-las novamente, pois desapareceram, ou foram destruídas. É o que acontece, por exemplo, com a perícia forense computacional, que necessita dos dados que ficam gravados no computador para ser realizada e, a depender do tempo que se espera, pode ficar comprometida em razão da memória volátil e da perda dos vestígios (MARINO, 2014).

As provas não repetíveis, na lição de Lopes e Rosa (2018) são aquelas que quando produzidas não há mais a possibilidade de ser produzida ou coletada novamente por conta do desaparecimento, destruição, ou perecimento de sua fonte probatória. Podem ser produzidas durante a fase investigatória ou em juízo, em regra, não dependem de autorização judicial. Nesse tipo, o contraditório também será diferido. Assim, embora se assemelhem às provas cautelares no que diz respeito ao contraditório diferido, as provas não repetíveis não dependem de autorização judicial, devendo a autoridade policial determiná-la assim que tiver conhecimento da prática de infração penal, nos termos do art. 6º, VII, do CPP.

Desse modo, não pode o magistrado, fundamentar a sua decisão exclusivamente em provas produzidas na fase de inquérito policial por exemplo, visto que não há o contraditório. Isso significa que, o contraditório é indispensável para que a prova seja válida.

Essa percepção tem ligação com a Constituição Federal de 1988 (CR/88), como assevera Di Gesu (2019) a prova para que seja válida “deve obediência aos princípios da ampla defesa, do contraditório e da imparcialidade do julgador”. Pelo artigo 155, do CPP, tem-se o convencimento motivado ou persuasão racional, pelo qual o juiz deverá sempre formar o seu convencimento com base no conjunto probatório apresentado nos autos, não podendo prolatar sentença com base em sua íntima convicção. Desta feita, em conformidade com o art. 92, inciso IX, da Constituição Federal, todas as decisões judiciais devem ser, por certo, motivadas.

### **3 MEIOS DE PROVA**

A prova, quando apresentada, deve respeitar os princípios e garantias processuais penais. Como salientado, a prova é vista como o meio mais célere de se verificar a veracidade de fato alegado. Ela é utilizada para convencer o magistrado da verdade real ou material, podendo se dar por diversos meios. De acordo com Tourinho Filho (2009, p. 524), meio de prova “é tudo quanto possa servir, direta ou indiretamente, à comprovação da verdade que se procura no processo: testemunha, documento, perícia, [...], tudo são meios de prova”.

Os meios de prova abarcam todos os recursos utilizados para elucidar a verdade do fato ocorrido. É o procedimento realizado para gerar no julgador o conhecimento certo ou provável sobre o objeto do fato criminoso (NUCCI, 2015). Em outras palavras, os meios de prova “são os recursos de percepção da verdade e formação do convencimento. É tudo aquilo que pode ser utilizado, direta ou indiretamente, para demonstrar o que se alega no processo. O CPP não traz de forma exaustiva todos os meios de prova admissíveis” (BARBOSA, 2016, p. 01).

Eles podem ser divididos em lícitos e ilícitos: Os lícitos são os que decorrem do ordenamento jurídico. Já os ilícitos são aqueles que contrariam o que dispõe a lei. Nesse diapasão, o art. 369 do CPC, redige que: “As partes têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz” (BRASIL, 2015).

O CPP, estabelece um rol exemplificativo, disposto entre os artigos 158 a 250, quanto aos meios de provas. São eles: exame de corpo de delito; cadeia de custódia; perícias; interrogatório; confissão; oitiva do ofendido; testemunhas; reconhecimento de pessoas e coisas; acareação; documentos; indícios; e busca e apreensão. Passa-se agora a estudar cada uma dessas espécies.

O primeiro meio de prova a ser analisado é a perícia, que pode se dar por exemplo, pelo exame de corpo de delito, que se encontra disciplinado nos artigos 158 a 184 do CPP. Entende-se por exame de corpo de delito, a perícia destinada à comprovar a materialidade relativa às infrações que deixam vestígios. Ou seja, o exame de corpo de delito é “espécie de prova que objetiva fornecer esclarecimentos [...] a respeito de questões técnicas, que extrapolam o conhecimento científico do julgador podendo ser de qualquer natureza [...]” (MONTENEGRO FILHO, 2010, p. 479).

Então, o exame de corpo de delito será considerado a prova da existência de um determinado crime, que terá sua definição através de um conjunto de vários elementos físicos e materiais. No entanto, vale lembrar que existem delitos que podem ou não deixar vestígios materiais. Um exemplo de um crime que não deixa vestígio, é o crime de ameaça, quando realizado de forma oral. Assim, o exame de corpo de delito sempre deve ser realizado nos crimes que deixam vestígios materiais, conforme redação dada pelo art. 158 do CPP que traduz: “Quando a infração deixar vestígios, será indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado” (BRASIL, 1941).

Esse artigo trata da indispensabilidade do exame de corpo de delito, quando a infração deixar vestígios, porém, nos termos do art. 167 do CPP: “Não sendo possível o exame de corpo de delito, por haverem desaparecido os vestígios, a prova testemunhal poderá suprir-lhe a falta” (BRASIL, 1941). Trata-se, portanto, de uma prova determinada pela lei. Desse modo, se não houver a realização do exame determinado, pode ocorrer a nulidade, nos termos do art. 564, III, b, do mesmo diploma legal.

Como bem explica Daniel Bernoulli Lucena de Oliveira, sobre a função do exame de corpo de delito:

Se deixar vestígios a infração, a materialidade do delito e/ou a extensão de suas consequências deverão ser objeto de prova pericial, a ser realizada diretamente sobre o objeto material do crime, o corpo de delito, ou, não mais podendo sê-lo, pelo desaparecimento inevitável do vestígio, de modo indireto. O exame indireto será feito também por perito oficial, só que a partir de informações prestadas por testemunhas ou pelo exame de documentos relativos aos fatos cuja existência se quiser provar, quando, então, se exercerá e se obterá apenas um conhecimento técnico por dedução. [...] A prova pericial se faz por meio da elaboração de laudo técnico, pelo qual o(s) expert(s) responderão às indagações e aos esclarecimentos requeridos pelas partes e pelo juiz, por meio de quesitos (OLIVEIRA, 2011, p. 413-414).

Nas palavras do aludido doutrinador, notadamente, é papel dos peritos analisarem pessoalmente os vestígios deixados. No entanto, excepcionalmente, esse exame pode se dar de forma indireta, ou seja, quando realizado com base nas informações fornecidas a esses profissionais. Nos termos do artigo 239 do CPP: “Considera-se indício a circunstância



conhecida e provada, que, tendo relação com o fato, autorize, por indução, concluir-se a existência de outra ou outras circunstâncias”. Com isso, a produção da prova pericial “exige o seguimento de regras impostas pelo CPP. Por isso, as formalidades demandadas compõem o quadro da prova legal, a merecer particular consideração pelo juiz. Quando realizado nos ditames estabelecidos pelas normas processuais” (NUCCI, 2011, p. 51).

Vale dizer que esse exame, requer uma certa formalidade, pois, a perícia é o exame que, deve ser realizado por técnicos ou especialistas, conforme reza o art. 159, § 1º, § 2º e § 3º, do CPP. Nos moldes do aludido artigo 159 do CPP, é necessário apenas um perito oficial, portador de diploma de curso superior, para elaboração do laudo, nos termos do art. 2º, da Lei 12.030/09 (Lei que dispõe sobre as perícias oficiais). Contudo, na ausência deste, o exame, será realizado por duas pessoas idôneas, com curso superior, de preferência na área (BRASIL, 1941).

Desse modo, no entendimento da Súmula 361 do STF: “No processo penal, é nulo o exame realizado por um só perito, considerando-se impedido o que tiver funcionado, anteriormente, na diligência de apreensão” (STF, 1963). Essa Súmula fala que o exame será nulo no caso de ser elaborado por peritos não oficiais. O §3º do aludido artigo 159, CPP, traz a faculdade às partes, como MP, assistente de acusação, ofendido, querelante e acusado, formular quesitos e indicação de assistente técnico (BRASIL, 1941). Ainda, nos ditames do §5º, II, desse art. 159, CPP, é permitido às partes, durante o curso do processo, indicar assistentes técnicos que poderão realizar uma perícia particular. Ademais, será feita a elaboração de laudo pericial, onde os peritos descreverão minuciosamente o que examinarem, e, darão respostas aos quesitos formulados. Esse laudo será elaborado no prazo máximo de 10 dias, podendo ser prorrogado, a requerimento dos peritos, em casos excepcionais (BRASIL, 1941).

Destaca-se que o exame de corpo de delito poderá ser feito em qualquer dia e a qualquer hora. No caso da necropsia ou autópsia, o art. 162, parágrafo único, dispõe que será feita após 6 horas da morte, havendo dispensabilidade, nos casos de morte violenta (BRASIL, 1941).

O artigo 163, do CPP, fala que: “Em caso de exumação para exame cadavérico, a autoridade providenciará para que, em dia e hora previamente marcados, se realize a diligência, da qual se lavrará auto circunstanciado” (BRASIL, 1941).

E, conforme o disposto no art. 164, CPP: “Os cadáveres serão sempre fotografados na posição em que forem encontrados, bem como, na medida do possível, todas as lesões externas e vestígios deixados no local do crime” (BRASIL, 1941).

Outro ponto importante é a questão da preservação do local do exame de corpo de delito, assim o art. 169, do CPP prescreve que para o efeito de exame do local da prática da infração,

a autoridade providenciará de imediato, para que não se altere o estado das coisas até a chegada dos peritos (BRASIL, 1941).

É possível ainda, que entre os peritos haja divergências. Nesse caso, conforme redação dada pelo artigo 180, CPP, o magistrado poderá nomear um terceiro perito, e se este divergir de ambos, a autoridade poderá mandar proceder a novo exame por outros peritos (BRASIL, 1941). E no caso de o entendimento do juiz ser contrário ao laudo da perícia, ele deverá fundamentar sua decisão com base em outros elementos de prova constantes no processo. Por isso, o art. 182, do CPP fala que: “O juiz não ficará adstrito ao laudo, podendo aceitá-lo ou rejeitá-lo, no todo ou em parte” (BRASIL, 1941).

Outro meio de prova é o interrogatório do acusado, disciplinado nos artigos 185 a 196, do CPP. Desse modo, o interrogatório “[...] pode ser conceituado como ato personalíssimo do acusado de infração penal, em denúncia ou queixa-crime, que se realiza perante o juiz competente para apreciar a ação penal” (MORAES, 2010, p. 91-96).

É através desse ato que o acusado pode apresentar a sua versão dos fatos que lhes estão sendo imputados pela acusação, podendo, indicar meios de prova, confessar ou permanecer em silêncio. O direito ao silêncio do acusado, encontra respaldo no art.5º, LXIII, da CR/88, que diz: “o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado (BRASIL, 1941).

Além disso, o direito ao silêncio está disposto também no art. 186 do CPP que assim dispõe: “Depois de devidamente qualificado e cientificado do inteiro teor da acusação, o acusado será informado pelo juiz, antes de iniciar o interrogatório, do seu direito de permanecer calado e de não responder perguntas que lhe forem formuladas” (BRASIL, 1941).

Existem quatro correntes que definem o interrogatório do acusado, a primeira corrente, defende que constitui meio de defesa, para a segunda corrente, constitui meio de prova, para a terceira corrente, esse ato processual possui uma característica híbrida, tendo em vista que, ao mesmo tempo é, meio de prova e meio de defesa. Já para a quarta corrente, trata-se de um meio de defesa, primordialmente, sendo meio de prova, de forma subsidiária (TÁVORA; ALENCAR, 2010).

Importante esclarecer que o interrogatório do acusado tem um caráter facultativo, ou seja não é obrigatório seu comparecimento perante o Juiz, dessa feita, o que se faz obrigatório é a presença do defensor técnico no interrogatório, sendo também reservado ao acusado o direito à entrevista prévia com seu defensor técnico antes da realização do ato, por suposto, o direito ao silêncio não pode ser utilizado como declaração de prova contra o acusado.

Nessa linha, ainda sobre o interrogatório, Fernando Capez ensina que:

[...] sendo o interrogatório o momento processual no qual, por excelência, o sujeito da defesa, e, o acusado, tem a possibilidade de materializar o seu direito de audiência, influenciando na formação da convicção do órgão jurisdicional através da narração dos fatos consoante a sua versão, torna-se evidente a natureza de meio de defesa do interrogatório (CAPEZ, 2010, p. 396-397).

Cabe destacar, que, ao mesmo tempo que o interrogatório se destaca como um elemento de defesa, assegurado ao acusado, se o mesmo foi citado pessoalmente para a audiência de instrução e julgamento e não compareceu, estará renunciando o seu direito à autodefesa. O interrogatório do réu, compreendido como um meio de defesa, pode ser visto nas palavras de Guilherme de Souza Nucci, como:

Meio de defesa, essencialmente, porque é a primeira oportunidade do acusado para ser ouvido, garantindo-se, a sua autodefesa, quando pode narrar a sua versão do fato, negando (ou afirmando) a autoria, além de indicar provas em seu favor. Poderá, ainda, calar-se, sem que se possa extrair daí qualquer prejuízo à sua defesa ou, então, é possível que assuma a prática do delito, alegando excludente de ilicitude ou de culpabilidade. Tal foco (meio de defesa) eleva-se, quando o procedimento prevê a inquirição do acusado ao final da instrução, quando todas as provas já foram colhidas (NUCCI, 2011, p.73).

Em regra, o interrogatório é um ato público, porém, há casos em que o interrogatório poderá ser realizado de forma sigilosa, como nos casos de defesa da intimidade, interesse social no sigilo e imprescindibilidade à segurança, conforme dispõe a CR/88, em seu art. 5º, XXXIII, LX, e art. 93, IX, ou ainda, quando puder resultar escândalo, inconveniente grave ou perigo de perturbação da ordem, conforme art. 792, § 1º, do CPP. Havendo mais de um acusado, serão interrogados de forma separada, conforme dispõe o art. 191, do CPP.

Outro meio de prova, é a confissão, disciplinada nos artigos 197 a 200 do CPP. Por meio da confissão, o acusado admite para a autoridade competente, de maneira voluntária e expressa o fato ou a conduta praticada por ele. Contudo, para alguns autores “no processo penal o conteúdo da confissão é exclusivamente o reconhecimento da autoria. A materialidade deve ser provada por outros meios e em especial pelo exame de corpo de delito [...]” (GRECO FILHO; RASSI, 2010, p. 218).

A Valor probatório da confissão, deverá ser confrontada com os outros elementos de prova, é o que dispõe o art. 197, do CPP: “O valor da confissão se aferirá pelos critérios adotados para os outros elementos de prova, e para a sua apreciação o juiz deverá confrontá-la com as demais provas do processo, verificando se entre ela e estas existe compatibilidade ou concordância” (BRASIL, 1941).

Ademais, conforme dispõe o artigo 200 do CPP: “A confissão será divisível e retratável, sem prejuízo do livre convencimento do juiz, fundado no exame das provas em conjunto” (BRASIL, 1941). Ou seja, o acusado pode confessar que praticou um fato, mas, pode negar que cometeu outro, cabendo ao magistrado considerar verdadeira uma parte e falsa a outra parte da confissão.

Por outro lado, a oitiva do ofendido, como meio de prova, nos moldes do art. 201 do CPP: “Sempre que possível, o ofendido será qualificado e perguntado sobre as circunstâncias da infração, quem seja ou presuma ser o seu autor, as provas que possa indicar, tomando-se por termo as suas declarações” (BRASIL, 1941).

A pessoa do ofendido é aquela que veio a sofrer algum ato infracional, ou seja, é aquele que teve seu bem jurídico de alguma forma violado. Nessa linha, conforme o §6º, do citado art. 201 do CPP: “O juiz tomará as providências necessárias à preservação da intimidade, vida privada, honra e imagem do ofendido, podendo, inclusive, determinar o segredo de justiça em relação aos dados, depoimentos e outras informações constantes dos autos a seu respeito para evitar sua exposição aos meios de comunicação” (BRASIL, 1941).

Cabe Mencionar o entendimento da doutrina sobre a condução coercitiva do ofendido para inquirição, prevista no § 1º do art. 221, do CPP, assim, é possível haver a condução coercitiva, apenas na ação penal de ação pública, já que o Estado é o interessado.

Outro meio de prova é a testemunhal, o CPP dispõe sobre a prova testemunhal em seus artigos 202 a 225. Nesse sentido, Misael Montenegro Filho traz o conceito de testemunha explicando que:

A testemunha é pessoa que comparece em juízo para esclarecer fatos presenciados ou sentidos por meio da visão, do tato, do olfato, da audição, do contato físico com pessoas ou coisas do processo, não tendo índole técnica, por essa razão diferenciando-se da prova pericial. [...] A testemunha é uma pessoa, desinteressada no julgamento do processo, marcada pela imparcialidade, que comparece ao juízo para relatar os contornos do seu contato com fatos relevantes para o julgamento da causa (MONTENEGRO FILHO, 2010, p. 447-448).

Em complemento ao raciocínio do autor, Greco Filho e Rassi (2010) lembram sobre a diferença entre a testemunha que apenas presta compromisso e salientam sob a pena de falso testemunho, das demais pessoas ouvidas, como o ofendido, parentes do acusado, parentes do ofendido, menores que não prestam compromisso e são considerados declarantes.

Lembrando que o número máximo será de 8 (oito) testemunhas, assim, qualquer pessoa poderá ser testemunha. A testemunha prestará compromisso com a verdade, conforme dispõe o artigo 203, a testemunha fará, sob palavra de honra, a promessa de dizer a verdade do que souber e for perguntado (BRASIL, 1941). Dessa forma, a pessoa que será testemunha, tem o

dever de, em seu depoimento, esclarecer o fato delituoso e, sendo ela, regularmente intimada, terá o dever de comparecer no local, dia e hora designados pelo juiz.

Destaca-se que, caso a pessoa deixe de comparecer sem justificar, o juiz poderá requisitar à autoridade policial a sua apresentação ou determinar que seja conduzida coercitivamente, sendo possível, ainda, a imposição de multa no valor de 1 a 10 salários mínimos, conforme disposição do artigo 458, c/c art. 436, § 2º, do CPP. Nesse ditame, o próprio CPP dispõe que a testemunha não pode eximir-se da obrigação de depor, no entanto, conforme o art. 206, CPP, poderão, recusar-se a depor, o ascendente ou descendente, o afim em linha reta, o cônjuge, ainda que desquitado, o irmão e o pai, a mãe, ou o filho adotivo do acusado, salvo quando não for possível, por outro modo, obter-se ou integrar-se a prova do fato e de suas circunstâncias (BRASIL, 1941).

O mesmo diploma legal, traz em seu art. 207, as pessoas proibidas de depor. Assim, “São proibidas de depor as pessoas que, em razão de função, ministério, ofício ou profissão, devam guardar segredo, salvo se, desobrigadas pela parte interessada, quiserem dar o seu testemunho” (BRASIL, 1941).

Outro ponto a ser lembrado é que, o magistrado, antes do depoimento, deve deixar a testemunha ciente do seu dever de dizer somente a verdade, sob a pena de ser processada por falso testemunho, crime previsto no artigo 342 do Código Penal.

No que tange ao meio de prova de reconhecimento de pessoas e coisas, é o “[...] ato pelo qual uma pessoa admite como certa a identidade de outra ou a qualidade de uma coisa” (NUCCI, 2012, p. 492). Tal meio de prova, está disciplinado nos artigos 226 a 228, do CPP. Nas palavras de Eugênio Pacelli de Oliveira:

[...] trata-se de mero procedimento, tendente à identificação de pessoas, de alguma maneira envolvidas no fato delituoso, e de coisas, cuja prova da existência e individualização seja relevante para a apuração das responsabilidades. [...]. O reconhecimento fotográfico não poderá, jamais, ter o mesmo valor probatório do reconhecimento de pessoa, tendo em vista as dificuldades notórias de correspondência entre uma (fotografia) e outra (pessoa), devendo ser utilizado este procedimento somente em casos excepcionais, quando puder servir como elemento de confirmação das demais provas (OLIVEIRA, 2011, p. 419).

O reconhecimento de pessoas ou de coisas, quando realizado por mais de uma pessoa, deve ser feito de forma separada, em observância ao princípio da individualidade. Nesse sentido, o artigo 226 do CPP, dispõe sobre as formas para a realização do reconhecimento de pessoa:

Art. 226. Quando houver necessidade de fazer-se o reconhecimento de pessoa, proceder-se-á pela seguinte forma:

I - a pessoa que tiver de fazer o reconhecimento será convidada a descrever a pessoa que deva ser reconhecida;

II - a pessoa, cujo reconhecimento se pretender, será colocada, se possível, ao lado de outras que com ela tiverem qualquer semelhança, convidando-se quem tiver de fazer o reconhecimento a apontá-la;

III - se houver razão para recear que a pessoa chamada para o reconhecimento, por efeito de intimidação ou outra influência, não diga a verdade em face da pessoa que deve ser reconhecida, a autoridade providenciará para que esta não veja aquela;

IV - do ato de reconhecimento lavrar-se-á auto pormenorizado, subscrito pela autoridade, pela pessoa chamada para proceder ao reconhecimento e por duas testemunhas presenciais (BRASIL, 1941).

De acordo com Tornaghi (1991, p. 429) o reconhecimento de pessoas e coisas “é o ato pelo qual alguém verifica e confirma a identidade de pessoa ou coisa que lhe é mostrada, com pessoa ou coisa que já viu (ouviu, palpou que lhe caiu sobre os sentidos), que conhece”.

Nesse contexto, “o juiz jamais deve condenar uma pessoa única e tão somente com base no reconhecimento feito pela vítima, por exemplo, salvo se essa identificação vier acompanhada de um depoimento seguro e convincente, prestado pelo próprio ofendido, não demovido por outras evidências” (NUCCI, 2020, p. 898).

O próximo meio de prova a ser analisado é a acareação, disciplinada nos artigos 229 e 230, do CPP, menciona-se, a acareação como “[...] um meio de prova que consiste na submissão das testemunhas, acusados ou até mesmo vítimas em novas inquirições, agora em relação a pontos diversos e divergentes descobertos anteriormente por meio de depoimentos que dizem respeito a fatos e circunstâncias relevantes a causa (MOREIRA, 2005).

Nos moldes do artigo 229, do CPP, poderá haver acareação entre todos os sujeitos envolvidos no processo: “A acareação será admitida entre acusados, entre acusado e testemunha, entre testemunhas, entre acusado ou testemunha e a pessoa ofendida, e entre as pessoas ofendidas, sempre que divergirem, em suas declarações, sobre fatos ou circunstâncias relevantes” (BRASIL, 1941).

Pode ocorrer casos em que, o acareado se encontra fora da comarca, assim, o procedimento será feito por meio de carta precatória, cabendo ao juiz deprecado realizar as perguntas sobre os pontos considerados divergentes.

Há que se referir, também, à mais um meio de prova que é o documental, disciplinado nos artigos 231 a 238 do CPP. No entanto, nem o CPC, nem o CPP, trouxeram o conceito de documento, cabendo, portanto, à doutrina jurídica defini-lo. De acordo com Nucci (2016), documento é toda base materialmente disposta a concentrar e expressar um pensamento, uma ideia ou qualquer manifestação de vontade do ser humano, que sirva para demonstrar e provar

um fato ou acontecimento juridicamente relevante. São considerados documentos, portanto: escritos, fotos, fitas de vídeo e som, desenhos, esquemas, gravuras, disquetes, CDs, entre outros.

A regra disposta no artigo 231 do CPP, é que, os documentos podem ser apresentados em qualquer fase do processo, exceto quando a lei dispuser em sentido diverso (BRASIL, 1941). A Lei 11.925/2009, reconheceu que “o documento em cópia oferecido para prova poderá ser declarado autêntico pelo próprio advogado, sob sua responsabilidade pessoal” (BRASIL, 2009). Além disso, dispõe o art. 238 do CPP que: “Os documentos originais, juntos a processo findo, quando não exista motivo relevante que justifique a sua conservação nos autos, poderão, mediante requerimento, e ouvido o Ministério Público, ser entregues à parte que os produziu, ficando traslado nos autos” (BRASIL, 1941).

No tocante, tem-se outro meio de prova, que são os indícios. Nas considerações de Marcelo Batlouni:

Os indícios são aqueles que nos permitem obter conclusão sobre um importante (considerável) fato diretamente relacionado, como, por exemplo, o fato do suspeito haver ameaçado diretamente a vítima de homicídio. E no caso de “prova sobre a prova”, os chamados e *Hilfstatsachen* (fatos auxiliares), nos permitem considerar a qualidade como um meio de prova. [...] como por exemplo, à constatação da boa memória de uma testemunha (MENDRONI, 2010, p. 73).

Trazendo outro meio de prova, tem-se os indícios, disciplinados no artigo 239 do CPP: “Considera-se indício a circunstância conhecida e provada, que, tendo relação com o fato, autorize, por indução, concluir-se a existência de outra ou outras circunstâncias” (BRASIL, 1941). O indício é um meio de prova indireto, pois, consiste em uma circunstância que leva à conclusão de outras.

Por último, tem-se a busca e apreensão, que estão disciplinados nos artigos 240 a 250 do CPP, e será domiciliar ou pessoal. Inicialmente, é importante esclarecer que, busca e apreensão são termos distintos. A busca poderá ser domiciliar ou pessoal:

Art. 240. A busca será domiciliar ou pessoal.

§ 1º Proceder-se-á à busca domiciliar, quando fundadas razões a autorizarem, para:

- a) prender criminosos;
- b) apreender coisas achadas ou obtidas por meios criminosos;
- c) apreender instrumentos de falsificação ou de contrafação e objetos falsificados ou contrafeitos;
- d) apreender armas e munições, instrumentos utilizados na prática de crime ou destinados a fim delituoso;
- e) descobrir objetos necessários à prova de infração ou à defesa do réu;
- f) apreender cartas, abertas ou não, destinadas ao acusado ou em seu poder, quando haja suspeita de que o conhecimento do seu conteúdo possa ser útil à elucidação do fato;
- g) apreender pessoas vítimas de crimes;

h) colher qualquer elemento de convicção.

§ 2º Proceder-se-á à busca pessoal quando houver fundada suspeita de que alguém oculte consigo arma proibida ou objetos mencionados nas letras *b a f e letra h* do parágrafo anterior (BRASIL, 1941).

A finalidade da busca domiciliar está expressa no §1º, do art. 240 do CPP, por sua vez a finalidade da busca pessoal está disposta no 240, §2º, do mesmo diploma legal.

Nos termos do art. 5º, XI, CR/88: “a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial” (BRASIL, 1988). Nesse sentido, de acordo com o art. 244 do CPP, a busca pessoal independe de mandado:

Art. 244. A busca pessoal independe de mandado, no caso de prisão ou quando houver fundada suspeita de que a pessoa esteja na posse de arma proibida ou de objetos ou papéis que constituam corpo de delito, ou quando a medida for determinada no curso de busca domiciliar (BRASIL, 1941).

Desse modo, a finalidade da busca e apreensão é obter fontes materiais de prova. A busca tem o objetivo é encontrar algo - seja um objeto ou uma pessoa. Já a apreensão é algo que ocorrerá posteriormente, sendo realizada como uma medida de constrição.

Como regra, no processo penal, mais precisamente no artigo 156 do Código de Processo Penal (CPP), o ônus da prova pertence a acusação, que apresenta a imputação em juízo por meio da denúncia ou da queixa-crime. Contudo, o réu pode ter interesse em produzir a prova, o que conseqüentemente pode levar a um benefício ou até mesmo a absolvição deste réu. Assim, dentre os vários temas que permeiam o direito processual Penal, o que de fato merece destaque é o do ônus da prova. Existe uma importância no estudo da distribuição do ônus da prova, uma vez que o processo penal, transforma-se em instrumento de administração da justiça, devendo ser usado, para tutelar os direitos das partes. Quando as partes se submetem à apreciação do Poder Judiciário para elucidarem a lide, tem-se que, ao magistrado, caberá a função de clarear os fatos, nos limites da lei. O juiz não se antecipa aos interessados, ele aguarda que lhe provoquem a atividade jurisdicional, cabendo aos litigantes o ônus de afirmar e provar a sua pretensão em juízo. Assim, “a função do magistrado é de declarar o direito em cada caso concreto, sem suprir as deficiências das partes, que agem representadas por advogados aptos a postular em juízo” (AUGENTI, 1932, p. 468).

O instituto do ônus da prova está ligado, fundamentalmente à atividade das partes, que invocam a aplicação do direito. O encargo de provar, é atribuído à parte que deseja provar



aquilo que está alegando. Assim, nos termos do art. 156 do CPP, a prova da alegação incumbe a quem a fizer. Veja-se:

Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício:

I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida;

II – determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante (BRASIL, 1941).

Os incisos do artigo acima, dispõem sobre a produção de provas feita de ofício pelo juiz, sendo essa uma faculdade do magistrado. Corroborando com esse entendimento, Giacomo Primo Augenti, explica que:

A necessidade de provar incumbe sempre a quem intenta a ação, mas esta regra, declarada de modo categórico, é sensivelmente enfraquecida pela palavra *verius*, que se lê ao início do fragmento, onde o jurista observa que isso é mais verdadeiro, mas não que seja um princípio de caráter absoluto (AUGENTI, 1932, p. 18).

A doutrina geral traz a terminologia “ônus da prova”, e explica que se diz ônus e não obrigação de provar; em outras palavras, esses dois conceitos se distinguem tendo cada qual uma função própria. Assim, Francesco Carnelutti, estabelece a distinção entre ônus e obrigação, aduzindo que:

Obrigação é o lado passivo, a que corresponde do lado ativo um direito subjetivo. Pode dizer-se que o direito subjetivo é um interesse protegido mediante um poder da vontade ou um poder da vontade concedido para a tutela de um interesse. Obtêm-se a noção de obrigação, invertendo simplesmente a de direito subjetivo. É a obrigação um interesse subordinado mediante um vínculo da vontade; ou, em outros termos, um vínculo da vontade imposto pela subordinação de um interesse (CARNELUTTI, 1936, p. 53).

Ainda, sobre a distinção entre o conceito de obrigação e de ônus, Francesco Carnelutti, complementa dizendo que:

Falamos de ônus, quando o exercício de uma faculdade é posto como condição para obter certa vantagem. Por isso ônus é uma faculdade, cujo exercício é necessário para a consecução de um interesse. Daí o parentesco entre os dois conceitos. Obrigação e ônus têm em comum o elemento formal, consistente no vínculo da vontade, mas diferem entre si quanto ao elemento substancial, porque o vínculo é imposto, quando há obrigação, para a tutela de um interesse alheio, enquanto, havendo ônus, a tutela é de um interesse próprio. Correlativa à ideia de ônus está, portanto, a ideia de risco, não a ideia de subordinação, ou sujeição (CARNELUTTI, 1936, p. 53).

Dessa forma, o instituto do ônus da prova é uma função desenvolvida no processo, cujo objetivo se dá na vontade das partes de afirmar os preceitos da lei. O interesse na prova tem caráter bilateral e corresponde à estrutura dialética do processo. Ao alegar um fato, ambas as partes têm interesse em direções opostas, ou seja, se o autor tem interesse em fazer a prova da sua existência, o réu tem interesse em fazer a prova da sua inexistência (CARNELUTTI, 1936).

Como adverte Carratta (2001) é preciso redefinir o modelo racional sobre o qual fundamenta o raciocínio probatório. Os reflexos da concepção demonstrativa da prova sobre o sistema normativo devem ser examinados em profundidade na sua incidência sobre o princípio dispositivo e sobre institutos tradicionais como o ônus da prova, as presunções, as máximas de experiência, as preclusões, as limitações probatórias e resíduos de provas legais. Dessa forma, o instituto do ônus da prova é uma função desenvolvida no processo, cujo objetivo se dá na vontade das partes de afirmar para a lei, que elas estimam existir como vontade concreta, à vista dos fatos que consideram como existentes

#### **4 SISTEMAS DE APRECIÇÃO DA PROVA**

Os sistemas de apreciação das provas estão previstos no processo penal brasileiro. São eles: Sistema de íntima convicção, Sistema da prova tarifada e o Sistema do convencimento motivado (ou da persuasão racional do juiz). Nessa linha, a íntima convicção, se associa à valoração livre pelo magistrado, de acordo com suas convicções e sem a necessidade de dissertar sobre as motivações das decisões; a prova tarifada, também conhecida como sistema de regras legais, da certeza moral do legislador ou da prova legal, a qual tem critérios de valor para cada prova que são previamente fixados pelo legislador; e a persuasão racional ou livre convencimento motivado, que requer uma apreciação fundamentada da prova pelo magistrado (NUCCI, 2020).

Nesse diapasão, o sistema da íntima convicção, é aquele em que existe uma valoração livre no que tange à prova. Dessa forma, não há necessidade de que a decisão seja motivada pelo magistrado. Nesse sistema, o juiz é livre para decidir com base nas provas que podem ou não estarem nos autos do processo, podendo decidir, inclusive, em desacordo com as provas dos autos. Fala-se, com isso, numa convicção formada por motivos subjetivos, pois, não se exige a fundamentação. O sistema da íntima convicção está previsto como uma exceção, em relação às decisões dos jurados no tribunal do júri, tendo em vista que estas, não precisam ser motivadas. Isso ocorre porque, nos termos do artigo 5º, XXXVIII, b, da CR/88, é reconhecida à instituição do júri, o sigilo das votações.

Já o sistema da prova tarifada, compreende que os meios de prova têm valor probatório fixado em abstrato pelo legislador. Desse modo, cabe ao juiz, apenas, apreciar o conjunto probatório e atribuir-lhe o valor conforme a lei.

Aqui, cada prova já possui um valor preestabelecido, vinculando o magistrado na hora de proferir a sentença. A lei estipula o valor de cada prova. Desse sistema deriva o conceito de “confissão como rainha das provas, já que possuiria um valor acima das demais. Esse sistema não foi adotado pelo direito processual penal como regra. Porém, ainda pode-se observar a existência de certos resquícios de sua aplicação (NUCCI, 2020).

No sistema do convencimento motivado, regra no direito processual brasileiro, o juiz natural tem ampla liberdade na valoração das provas, desde que fundamente a sua decisão. Desse modo, além da discricionariedade de apreciação da prova, de forma isolada e no seu conjunto, existe a obrigação de motivar a decisão. Essa fundamentação permite às partes verificar que a convicção do juiz foi realmente extraída das provas, além de entenderem os motivos que o levaram a tal decisão (NUCCI, 2020).

Sobre a necessidade de motivação da decisão, a CR/88 dispõe em seu artigo 93, IX, que:

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 (BRASIL, 1988).

Ou seja, no sistema do convencimento motivado ou persuasão racional, o juiz é livre para decidir a apreciar as provas que lhe são apresentadas, porém, deve fazê-lo de forma fundamentada. Da mesma forma, o CPP adota esse sistema em seu artigo 155.

## **5 A (IN) ADMISSIBILIDADE E ALCANCE DAS PROVAS ILÍCITAS NO PROCESSO PENAL**

Há uma certa confusão quando o assunto é prova ilícita e ilegítima. Vale esclarecer que conforme a doutrina, a prova ilegal é um gênero, que abarca como espécies as provas ilícitas, ilícita por derivação e ilegítima. As provas ilícitas são aquelas obtidas por meio de violação de normas constitucionais e legais ou de princípios, de natureza material ou processual, que englobam tanto as penais quanto as processuais penais. Uma vez obtidas por meios ilícitos, devem ser retiradas dos autos. Não se trata, portanto, de nulidade da prova ilícita, mas, de

inadmissibilidade, não aceitação nos autos do processo (NUCCI, 2015). É o que dispõe o art. 157 do CPP. Veja-se:

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.

§ 4º (VETADO)

§ 5º O juiz que conhecer do conteúdo da prova declarada inadmissível não poderá proferir a sentença ou acórdão (BRASIL, 1941).

Os direitos fundamentais, não têm natureza absoluta, pois sofrem limitações, o mesmo ocorre com o direito à prova. Assim, como no CPP, a vedação às provas ilícitas, também têm previsão na Constituição Federal, em seu art. 5º, LVI, dispondo que “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos” (BRASIL, 1988).

Da leitura do art. 157 do CPP, as provas ilícitas, são entendidas como aquelas obtidas em violação a princípios constitucionais ou disposições de direito material, ou seja, esse artigo refere-se exclusivamente às normas de direito material que violem direta ou indiretamente a Constituição Federal. Corroborando com esse entendimento, Lima (2020, p. 685) explana que “[...] a prova será considerada ilícita quando for obtida através da violação de regra de direito material”, como ocorre, por exemplo, quando há violação do art. 5º, III, da CR/88, quando alguém é constrangido a confessar a prática de um crime, mediante tortura”.

O mesmo acontece com o interrogatório judicial do réu sem a presença de um advogado, tendo em vista que tal ato, viola indiretamente o princípio da ampla defesa. Além disso, a busca e apreensão domiciliar sem ordem judicial, também é caracterizada como provas obtidas por meios ilícitos e devem ser desentranhadas do processo. Explica Flávio Gomes (2009) que “a confissão mediante tortura (na polícia) é considerada prova ilícita; já a confissão em juízo, perante o juiz da causa, sem a intervenção de advogado, é considerada prova ilegítima (deve ser renovada). Ambas são antinormativas: mas uma é ilícita, enquanto a outra é ilegítima”.

Ademais, o § 3º do art. 157, do CPP, ensina que: “Preclusa a decisão de desentranhamento da prova declarada inadmissível, esta será inutilizada por decisão judicial,

facultado às partes acompanhar o incidente” (BRASIL, 1941). A Constituição também dispõe em seu artigo 5º, inciso XII, que:

Art. 5º (...)

XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal (BRASIL, 1988).

No entanto, como mencionado, essa regra não é absoluta, pois, existe exceção à essa regra da inadmissibilidade da prova ilícita. Ou seja, apesar da CR/88, trazer de forma expressa a previsão acerca da inadmissibilidade da utilização no processo de provas ilícitas, a doutrina majoritária entende que se esta for a única prova de inocência do acusado, poderá ser utilizada.

Nas considerações de GRINOVER, FERNANDES e MAGALHÃES FILHO (2001, p. 135) “o entrave das provas ilícitas diz respeito à ilegalidade de um ato anterior àquele da produção em juízo. Nesse aspecto, não se mistura com o conteúdo e a veracidade da prova, critérios que serão refletidos em sua valoração, não na admissão”.

Fato é que as opiniões estão divididas, Marino (2013) opina pela admissibilidade processual da prova ilícita com base na verdade real. Porém, Grinover (2011) defende a inadmissibilidade da prova ilícita, mesmo que tenha norma processual contrária. Há entendimento pela teoria da proporcionalidade ou da razoabilidade, como é o posicionamento do STF e STJ, como também existe a defesa pela aplicação da teoria da proporcionalidade, desde que a prova ilícita seja interpretada a favor do réu.

Em se tratando do caráter constitucional do uso das provas ilícitas, CHOUKR (2010, p. 302) traz que “a literalidade da CR/88, impõe a inadmissibilidade no processo das provas ilícitas. No entanto, a literalidade cede diante da interpretação por critérios de proporcionalidade, os quais, em última análise, buscam mitigar a previsão constitucional, flexibilizando a admissão no processo das provas obtidas por meios ilícitos”.

Sobre o princípio da proporcionalidade, menciona Sebastián Borges de Albuquerque Mello, que:

O princípio da proporcionalidade, ligado aos Direitos Fundamentais, possui, para Larenz, uma relação estreita com a ideia de justiça, tanto no exercício dos direitos como na imposição de deveres e ônus. Serve para estabelecer o equilíbrio de interesses contrapostos, tendo base a linha do menor prejuízo possível. Isso significa, a grosso modo, que se busca a justa medida na relação entre os homens entre si e das coisas submetidas à sua disposição. Tal princípio busca alcançar um ponto de equilíbrio entre os valores violados por uma prova ilícita, e o interesse de punir o indivíduo ou a asseguarção de seus direitos e garantias fundamentais (MELLO, 2007, p. 204).

Nesse certame, Fernando Capez e Rodrigo Colnago, sustentam que é possível a utilização da prova ilícita segundo o princípio da proporcionalidade pro societate:

[...] a admissibilidade das provas ilícitas, quando demonstrada a prevalência do interesse público na persecução penal, a tendência atual da jurisprudência dos Tribunais Superiores é a da sua não adoção. De acordo com esse entendimento, a não admissão de mecanismos de flexibilização das garantias constitucionais tem o objetivo de preservar o núcleo irredutível de direitos individuais inerentes ao devido processo legal, mantendo a atuação do Poder Público dentro dos limites legais. As medidas excepcionais de constrição de direitos não podem, assim, ser transformadas em práticas comuns de investigação (CAPEZ; COLNAGO, 2015, p. 185).

Nessa linha, Silva, (2007, p. 22) acredita que a proporcionalidade surge para possibilitar a articulação das normas constitucionais tendo em vista a manutenção de sua harmonia. “Desta feita, minimizam-se os episódios de conflitos aparentemente sem solução. A proporcionalidade é, em última análise, o instrumento redentor de solução de conflitos, sopesando e encontrando os valores que triunfarão no caso concreto”. Há de concluir, portanto, que em se tratando de provas ilícitas, a teoria da proporcionalidade surgiu como uma alternativa intermediária para “a viabilidade de admissão das provas viciadas, buscando fugir de posições radicais. Pela análise desta teoria, depreende-se que nenhuma garantia será absoluta, tornando inválida outra que tenha semelhante grau de importância” (SOARES, 2009. p. 57).

Nesse sentido, São elementos do princípio da proporcionalidade: a) adequação: os meios eleitos devem ser adequados aos fins pretendidos; b) exigibilidade ou necessidade: o meio eleito deve ser, obrigatoriamente, o menos gravoso para o cidadão; e c) proporcionalidade em sentido estrito: é o sopesamento a fim de verificar o custo-benefício para o Poder Público, de modo que o proveito alcançado seja obrigatoriamente superior ao prejuízo suportado (AGUIAR, 2010, p. 500).

Trata-se de um conflito de direitos fundamentais, tendo em vista que a liberdade de um indivíduo tem mais relevância que o poder punitivo por parte do Estado, principalmente para se compelir uma injusta punição, ainda que para isso tenha que haver a violação de outro direito fundamental, como por exemplo, no caso da privacidade de terceiros. Veja-se:

Em outra situação, o réu obteve prova ilícita mediante interceptação telefônica não autorizada, em contradição, portanto, à Constituição Federal à Lei 9.296, de 24.07.1996, mas era o único meio de que dispunha para provar a inocência. Seria inaceitável condenar o acusado apenas porque a demonstração de sua inocência só pode ser realizada por meio de prova obtida de forma ilícita” (FERNANDES, 2012, p.92).

Ademais, já houve julgamento no STJ, a favor da aplicação do princípio da proporcionalidade e da utilização de provas ilícitas:

Constitucional e Processo Penal. Habeas Corpus. Escuta telefônica com ordem judicial. Réu condenado por formação de quadrilha armada, que se acha cumprindo pena em penitenciária, não tem como invocar direitos fundamentais próprios do homem livre para trancar ação penal (corrupção ativa) ou destruir gravação feita pela polícia. O inciso LVI do artigo 5º da Constituição, que fala ‘são inadmissíveis as provas obtidas por meio ilícito’, não tem conotação absoluta. Há sempre um substrato ético a orientar o exegeta na busca de valores maiores na construção da sociedade. A própria Constituição Federal Brasileira, que é dirigente e programática, oferece ao juiz, através da ‘atualização constitucional (verfassungsgesamtheitlich)', base para o entendimento de que a cláusula constitucional invocada é relativa. A jurisprudência norte-americana, mencionada em precedente do Supremo Tribunal Federal, não é tranqüila. Sempre é invocável o princípio da ‘Razoabilidade’ (Reasonableness). O ‘princípio da exclusão das provas ilicitamente obtidas’ (Exclusionary Rule) também lá pede temperamentos. Ordem denegada (Acórdão da 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, publicado no DJU de 26.02.96, p. 4.084, rel. Adhemar Maciel, autos do HC nº 3982/RJ).

Depreende-se que, a doutrina considera pacificada a questão da admissibilidade da prova ilícita em favor do réu, quando se tratar da única forma comprovar sua inocência. Trata-se, então, da aplicação do princípio da proporcionalidade pro reo. Na lição de Norberto Claudio Pâncaro Avena:

Apesar dessa proibição constitucionalmente determinada, a doutrina e a jurisprudência majoritárias há longo tempo tem considerado possível a utilização das provas ilícitas em favor do réu quando se tratar da única forma de absolvê-lo ou de comprovar um fato importante à sua defesa. Para tanto, é aplicado o princípio da proporcionalidade, também chamado de princípio do sopesamento, o qual, partindo da consideração de que “nenhum direito reconhecido na Constituição pode revestir-se de caráter absoluto”, possibilita que se analise, diante da hipótese de colisão de direitos fundamentais, qual é o que deve, efetivamente, ser protegido pelo Estado (AVENA, 2015, p. 484).

De forma geral, estando a favor da utilização das provas ilícitas pelo réu Fernando Capez aduz que:

A aceitação do princípio da proporcionalidade pro reo não apresenta maiores dificuldades, pois o princípio que veda as provas obtidas por meios ilícitos não pode ser usado como um escudo destinado a perpetuar condenações injustas. Entre aceitar uma prova vedada, apresentada como único meio de comprovar a inocência de um acusado, e permitir que alguém, sem nenhuma responsabilidade pelo ato imputado, seja privado injustamente de sua liberdade, a primeira opção é, sem dúvida, a mais consentânea com o Estado Democrático de Direito e a proteção da dignidade humana (CAPEZ, 2007, p. 35-36).

Neste sentido, Vicente Greco Filho, posiciona-se de igual maneira:

O texto constitucional parece, contudo, jamais admitir qualquer prova cuja obtenção tenha sido ilícita. Entendo, porém, que a regra não seja absoluta, porque nenhuma regra constitucional é absoluta, uma vez que tem de conviver com outras regras ou princípios também constitucionais. Assim, continuará a ser necessário o confronto ou peso entre os bens jurídicos, desde que constitucionalmente garantidos, a fim de se admitir, ou não, a prova obtida por meio ilícito (GRECO FOLHO, 1999, p. 199-200).

Observa-se que por meio da aplicação do princípio da proporcionalidade, é possível a utilização das provas ilícitas em favor do réu quando se tratar da única forma de comprovar um fato eminente à sua defesa. Entretanto, segundo Serrano (1990, p. 200-202), há alguns critérios a serem observados, como a “adequação da medida (se ela vai lograr o resultado esperado), a necessidade da medida - se o resultado esperado pode ou não ser atingido de outra maneira, sendo a escolhida, a menos gravosa) e a proporcionalidade em sentido estrito (a ponderação dos interesses jurídicos envolvidos”.

Vale destacar que, pode ocorrer casos de a prova ser, ao mesmo tempo, ilícita e ilegítima, se houver, concomitantemente, violação às regras de direito material e de direito processual, como é o caso da busca e apreensão domiciliar realizada sem prévia autorização judicial, infringindo os requisitos para se fazer a busca e apreensão conforme arts. 240 a 250 do CPP, e, por isso, configurando o crime de abuso de autoridade, nos termos do art. 22, caput, da Lei nº. 13.869/2019 (LIMA, 2020).

Entende-se por prova ilegítima, aquela produzida mediante a violação de uma norma de direito processual, ou seja, quando houver violação de norma de direito processual, como acontece na situação em que o reconhecimento de pessoa é feito sem a observância do art. 226 do CPP, ou no caso da perícia ser realizada por apenas um perito não oficial, conforme dispõe o art. 159, parágrafo 1º, do CPP. Como não há ilicitude, o juiz deverá tomar as providências necessárias para a correção ou complementação da prova ilegítima (LIMA, 2020). Desse modo, no caso de nulidade absoluta, pode ser arguida a qualquer momento, até o trânsito em julgado da decisão. Em se tratando de sentença condenatória ou absolutória imprópria, as nulidades absolutas podem ser arguidas mesmo após o trânsito em julgado da sentença.

Nesse sentido, Fernando Capez traz o precioso entendimento sobre as provas ilegítimas:

Quando a norma afrontada tiver natureza processual, a prova vedada será chamada de ilegítima. Assim será considerada prova ilegítima: o documento exibido em plenário do Júri, com desobediência ao disposto no artigo 479, caput (CPP), com a redação determinada pela Lei n. 11.689/2008; o depoimento prestado com violação à regra proibitiva do artigo 207 (CPP) (sigilo profissional) etc (...). A confissão feita em substituição ao exame de corpo de delito, quando a infração tiver deixado vestígios (CPP, art. 158). Neste último caso, a título de exemplo, se houve uma lesão corporal consistente em uma fratura de antebraço, nem mesmo a radiografia, a ficha médica do



paciente, o depoimento dos médicos e a confissão do acusado podem suprir a falta do exame de corpo de delito, devido à exigência processual expressa constante do artigo 158 do CPP. As provas produzidas em substituição serão nulas por ofensa à norma processual e, portanto, ilegítimas, não podendo ser levadas em conta pelo juiz (CPP, art. 564, III, b), o que acarreta a absolvição por falta de comprovação de materialidade delitiva (CAPEZ, 2005, p. 263).

No que tange à classificação das provas ilícitas e provas ilegítimas, como o caput do art. 157 do CPP, não trouxe de forma clara sobre os casos em que haverá violação à norma de natureza material ou à norma de natureza processual. Assim, Grinover, Gomes Filho e Fernandes (2011), entendem que a redação do caput do art. 157 do CPP, tem interpretação restritiva, valendo apenas para os vícios de direito material, sendo que, quando houver vício de direito processual, o que se aplica são as nulidades, impondo a renovação do ato de formação da prova, como preleciona o art. 573, caput, do CPP.

Passa-se a expor agora, a terceira espécie de prova ilegal, que é a prova ilícita por derivação, entendida como aquela lícita, em sua essência, mas decorrente, exclusivamente de uma prova ilícita anterior. Para Fernando Capez (2011, p. 348) as chamadas “provas ilícitas por derivação são aquelas em si mesmas lícitas, mas produzidas a partir de outra ilegalmente obtida”.

Em conformidade com esse entendimento, esclarece Torquato Avolio (1999, p. 73) que “prova ilícita por derivação concerne às hipóteses em que a prova foi obtida de forma lícita, mas a partir da informação extraída de uma prova obtida por meio ilícito”.

Foi acima explanado que, de acordo com a CR/88, em seu artigo 5º, inciso LVI e o CPP, em seu artigo 157, são inadmissíveis em no ordenamento jurídico, as provas obtidas por meios ilícitos, devendo estas serem desentranhas dos autos do processo.

Fato é que a Carta Magna, no seu art. 5º, LVI, prevê a inadmissibilidade da prova ilícita, no entanto, nada trouxe a respeito da prova ilícita por derivação, não sabendo ao certo se essa regra aplica-se à ambas as provas ilícitas (originária e por derivação).

Para um melhor entendimento, é necessário ater-se à leitura do artigo 157, parágrafo 1º, do CPP que diz: “São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras” (BRASIL, 1941).

Diante da ausência de previsão constitucional, a Lei nº. 11.690 de 2008, alterou a redação desse art. 157, do CPP, abarcando, assim, a prova ilícita por derivação, de modo que, segundo esse dispositivo, tais provas, também são inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, exceto quando não evidenciado o nexo de causalidade ou quando as derivadas

puderem ser obtidas por fontes independentes (BRASIL, 1941). As exceções, contudo, levam à várias críticas por parte da doutrina, no sentido de que, essas provas podem ou não, serem utilizadas no processo, e, se por derivarem de provas ilícitas, estariam também contaminadas pela ilicitude.

A prova ilícita por derivação é conhecida como princípio da contaminação, teoria dos frutos da árvore envenenada e pelos ditados jurídicos que diz “árvore envenenada não pode dar bons frutos” (NUCCI, 2020, p. 32) e ainda, “o veneno da árvore se transmite a todos os seus frutos” (MENDONÇA, 2009, p. 167). Trata-se, portanto, de vedar as provas que foram obtidas, aproveitando-se de informações contidas em provas que estão em desacordo com os dispositivos constitucionais e legais, uma vez que, “[...] de nada adiantaria preservar os direitos e garantias fundamentais no nascedouro da produção da prova, permitindo-se depois, a utilização de derivações flagrantemente inconsistentes, calcadas em alicerces podres” (NUCCI, 2020, p. 32).

Cabe destacar que a teoria dos frutos da árvore envenenada foi desenvolvida pela Suprema Corte Norte-Americana e foi consolidada no Supremo Tribunal Federal brasileiro no HC 69.912-0/RS, em 1993. Em outras palavras, a teoria determina que, quando uma prova for produzida por mecanismos ilícitos, não é possível aceitar as provas que desta se originarem (TEIXEIRA, 2020).

Grinover, Scarance e Magalhães (2009, p. 128) corroboram com esse entendimento discorrendo que as provas decorrentes de uma prova ilícita, serão também ilícitas, estando, também contaminadas. “Na posição mais sensível às garantias da pessoa humana, e conseqüentemente mais intransigente com os princípios e normas constitucionais, a ilicitude da obtenção da prova transmite-se às provas derivadas, que são, assim, igualmente banidas do processo”.

Vê-se que esse é o posicionamento majoritário, assim, tanto para a doutrina quanto para a jurisprudência, as provas ilícitas por derivação são também inadmissíveis no ordenamento jurídico brasileiro, seguindo o disposto na CR/88 e no CPP. Porém, existem posicionamentos contrários, entendendo que, essa inadmissibilidade da prova ilícita por derivação, não é absoluta, podendo ser admitida em algumas situações.

De acordo com Silva (2003) o § 1º do art. 157, CPP, permite a prova derivada da ilícita quando não evidenciado, ou demonstrado nexo de causalidade entre a prova ilícita e a derivada da primeira. Não existindo nessa hipótese a derivação propriamente dita, tendo em vista que não foi comprovado o nexo de causalidade entre uma prova e outra, assim, não sendo comprovada a derivação de uma prova tida como lícita de outra tida como ilícita, não haveria a

contaminação e essa poderia perfeitamente, ser admitida no processo. Já o § 2º admite a prova ilícita por derivação quanto esta puder ser obtida por uma fonte independente da ilícita. Ou seja, quando resta evidente que a prova derivada da ilícita poderia ser obtida por meio autônomo. É quando a fonte por si só puder conduzir ao fato objeto da prova.

Em relação à fonte independente, o CPP, traz em seu § 2º do art. 157, a definição de “fonte independente”, ou seja, “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” (BRASI, 1941).

Nesse diapasão, Camila Franchitto Cecarelli, explica que:

[...] no caso de aplicação da teoria da fonte independente é preciso que houvesse uma fonte autônoma e anterior (ou ao menos concomitante) ao momento em que se deu a ilicitude, e que esta fonte de provas tivesse conduzido o investigador ao mesmo elemento de prova viciado por derivação. Isto é, quando da prática da ilegalidade pelo indivíduo que obtém a prova é preciso que a fonte de prova autônoma fosse já uma realidade concreta empiricamente verificável. Na descoberta inevitável, por sua vez, ainda que seja necessário que a linha de investigação paralela que levaria inevitavelmente ao mesmo elemento de prova obtido ilicitamente estivesse já em curso quando da prática da ilegalidade, o encontro da nova fonte de prova configura-se tão somente em uma probabilidade (CECARELLI, 2011, p. 38).

Por fim, tem-se como base o equilíbrio e a proporcionalidade entre os valores contrastantes. Dessa forma, o princípio da vedação tanto das provas ilícitas quanto das provas ilícitas por derivação, “não deve ser visto como absoluto, sendo excepcionalmente relevado, sempre que estiver em jogo um valor significativo, podendo um princípio de menor importância ceder a um de maior importância” (PRADO, 2009, p.31).

Ante o exposto, chega-se à conclusão de que o ordenamento jurídico brasileiro, adota a teoria da Árvore dos frutos envenenados, que não admite a utilização das provas derivadas das ilícitas. Contudo, as discussões quanto a esses aspectos são expressivas na doutrina, que divide entendimentos, não tendo unanimidade de posicionamento. Para alguns, isso não é absoluto, havendo, portanto, uma flexibilidade, tendo em vista que, o próprio legislador traz as exceções à regra da inadmissibilidade da prova ilícita por derivação no processo.

## **6 CONCLUSÃO**

Através da pesquisa, foi possível constatar que, a prova, constitui-se como um elemento fundamental para que se comprove a verdade dos fatos, pois, para que haja a condenação do acusado, faz-se necessário haver provas contundentes, não podendo o magistrado embasar-se

nas entrelinhas. Ademais, viu-se que a finalidade da prova é formar a convicção de Juiz sobre os elementos necessários para a decisão da causa. Constatou-se que os meios de provas podem ser divididos em lícitos e ilícitos - os lícitos são os que decorrem do ordenamento jurídico. Já os ilícitos são aqueles que contrariam o que dispõe a lei. Além disso, o CPP, estabelece um rol meramente exemplificativo, quanto aos meios de provas, quais sejam: exame de corpo de delito; cadeia de custódia; perícias; interrogatório; confissão; oitiva do ofendido; testemunhas; reconhecimento de pessoas e coisas; acareação; documentos; indícios; e busca e apreensão.

Explanou-se que, como regra, o CPP, dispõe em seu artigo 156 que, o ônus da prova pertence a acusação, no entanto, a produção de provas, também poderá ser feita de ofício pelo juiz, sendo essa uma faculdade do magistrado. Ficou demonstrado que existem três sistemas de apreciação das provas previstos no processo penal brasileiro - Sistema de íntima convicção, Sistema da prova tarifada e o sistema do convencimento motivado.

A íntima convicção, se associa à valoração livre pelo magistrado, de acordo com suas convicções e sem a necessidade de motivar suas decisões; a prova tarifada, da certeza moral do legislador ou da prova legal, a qual tem critérios de valor para cada prova que são previamente fixados pelo legislador; e o convencimento motivado, exige uma apreciação fundamentada da prova pelo magistrado, sendo esse último, adotado no ordenamento jurídico brasileiro. Por fim, discutiu-se sobre a (in) admissibilidade e alcance das provas ilícitas no processo penal. Ficou entendido que conforme a doutrina, a prova ilegal é um gênero, que abarca como espécies as provas ilícitas, ilícita por derivação e ilegítima.

Foi visto que as provas ilícitas ofendem princípios constitucionais penais ou normas de direito material. Já as provas ilegítimas são aquelas que afrontam matéria processual. Nesse contexto, concluiu-se que, apesar da CR/88 e do CPP, vedarem expressamente a utilização das provas ilícitas e das provas ilícitas por derivação, deve-se observar que nenhum princípio, direito ou garantias fundamentais são absolutos.

Tanto o posicionamento doutrinário quanto jurisprudencial admite o afastamento da regra de exclusão da prova ilícita desde que obedecidos os critérios de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Assim, é necessário que diante do caso concreto, seja realizada uma análise do bem jurídico que se busca proteger, analisando se este é maior que o bem violado pela prova ilícita. Acerca da prova ilícita por derivação, mister trazer a ponderação da análise do caso para saber se deve ou não ser admitida no processo, pois como constatado, apesar da lei vedar sua admissibilidade, ela também abre exceções, descrevendo as duas situações em que a prova derivada da ilícita pode ser admitida, ou seja, quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte

independente das primeiras. Finalmente, há de se notar que o afastamento da regra de exclusão foi discutido com base no princípio da proporcionalidade e na teoria dos frutos da árvore envenenada. Neste ponto, destaca-se a relevância de ambos como importantes parâmetros para formular o raciocínio apresentado.

## REFERÊNCIAS

- AGUIAR, Livia Cheller de. **Prova indiciaria**. São Paulo, 2003. Disponível em: <<http://www.zemoleza.com.br/carreiras/humanas/direito/trabalho/35-provaindiciaria.html>>. Acesso em: 21 set. 2022.
- AGUIAR, Tiago Antunes de. **Notas acerca da reforma do Código de Processo Penal quanto às disposições gerais da prova: análise de problemáticas relativas aos arts. 155 e 156 do CPP**. Revista dos Tribunais, n. 897. São Paulo: RT, 2010.
- AUGENTI, Giacomo Primo. **L'Onere della Prova**. Editorial Réus S/A., Madrid, 1932.
- ARANHA, Adalberto José Queiroz Telles de Camargo. **Da prova no processo penal**. 7 ed. Ver. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2006.
- Avena, Norberto Claudio Pâncaro. **Processo Penal Esquematizado**. 7ª edição, Rio de Janeiro, Forense, Método, pág. 484).
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 06 set. 2022.
- BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941**. Institui o Código de Processo Penal. Diário Oficial da União, Brasília, 13 de outubro de 1941.
- CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**, 14 ed. Ver. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2007.
- CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- CAPEZ, Fernando; COLNAGO, Rodrigo. **Prática forense penal**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- CECARELLI, Camila Franchitto. **Prova ilícita por derivação no Direito Processual Penal brasileiro**. 2011. Dissertação. Universidade de São Paulo, 2011. Disponível em: [https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-31072012-085213/publico/Dissertacao\\_de\\_mestrado\\_versao\\_completa\\_Camila\\_Franchitto\\_Cecarelli.pdf](https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-31072012-085213/publico/Dissertacao_de_mestrado_versao_completa_Camila_Franchitto_Cecarelli.pdf). Acesso em: 20 ago. 2022.
- CHOUKR, Fauzi Hassan. **Código de Processo Penal Comentários Consolidados e Crítica Jurisprudencial**. 4. ed., **rev., amp. e atual**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- DI GESU, C. **Prova penal e falsas memórias**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019.
- GOMES, Luiz Flávio. **Provas ilícitas e ilegítimas: distinções fundamentais**. Disponível em: [http://ww3.lfg.com.br/public\\_html/article.php?story=20091019101935546](http://ww3.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20091019101935546). Acesso em: 20 out. 2022.
- GRECO FILHO, Vicente, Manual de processo penal. 4. ed., **rev. ampl. e atual**. - São Paulo : Saraiva, 1997.
- GRECO FILHO, Vicente; RASSI, João Daniel. Manual de processo penal. 8. ed. **rev. atual. e ampl**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 197, 211, 218.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. As nulidades no processo penal. 7. ed., **rev. amp. e atual.** São Paulo: RT, 2011.

LIMA, Renato Brasileiro, Manual de Processo Penal, 3. ed., **rev., amp. e atual.** Salvador: JusPODIVM, 2015.

LEAL, Rosemiro Pereira. Teoria geral do processo: primeiros estudos. 10. ed. **rev. e aum.** São Paulo: Forense, 2011, p.169-178.

LOPES JÚNIOR, Aury; ROSA, Alexandre Morais da. **A importância da cadeia de custódia para preservar a prova penal.** Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-jan16/limite-penal-importancia-cadeia-custodia-prova-penal>. Acesso em: 10 out. 2022.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Provas no processo penal:** estudo sobre a valoração das provas penais. São Paulo: Atlas, 2010.

MIRABETE, Júlio Fabbrini; FABBRINI, Renato Nascimento. **Manual de direito penal:** volume 1: parte geral: arts. 1º a 120 do CP. 26. ed. **rev. e atual.** 5 de janeiro. São Paulo: Atlas, 2010.

MONTENEGRO FILHO, Misael. **Curso de direito processual civil:** volume 1: teoria geral do processo e processo de conhecimento. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p.447- 449.

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

MOREIRA, R. A. **A acareação no código de processo penal.** Jus Vigilantibus, 2005. Disponível em: <https://egov.ufsc.br/portal/conteudo/acarea%C3%A7%C3%A3o-no-c%C3%B3digo-de-processo-penal>. Acesso em: 20 set. 2022.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal comentado.** 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal.** 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal:** parte geral: parte especial. 7. ed. **revista atual. ampl.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Direito Processual Penal.** 17ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal.** 14. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p.9-14, 317-330, 399-400, 413-414, 419.

PRADO, Leandro Cadenas. **Provas ilícitas:** teoria e interpretação dos tribunais superiores. 2 ed. – Rio de Janeiro: Impetus, 2009.

SILVA, Eduardo Araújo. **Crime organizado:** procedimento probatório. São Paulo: Atlas, 2003.

SOARES, Fábio Aguiar Munhoz. **Prova ilícita no processo:** de acordo com a nova reforma do Código de Processo pena. Curitiba: Juruá, 2009.

TORNAGHI, Hélio Bastos. **Curso de Processo Penal.** 10ª ed. atual.: Adalberto Jose Q. T. de Camargo Aranha. São Paulo: Saraiva, 1997.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de processo penal.** 11 ed. Ver. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2009.