



FACULDADE NACIONAL DE DIREITO



**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE DE DIREITO**

A (im)possibilidade da utilização de provas ilícitas no Processo Penal

VINÍCIUS PEREIRA MARTINS SANTOS

Rio de Janeiro

2022

VINÍCIUS SANTOS

A (im)possibilidade da utilização de provas ilícitas no Processo Penal

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do Professor **Dr. Francisco Ortigão.**

Rio de Janeiro

VINÍCIUS PEREIRA MARTINS SANTOS

A (im)possibilidade da utilização de provas ilícitas no Processo Penal

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do Professor **Dr. Francisco Ortigão**.

Data da Aprovação: __ / __ / ____.

Banca Examinadora:

Orientador

Co-orientador (Opcional)

Membro da Banca

Membro da Banca

RIO DE JANEIRO

2022

AGRADECIMENTOS

Gostaria de agradecer primeiramente a instituição Faculdade Nacional de Direito que, durante esses cinco anos de graduação, me deu todas as oportunidades para alcançar quaisquer tipo de voos e permitiu o meu desenvolvimento como pessoa e profissional do Direito.

Segundamente, agradeço a minha família, em especial aos meus pais e minha tia Laurinda que, nesses anos de curso sempre me apoiaram e proporcionaram um ambiente propício para a minha evolução pessoal.

Agradeço também, aos meus colegas de turma que tornaram a rotina de faculdade muito mais agradável e frutífera.

Agradecimentos especiais ao meu colega de curso e amigo Rafael Marins, que foi fundamental para a elaboração deste trabalho, me ajudando diversas vezes com consultas e debates acerca do tema.

Por fim, agradeço ao professor Francisco Ortigão pela oportunidade e pelas orientações, que me fizeram aprender bastante.

“Isso é meu universo, onde eu me deito, onde eu sonho, crio os monstros e os destruo.”

(B.K.)

RESUMO

A monografia proposta possui como ponto fulcral a análise legal, doutrinária e jurisprudencial acerca da possibilidade ou não de admitirem-se, no processo penal, as provas obtidas por meios ilícitos. Embora a regra geral esculpida no texto constitucional seja pela sua vedação, a doutrina permite, por exemplo, a admissibilidade das provas ilícitas na hipótese de benefício do réu. Não obstante, apesar das provas derivadas das ilícitas também se consubstanciarem nulas, os parágrafos do Art. 157 do Código de Processo Penal também excepcionam e limitam a ilicitude por derivação. Logo, nota-se que, a partir do princípio da proporcionalidade, apenas no caso fático é possível ver quando uma prova ilícita, ilegal ou ilegítima é apta a anular uma condenação. Nesse sentido, o presente trabalho, dividido em três partes, analisará em um primeiro momento a história da valoração das provas, alcançando o modelo acusatório do processo penal. Em uma segunda etapa, entrando nas provas em espécies, a temática será destrinchada nas diversas espécies e limitações destas, como a teoria da árvore envenenada, a teoria da fonte independente ou da descoberta inevitável, a teoria da mancha purgada e a exceção da boa-fé. Por fim, para um entendimento pleno da aplicação, utilizou-se a metodologia do estudo de caso, analisando como a jurisprudência dos tribunais superiores se comporta no tocante à possibilidade da utilização das provas ilícitas e de suas derivações.

Palavras-chave: Direito; Processo Penal; Provas Ilícitas

ABSTRACT

The proposed monograph has as its focal point the legal, doctrinal and jurisprudential analysis about the possibility or not of admitting, in criminal proceedings, evidence obtained by illicit means. Although the general rule enshrined in the constitutional text is its prohibition, the doctrine allows, for example, the admissibility of illegal evidence in the event of benefit to the defendant. However, despite the evidence derived from the illicit acts also being null, the paragraphs of Art. 157 of the Criminal Procedure Code also make exceptions and limit illegality by derivation. Therefore, it is noted that, from the principle of proportionality, only in the factual case is it possible to see when an illicit, illegal or illegitimate evidence is able to annul a conviction. In this sense, the present work, divided into three parts, will initially analyze the history of the assessment of evidence, reaching the accusatory model of criminal proceedings. In a second stage, however in the tests in species, the theme will be unraveled in the different species and their limitations, such as the poisoned tree theory, the independent source theory or the inevitable discovery theory, the purged stain theory and the good-natured exception. Finally, for a full understanding of the application, the case study methodology was used, analyzing how the jurisprudence of the superior courts behaves with regard to the (im)possibility of using illegal evidence and its derivations.

Keywords: Right; Criminal proceedings; Illicit Evidence

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

STF	Supremo Tribunal Federal
ADI	Ação direta de Inconstitucionalidade
ADO	Ação direta de Inconstitucionalidade por Omissão
ADPF	Ação de descumprimento a preceito fundamental
CPC	Código de Processo Civil
CPP	Código de Processo Penal
CRFB/88	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
CC	Código Civil
N.	Número

Sumário:

INTRODUÇÃO	10
1. Sistema de valoração da prova: da lógica inquisitiva a CRFB/88.	12
1.1 Evolução dos sistemas processuais: Do inquisitivo ao acusatório	17
1.2 A força irradiante da Constituição	23
1.3 Valoração das provas	25
2. Teorias das Provas ilícitas	30
2.1 Teoria dos frutos da árvore envenenado	38
2.2 Teoria das provas independentes	40
2.3 Teoria da mancha purgada	41
2.4 Teoria da descoberta inevitável ou exceção da fonte hipotética independente	43
2.5 Teoria da boa-fé, exceção da boa-fé, good Faith exception ou limitação da boa-fé	46
3. Estudo de Caso: a visão dos Tribunais Superiores	47
CONCLUSÃO	62
BIBLIOGRAFIA	64

INTRODUÇÃO

Embora a regra geral consagrada no texto constitucional se aplique à sua proibição, a doutrina permite a admissibilidade da prova ilícita em favor do acusado. Por outro lado, como decorrência da primeira proposição, apesar do fato da prova derivada da ilícita também ser nula, os parágrafos do Art. 157 do Código de Processo Penal trazem exceções e limitam a própria ilegalidade por derivação, seja pelo irrisório nexos causal entre elas ou mesmo pela análise do conjunto probatório como um todo. Ressalta-se, portanto, que, de acordo com o princípio da proporcionalidade, somente em face dos fatos é possível reconhecer quando a prova ilícita, ilícita ou ilícita é idônea para anular uma condenação ou não.

Neste sentido, o presente trabalho, que se divide em três partes, irá primeiro analisar a história da apreciação da prova, até alcançar o atual modelo de acusação do processo penal. Em uma segunda etapa, porém, nos ensaios sobre as espécies, o assunto é desvendado nas diversas categorias de provas ilícitas e as teorias que propõem suas limitações, como a teoria da árvore envenenada, a teoria das fontes independentes ou a teoria da descoberta inevitável, a teoria das manchas purificadas e a teoria a boa exceção da fé. Por fim, para o pleno entendimento do pedido, foi utilizada a metodologia de estudo de caso para analisar como a jurisprudência dos tribunais superiores se relaciona com a (im)possibilidade de utilização de provas ilícitas e suas derivações.

Portanto, a metodologia abordada será o estudo de caso, como elucidado por Robert K. Yin, “o estudo de caso, como outras estratégias de pesquisa, representa uma maneira de investigar um tópico empírico seguindo-se um conjunto de procedimentos pré-especificados.”

¹. Com isso, atesta o autor pela legitimidade do estudo de caso como uma metodologia válida dentro do ramo jurídico, apta a entender o cenário fático e propor teorias. Assim, a investigação presente tratar-se-á em três etapas distintas: (i) revisão literária sobre as provas ilícitas; (ii) busca de jurisprudência dos tribunais superiores acerca do tema; (iii) acareação das decisões emanadas pelo judiciário com o objetivo de compreender acerca da

¹ YIN, R. K. *Case study research: design and methods*. Thousand Oaks: SAGE Publications, 2002, p. 35.

admissibilidade ou não das provas ilícitas em nosso ordenamento. Não obstante, o autor destrincha o estudo de caso em três vertentes, sejam elas: (i) descritiva; (ii) exploratória; (iii) explanatório. Na mesma linha, o presente trabalho primou pela modalidade exploratória, que, de acordo com o autor, auxilia a aumentar o entendimento sobre o fenômeno estudado.

1. Sistema de valoração da prova: da lógica inquisitiva a CRFB/88.

Na aclamada obra de Franz Kafka, chamada “*O Processo*”, o personagem principal, um banqueiro exemplar de nome Josef K. é preso com provas pouco substanciais e um processo estranhamente duvidoso. Nesta obra, o protagonista perde sua liberdade sem ao menos saber quem o estava denunciando, em qual lei a acusação estava respaldada ou por quais motivos ele estava naquela situação. No desenrolar da história, com muita agonia, Josef não vê soluções para a sua situação, pois o próprio judiciário e seus advogados estavam indiferentes quanto à injustiça pelo qual ele estava passando, afinal, era apenas mais um papel nas mãos da vagarosa justiça. Ao final do romance, nosso infeliz personagem, sem saída e sem aguentar mais aquela incansável situação, acaba por combinar sua própria morte com outros dois homens, como é dito no capítulo X: “(...) as mãos de um dos senhores seguraram a garganta de K. enquanto o outro lhe enterrava profundamente no coração a faca e depois a revolvava ali duas vezes.”²

O romance, apesar de ficcional, reflete a dura realidade de uma justiça que não se baseia nos princípios do processo e dos direitos fundamentais individuais do cidadão. Tais direitos foram consagrados, em diferentes períodos ao redor do mundo. Sua institucionalização possui como ponto de partida a Carta Magna inglesa de 1215, passando pela *Petition Of Rights de 1628*, o *Bill of Rights de 1689*, na declaração de direitos do homem e do cidadão, de 1789, na Revolução Francesa, na Constituição de Weimar alemã e posteriormente, com caráter *erga omnes*, na Declaração Universal Dos Direitos Humanos em 1948, no pós Segunda Guerra. Em uma visão mais aprofundada sobre a declaração da França Revolucionária e a das Nações Unidas, podemos encontrar grandes respostas no contexto histórico necessário para suas promulgações.

A Revolução Francesa, pela sua tamanha grandiosidade e influência de seus ideais ao redor do globo, marca a passagem da idade moderna para a contemporânea. Apesar de parecer inclusivo com seu *slogan* iluminista de *Liberté, égalité, fraternité*, eram apenas as

² KAFKA, Franz. *O processo*. São Paulo: Companhia das Letras, 2005. Versão ebook.

versões burguesas de tal tríade, assim como o historiador britânico Eric Hobsbawm afirmou em. "A Revolução Francesa", excerto de *A Era das Revoluções*: “Este documento é um manifesto contra a sociedade hierárquica de privilégios da nobreza, mas não um manifesto a favor de uma sociedade democrática e igualitária.”³

Independente disso, tal visão liberal de ações negativas do estado demonstra os primeiros aspectos da segurança jurídica e da igualdade de todos perante a lei, conhecidos posteriormente como direitos de primeira geração, segundo a doutrina majoritária constitucionalista. Pelas palavras de Alexandre de Moraes:

O conjunto institucionalizado de direitos e garantias do ser humano que tem por finalidade básica o respeito a sua dignidade, por meio de sua proteção contra o arbítrio do poder estatal e o estabelecimento de condições mínimas de vida e desenvolvimento da personalidade humana⁴

Dessa forma, ao limitar o poder estatal por regras pré-definidas e claras, dá liberdade aos seus cidadãos para tomar qualquer atitude que não contrarie um ato normativo.

Entretanto, tais mudanças ocorreram, na maioria, devido às atrocidades do regime que as antecederam. Um regime absolutista monárquico pela dinastia dos Bourbon, tendo como seu maior expoente Luís XIV, mais conhecido como Rei Sol, a ele se atribui a frase "*L'État c'est moi*" (O Estado sou eu). Nesses reinados, em geral, a Lei não seguia princípios singulares para todos, sendo altamente casuística. Além disso, havia uma enorme desconfiança do Poder Judiciário pela população, com seus membros predominantemente nomeados pelo *status quo* vigente, a sua corrupção, o privilégio a certas pessoas e castas e o tratamento diferenciado de caso a caso.

Nesse mesmo contexto histórico foi escrito “Dos delitos e Das penas”, de Cesare Beccaria, em 1764. Apesar de ser de enorme importância para o Direito Penal, tal obra trouxe importantes reflexões acerca do processo como um todo, em questões tanto filosóficas como práticas, reconhecido pelas suas duras críticas ao antigo regime. O autor, logo no início de sua obra, a partir das fusões de teorias contratualistas de Locke e Rousseau com as teorias utilitaristas de Helvétius, entende que as leis devem ter uma função social de organizar a

³ HOBBSAWM, E. J. *A era das revoluções*. 9.ed. São Paulo: Paz e Terra, 1996. Versão ebook.

⁴ MORAES, Alexandre. *Direitos humanos fundamentais: Teoria Geral*. 4ªed. São Paulo: Atlas, 2002. Versão ebook.

sociedade, sem arbitrariedades singulares, visando o bem comum, algo que não acontecia na época em que escreveu:

As leis, que são ou deveriam ser, pactos entre homens livres, não passam, geralmente, de instrumentos das paixões de uns poucos, ou nasceram de fortuita e passageira necessidade, não já ditadas por frio analista da natureza humana, capaz de concentrar num só ponto as ações de muitos homens e de considerá-las de um só ponto de vista : *a máxima felicidade dividida pelo maior número* (...) Pouquíssimos, porém, examinaram e combateram a crueldade das penas e as irregularidades dos processos.⁵

Segundo Beccaria, os humanos aceitaram entrar nesse pacto por “estarem cansados de viver em contínuo estado de guerra e gozar de uma liberdade inútil pela incerteza de conservá-la”⁶, acrescentando, em sua obra, que :

Foi, portanto, a necessidade, que impeliu os homens a ceder parte da sua liberdade (...) a mínima porção possível, apenas o suficiente para induzir os outros a defendê-lo. O agregado dessas mínimas porções possíveis é que forma o direito de punir. O resto é abuso e não justiça, é fato, mas não direito⁷.

Dentre os inúmeros princípios do processo citados no decorrer do curto livro, em seu capítulo XXX, específico sobre Processos e Prescrições, o autor defende os princípios atualmente conhecidos como Ampla Defesa, Princípio Razoável do Processo e o Princípio da presunção da inocência em passagens como:

Necessário é conceder ao réu tempo e meios convenientes para justificar-se (...) Tais prazos, porém, não aumentaram, na mesma proporção da atrocidade do delito, uma vez que a probabilidade dos crimes está na razão inversa de sua crueldade (...) Defender não somente a segurança como também a liberdade dos súditos.⁸

Tais injustiças e problemas são refletidos, inclusive, no contexto em que Franz Kafka escreveu “*O Processo*”, como ressalta Renan Bardine em sua análise crítica sobre o livro:

Na época e no local onde viveu Franz Kafka imperava um Estado autoritário (primeiramente Tchecoslováquia e logo o Império Austro-húngaro) e havia constantes lutas pelo poder e o ambiente da Primeira Guerra Mundial proporcionava

⁵ BECCARIA, Cesare Bonesana. *Dos Delitos e das Penas*. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1999. Versão ebook.

⁶ BECCARIA, Cesare Bonesana. *Dos Delitos e das Penas*. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1999. Versão ebook.

⁷ BECCARIA, Cesare Bonesana. *Dos Delitos e das Penas*. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1999. Versão ebook.

⁸ BECCARIA, Cesare Bonesana. *Dos Delitos e das Penas*. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1999. Versão ebook.

ações arbitrárias pelas autoridades. Assim observamos que é compreensível esta obra ser apresentada de tal forma, como uma crítica ao sistema judiciário.

Após a primeira guerra (1914 - 1918), período no qual Kafka viveu (1883 - 1924), conforme dito acima, foi chamado de período entre guerras (1919 - 1938). Tal intervalo foi marcado pela ascensão de regimes fascistas que possuem o desrespeito às liberdades individuais tão forte como o antigo regime, por se tratarem sobretudo de governos autoritários e ditatoriais, o que acabou por culminar na Segunda Guerra (1939 - 1945). Alguns historiadores consideram todo esse lapso temporal como somente uma grande guerra devido ao revanchismo dos países derrotados na primeira ser um dos principais motivos para eclosão da segunda. Com isso em mente, podemos supor que as mesmas características vivenciadas por Kafka estavam presentes na Segunda Guerra também.

Dessa forma, após o final de outras atrocidades de outro regime tão ruim ou pior quanto ao citado durante a Declaração de Direitos do homem e do cidadão, com mais de 70 milhões de mortos³ e vários genocídios, foi necessária a criação de uma declaração global, com efeitos *erga omnes*, ou seja, oponível a todas as partes, independente de terem ratificado o tratado ou não, a fim de consolidar os direitos individuais. Essa foi a Declaração Universal Dos Direitos Humanos em 1948, que possui como características a Historicidade, Universalidade, Essencialidade, Inalienabilidade, Inexauribilidade, Imprescritibilidade e Irrenunciabilidade. Inviolabilidade, Vedação ao retrocesso, Limitabilidade, Complementaridade, Efetividade e Concorrência.

Tais princípios são a base dos Direitos fundamentais, em outras palavras, direitos que põem o ser humano como o centro a ser protegido impreterivelmente pelas imputações jurídicas de forma universal, independente do país ser signatário da carta ou não. Entretanto, assim como afirmam Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk e Luiz Edson Fachin⁹, não é a positivação dos Direitos Fundamentais que promovem sua tutela, mas sim, algo anterior, uma dimensão ética que lhe proporciona fundamento, afinal, o direito é apenas um instrumento racionalizante da sociedade pré-existente. Dessa forma, podemos dizer que esses valores se balizam na bússola moral do Imperativo categórico. Formulada pelo filósofo germânico Immanuel Kant do século XVIII, significa que toda ação individual deve respaldar-se

⁹ FACHIN, Edson; RUZYK, Carlos. Direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana e o novo código civil: uma análise crítica MORAES, Maria Celina Bodin. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo Wolfgang (organizador). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

segundo uma máxima universal, ou seja, que todos os seres humanos a sigam. Segundo o pensador em “Crítica da Razão Pura” : “Duas coisas me encham o ânimo de admiração e respeito: o céu estrelado acima de mim e a lei moral que está em mim”, complementando em “Fundamentação da Metafísica dos Costumes”¹⁰ :

Dessa forma, o autor distingue e define os diferentes tipos de imperativo que para ele movem o agir humano:

Imperativo Categórico: Age somente, segundo uma máxima tal, que possas querer ao mesmo tempo que se torne lei universal.

Imperativo Universal: age como se a máxima de tua ação devesse tornar-se, por tua vontade, lei universal da natureza.

Imperativo Prático: age de tal modo que possas usar a humanidade, tanto em tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre como um fim ao mesmo tempo e nunca apenas como um meio.¹¹

Dessa forma, tanto os direitos em si como a justiça que os resguardam são fundamentais para a virtude democrática de um país. Por outro prisma, cabe ressaltar que não adianta apenas a lei, são necessários meios para fazê-la ser cumprida, tendo o processo como uma das principais bases, assim como pontuou Greco:

no Estado Democrático Contemporâneo, a eficácia concreta dos direitos constitucional e legalmente assegurados depende da garantia da tutela jurisdicional efetiva, porque sem ela o titular do direito não dispõe da proteção necessária do Estado ao seu pleno gozo. A tutela jurisdicional efetiva é, portanto, não apenas uma garantia, mas, ela própria, também um direito fundamental, cuja eficácia irrestrita é preciso assegurar, em respeito à própria dignidade humana. O Direito Processual procura disciplinar o exercício da jurisdição através de princípios e regras que confirmam ao processo a mais ampla efetividade, ou seja, o maior alcance prático e o menor custo possíveis, na proteção concreta dos direitos dos cidadãos.¹²

¹⁰ KANT, Immanuel. *Crítica da Razão Pura*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001. Versão ebook.

¹¹ KANT, Immanuel. *Crítica da Razão Pura*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001. Versão ebook.

¹² GRECO, Leonardo. *Garantias Fundamentais do Processo: O Processo Justo*. *Mundo Jurídico*, 2002. Disponível em https://processoemdebate.files.wordpress.com/2010/09/processo-justo_leonardo-greco.pdf. Acesso em 25/11/2022.

Dessa forma, para a consubstanciação do devido processo legal, demonstra-se pertinente entender os padrões no qual a valoração da prova foi forjada e compará-lo com as diretrizes constitucionais brasileiras pós 1988.

1.1 Evolução dos sistemas processuais: Do inquisitivo ao acusatório

O presente tópico pretende destrinchar a matéria acerca dos avanços dos sistemas processuais, percorrendo pelo seu início até alcançar o formato convencionado atualmente no Brasil. Para isso, teremos que dar destaque para sua variação durante os séculos. A estrutura do processo penal de uma nação pondera dois pilares da sua Constituição: o autoritarismo e a democracia. Nesse sentido, Gustavo Badaró propõe tal diferenciação para fins de estudo, visto que, na prática, todos os sistemas são mistos:

No processo penal, historicamente, existiram dois sistemas ou modelos: acusatório e inquisitório. Houve, também, a tentativa de fundir ambos os sistemas, criando um “sistema misto” por meio do Code d’instruction criminelle, de 1808. Tais sistemas, contudo, são abstrações ou modelos ideais. Atualmente não existem sistemas acusatórios ou inquisitórios “puros”. Ora o processo é prevalentemente acusatório, ora apresenta maiores características inquisitoriais¹³

Inicialmente o sistema acusatório foi predominante nos meados do século XII, posteriormente foi sendo dissolvido e a prevalência de um novo modelo. Este modelo, no qual foi dado o nome de inquisitório, impôs um novo rumo na dinâmica processual. Entretanto, a sua permanência no cenário jurídico percorreu até o final do século XVIII, em alguns países um pouco mais tarde parte do século XIX. Nessa ótica, temos o modelo inquisitório como o sistema processual que mais perdurou na história da humanidade, característico da Idade Média. Nas palavras de Renato Lima:

Adotado pelo Direito canônico a partir do século XIII, o sistema inquisitorial posteriormente se propagou por toda a Europa, sendo empregado inclusive pelos tribunais civis até o século XVIII. Típico dos sistemas ditatoriais, tem como característica principal o fato de as funções de acusar, defender e julgar encontrarem-se concentradas em uma única pessoa, que assume assim as vestes de um juiz acusador, chamado de juiz inquisidor. (...) Em síntese, podemos afirmar que o sistema inquisitorial é um sistema rigoroso, secreto, que adota ilimitadamente a tortura como meio de atingir o esclarecimento dos fatos e de concretizar a finalidade do processo penal. Nele, não há falar em contraditório, pois as funções de acusar, defender e julgar estão reunidas nas mãos do juiz inquisidor, sendo o acusado

¹³ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. Versão ebook.

considerado mero objeto do processo, e não sujeito de direitos. O magistrado, chamado de inquisidor, era a figura do acusador e do juiz ao mesmo tempo, possuindo amplos poderes de investigação e de produção de provas, seja no curso da fase investigatória, seja durante a instrução processual.¹⁴

Cita-se, algumas características desse tipo processual a título de comparação. Por exemplo, a gestão, ou melhor, a iniciativa probatória e decisão se concentrava no mesmo órgão/pessoa. Com isso, há uma ausência de separação das funções de acusar e julgar no qual o juiz pode atuar de ofício segundo sua íntima convicção. Logo, tratando-se do livre convencimento do magistrado, pode-se perceber que há uma forte parcialidade, já que o órgão julgador não possuía a necessidade de fundamentar as motivações por trás de suas atitudes. Badaró expõe que:

Especificamente quanto à produção da prova, do ponto de vista histórico, tanto no processo acusatório romano quanto no processo acusatório da Inglaterra medieval, tal atividade ficava exclusivamente a cargo das partes, não tendo o juiz poderes instrutórios. As partes tinham o ônus de produzir as provas, e o juiz deveria permanecer inerte.¹⁵

Não obstante, havia a inexistência de contraditório pleno, visto que o acusado poderia se manifestar, mas não era efetivamente uma ampla defesa, já que a acusação e defesa estavam em flagrante desigualdade. Por fim, a partir do prisma do réu como um objeto do processo, não um sujeito de direitos, havia a comum violação de seus direitos, como a prática de torturas que visavam alcançar a rainha das provas, a confissão. Com isso, elucida Gustavo Badaró:

no processo inquisitório, as funções de acusar, defender e julgar encontram-se enfeixadas em uma única pessoa, que assume assim as vestes de um juiz acusador, isto é, um inquisidor. O réu não é parte, mas um objeto do processo. A ação iniciava-se ex officio, por ato do juiz. Em tal processo não havia contraditório, que não seria nem mesmo concebível em virtude da falta de contraposição entre acusação e defesa. Excluída a dialética entre acusação e defesa, a investigação cabia unilateralmente ao inquisidor. Inconcebível, em tal sistema, a existência de uma relação jurídica processual. O processo normalmente era escrito e secreto¹⁶

Logo, no âmbito probatório, nesse sistema de prova tarifado, admitia-se a tortura, dentre outras provas ilícitas, uma vez que alcançar a verdade real a todo custo era o objetivo final do processo, mesmo que ela estivesse eivada de vícios. Com efeito, Gustavo Badaró:

No campo probatório, no sistema inquisitório, havia intervenção ex officio do juiz, que verdadeiramente se identificava com o acusador. O juiz inquisidor tinha liberdade de colher provas, independentemente de sua proposição pela acusação ou

¹⁴ LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal*: volume único. Salvador: Ed. JusPodivm, 2020, p.42.

¹⁵ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. Versão ebook.

¹⁶ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. Versão ebook.

pelo acusado. O acusado, normalmente, permanecia preso durante o processo. Na busca da verdade material, frequentemente, o acusado era torturado para que se alcançasse a confissão. Em suma, o sistema inquisitório baseia-se em um princípio de autoridade, segundo o qual a verdade é tanto mais bem acertada quanto maiores forem os poderes conferidos ao investigador.¹⁷

Cabe destacar que no cenário brasileiro atual os sistemas processuais são considerados mistos. Entretanto, o ordenamento é estruturado sob a ótica do sistema acusatório, já que o sistema inquisitivo possui incompatibilidades com a vertente constitucional entabulada em 1988, com a dignidade da pessoa humana como o centro de todo o ordenamento. Essa é a visão de Gustavo Badaró:

O modelo de relação processual penal é um reflexo da relação entre Estado e indivíduo ou, mais especificamente, entre autoridade e liberdade. O processo inquisitivo, com as características anteriormente apontadas, é incompatível com o Estado Democrático de Direito.¹⁸

Desse modo, a dialética nos encaminha para uma longa explanação. Contudo, antes de elucidarmos a situação do sistema adotado pelo Brasil, é coerente estruturarmos o nosso entendimento sumariamente à luz do que se compreende sobre o sistema acusatório. Sendo assim, podemos caracterizá-lo pela nítida distinção entre as condutas de acusação e julgamentos; o juiz se mantém imparcial, ausente da investigação e afastado no que se refere à coleta de prova, seja para imputação de uma conduta típica em face do acusado ou para inocentar; oportuniza a igualdade entre as partes durante o processo, permanecendo o tratamento isonômico diante delas; predominância da oralidade em seus procedimentos e publicidade do seu procedimento; contraditório e ampla defesa; possibilidade de impugnar decisões e duplo grau jurisdicional. Nesse ponto, Badaró elucidada que:

A essência do modelo acusatório é a nítida separação entre as funções de acusar, julgar e defender. Eliminada a divisão de tarefas, o acusado deixa de ser um sujeito processual com direito de defesa e se converte em objeto do processo. Sem a divisão de tarefas, sem relação processual e sem contraditório, não haverá, sequer, um verdadeiro processo. Essa, contudo, é uma concepção do elemento essencial pela ótica do Estado e de seu mecanismo para imposição da punição. Por outro lado, sob o ponto de vista do acusado, a diferença fundamental é que, no modelo inquisitório, o acusado não era um sujeito de direito, mas sim um objeto do processo, uma fonte detentora de toda a verdade a ser extraída, para não se dizer extorquida, pelo inquisidor, ainda que mediante tortura. O acusado era, portanto, epistemologicamente, um inimigo do inquisidor que, na busca da verdade, poderia torturá-lo para obter a confissão *ex ore rei*. Já no modelo acusatório o acusado é um sujeito de direito, a quem se assegura a ampla defesa, com o direito de produzir provas aptas a demonstrar a versão defensiva de um lado, e sendo-lhe assegurado, de outro, o direito ao silêncio, eliminando qualquer dever de colaborar com a

¹⁷ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. Versão ebook.

¹⁸ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. Versão ebook.

descoberta da verdade. Contudo, além deste elemento essencial, o processo acusatório possui outras características secundárias. Historicamente, o processo acusatório era oral e público. Estas características, contudo, não lhe são insuprimíveis.¹⁹

Portanto, percebe-se que o juiz ganhou um papel cooperativo e afastado da acusação pelo princípio da publicização, no qual a acusação fica a cargo de um órgão público, sendo este o Ministério Público, que garante a imparcialidade do órgão julgador. Assim, é função privativa do Ministério Público a propositura da ação penal, ou seja, o poder punitivo do Estado, como observa Renato Lima:

Pelo sistema acusatório, acolhido de forma explícita pela Constituição Federal de 1988 (CF, art. 129, inciso I), que tornou privativa do Ministério Público a propositura da ação penal pública, a relação processual somente tem início mediante a provocação de pessoa encarregada de deduzir a pretensão punitiva (*ne procedat iudex ex officio*), e, conquanto não retire do juiz o poder de gerenciar o processo mediante o exercício do poder de impulso processual, impede que o magistrado tome iniciativas que não se alinham com a equidistância que ele deve tomar quanto ao interesse das partes.²⁰

Logo, nota-se a repartição de funções e a elevação do réu ao patamar de sujeito de direitos. Nesse prisma, o processo deve ser público e respeitar os direitos individuais, o contraditório e o devido processo legal. Nesse diapasão, corrobora Badaró:

Atualmente, na maioria dos sistemas processuais, há separação de funções entre acusar, julgar e defender. Além disto, as partes ainda conservam a sua iniciativa probatória, sendo, aliás, cada vez mais destacado o seu direito à prova. No entanto, além de as partes continuarem a ter iniciativa probatória, também o juiz passou a poder determinar, *ex officio*, a produção de provas. Em outras palavras, a atividade probatória deixa de ser monopólio das partes, que passam a compartilhá-la com o juiz. Os poderes instrutórios do juiz, contudo, não limitam ou impedem o direito à prova das partes. Em outras palavras, o direito à prova das partes não é incompatível com os poderes instrutórios do juiz. Não há um direito das partes a que o convencimento judicial se forme exclusivamente com base nas provas produzidas por iniciativa delas, e não do juiz. Havendo separação de funções, a acusação será conferida a uma pessoa distinta do julgador. Por outro lado, caberá ao juiz a missão exclusiva de julgar. Todavia, se este juiz terá ou não poderes instrutórios é algo que não diz respeito à essência do sistema.²¹

Não obstante, pela epistemologia garantista, a verdade processual passa a ser a verdade aproximativa, devendo o juiz decidir conforme o livre convencimento fundamentado. Além disso, pela falibilidade do magistrado, suas decisões são sujeitas, em regra, ao duplo grau de jurisdição.

¹⁹ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. Versão ebook.

²⁰ LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal*: volume único. Salvador: Ed. JusPodivm, 2020, p. 44.

²¹ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. Versão ebook.

Após explanar os pontos fortes do sistema acusatório, é necessário destacar o seu funcionamento. Temos o juiz como a figura imparcial de toda estrutura processual, tendo sua função de presidir essa atividade como julgador. Todavia, para manter a sua imparcialidade é imprescindível o seu afastamento da iniciativa probatória, porque a busca das provas tanto para acusar tanto para descartar a hipótese da acusação, cabe às partes envolvidas. Assim, a manutenção do contraditório e ampla defesa será mantida e oportunizada seguindo os ditames Constitucionais.

Vale dizer, ainda, que este é o único sistema que proporciona esta estrutura de contraditório, mantendo o juiz afastado das atividades destinadas apenas às partes como foi dito anteriormente. Contudo, isso coaduna com as diretrizes elencadas no artigo 8º da Convenção Americana de direito humanos, da qual o Brasil é signatário, que traz que toda pessoa tem a garantia de ser efetivamente ouvida em juízo, por autoridades competentes, independente e imparcial, estabelecido de forma anterior ao crime praticado por uma lei válida, com o devido processo legal e com uma duração razoável do processo. Não obstante, o diploma internacional também dispõe que qualquer pessoa que seja acusada de um crime tem a presunção de inocência sob si, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa, sendo capaz de se defender com paridade de armas, contraditório e ampla defesa. Assim, Renato Lima explicita que o sistema inquisitório, anteriormente explicado, vai de encontro com várias normas que garantem direitos humanos na seara internacional:

Por essas características, fica evidente que o processo inquisitório é incompatível com os direitos e garantias individuais, violando os mais elementares princípios processuais penais. Sem a presença de um julgador equidistante das partes, não há falar em imparcialidade, do que resulta evidente violação à Constituição Federal e à própria Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH, art. 8º, nº 1).²²

Logo, a adequação do sistema acusatório com a doutrina constitucional e os princípios norteadores do sistema apresentam vantagens ao ordenamento jurídico brasileiro como um todo. Ou seja, o réu como um sujeito de direitos põe a dignidade da pessoa humana no topo da persecução, o que privilegia o ideal democrático da inocência do acusado, prevenindo os indivíduos do autoritarismo estatal. Assim, Gustavo Badaró compreende que o modelo acusatório é uma verdadeira garantia para o réu:

²² LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal*: volume único. Salvador: Ed. JusPodivm, 2020, p.43.

Há inúmeras vantagens do modelo acusatório sobre o inquisitório. Do ponto de vista ideológico, trata-se de uma forma democrática do exercício do poder, permitindo que o destinatário do ato possa influenciar na sua formação. O modelo acusatório é uma garantia para o acusado. Sob o aspecto do funcionamento interno, a estrutura dialética do processo acusatório permite uma maior eficiência tanto para a resolução das questões de direito quanto para as questões de fato, principalmente no aspecto probatório

Hoje, no Brasil, o sistema acusatório, além de uma interpretação conforme a constituição dos códigos nacionais, ele está expressamente previsto no Art. 3º-A do código de processo penal, da seguinte forma: “O processo penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação.”. Logo, expõe Renato Lima:

Deve o magistrado, portanto, abster-se de promover atos de ofício na fase investigatória e na fase processual, atribuição esta que deve ficar a cargo das autoridades policiais, do Ministério Público e, no curso da instrução processual penal, das partes. É exatamente nesse sentido, aliás, o art. 3º-A do CPP, incluído pela Lei n. 13.964/19 (Pacote Anticrime), segundo o qual “o processo penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação”.²³

1.2 A força irradiante da Constituição

²³ LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal*: volume único. Salvador: Ed. JusPodivm, 2020, p. 44.

O sistema penalista brasileiro, desde 1988, passa por um processo de constitucionalização, a partir da chamada virada kantiana do direito. Nessa lógica dirigista, com prevalências dos princípios norteadores do ordenamento jurídico constitucional, a racionalidade forense promoveu a alteração do processo penal, a partir da metodologia formal-valorativa. Nessa lógica, as partes têm o dever de agir com colaboração mútua e ética. Ricardo Martins Sintetiza da seguinte forma o neoconstitucionalismo:

a) teórico, caracterizado por uma “Constituição invasora”, em que há um catálogo de direitos fundamentais do qual se extraem regras e princípios, submetidos a uma peculiar interpretação e aplicação, tendo em vista a interpretação e aplicação das leis; b) ideológico, caracterizado pela assunção da garantia dos direitos fundamentais como objetivo principal, sendo que a obediência ao Direito só é justificada na medida em que concretiza os valores associados aos referidos direitos, colocando em segundo plano o objetivo, próprio do constitucionalismo, de limitação do poder; e c) metodológico, caracterizado pela conexão necessária entre o Direito e a moral.²⁴

Logo, no neoconstitucionalismo, busca-se superar a constituição de Ferdinand Lassale, autor que entende a carta máxima como uma mera folha de papel.²⁵ Por outro lado, busca-se a vontade da constituição, como leciona Konrad Hesse.²⁶

Tal fato acarreta, a praticar da eficácia irradiante²⁷, a uma adoção dos princípios constitucionais em todo o ordenamento jurídico brasileiro, principalmente no tocante ao processo penal, que promove uma intensa limitação da liberdade do particular.

Nesse prisma, frisa-se o princípio do justo processo/devido processo legal, o princípio do Juiz natural, no qual desemboca na vedação tribunal de exceção e necessidade um juiz competente e imparcial e o direito ao silêncio e não autoincriminação, presente no art. 5, LXIII, CF, Art. 198, CPP, Art. 5, XI e LVII, CF, frutos do pacto São José da Costa Rica. Para

²⁴ MARTINS, Ricardo Marcondes. Neoconstitucionalismo. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/134/edicao-1/neoconstitucionalismo>. Acesso em 22/09/2022.

²⁵ LASSALLE, Ferdinand. A Essência da Constituição. Prefácio de Aurélio Wander Bastos. Rio de Janeiro : Liber Juris, 1985. E-book.

²⁶ HESSE, Konrad. A força normativa da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre : S.A. Fabris, 1991. E-book.

²⁷ BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira*. 7. ed. São Paulo: Renovar, 2009. Versão Ebook.

eles, o sujeito acusado, ele tem direito de permanecer em silêncio e isso não pode ser prejudicial a ele, em decorrência do princípio da presunção de inocência.

Não obstante, ainda há o contraditório, em outras palavras, a possibilidade, oferecimento da participação no processo a fim de promover a igualdade e paridade de armas. Além disso, em consonância com o contraditório, está presente a ampla defesa que promove o direito de impugnar e trazer elementos importantes para a defesa do acusado.

Como já afirmado, a presunção de inocência, presente no art. 5, LVII, CF, pode ser visto a partir de seu conceito tridimensional, envolvendo uma regra de garantia política, uma regra probatória de indubio pro reo e uma regra de tratamento ao acusado.

De forma mais expressiva para o presente trabalho, frisa-se a inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos, provas que violem direitos, prevista no Art.5, LVI, da CF . Nesse prisma, que será devidamente destrinchado posteriormente, existem as provas ilegítimas, as quais violam regra de natureza processual, formal e as provas ilícitas, que violam direito material. Não obstante, em ambas, tudo que desenvolveu dela, é nulo. Em outras palavras, as provas derivadas da ilícita, também são ilícitas pela teoria dos frutos envenenados).

De forma igualmente importante está presente o princípio da proporcionalidade, da igualdade, igualdade e da fundamentação das decisões e publicações, nos moldes do Art. 93, IX da CF.

1.3 Valoração das provas

Durante o processo inquisitorial, a prova era valorada de prova diferente, uma vez que havia sua tarifação. Em outras palavras, era atribuído um grau diferente a cada meio probatório, como, por exemplo, a confissão era considerada a rainha de todas as provas e possuía um lugar de destaque dentro dos meios de prova. Dessa forma, elenca-se como o juízo moral e a íntima convicção como os principais sistemas de avaliação da prova nesse período:

Na íntima convicção, o julgador decide de acordo com a sua certeza moral, não precisando arrazoar seu convencimento. Hoje, percebe-se tal resquício em relação aos jurados, cujas decisões são tomadas por simples afirmação ou negação, nos moldes do art. 486 do CPP, sem depender de qualquer fundamentação. Logo, apesar de não ter sido adotado no Brasil, pode-se percebê-lo em pontos específicos, como no tribunal do júri, conforme expõe Renato Lima:

O sistema da íntima convicção não foi adotado no ordenamento pátrio, pelo menos em regra. De fato, segundo o art. 93, inciso IX, da Constituição Federal, todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade. A despeito da regra constante da Constituição Federal, não se pode negar que referido sistema tenha sido adotado em relação às decisões dos jurados no tribunal do júri, as quais não precisam ser motivadas.²⁸

No sistema da prova tarifada, também conhecido como da verdade legal ou formal, as provas têm valor legal prefixado pela lei. Na mesma linha do afirmado acima, ele não subsiste em nosso ordenamento, visto que é característico do sistema inquisitivo, uma vez que há “a ideia de que determinados meios de prova têm valor probatório fixado em abstrato pelo legislador, cabendo ao magistrado tão somente apreciar o conjunto probatório e lhe atribuir o valor conforme estabelecido pela lei.”²⁹

Entretanto, ainda há resquícios deste sistema, conforme se vê no art. 158 do CPP, visto que nos crimes que deixam vestígios, os fatos só podem ser provados por perícia. Outro exemplo é o art. 155 do CPP, no qual há a exigência de certidão para prova do estado das

²⁸ LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal*: volume único. Salvador: Ed. JusPodivm, 2020, p. 681.

²⁹ LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal*: volume único. Salvador: Ed. JusPodivm, 2020, p. 682.

pessoas. No mesmo sentido, a súmula 74 STJ dispõe que para efeitos penais, o reconhecimento da menoridade do réu requer prova por documento hábil.

Por outro lado, Aury Lopes Jr aborda acerca da mudança da valoração da prova, aduzindo que as novas diretrizes “surtem como decorrência do nível de evolução do processo penal que conduz à valoração da forma dos atos processuais enquanto garantia a ser respeitada.”³⁰

Hoje, de forma pacífica, entende-se que o sistema utilizado no ordenamento jurídico brasileiro é o da persuasão racional do juiz ou do livre convencimento motivado. Nesse sistema, há uma metodologia mista, em que o juiz é livre para decidir consoante o seu convencimento, desde que se atenha às provas dos autos e justifique os motivos de seu convencimento. Ainda assim, não há hierarquia de provas, devendo estas serem analisadas no conjunto do acervo probatório, conforme dicção do art. 155 do CPP. Contudo, não se confunde a livre motivação com discricionariedade, como expõe Gomes Filho:

a liberdade na apreciação das provas não se confunde com uma autorização para que o juiz adote decisões arbitrárias, mas apenas lhe confere a possibilidade de estabelecer a verdade judicial com base em dados e critérios objetivos e de uma forma que seja controlável.³¹

Dessa forma, o magistrado deve-se ater a provas constantes nos autos e motivar suas decisões, demonstrando a subsunção do fato à norma e o raciocínio, dedutivo ou indutivo realizado, uma vez que, no processo penal, vigora o princípio da verdade real, o qual não admite a presunção ficta e a hierarquia de provas, tendo-as valor relativo, inclusive a confissão do acusado.

Acerca do tema, Jacinto Coutinho propõe uma reflexão sobre a manipulação da lei pelos magistrados em virtude das demasiadas cláusulas abertas. Nesse ponto, pode-se observar que mesmo com o livre convencimento motivado, os juízes podem flexibilizar a seu favor a possibilidade ou não da utilização das provas ilícitas, como será melhor abordado no último capítulo da presente monografia, utilizando-se das críticas de Aury Lopes Jr. Portanto, afirma Jacinto Coutinho que:

³⁰ LOPES JR. Aury. *Direito Processual Penal*. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2020. Versão Ebook.

³¹ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *As reformas no processo penal: as novas leis de 2008 e os projetos de reforma*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 249.

a questão continua sendo a plena possibilidade de manipulação da lei pelos operadores do direito, contra a qual todos os mecanismos de controle eminentemente jurídicos fracassam, a começar pelo campo processual - e em particular no processo penal -, pelo princípio do livre convencimento: basta a imunização da sentença com requisitos retóricos bem trabalhados e o magistrado decide da forma que quiser, sem pre em nome da “segurança jurídica”, da “verdade” e tantos outros conceitos substancialmente vagos, indeterminados, que, por excelência, ao invés de perenes e intocáveis, devem ser complementados e ampliados em razão das necessidades reais da vida.³²

Logo, atualmente, no sistema acusatório, a gestão da prova se dá de forma paritária:

Como se percebe, o que efetivamente diferencia o sistema inquisitorial do acusatório é a posição dos sujeitos processuais e a gestão da prova. O modelo acusatório reflete a posição de igualdade dos sujeitos, cabendo exclusivamente às partes a produção do material probatório e sempre observando os princípios do contraditório, da ampla defesa, da publicidade e do dever de motivação das decisões judiciais. Portanto, além da separação das funções de acusar, defender e julgar, o traço peculiar mais importante do sistema acusatório é que o juiz não é, por excelência, o gestor da prova.³³

Não obstante, conforme os Arts. 563 do CPP, “Nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa.” Logo, o código de processo penal valoriza uma análise sistemática do caso fático, colocando a nulidade como última opção. Com efeito, assim como no processo civil há o princípio da instrumentalidade das formas, do Código de processo penal pode-se falar no princípio do *nullité sans grief*. Acerca da temática, Renato Brasileiro dispõe da seguinte forma:

A declaração da nulidade está subordinada, assim, à observância dos quatro princípios básicos relativos ao tema: 1) nenhuma nulidade será declarada quando não houver prejuízo – pas de nullité sans grief (CPP, art. 563); 2) nenhuma das partes pode arguir nulidade a que haja dado causa – princípio da lealdade ou boa-fé (CPP, art. 565); 3) nenhuma das partes pode arguir nulidade que só interesse à parte contrária (CPP, art. 565); 4) não será declarada a nulidade de ato processual que não houver influído na apuração da verdade ou na decisão da causa (CPP, art. 566).³⁴

³² COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Crítica à Teoria Geral do Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p.6.

³³ LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal*: volume único. Salvador: Ed. JusPodivm, 2020, p. 43.

³⁴ LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal*: volume único. Salvador: Ed. JusPodivm, 2020, p. 689.

No mais, acerca do livre convencimento motivado, como já abordado, sua determinação, além dos princípios da motivação e da publicidade em sede constitucional, está entabulado no Art. 155 do CPP:

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.

Dessa forma, Renato Lima esclarece acerca dos critérios de decisão utilizados para a valoração da prova:

Qual é o grau de convencimento que se exige do magistrado, em sede processual penal, para conceder uma medida cautelar, para receber uma denúncia, ou para condenar alguém pela prática de um fato delituoso? É isso o que se denomina de critérios de decisão, standards probatórios ou modelos de constatação, que podem ser compreendidos como o grau ou nível de prova exigido em um caso específico, como “indícios suficientes” ou “além de dúvida razoável”.⁴¹ Conquanto não seja possível quantificar, matematicamente, os diversos graus de probabilidade que caracterizam esses distintos modelos de constatação, daí não se pode desprezar a importância do estudo do tema, notadamente no âmbito do processo penal. Com efeito, levando-se em conta a regra probatória decorrente do princípio da presunção de inocência e o status de inocente do acusado, é de rigor a observância desses standards, até mesmo para se permitir certo controle sobre o raciocínio judicial no terreno da prova e dos fatos. Em outras palavras, em razão do influxo do direito material em jogo e da regra probatória do *in dubio pro reo*, não se pode negar que o processo penal adota um standard de prova bastante elevado para a desconstituição do estado de inocência do acusado. Esse grau de convencimento necessário para a prolação de uma sentença condenatória, baseado em provas além de qualquer dúvida razoável, não é o mesmo standard necessário, todavia, para outras decisões ao longo da persecução penal. É dizer, os standards probatórios podem variar de acordo com as diferentes decisões que são proferidas pelo magistrado ao longo do processo. A título de exemplo, oferecida uma denúncia anônima perante o Ministério Público, não se admite, de imediato, a instauração de um inquérito policial. Antes, incumbe verificar a procedência das informações. Para a decretação de uma medida cautelar, como, por exemplo, a prisão preventiva, o art. 312 do CPP impõe a presença de prova da materialidade (juízo de certeza) e indícios de autoria (juízo de probabilidade). Oferecida a peça acusatória, incumbe ao magistrado aferir se há justa causa para o processo penal (CPP, art. 395, III). A pronúncia, por sua vez, demanda não apenas o convencimento quanto à materialidade, mas também a presença de indícios suficientes de autoria (CPP, art. 413). Por fim, para que alguém seja condenado, é necessário um juízo de certeza acerca da autoria e da materialidade além de qualquer dúvida razoável³⁵

Por fim, cabe esclarecer acerca do procedimento probatório, dividido em diferentes fases: Proposição, Admissão, Produção e Apreciação. O primeiro momento ocorre no

³⁵ LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal*: volume único. Salvador: Ed. JusPodivm, 2020, p. 674.

momento do oferecimento da produção das provas, quando os fatos que compõem o processo são configurados. Logo após, com a admissão, o magistrado entende que a prova em fomento é necessária para o deslinde da ação ou para a verossimilhança do alegado. Na produção, a prova é efetivamente gerada. Por fim, ocorre a apreciação, no qual após a parte probatória, as partes se manifestam acerca dela, momento no qual o juiz pode exercer seu juízo de valor sob a luz do contraditório, ampla defesa e devido processo legal.³⁶ Dessa forma, resume Aury Lopes Jr:

O “modo de construção do convencimento do juiz” varia conforme se adote o sistema acusatório ou inquisitório, pois no primeiro as partes produzem a prova em busca da formação do convencimento do juiz; no segundo, regido pelo princípio inquisitivo, o juiz vai de ofício atrás da prova, decidindo primeiro e buscando a seguir as provas que justificam a decisão já tomada (primado das hipóteses sobre os fatos), com inegável sacrifício da imparcialidade. O modelo brasileiro é neoinquisitorial, pois, ao manter a iniciativa probatória nas mãos do juiz (art. 156), observa o princípio inquisitivo. Considerando que a Constituição desenha um processo penal acusatório, deve-se buscar a máxima conformidade constitucional, afirmando a substancial inconstitucionalidade desses dispositivos que permitem a produção de provas de ofício pelo juiz.³⁷

³⁶ BONFIM, Edilson Mougenot. *Curso de processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 309.

³⁷ LOPES JR. Aury. *Direito Processual Penal*. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2019. Versão Ebook.

2. Teorias das Provas ilícitas

Alguns fatos em nosso ordenamento são considerados incontrovertidos, ou seja, independem de prova. Pode-se citar, a título de exemplos, os fatos axiomáticos ou intuitivos, que são de grande evidência, os fatos notórios, que são de conhecimento geral, as presunções legais, estabelecidas pela lei e os fatos incontrovertidos. Renato Lima assim expõe:

- i) Fatos notórios – são aqueles de conhecimento público geral. São os fatos cujo conhecimento está inserido na cultura normal e própria de determinada esfera social no tempo em que ocorrer a decisão, como as datas históricas, os fatos políticos ou sociais de conhecimento público, ou seja, o fato que pertença ao patrimônio estável de conhecimento do cidadão de cultura média numa sociedade historicamente determinada. Exemplificando, não é necessário provar que o Aeroporto de Congonhas fica na cidade de São Paulo, nem tampouco que o dia 15 de novembro é feriado nacional no Brasil. No âmbito processual civil, há dispositivo expresso acerca do assunto (NCPC, art. 374, I). Com base no art. 3º do CPP, nada impede a aplicação do princípio *notorium non eget probationem* no processo penal;
- ii) Fatos axiomáticos ou intuitivos – são os fatos evidentes, as verdades axiomáticas do mundo do conhecimento. Exemplificando, não é necessário provar que o fogo queima, nem tampouco que a cocaína causa dependência;
- iii) Fatos inúteis ou irrelevantes – são aqueles que não interessam à decisão da causa, sejam eles verdadeiros ou falsos;
- iv) Presunções legais – presunção é a afirmação feita pela lei de que um fato é existente ou verdadeiro, independentemente de prova. Assim, provado o fato que serve de base à presunção, considera-se provado o fato probando objeto da presunção. Como exemplo, comprovando-se que o acusado é menor de 18 (dezoito) anos, presume-se que seja inimputável. Logo, a inimputabilidade do menor de 18 (dezoito) anos não precisa ser provada pela acusação ou pela defesa. A presunção pode ser de duas espécies: absoluta ou relativa. Presunções absolutas ou *iuris et de iure* são aquelas que não admitem prova em contrário. É o que acontece com os menores de 18 (dezoito) anos no Brasil, em que, por força do critério biológico adotado pela Constituição Federal (art. 228) e pelo Código Penal (art. 27), presume-se de maneira absoluta sua inimputabilidade. Presunções relativas ou *iuris tantum* são aquelas que admitem prova em sentido contrário. Nesse caso, o que ocorre é uma alteração na distribuição do ônus da prova: a presunção dispensa a parte por ela beneficiada do ônus da prova de uma alegação fática que, normalmente, lhe incumbiria (o fato presumido) e atribui à outra parte o encargo de provar o fato contrário. É o que ocorre, por exemplo, com o maior de 18 (dezoito) anos, cuja imputabilidade é presumida, porém pode ser afastada a partir do momento em que laudo de insanidade mental apontar que o acusado não possuía, à época do fato, a capacidade de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento, em virtude de doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado

Entretanto, além das hipóteses elencadas, a persecução penal engloba uma série de variáveis que necessitam ser comprovadas. Para tanto, utiliza-se a prova. Na visão de Cândido

Dinamarco, a prova é “um conjunto de atividades de verificação e demonstração realizadas com o objetivo de apurar a verdade quando as questões de fato relevantes ao julgamento.”³⁸ Na mesma linha, conforme expõe Renato Lima, para se entender o que é a prova, deve-se observá-la a partir de dois vieses distintos, sendo eles sua terminologia, suas acepções:

Em sentido amplo, provar significa demonstrar a veracidade de um enunciado sobre um fato tido por ocorrido no mundo real. Em sentido estrito, a palavra prova tem vários significados. Por isso, inicialmente, é importante firmarmos algumas premissas terminológicas. (...)A palavra prova tem a mesma origem etimológica de *probo* (do latim, *probatio* e *probus*), e traduz as ideias de verificação, inspeção, exame, aprovação ou confirmação. Dela deriva o verbo *provar*, que significa verificar, examinar, reconhecer por experiência, estando relacionada com o vasto campo de operações do intelecto na busca e comunicação do conhecimento verdadeiro.³⁹

No tocante às acepções, o autor subdivide-a em três ramos: como atividade probatória, como resultado e como meio.⁴⁰ Dessa forma, independente do conceito escolhido, todos eles possuem como função principal convencer o julgador do ponto arguido, da forma mais próxima possível da verdade real, conforme Renato Lima:

A finalidade da prova é a formação da convicção do órgão julgador. Na verdade, por meio da atividade probatória desenvolvida ao longo do processo, objetiva-se a reconstrução dos fatos investigados na fase extraprocessual, buscando a maior coincidência possível com a realidade histórica. Verdade seja dita, jamais será possível se atingir com absoluta precisão a verdade histórica dos fatos em questão. Daí se dizer que a busca é da verdade processual, ou seja, daquela verdade que pode ser atingida através da atividade probatória desenvolvida durante o processo. Essa verdade processual pode (ou não) corresponder à realidade histórica, sendo certo que é com base nela que o juiz deve proferir sua decisão.

Entretanto, como qualquer ato humano, este é passível de erros, de abuso de direito, de atos ilícitos e ilegais. Dessa forma, a prova, como regra geral do ordenamento jurídico, não é um direito absoluto da parte, mas sim relativo, uma vez que sofre limitação decorrente dos demais direitos fundamentais previstos como cláusulas pétreas na Constituição Brasileira de 1988. Com isso, as provas ilícitas ou ilegais são expressamente proibidas no Brasil por uma questão de política criminal no qual os fins não justificam os meios, como aborda Paulo Sousa Mendes:

³⁸ DINAMARCO, Candido Rangel. *Teoria Geral do Novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 181.

³⁹ LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal*: volume único. Salvador: Ed. JusPodivm, 2020, p. 657.

⁴⁰ LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal*: volume único. Salvador: Ed. JusPodivm, 2020, p. 658.

De resto, a proibição de utilização (=avaliação) das provas proibidas afigura-se como a melhor maneira de o legislador prevenir a tentação de obtenção das provas a qualquer preço, por parte das instâncias formais de controle social. É como se o legislador anunciasse aos virtuais prevaricadores: – não sucumbais ao canto da sereia da obtenção das provas a qualquer preço, porquanto isso vos custaria a inutilização absoluta dos meios de prova ilícitamente obtidos, nem sequer se podendo repetir essas provas por outros meios! Por exemplo, se invadistes o domicílio do suspeito sem a devida autorização judicial e nesse local encontrastes a arma do crime, então é como se tivésseis destruído essa prova material⁴¹

No mesmo diapasão, Celso de Mello:

a Constituição da República, em norma revestida de conteúdo vedatório (CF, art. 5º, LVI), desautoriza, por incompatível com os postulados que regem uma sociedade fundada em bases democráticas (CF, art. 1º), qualquer prova cuja obtenção, pelo Poder Público, derive de transgressão a cláusulas de ordem constitucional, repelindo, por isso mesmo, quaisquer elementos probatórios que resultem de violação do direito material (ou, até mesmo, do direito processual), não prevalecendo, em consequência, no ordenamento normativo brasileiro, em matéria de atividade probatória, a fórmula autoritária do “male captum, bene retentum” ((STF, 2ª Turma, RHC 90.376/RJ, Rel. Min. Celso de Mello, Dje-018 17/05/2007)

As provas podem ser consideradas proibidas ou vedadas quando forem produzidas com uma violação da lei ou dos princípios do direito processual, como, por exemplo, as provas ilícitas, ilegítimas e irregulares. Nessa toada, Alexandre de Moraes propõe uma distinção entre estas:

As provas ilícitas são aquelas obtidas com infringência ao direito material, as provas ilegítimas são as obtidas com desrespeito ao direito processual. Por sua vez, as provas ilegais seriam o gênero do qual as espécies são as provas ilícitas e as ilegítimas, pois configuram-se pela obtenção com violação de natureza material ou processual ao ordenamento jurídico.⁴²

Segundo o Art. 5, inciso LVI da Constituição Federal, são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos. Nesse prisma, a prova ilícita é assim considerada quando contraria normas de direito material, de cunho constitucional ou infraconstitucional. Como, por exemplo, as provas obtidas com violação de domicílio, sem ordem judicial, e a confissão obtida mediante tortura. Com isso, Renato Lima expõe que:

A prova será considerada ilícita quando for obtida através da violação de regra de direito material (penal ou constitucional). São várias as inviolabilidades previstas na Constituição Federal e na legislação infraconstitucional para resguardo dos direitos fundamentais da pessoa: inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra, da imagem (CF, art. 5º, X), inviolabilidade do domicílio (art. 5º, XI), inviolabilidade do sigilo das comunicações em geral e dos dados (CF, art. 5º, XII), vedação ao emprego da tortura ou de tratamento desumano ou degradante (CF, art. 5º, III), respeito à integridade física e moral do preso (CF, art. 5º, XLIX), etc.

⁴¹ MENDES, Paulo de Sousa. *Lições de Direito Processual Penal*. Coimbra: Almedina, 2014, p. 182-183.

⁴² MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 115.

Exemplificando, se determinado indivíduo for constrangido a confessar a prática do delito mediante tortura ou maus-tratos, tem-se que a prova aí obtida será considerada ilícita, pois violado o disposto no art. 5º, inciso III, da Constituição Federal.

Contudo, o conceito de prova ilícita, por uma distinção semântica e conceitual, não abarca as provas ilegítimas. Assim, as provas ilegítimas são as que violam normas processuais e os princípios constitucionais da mesma espécie. Logo, em razão da silencia da constituição, as provas ilegítimas também são vedadas? Nesse sentido, Renato Lima compreende que sim:

Apesar de a Carta Magna prever de maneira expressa a inadmissibilidade da utilização no processo de provas obtidas por meios ilícitos (CF, art. 5º, LVI), não consta do texto constitucional qualquer conceito de provas ilícitas, nem tampouco regramento legal acerca das consequências de sua utilização no processo. Diante do silêncio da Constituição Federal, a doutrina nacional sempre se baseou na lição do italiano Pietro Nuvolone para conceituar prova ilegal, e também para distinguir as provas obtidas por meios ilícitos daquelas obtidas por meios ilegítimos. Nesse prisma, a prova será considerada ilegal sempre que sua obtenção se der por meio de violação de normas legais ou de princípios gerais do ordenamento, de natureza material ou processual. Prova obtida por meios ilegais deve funcionar como o gênero, do qual são espécies as provas obtidas por meios ilícitos e as provas obtidas por meios ilegítimos

Nesse diapasão, cita-se, a título de ilustração, os artigos 203, 206, 207 e 226 do CPP.⁴³ Por fim, encerrando as distinções entre as provas ilegítimas e ilícitas, as súmulas das Mesas de Processo Penal da USP são de grande valia, ao exprimirem taxativamente que:

Súmula 48: “denominam-se ilícitas as provas colhidas com infringência a normas e princípios de direito material;

⁴³ BRASIL. CPP Art. 203. A testemunha fará, sob palavra de honra, a promessa de dizer a verdade do que souber e lhe for perguntado, devendo declarar seu nome, sua idade, seu estado e sua residência, sua profissão, lugar onde exerce sua atividade, se é parente, e em que grau, de alguma das partes, ou quais suas relações com qualquer delas, e relatar o que souber, explicando sempre as razões de sua ciência ou as circunstâncias pelas quais possa avaliar-se de sua credibilidade.

Art. 206. A testemunha não poderá eximir-se da obrigação de depor. Poderão, entretanto, recusar-se a fazê-lo 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.

Art. 207. 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.

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. Parágrafo único. O disposto no no III deste artigo não terá aplicação na fase da instrução criminal ou em plenário de julgamento.

Súmula 49: “são processualmente inadmissíveis as provas ilícitas que infringem normas e princípios constitucionais, ainda quando forem relevantes e pertinentes, e mesmo sem cominação processual expressa; “

Contudo, como já exposto anteriormente, ambas possuem o mesmo fim prático: são inadmissíveis. Além da constituição dispor nesse sentido, o próprio código de processo penal em seu Art. 157 expõe que “São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais”.

Outrossim, expandindo as classificações acima, ainda pode-se abordar as provas irregulares, que seriam aquelas permitidas pela legislação processual, mas na sua produção, as formalidades legais não são observadas. Nesse sentido, Nestor Távora observa que “São irregulares as provas que, não obstante admitidas pela norma processual, foram colhidas com infringência das formalidades legais existentes.”⁴⁴

Acerca da gradação da prova ilícita, Guilherme Nucci entende que o mínimo de ilicitude contido nela macula na totalidade o acervo probatório dela decorrente. Dessa forma, compreende o autor que não existe gradação, qualquer indício de ilicitude torna a prova totalmente ilícita. Assim leciona:

Não deve haver meio termo, vale dizer prova mais ou menos ilícita. Portanto, concedendo-se a titulação de prova ilícita somente aquelas que violem preceitos penais, olvidando-se as lesivas a processo penal, o tratamento será desigual.⁴⁵

Logo, na hipótese de uma prova ser definida como ilícita, deve o juiz oficial por escrito, e autuar a parte contrária em pleito em apartado para que se manifeste. Caso o juiz deixe de apreciar a ilicitude de uma prova e ainda assim sentencie, poderá a parte lesada impetrar Habeas Corpus ou ainda Mandado de Segurança, pois se trata de direito líquido e certo a verificação de incidente de ilicitude de prova.

Entretanto, como expõe Aury Lopes Jr, há correntes, apesar de minoritárias em nosso ordenamento, que entendem que a prova ilícita, desde que não fosse expressamente proibida, poderia ser admitida, devendo responder em outro processo apartado pela violação, civil ou criminal da norma. Contudo, como demonstrado pelo art. 157 e pela jurisprudência pátria,

⁴⁴ TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de direito processual penal*. Salvador: Editora Podivm, 2009, fl. 314.

⁴⁵NUCCI, Guilherme. *Código de processo penal comentado*. Rio de Janeiro: Forense, 2020. Versão ebook.

por apresentar um paradoxo em si mesma, a corrente levantada não possui respaldo jurídico apto a ensejar maiores discussões.⁴⁶

Superada tal discussão, apesar de não haver sua inadmissibilidade, da mesma forma, a vedação às provas ilícitas também não é uma máxima absoluta no ordenamento brasileiro. Encontra-se recorrentemente na doutrina sua permissão em caso de benefício do réu, ou seja, que auxilie na ampla defesa e no contraditório. Assim, para assegurar sua inocência, a Súmula 50 das Mesas de Processo Penal da USP, com base na teoria da proporcionalidade, admite a utilização, no processo penal, das provas colhidas ilicitamente, quando beneficiarem o réu, sob o fundamento de que o direito de liberdade do inocente deve prevalecer sobre as garantias constitucionais da não aceitação das provas ilícitas. Conforme Aury Lopes Jr:

Para os seguidores dessa corrente, a prova ilícita, em certos casos, tendo em vista a relevância do interesse público a ser preservado e protegido, poderia ser admitida. Abranda a proibição para admitir a prova ilícita, em casos excepcionais e graves, quando a obtenção e a admissão forem consideradas a única forma possível e razoável para proteger a outros valores fundamentais. A intenção é evitar aqueles resultados repugnantes e flagrantemente injustos.⁴⁷

Dessa forma, apesar de basilar ao sistema acusatório, possuímos algumas limitações à vedação da utilização da prova ilícita, como no caso de beneficiar o réu ou por derivação. Nessa linha, dispõe Luis Carvalho:

a livre produção das provas, assim, o acusado pode trazer aos autos provas consideradas ilícitas, frisando que, ao adotar essa forma probatória, estará sob o manto das causas excludentes de ilicitude, *in exemplis*, legítima defesa⁴⁸

Na mesma linha, de forma constante na doutrina, elucida Bonfim em favor da admissibilidade, pelo *in dubio pro reo*:

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. Um paradoxo jamais explicado ou explicável (OLIVEIRA, 2015, p. 376).⁴⁹

⁴⁶ LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. São Paulo: Saraiva, 2019. Versão Ebook.

⁴⁷ LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. São Paulo: Saraiva, 2019. Versão Ebook.

⁴⁸ CARVALHO, Luis G. G. Castanho de. *Comentários à Constituição Federal Brasileira*, 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1993, pág. 45.

⁴⁹ BONFIM, Edilson Mougenot. *Curso de processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2012. Versão Ebook.

Por este motivo, Aury Lopes Júnior traz que é “desnecessário argumentar que a condenação de um inocente fere de morte o valor “justiça”, pois o princípio supremo é o da proteção dos inocentes no processo penal”⁵⁰

Na hipótese de derivação, cada teoria será melhor abordada no subtópico subsequente, abordando-se a Teoria do encontro fortuito de provas, quando a autoridade policial, no cumprimento de uma diligência, casualmente encontra provas que não estão na linha de desdobramento natural da investigação, entre outras.

Contudo, frisa-se que, em qualquer situação, devem-se respeitar os princípios da proporcionalidade, da imediatidade do juiz, da concentração e da comunhão de provas, visto que a prova ilícita surge para a proteção dos direitos fundamentais, como bem aduz Alexandre de Moraes ao expor que:

À regra deve ser a inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos, que excepcionalmente deverão ser admitidas em juízo, em respeito às liberdades públicas e ao princípio da dignidade da pessoa humana na colheita de provas e na própria persecução penal do Estado⁵¹

No entanto, Aury Lopes Júnior aduz que há um “perigo imenso” na adoção dessa teoria, visto que a proporcionalidade, além de promover a colisão entre categorias indeterminadas, é realizada por um juiz que possui preferências e predefinições. Portanto, há um grau imenso de subjetivismo, o qual pode trazer discricionariedade e injustiças no caso concreto.⁵²

Na mesma linha, afirma o autor, apesar da discricionariedade derivada da proporcionalidade, a análise casuística pelo juiz “abranda a proibição para admitir a prova ilícita, em casos excepcionais e graves, quando a obtenção e a admissão forem consideradas a única forma possível e razoável para proteger a outros valores fundamentais”⁵³. Em outras palavras, as provas ilícitas devem ser sopesadas com os demais direitos fundamentais do ordenamento jurídico, podendo ser admitidas, a partir da proporcionalidade, quando forem imprescindíveis na proteção de outros valores mais importantes. Dessa forma, o autor defende que, por exemplo, “a ponderação entre o direito de liberdade de um inocente

⁵⁰ LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 594.

⁵¹ MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 116.

⁵² LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. São Paulo: Saraiva, 2019. Versão Ebook.

⁵³ LOPES JR. Aury. *Direito Processual Penal*. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2020. Versão Ebook.

prevalece sobre um eventual direito sacrificado na obtenção da prova (dessa inocência).”⁵⁴
Com isso, entende que a proporcionalidade pro reo é a melhor teoria que explica a admissibilidade das provas ilícitas:

Com certeza, diante das demais teorias expostas, é a mais adequada ao processo penal e ao conteúdo de sua instrumentalidade, na medida em que o processo penal é um instrumento a serviço da máxima eficácia dos direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição. A jurisprudência não é pacífica, mas há acórdãos acolhendo esse entendimento⁵⁵

Logo, Aury compreende que a proporcionalidade só pode ser aplicada no caso pro reo. Tal conclusão vem de uma análise sistemática do código material e processual penal, visto que a prova ilícita obtida pelo réu pode ser compreendida como excludentes de ilicitude do crime, como legítima defesa e estado de necessidade. Da mesma forma, expõe Greco:

uma prova obtida por meio ilícito, mas que levaria à absolvição de um inocente (...) teria de ser considerada, porque a condenação de um inocente é a mais abominável das violências e não pode ser admitida ainda que se sacrifique algum outro preceito legal.⁵⁶

No entanto, aduz Aury que tal prova utilizada para defesa do inocente, apesar do princípio da comunhão das provas, não pode ser utilizada em outro processo com o intuito de incriminar terceiros. Ou seja, a prova não se convalida por ser pertinente a defesa, ela apenas é admitida em determinado processo em virtude da proporcionalidade pro reo no caso concreto. Conforme o autor:

Não existe uma convalidação, ou seja, ela não se torna lícita para todos os efeitos, senão que apenas é admitida em um determinado processo (em que o réu que a obteve atua ao abrigo do estado de necessidade). Ela segue sendo ilícita e, portanto, não pode ser utilizada em outro processo para condenar alguém, sob pena de, por via indireta, admitirmos a prova ilícita contra o réu (sim, porque ele era “terceiro” no processo originário, mas assume agora a posição de réu). Tampouco pode ser invocada a proporcionalidade (contra réu), pelos motivos expostos na crítica à terceira corrente. Em definitivo, não pode ser utilizada contra terceiro, pois frente a ele essa prova continua ilícita.⁵⁷

⁵⁴ LOPES JR. Aury. *Direito Processual Penal*. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2020. Versão Ebook.

⁵⁵ LOPES JR. Aury. *Direito Processual Penal*. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2020. Versão Ebook.

⁵⁶ GRECO FILHO, Vicente. *Tutela Constitucional das Liberdades*. São Paulo: Saraiva, 1989.

⁵⁷ LOPES JR. Aury. *Direito Processual Penal*. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2020. Versão Ebook.

2.1 Teoria dos frutos da árvore envenenado

Oriunda do caso norte-americano SILVERTHORNE LUMBER CO v. US, de 1920, a teoria dos frutos da árvore envenenada, também conhecida como teoria da ilicitude derivada ou, ainda, da mácula (*taint doctrine*) estende a ilicitude das provas àquelas derivadas destas. Assim, o que for produzido em virtude daquela prova ilícita será desentranhado dos autos, conforme dispõe o art. 157 do CPP, “São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais”. Assim, discorre Eugênio Pacelli de Oliveira:

Se os agentes produtores de prova ilícita pudessem dela se valer para a obtenção de novas provas, a cuja existência somente se teria chegado a partir daquela (ilícita), a ilicitude da conduta seria facilmente contornável. Bastaria a observância da forma prevista em lei, na segunda operação, isto é, na busca das provas obtidas por meio das informações extraídas por via da ilicitude, para que se legalizasse a ilicitude da primeira (operação). Assim, a teoria da ilicitude por derivação é uma imposição da aplicação do princípio da inadmissibilidade das provas obtidas ilicitamente⁵⁸

Desse modo, os vícios de uma determinada prova contaminam os demais meios probatórios de que dela se originaram, “todas as demais provas que dela sejam consequências.”⁵⁹ Em outras palavras, apesar de validamente produzidos, “em momento posterior, encontram-se afetados pelo vício da ilicitude originária, que a eles se transmite, contaminando-os, por efeito de repercussão causal.”⁶⁰

Criou-se tal teoria com inspiração na passagem bíblica de São Mateus, conforme se observa abaixo:

Assim, toda a árvore boa produz bons frutos, e toda a árvore má produz frutos maus. Não pode a árvore boa dar maus frutos; nem a árvore má dar frutos bons. Toda a árvore que não dá bom fruto corta-se e lança-se no fogo. Portanto, pelos seus frutos os conhecereis. (Mateus 7:17- 20)

No Brasil, apesar de ter sido rechaçada em um primeiro momento, o leading case que permitiu a incorporação da teoria no ordenamento jurídico pátrio se deu em 1966:

⁵⁸ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 368.

⁵⁹ DEZEM, Guilherme Madeira. *Da Prova Penal*. São Paulo: Millenium, 2008, p. 134

⁶⁰ LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal: volume único*. Salvador: Ed. JusPodivm, 2020, p. 690.

O Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, assentou entendimento no sentido de que, sem a edição de lei definidora das hipóteses e da forma indicada no art. 5º, inc. XII, da Constituição, não pode o Juiz autorizar a interceptação de comunicação telefônica para fins de investigação criminal. Assentou, ainda, que a ilicitude da interceptação telefônica – à falta da lei que, nos termos do referido dispositivo, venha a discipliná-la e viabilizá-la – contamina outros elementos probatórios eventualmente coligidos, oriundos, direta ou indiretamente, das informações obtidas na escuta. Habeas corpus concedido (STF, 1ª Turma, HC 73.351/SP, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ 19/03/1999)

Entretanto, mesmo a teoria dos frutos da árvore envenenada não é absoluta, visto que sua incidência sofre limitações, como, por exemplo, a limitação da fonte independente, *independent source limitation*; a limitação da descoberta inevitável, *inevitabile Discovery limitation*, e a limitação da contaminação expurgada, *puerged taint limitation*, ou conhecida ainda como limitação da conexão atenuada, *attenuated connection limitation*, as quais se pode acrescentar a teoria da boa - fé, que serão abordadas nos próximos tópicos.

2.2 Teoria das provas independentes

Se em um processo existirem outras provas, independentes de uma determinada prova ilícita produzida, não há de se falar em contaminação, tampouco em aplicação da teoria dos frutos da árvore envenenada, pois, em não havendo vinculação nem relação de dependência, a prova ilícita não terá o condão de contaminar as demais. Conforme Aury Lopes Jr:

a teoria da fonte independente (*independent source doctrine*) ocorreu no caso *Murray v. United States*, em 1988, em que policiais entraram ilegalmente em uma casa onde havia suspeita de tráfico ilícito de drogas e confirmaram a suspeita. Posteriormente requereram um mandado judicial para busca e apreensão, indicando apenas as suspeitas e sem mencionar que já haviam entrado na residência. De posse do mandado, realizaram a busca e apreenderam as drogas. A Corte entendeu que a prova era válida, e que não estava contaminada. Isso porque, no entendimento da Corte nesse caso, o mandado de busca para justificar a segunda entrada seria obtido de qualquer forma, apenas com os indícios iniciais. Essa fonte era independente e préconstituída em relação à primeira entrada ilegal⁶¹

Desse modo, a existência de prova ilícita não levará à declaração de nulidade. Lembrando mais uma vez que a prova ilícita não deverá sequer ser admitida a entrar nos autos, mas, caso ocorra, deverá ser desentranhada, conforme já explicado (art. 157, § 3º CPP). A prova absolutamente independente, ou limitação da fonte independente, não seria

⁶¹ LOPES JR. Aury. *Direito Processual Penal*. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2020. Versão Ebook.

propriamente uma exceção aos efeitos da teoria dos frutos da árvore envenenada, mas sim uma teoria coexistente, permitindo justamente a devida integração. Isso ocorre porque não há vínculo entre as provas, não há reflexos de contaminação irradiando aquelas provas que não derivam da ilícita.

Observa-se que a descoberta inevitável e a teoria da fonte independente possuem várias semelhanças, contudo. Por este motivo, para alguns autores, como Eugênio Pacelli de Oliveira:

Note-se que a Lei nº 11.690/08 comete um equívoco técnico. No art. 157, § 2º, ao pretender definir o significado de “fonte independente” afirmou tratar-se daquela 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”. A nosso aviso, essa é a definição de outra hipótese de aproveitamento da prova, qual seja, a teoria da descoberta inevitável, muito utilizada no direito estadunidense.⁶²

2.3 Teoria da mancha purgada

A teoria da Contaminação expurgada, conexão atenuada, *purged taint exception*, tinta diluída ou doutrina de mancha purgada, segundo Nestor Távora, é aquela no qual há um vínculo muito tênue entre as provas, não estendendo a ilicitude da primeira as suas decorrentes:

Perceba-se que a ausência de vínculo não é absoluta. Ele existe, porém acaba sendo tão insólito que é irrelevante, preservando-se a licitude da prova derivada.(...) Pode-se dizer que o conhecimento da prova derivada se deu por um conjunto de fatores, dentre os quais um é ilícito, mas que, por si só, não é tão determinante para macular por completo a prova secundária.⁶³

É possível que o vínculo entre a prova ilícita e a derivada seja tão tênue ou superficial que acabe não havendo contaminação. Percebe-se que a ausência de vínculo, nesse caso, não é absoluta. Ele existe, porém, acaba sendo tão insólito que é irrelevante, preservando-se a licitude da prova derivada. O liame causal (relação de causalidade) existente entre a prova ilícita e a derivada é de ser frágil em razão de circunstâncias relacionadas ao tempo (prova

⁶² OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 369.

⁶³ TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar. *Curso de Direito Processual Penal*. Salvador: Jus Podivm. 2014, p. 513.

ilícita de data muito remota em relação à nova prova), ao espaço ou à força determinante da prova primária relativamente secundária. Segundo Renato brasileiro:

Esta teoria foi desenvolvida no caso WONG SUN v. US (1963), em que a polícia, de maneira ilegal, ingressou no domicílio de “A” sem causa provável (indícios probatórios necessários para tanto), efetuando em seguida sua prisão. Dessa prisão ilegal resultou a apreensão de drogas em posse de “B”, o qual, por sua vez, disse ter recebido a droga de “C”, que também foi preso de maneira ilegal. Dias mais tarde, após “C” ter sido colocado em liberdade, resolveu voluntariamente confessar aos policiais a prática do delito, durante seu interrogatório policial. Quanto à apreensão da droga com “B” e suas declarações, entendeu a Suprema Corte tratar-se de prova ilícita por derivação, eis que resultado da entrada ilegal na casa de “A”. No entanto, concluiu que a teoria dos frutos da árvore envenenada não teria o condão de contaminar o que se apurou conta “C”, pois sua ação voluntária de confessar a prática delituosa após ter sido solto e advertido de seus direitos, teria tornado a conexão entre a prisão ilegal e a declaração tão atenuada que o veneno da ilegalidade originária teria se dissipado. Da análise do caso WONG SUN v. US, embrião da limitação da mancha purgada, depreende-se que um vício de ilicitude originário pode ser expurgado, ou seja, removido, por meio de um ato independente interveniente, praticado pelo acusado⁶⁴

Pode-se dizer, assim, que o conhecimento da prova derivada se deu por um conjunto de fatores, dentre os quais um é ilícito, mas que, por si só, não é tão determinante para macular por completo a prova secundária. Este é o pensamento de Renato Brasileiro, que entende pela admissibilidade da teoria da mancha purgada no ordenamento brasileiro:

apesar de não haver qualquer referência expressa à limitação da tinta diluída, ao se referir o dispositivo à ausência de nexos de causalidade entre a prova ilícita originária e a prova subsequente, pode-se daí extrair a adoção da referida teoria. Isso porque, segundo a teoria em questão, o vício da ilicitude originária, quando atenuado em virtude do decurso do tempo, de circunstâncias supervenientes, da magnitude da ilegalidade funcional ou da colaboração voluntária de um dos envolvidos, faz desaparecer o nexo causal entre a prova ilícita e originária e prova subsequente, não sendo viável falar-se em prova ilícita por derivação⁶⁵

⁶⁴ DE LIMA, Renato Brasileiro. *Curso de Processo Penal*. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2013, p. 695.

⁶⁵ DE LIMA, Renato Brasileiro. *Curso de Processo Penal*. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2013, p. 605.

2.4 Teoria da descoberta inevitável ou exceção da fonte hipotética independente

Se a prova, que circunstancialmente decorre de prova ilícita, seria conseguida de qualquer maneira, por atos de investigação válidos, ela será aproveitada, eliminando-se a contaminação. A inevitabilidade da descoberta leva ao conhecimento de que não houve um proveito real, com a violação legal. A prova ilícita, que deu ensejo à descoberta de outra prova, que seria colhida mesmo sem a existência da ilicitude, não terá o condão de contaminá-la. Assim, Aury Lopes Jr contextualiza:

Já a exceção da descoberta inevitável (inevitable discovery exception) foi utilizada no caso *Nix v. Williams*, em 1984, para validar-se a prova que poderia ser, certamente, obtida por qualquer outra forma. No caso em julgamento 403 , o acusado havia matado uma criança e escondido seu corpo. Foi realizada uma busca no município, com 200 voluntários, divididos em zonas de atuação. Durante essa busca, a polícia obteve ilegalmente a confissão do imputado, o qual especificou o local onde havia ocultado o corpo, tendo ele sido efetivamente encontrado no local indicado. Contudo, pela sistemática das buscas realizadas, em poucas horas os voluntários também teriam encontrado o cadáver. Logo, a descoberta foi considerada inevitável e, portanto, válida a prova. Em relação a essas teorias, especialmente a última, a Corte Suprema entendeu que a carga de provar que a descoberta era inevitável é inteiramente da acusação.

Exige-se que a aplicação dessa teoria não se dê a partir de meras conjecturas, sendo preciso que existam elementos concretos que evidenciem que, a prova ilícita que ensejou o conhecimento do fato, havia investigação concreta paralela que fatalmente chegaria a demonstração da mesma, situação fática (juízo provável). Por exemplo, não se deve reconhecer como ilícitas as declarações de testemunha descoberta mediante interceptação telefônica sem autorização judicial, se esta pessoa foi indicada por várias outras, não vinculadas à testemunha do fato. Portanto, expõe Rogério Schietti:

5. A teoria da **descoberta inevitável** está prevista em nosso ordenamento no art. 157, § 2º, do CPP, segundo o qual "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". Embora confusa a redação do dispositivo, que parece se referir ao § 1º do mesmo artigo, como explicação da teoria da fonte independente, é consolidado na doutrina o entendimento de que se trata de situações diversas.

6. A construção teórica é oriunda dos Estados Unidos (inevitable discovery limitation) e foi adotada pela primeira vez na Suprema Corte daquele país no julgamento do caso *Nix x Williams* (467 US 431, 1984). Tratava-se de caso em que o investigado havia matado uma criança e escondido o corpo, o que motivou 200 voluntários a iniciarem um processo de busca. Durante a procura, a polícia ilegalmente extraiu uma confissão do acusado quanto à localização do cadáver e o encontrou no local por ele indicado. Na espécie, todavia, apesar da ilicitude da confissão, a Corte considerou que o caminho natural do plano previamente traçado

para as buscas, em poucas horas, inevitavelmente passaria pelo lugar em que achado o corpo, razão pela qual a prova foi mantida nos autos.

7. Por consistir em exceção à regra da exclusão das provas ilícitas - e, por consequência, a direito fundamental (art. 5º, LVI, da Constituição) - tal teoria deve ser interpretada restritivamente, até como forma de dar conformidade constitucional ao dispositivo legal, que limita o âmbito de aplicação da norma contida na Carta Magna quanto à exclusão das provas ilícitas.

8. Apesar de se tratar de um juízo hipotético, não basta que se faça um raciocínio vago e abstrato de mera possibilidade de **descoberta** da prova por outro meio, sob pena de se converter a exceção em regra e, assim, fragilizar sobremaneira a garantia constitucional. É necessário, ao revés, como consectário da interpretação restritiva do dispositivo legal, que ele seja aplicado somente quando demonstrado pela acusação - sobre quem recai o ônus probatório -, com amparo em elementos concretos dos autos, que os fatos naturalmente chegariam ao mesmo desfecho a despeito da ilegalidade na ação policial.

9. É pertinente notar, a respeito, que o texto do art. 157, § 2º, do CPP usa o verbo "seria" - a indicar algo que aconteceria se a ilicitude não houvesse interrompido o caminho natural dos fatos -, e não a locução verbal "poderia ser", esta representativa de um juízo de mera possibilidade remota. Da mesma forma, cumpre observar que o próprio nome pelo qual se consagrou a teoria é indicativo do rigor com que se deve analisar o hipotético desdobramento causal dos fatos: a **descoberta** deve ser **inevitável** - verbete que significa "impossível de evitar, necessário; fatal" -, e não meramente possível.

10. Ainda que seja difícil - em termos epistemológicos - atingir um standard de certeza plena e absoluta sobre o que viria a ocorrer no futuro, por se tratar de raciocínio hipotético sobre o curso causal de fatos que não chegaram efetivamente a acontecer, é preciso que a acusação demonstre, com clareza e amparo concreto em elementos dos autos, no mínimo, a alta probabilidade de que os eventos fatalmente se sucederiam de forma a atingir o mesmo resultado alcançado de maneira ilícita. Presente dúvida razoável sobre esse curso causal hipotético, a solução deve ser favorável ao réu, em respeito às garantias fundamentais da presunção de inocência e da vedação ao uso de provas ilícitas. (STJ. HC 695895 / MS. Rel. Min. ROGERIO SCHIETTI CRUZ. DJe 16/11/2022)

Apesar do legislador entender sem distinção a descoberta inevitável e as provas independentes, a diferença entre ambas está no nexo de causalidade. Enquanto na prova independente não possui causalidade entre as provas em questão, na descoberta inevitável o liame existe, mas ele não é determinante para a ilicitude. Assim, diferencia Nestor Távora, ao expor a descoberta inevitável:

Se a prova, que circunstancialmente decorre de prova ilícita, seria conseguida de qualquer maneira, por atos de investigação válidos, ela será aproveitada, eliminando-se a contaminação. A inevitabilidade da descoberta leva ao reconhecimento de que não houve um proveito real, com a violação legal. A prova ilícita, que deu ensejo à descoberta de uma outra prova, que seria colhida mesmo sem a existência da ilicitude, não terá o condão de contaminá-la⁶⁶

Frisa-se que, como será abordado no próximo capítulo, Aury Lopes Jr realiza críticas a teoria da descoberta inevitável e da fonte independente, visto que ambas mitigam de forma

⁶⁶ TÁVORA, Nestor e ALENCAR Rosmar. *Curso de Direito Processual Penal*. Salvador: Ed. Jus Podivm. 2014, p. 512.

demasiada a teoria da árvore envenenada, estando ao arbítrio da discricionariedade judicial.

Dessa forma:

ambas as teorias recorrem a categorias vagas e manipuláveis, gerando um perigoso alargamento da tolerância judicial em relação às provas (ilícitas) derivadas. O maior inconveniente é a falta de critérios claros e precisos, dando margem ao decisionismo (espaços impróprios da discricionariedade judicial), com os juízes e tribunais “dizendo qualquer coisa sobre qualquer coisa” (Streck). Por fim, é um grave erro manter o mesmo juiz no processo, após ter sido reconhecida a ilicitude de uma prova, na medida em que está contaminado e não pode mais julgar (erro do cartesianismo).⁶⁷

2.5 Teoria da boa-fé, exceção da boa-fé, good Faith exception ou limitação da boa-fé

Objetiva-se a evitar o reconhecimento da ilicitude da prova, caso os agentes de polícia ou da persecução penal, na totalidade, tenham atuado destituídos do dolo de infringir a lei, pautados verdadeiramente em situação de erro. Como informa Marcio Freitas:

Por fim, no direito americano admite-se como exceção à regra de exclusão das provas ilícitas a teoria da boa-fé, que guarda íntima ligação com o fato de que toda a construção jurisprudencial das regras de exclusão das provas obtidas ilicitamente teve como fundamento declarado a atuação pedagógica do Judiciário, que assim agindo desestimularia a polícia de novamente cometer qualquer ilicitude nas investigações. Assim, uma vez que as regras de exclusão destinam-se precipuamente a evitar que as autoridades encarregadas da investigação criminal atuem de forma ilegal, nos casos em que ficar demonstrado, além de qualquer dúvida razoável, que a atuação da autoridade se deu de boa fé, não haverá razão para a exclusão da prova.⁶⁸

Trata-se de um tema extremamente delicado, visto que a situação de ocorrência pressupõe que o agente, em razão de erro de fato, fere, com o seu agir, um direito fundamental, todavia, em virtude de sua boa-fé, tem-se por afastada a ilegalidade

Desse modo, caso encontrados elementos que caracterizam crime em situação de flagrância, como por exemplo, daquele que armazena em casa substância entorpecente para comercialização, estará constitucionalmente autorizada a intervenção, não em razão do mandado que tinha outro objetivo, e sim por força do art. 5º, XI da Constituição federal, que autoriza o ingresso domiciliar, a qualquer hora do dia ou da noite, para que efetive a prisão

⁶⁷ LOPES JR. Aury. *Direito Processual Penal*. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2019. Versão Ebook.

⁶⁸ FREITAS, Marcio Luiz Coelho de. A prova ilícita por derivação e suas exceções. In *II Jornada de Direito Processual Penal*, org Tribunal Regional Federal da 1 a Região, Escola de Magistratura Federal da 1 a Região. Brasília: ESMAF, 2010, p. 205.

em flagrante. Nos demais casos, deve a autoridade envolvida na diligência, provocar o juiz para que se obtenha uma ampliação do mandado, em razão dos novos elementos eventualmente descobertos, possibilitando, desse modo, com a ordem judicial expressa, captarem-se os demais elementos.

3. Estudo de Caso: a visão dos Tribunais Superiores

O presente tópico visa destrinchar a abordagem dos tribunais superiores quanto a utilização das provas ilícitas dentro do processo penal. Para tanto, buscaram-se decisões acerca da temática proposta, tanto do Supremo Tribunal Federal quanto do Superior Tribunal de Justiça. Com isso, pode-se entender melhor, a partir da metodologia do estudo de caso, a percepção dos órgãos jurisdicionais citados quanto à admissibilidade ou não das provas ilícitas, com base nas teorias mencionadas no capítulo anterior.

Em um primeiro caso, o STF no tema de repercussão geral 1.401, fixou a tese de que “Sem autorização judicial ou fora das hipóteses legais, é ilícita a prova obtida mediante abertura de carta, telegrama, pacote ou meio análogo.”. Assim, segundo o redator do acórdão, o Ministro Edson Fachin:

Ementa: CONSTITUCIONAL E PENAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL. PROVA OBTIDA POR MEIO DE ABERTURA DE ENCOMENDA POSTADA NOS CORREIOS. DIREITO AO SIGILO DE CORRESPONDÊNCIA. INADMISSIBILIDADE. RESERVA DE LEI E DE JURISDIÇÃO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO QUE SE JULGA PROCEDENTE. 1. Além da reserva de jurisdição, é possível ao legislador definir as hipóteses fáticas em que a atuação das autoridades públicas não seriam equiparáveis à violação do sigilo a fim de assegurar o funcionamento regular dos correios. 2. Tese fixada: “sem autorização judicial ou fora das hipóteses legais, é ilícita a prova obtida mediante abertura de carta, telegrama, pacote ou meio análogo.” 3. Recurso extraordinário julgado procedente. (STF. [RE 1116949](#). Rel. Min. MARCO AURÉLIO. Dje 02/10/2020)

Nesse sentido, dispõe o Artigo 5º, XII da CRFB/88 acerca do sigilo da **correspondência** e das comunicações telegráficas. Contudo, excepciona a carta maior que, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal, esta é possível. Contudo, na hipótese em que a

encomenda em correio é aberta desprovida de ordem judicial, há a flagrante violação ao direito da inviolabilidade das correspondências. Assim, ao afrontar materialmente a constituição, a prova obtida em tal violação é ilícita, não podendo ser utilizada para fins probatórios.

Em recente decisão acerca do reconhecimento fotográfico, o STF entendeu que este é possível meio lícito e atípico de prova, uma vez que apesar de não ser previsto no código de processo penal, não é defeso às autoridades policiais sua utilização. Contudo, para ser válido e legal, deve-se seguir as disposições pertinentes ao reconhecimento pessoal previstas no código processual. Portanto, à medida que o Art. 226 do CPP e seguintes sejam seguidos, não há ilicitude na prova. Contudo, na hipótese de inobservância, pelo devido processo legal, tal reconhecimento torna-se nulo e não serve como meio probatório. Assim entende o STF:

Ementa: Recurso ordinário no habeas corpus. Conhecimento. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal admite o manejo excepcional do habeas corpus como substitutivo de revisão criminal, em casos de manifesta ilegalidade. Condenação fundamentada exclusivamente no reconhecimento fotográfico, embora renovado em Juízo, ambos em desacordo com o regime procedimental previsto no art. 226 do CPP. Superação da ideia de “mera recomendação”. Tipicidade processual, sob pena de nulidade. 1. O reconhecimento de pessoas, presencial ou por fotografia, deve observar o procedimento previsto no art. 226 do Código de Processo Penal, cujas formalidades constituem garantia mínima para quem se encontra na condição de suspeito da prática de um crime e para uma verificação dos fatos mais justa e precisa. 2. A inobservância do procedimento descrito na referida norma processual torna inválido o reconhecimento da pessoa suspeita, de modo que tal elemento não poderá fundamentar eventual condenação ou decretação de prisão cautelar, mesmo se refeito e confirmado o reconhecimento em Juízo. Se declarada a irregularidade do ato, eventual condenação já proferida poderá ser mantida, se fundamentada em provas independentes e não contaminadas. 3. A realização do ato de reconhecimento pessoal carece de justificação em elementos que indiquem, ainda que em juízo de verossimilhança, a autoria do fato investigado, de modo a se vedarem medidas investigativas genéricas e arbitrárias, que potencializam erros na verificação dos fatos. Recurso em habeas corpus provido, para absolver o recorrente, ante o reconhecimento da nulidade do reconhecimento pessoal realizado e a ausência de provas independentes de autoria (STF. [RHC 206846](#). Rel. Min. GILMAR MENDES. Dje 25/05/2022.)

Na mesma linha, o STJ estende a inadmissibilidade das provas obtidas através da afronta ao direito da inviolabilidade do lar. Conforme o Artigo 5º, XI da CRFB, a moradia foi alçada a um patamar amplo e inviolável, por isso a norma prevê que “a **casa** é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo (...) durante o dia, por determinação judicial”. Portanto, no caso de busca e apreensão caseira sem

fundadas razões para tanto, mesmo que se descubra ao fim o crime de tráfico de entorpecentes, ele não pode ser utilizado como meio de prova ato a incriminar o acusado, por ser ilegal. Dessa forma:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. INGRESSO FORÇADO EM RESIDÊNCIA. AUSÊNCIA DE FUNDADAS RAZÕES. NULIDADE DAS **PROVAS OBTIDAS BUSCA PESSOAL SEM FUNDADAS RAZÕES**. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. A ausência de justa causa previamente constatada por parte dos agentes responsáveis pela diligência policial a respeito da presença de fundadas razões para a realização de busca pessoal invalida as **provas** obtidas a partir da medida.

2. Neste caso, as circunstâncias que antecederam a medida invasiva não permite que se conclua pela presença de elementos de suporte suficiente para justificar a adoção da medida invasiva. A alegação de que o abordado demonstrou nervosismo durante a ação policial, circunstância que não atende à exigência de constatação de elementos prévios e tangíveis da ocorrência de crime para dar amparo à diligência.

3. Esta Corte tem declarado **ilícitas** as **provas** derivadas da prisão em flagrante ocorridas em contexto fático semelhante ao ocorrido na hipótese apresentada nestes autos, em que a entrada forçada em domicílio não foi precedida de prévia constatação, para além da dúvida razoável, da ocorrência de crime permanente no interior do imóvel.

4. Agravo regimental não provido. (STJ. AgRg no HC 771337 / SP. Rel. Min. REYNALDO SOARES DA FONSECA. DJe 10/10/2022)

Portanto, analisando as duas ementas supracitadas, tanto no caso da inviolabilidade do lar como na inviolabilidade do domicílio, percebe-se que os tribunais superiores são taxativos na inadmissibilidade de provas obtidas com afronta a direitos fundamentais para incriminar o réu. Da mesma forma, tais ilegalidades estendem-se às provas decorrentes destas pela Teoria da Árvore Envenenada.

Assim, no caso de interceptações telefônicas invalidadas por incompetência de foro, qualquer prova derivada dela é da mesma maneira, ilícita, pela *fruit of the poisonous tree*. Dessa forma compreende o STF:

EMENTA Habeas corpus. Constitucional. Processual penal. Crimes tipificados nos art. 288 do Código Penal; art. 1º, inciso I, do Decreto-Lei nº 201/67; art. 89 da Lei 8.666/93 e art. 1º da Lei 9.613/98. Interceptações telefônicas realizadas em primeiro grau de jurisdição. Operação “Boca de Lobo”. Surgimento de indícios do envolvimento do Prefeito da Comarca de Juazeiro/BA, detentor de prerrogativa de foro, nos fatos criminosos em apuração. Competência do Tribunal Regional Federal da 1ª Região para processar e julgar originariamente a causa (CF, art. 29, inciso X). Necessidade de imediata remessa dos autos à Corte Regional. Não ocorrência. Usurpação de sua competência configurada. Prosseguimento das investigações em primeiro grau. Tentativa de arrecadar maiores elementos de informação por via

oblíqua sem a autorização do TRF-1. Violação do princípio do juiz natural (CF, art. 5º, inciso LIII). Invalidez das interceptações telefônicas relacionadas ao paciente na operação “Boca de Lobo” e das provas diretamente delas derivadas. **Teoria dos frutos da árvore envenenada (fruit of the poisonous tree)**. Precedentes. Habeas corpus parcialmente concedido. 1. A competência de um órgão julgador é definida pela Constituição ou pela lei mediante a indicação, em um rol taxativo, das causas que teria a atribuição de processar e julgar. Partindo dessa premissa, em nosso ordenamento, somente se considera o juiz natural ou a autoridade competente aquele órgão judiciário cujo poder de julgar decorra de fontes constitucionais diretas ou indiretas. 2. A prerrogativa de foro não tem como objetivo favorecer aqueles que exercem os cargos listados na Constituição, mas garantir a independência do exercício de suas funções, além de evitar manipulações políticas nos julgamentos e a subversão da hierarquia. 3. Segundo a jurisprudência da Corte, a simples menção ao nome de autoridades detentoras de prerrogativa de foro, seja em depoimentos prestados por testemunhas ou investigados, seja na captação de diálogos travados por alvos de censura telefônica judicialmente autorizada, assim como a existência de informações, até então, fluidas e dispersas a seu respeito, são insuficientes para o deslocamento da competência para o juízo hierarquicamente superior. Para que haja a atração da causa para o foro competente, é imprescindível a constatação da existência de indícios da participação ativa e concreta do titular da prerrogativa em ilícitos penais. 4. Todavia, a hipótese retratada nos autos não se coaduna com o entendimento jurisprudencial suso mencionado por não se tratar de simples menção a detentor de prerrogativa de foro, nem, muito menos, de encontro fortuito de provas. 5. O surgimento de indícios de envolvimento do paciente já no início da persecutio criminis tornou impositiva a remessa do caso para o Tribunal Regional Federal da 1ª Região, o que, por não ter ocorrido oportune tempore, maculou os elementos de prova arrecadados em seu desfavor. 6. Conforme o entendimento do Supremo Tribunal Federal, “surgindo indícios de detentor de prerrogativa de foro estar envolvido em fato criminoso, cumpre à autoridade judicial remeter o inquérito ao órgão judicial competente, sob pena de haver seu arquivamento, ante a ilicitude dos elementos colhidos (v.g. Inq nº 3.305/RS, Primeira Turma, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe de 2/10/14)”. 7. As interceptações telefônicas levadas a cabo revelaram que seu conteúdo passou por análise que, indiscutivelmente, não competia ao juízo de primeiro grau, mas ao TRF-1, o que contaminou de nulidade os elementos de prova angariados em desfavor do paciente na operação em evidência, por violação do princípio do juiz natural (CF, art. 5º, inciso LIII). **8. Ordem concedida parcialmente para invalidar as escutas telefônicas autorizadas pelo Juízo da 1ª Vara Federal da Subseção Judiciária de Juazeiro/BA no que se refere ao ora paciente, assim como as provas delas derivadas que teriam embasado as ações penais contra ele nos Processos nº 0001325-33.2014.4.01.3305, nº 0001323-63.2014.4.01.3305 e nº 0001324-48.2014.4.01.3305, determinado-se, por consequência, o seu desentranhamento daqueles autos.** 9. Determinado ao juízo processante ' a quem os feitos estejam submetidos na origem ' a deliberação se remanesce justa causa para a manutenção das ações penais em questão relativas ao paciente a partir de eventual constatação de outras provas autônomas suficientes ao embasamento das acusações, uma vez que a via estreita do habeas corpus não permite revolver o acervo fático-probatório para melhor sopesar essa questão (v.g. RHC nº 135.683/GO, Segunda Turma, DJe de 3/4/17; RHC nº 117.964/RJ, Primeira Turma, DJe de 10/3/14, ambos de minha relatoria). (STF. [HC 189115](#). Rel. Min. DIAS TOFFOLI. Dje 22/02/2022).

O STJ vai na mesma narrativa. Como afirmado anteriormente, em uma interpretação restritiva, na hipótese em que há a busca e apreensão em domicílio sem as devidas razões, o meio de prova é nulo de pleno direito.

De fato, segundo a Tese 280 do STF, é ilícita a invasão das autoridades policiais em domicílio desprovidos de mandado judicial. Contudo, tal atitude “só é lícita (...) quando amparada em fundadas razões, devidamente justificadas, que indiquem que dentro da casa ocorre situação de flagrante delito, sob pena de (...) nulidade dos atos praticados.”

Dessa forma, pela teoria da árvore envenenada, mesmo que se descubra tráfico de drogas ou qualquer outro crime permanente sendo cometido em flagrante no interior da residência, este não pode ser utilizado para incriminar o acusado, uma vez que, como decorrência da busca e apreensão ilícita, esta prova também é nula.

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. FLAGRANTE. DOMICÍLIO COMO EXPRESSÃO DO DIREITO À INTIMIDADE. ASILO INVIOLÁVEL. EXCEÇÕES CONSTITUCIONAIS. INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA. AUSÊNCIA DE FUNDADAS RAZÕES. AUSÊNCIA DE CONSENTIMENTO VÁLIDO DO MORADOR. NULIDADE DAS PROVAS OBTIDAS. TEORIA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA. PROVA NULA. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. O art. 5º, XI, da Constituição Federal consagrou o direito fundamental à inviolabilidade do domicílio, ao dispor que 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.

2. O Supremo Tribunal Federal definiu, em repercussão geral (Tema 280), que o ingresso forçado em domicílio sem mandado judicial apenas se revela legítimo - a qualquer hora do dia, inclusive durante o período noturno - quando amparado em fundadas razões, devidamente justificadas pelas circunstâncias do caso concreto, que indiquem estar ocorrendo, no interior da casa, situação de flagrante delito.

3. Por ocasião do julgamento do HC n. 598.051/SP (Rel. Ministro Rogerio Schietti), a Sexta Turma desta Corte Superior de Justiça, à unanimidade, propôs nova e criteriosa abordagem sobre o controle do alegado consentimento do morador para o ingresso em seu domicílio por agentes estatais. Na ocasião, foram apresentadas as seguintes conclusões: "a) Na hipótese de suspeita de crime em flagrante, exige-se, em termos de standard probatório para ingresso no domicílio do suspeito sem mandado judicial, a existência de fundadas razões (justa causa), aferidas de modo objetivo e devidamente justificadas, de maneira a indicar que dentro da casa ocorre situação de flagrante delito; b) O tráfico ilícito de entorpecentes, em que pese ser classificado como crime de natureza permanente, nem sempre autoriza a entrada sem mandado no domicílio onde supostamente se encontra a droga. Apenas será permitido o ingresso em situações de urgência, quando se concluir que do atraso decorrente da obtenção de mandado judicial se possa objetivamente e concretamente inferir que a prova do crime (ou a própria droga) será destruída ou ocultada; c) O consentimento do morador, para validar o ingresso de agentes estatais em sua casa e a busca e apreensão de objetos relacionados ao crime, precisa ser voluntário e livre de qualquer tipo de constrangimento ou coação; d) A prova da legalidade e da voluntariedade do consentimento para o ingresso na residência do suspeito incumbe,

em caso de dúvida, ao Estado, e deve ser feita com declaração assinada pela pessoa que autorizou o ingresso domiciliar, indicando-se, sempre que possível, testemunhas do ato.

Em todo caso, a operação deve ser registrada em áudio-vídeo e preservada tal prova enquanto durar o processo; e) A violação a essas regras e condições legais e constitucionais para o ingresso no domicílio alheio resulta na ilicitude das **provas** obtidas em decorrência da medida, bem como das demais **provas** que dela decorrerem em relação de causalidade, sem prejuízo de eventual responsabilização penal do(s) agente(s) público(s) que tenha(m) realizado a diligência".

4. Sobre a gravação audiovisual, o plenário do Supremo Tribunal Federal, em recente julgamento dos Embargos de Declaração na Medida Cautelar da ADPF n. 635 ("ADPF das Favelas"), reconheceu a imprescindibilidade de tal forma de monitoração da atividade policial e determinou, entre outros, que "o Estado do Rio de Janeiro, no prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias, instale equipamentos de GPS e sistemas de gravação de áudio e vídeo nas viaturas policiais e nas fardas dos agentes de segurança, com o posterior armazenamento digital dos respectivos arquivos".

5. Segundo a jurisprudência desta Corte, a mera apreensão de drogas com o réu fora da residência (no caso, em um bar) não configura justa causa para o ingresso em domicílio.

6. As regras de experiência e o senso comum, somados às peculiaridades do caso concreto, não conferem verossimilhança à afirmação dos policiais de que o acusado, depois de ser encontrado com apenas cinco pinos de cocaína em um bar, haveria autorizado, livre e voluntariamente, o ingresso em seu domicílio, franqueando àqueles a apreensão de objetos ilícitos e, conseqüentemente, a formação de prova incriminatória em seu desfavor. Ademais, não se demonstrou preocupação em documentar esse suposto consentimento, quer por escrito, quer por testemunhas, quer, ainda e especialmente, por registro de áudio-vídeo.

7. Como decorrência da proibição das **provas ilícitas** por derivação (art. 5º, LVI, da Constituição da República), é nula a prova derivada de conduta ilícita, pois evidente o nexó causal entre uma e outra conduta, ou seja, entre a invasão de domicílio (permeada de ilicitude) e a apreensão das referidas substâncias.

8. Agravo regimental não provido. (STJ. AgRg no HC 758948 / RS. Rel. Min. ROGERIO SCHIETTI CRUZ. DJe 17/10/2022)

Em outro caso, o STF entendeu que fotos comprobatórias da veracidade do tipo penal do furto não poderiam ser utilizadas, visto que tais documentos fotográficos foram furtados do domicílio profissional do acusado e entregues ao Ministério Público. Logo, como foram frutos de um ato ilícito, as fotografias não puderam ser utilizadas para incriminar o réu, por tratarem-se de prova ilícita.

PROVA ILÍCITA. MATERIAL FOTOGRÁFICO QUE COMPROVARIA A PRÁTICA DELITUOSA (LEI Nº 8.069/90, ART. 241). FOTOS QUE FORAM FURTADAS DO CONSULTÓRIO PROFISSIONAL DO RÉU E QUE, ENTREGUES À POLÍCIA PELO AUTOR DO FURTO, FORAM UTILIZADAS CONTRA O ACUSADO, PARA INCRIMINÁ-LO. INADMISSIBILIDADE (CF, ART. 5º, LVI). - A cláusula constitucional do due process of law encontra, no dogma da inadmissibilidade processual das provas ilícitas, uma de suas mais expressivas projeções concretizadoras, pois o réu tem o direito de não ser denunciado, de não ser processado e de não ser condenado com apoio em elementos probatórios obtidos ou produzidos de forma incompatível com os limites ético-jurídicos que restringem a atuação do Estado em sede de persecução penal. - A prova ilícita - por qualificar-se

como elemento inidôneo de informação - é repelida pelo ordenamento constitucional, apresentando-se destituída de qualquer grau de eficácia jurídica.- Qualifica-se como prova ilícita o material fotográfico, que, embora alegadamente comprobatório de prática delituosa, foi furtado do interior de um cofre existente em consultório odontológico pertencente ao réu, vindo a ser utilizado pelo Ministério Público, contra o acusado, em sede de persecução penal, depois que o próprio autor do furto entregou à Polícia as fotos incriminadoras que havia subtraído. No contexto do regime constitucional brasileiro, no qual prevalece a inadmissibilidade processual das provas ilícitas, impõe-se repelir por juridicamente ineficazes quaisquer elementos de informação, sempre que a obtenção e/ou a produção dos dados probatórios resultarem de transgressão, pelo Poder Público, do ordenamento positivo, notadamente naquelas situações em que a ofensa atingir garantias e prerrogativas asseguradas pela Carta Política (RTJ 163/682 - RTJ 163/709), mesmo que se cuide de hipótese configuradora de ilicitude por derivação (RTJ 155/508), ou, ainda que não se revele imputável aos agentes estatais o gesto de desrespeito ao sistema normativo, vier ele a ser concretizado por ato de mero particular. Doutrina. (STF - RE: 251445 GO, Relator: Min. CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 21/06/2000, Data de Publicação: DJ 03/08/2000 PP-00068)

Contudo, a nulidade das provas é analisada de acordo com o cenário fático do caso concreto. Para Eugênio Pacelli, “o exame normalmente realizado em tais situações destina-se a permitir a aplicação, no caso concreto, da proteção mais adequada possível a um dos direitos em risco, e da maneira menos gravosa ao(s) outro(s).”⁶⁹ Por este motivo, os tribunais superiores utilizam o princípio da proporcionalidade para observar se a prova em si é ilícita e se as provas derivadas dela também são.

Por este motivo, há uma série de limitações à prova ilícita por derivação em sede jurisprudencial, como a teoria da fonte independente, da descoberta inevitável e da mancha purgada. Relembrando os conceitos formulados no capítulo anterior, nas palavras de Aury Lopes Jr, a Fonte independente ocorre quando “A fonte de uma prova independente é geneticamente desvinculada da ilícita, sendo, portanto, válida”. Não se estabelece um nexo de causa e efeito. ”, já a descoberta inevitável é “ quando se demonstra que a prova poderia ser obtida por qualquer outra forma; seria descoberta de outra maneira, inevitavelmente.”.⁷⁰

Sobre a fonte independente, os tribunais já se manifestaram diversas vezes, como explica o Ministro Marco Aurélio:

PROVA ILÍCITA – CONTAMINAÇÃO – AUSÊNCIA. Uma vez obtida a prova de forma independente e desvinculada de ilicitude anteriormente reconhecida, não se

⁶⁹ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. *Curso de Processo Penal*. 18. ed. São Paulo: Lumen Juris, 2013, p. 374.

⁷⁰ LOPES JR. Aury. *Direito Processual Penal*. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2019. Versão Ebook.

tem ilegalidade, sendo adequada a utilização dos elementos de convicção. (STF. HC 149692. Rel. Min. MARCO AURÉLIO. Dje 13/04/2021)

Nesse crivo, Rogério Schietti, em recente decisão abordando a seara do reconhecimento fotográfico, revela que, no caso concreto, mesmo que o reconhecimento fotográfico seja ilegal, no caso da sentença se basear no lastro probatório total dos autos e não somente na prova nula, pela teoria da fonte independente, não há o que se falar em nulidade da condenação do réu.

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. ROUBO MAJORADO. RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO. ABSOLVIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. AUTORIA LASTREADA EM OUTROS ELEMENTOS PROBATÓRIOS. REGIME INICIAL FECHADO. GRAVIDADE CONCRETA. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. A Sexta Turma desta Corte Superior de Justiça, por ocasião do julgamento do HC n. 598.886/SC (Rel. Ministro Rogério Schietti), realizado em 27/10/2020, conferiu nova interpretação ao art. 226 do CPP, a fim de superar o entendimento, até então vigente, de que referido o artigo constituiria "mera recomendação" e, como tal, não ensejaria nulidade da prova eventual descumprimento dos requisitos formais ali previstos.

2. Em julgamento concluído no dia 23/2/2022, a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal deu provimento ao RHC n. 206.846/SP (Rel. Ministro Gilmar Mendes), para absolver um indivíduo preso em São Paulo depois de ser reconhecido por fotografia, tendo em vista a nulidade do reconhecimento fotográfico e a ausência de provas para a condenação. Reportando-se ao decidido no julgamento do referido HC n. 598.886/SC, no STJ, foram fixadas pelo STF três teses: 2.1) O reconhecimento de pessoas, presencial ou por fotografia, deve observar o procedimento previsto no art. 226 do Código de Processo Penal, cujas formalidades constituem garantia mínima para quem se encontra na condição de suspeito da prática de um crime e para uma verificação dos fatos mais justa e precisa; 2.2) A inobservância do procedimento descrito na referida norma processual torna inválido o reconhecimento da pessoa suspeita, de modo que tal elemento não poderá fundamentar eventual condenação ou decretação de prisão cautelar, mesmo se refeito e confirmado o reconhecimento em Juízo. Se declarada a irregularidade do ato, eventual condenação já proferida poderá ser mantida, se fundamentada em provas independentes e não contaminadas; 2.3) A realização do ato de reconhecimento pessoal carece de justificação em elementos que indiquem, ainda que em juízo de verossimilhança, a autoria do fato investigado, de modo a se vedarem medidas investigativas genéricas e arbitrárias, que potencializam erros na verificação dos fatos.

3. Posteriormente, em sessão ocorrida no dia 15/3/2022, a Sexta Turma desta Corte, por ocasião do julgamento do HC n. 712.781/RJ (Rel. Ministro Rogério Schietti), avançou em relação à compreensão anteriormente externada no HC n. 598.886/SC e decidiu, à unanimidade, que, mesmo se realizado em conformidade com o modelo legal (art. 226 do CPP), o reconhecimento pessoal, embora seja válido, não tem força probante absoluta, de sorte que não pode induzir, por si só, à certeza da autoria delitiva, em razão de sua fragilidade epistêmica; se, porém, realizado em desacordo com o rito previsto no art. 226 do CPP, o ato é inválido e não pode ser usado nem mesmo de forma suplementar.

4. No caso, a condenação do agravante não foi baseada apenas no reconhecimento realizado pelas vítimas, mas, também, nas demais provas coligidas aos autos, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa. Essas demais provas que compuseram o acervo fático-probatório amealhado aos autos foram produzidas por fonte independente da que culminou com o elemento informativo obtido por meio do reconhecimento fotográfico realizado na fase inquisitiva, de maneira que, ainda que o reconhecimento haja sido feito em desacordo com o modelo legal e, assim, não possa ser sopesado, nem mesmo de forma suplementar, para fundamentar a condenação do réu, certo é que houve outras provas, independentes e suficientes o bastante, produzidas sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, para lastrear o decreto condenatório.

5. O fato de o delito haver sido praticado em concurso de agentes e com emprego de arma de fogo evidencia a sua gravidade concreta e, por conseguinte, justifica a imposição de regime prisional mais gravoso do que o permitido em razão da reprimenda aplicada.

6. Agravo regimental não provido. (STJ. AgRg no HC 743370 / SP. Rel. Min. ROGERIO SCHIETTI CRUZ. DJe 24/11/2022)

Frisa-se aqui algumas críticas tecidas por Aury Lopes Jr acerca dos parágrafos do Art. 157 do CPP. Segundo o autor, a utilização legal desse artigo pelo judiciário promove a mitigação excessiva da teoria dos frutos da árvore envenenada, ou melhor “sua quase erradicação”⁷¹. Dessa forma, a subjetividade e discricionariedade a partir da boa retórica judicial traduz o que o autor intitula de “ ilicitude à la carte”. Com isso, o devido processo legal torna-se fragilizado pelo tratamento desigual aplicado aos réus. Dessa forma, expõe que:

Uma vez mais se evidencia o erro de limitar excessivamente o nexo causal para atenuar ou mesmo evitar o “efeito dominó”, ou seja, é a limitação do efeito expansivo contaminante das demais provas em relação àquela obtida ilicitamente. Trata-se de exigir, cada vez com mais rigor, o chamado “nexo funcional de dependência” entre a prova ilícita 409 e as apontadas como derivadas (que os italianos chamam de inutilizzabilità derivata). O grande problema deste tema é que a ausência de “regras claras de exclusão” (exclusionary rules) faz com que a discussão sobre se é ou não uma conexão causal juridicamente relevante acabe virando um sistema de exclusão à la carte. É mais uma inadequada ampliação dos espaços impróprios da discricionariedade judicial a contribuir para a expansão do decisionismo tão criticado por LENIO STRECK.

Outra limitação a derivação é a descoberta inevitável. Como já explicado, a ilegalidade de uma prova não é o bastante para invalidar a condenação do réu quando se demonstra no caso fático que se chegaria inevitavelmente à mesma conclusão de acordo com todo o lastro probatório. Com isso, o STJ já chancelou tal teoria:

⁷¹ LOPES JR. Aury. *Direito Processual Penal*. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2019. Versão Ebook.

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO EM FLAGRANTE. CASO CONCRETO. TESE DE NULIDADE NÃO COMPROVADA. INEVITABILIDADE DA INCURSÃO POLICIAL DEVIDAMENTE DEMONSTRADA. DEVISSA DO APARELHO CELULAR. NULIDADE. INOCORRÊNCIA. ACESSO AUTORIZADO E IRRELEVÂNCIA, DADA EXISTÊNCIA DE OUTROS FUNDAMENTOS INDEPENDENTES PARA O INGRESSO POLICIAL. AMPLO REVOLVIMENTO FÁTICO PROBATÓRIO INVIÁVEL. DIREITO AO SILÊNCIO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. NO MAIS, NÃO ENFRENTAMENTO DOS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA. SÚMULA 182/STJ. AGRAVO DESPROVIDO.

I - Nos termos da jurisprudência consolidada nesta eg. Corte Superior, cumpre ao agravante impugnar especificamente os fundamentos estabelecidos na decisão agravada.

II - In casu, a eg. Corte de origem consignou a viabilidade da prova inicial, com amparo nas características concretas do caso, do que não se extraiu qualquer flagrante ilegalidade, seja da busca domiciliar que culminou na prisão em flagrante do agravante, seja no acesso ao seu aparelho celular. Ademais, ainda que assim não fosse, a Corte de origem demonstrou de forma idônea que a incursão no domicílio seria inevitável, uma vez que, após a real identificação do acusado, ora agravante, foi constatada a existência de mandado de prisão, bem como em face de diversas pessoas que estavam na companhia do acusado no interior do domicílio, o que imporia aos milicianos o dever legal de proceder à prisão dos mesmos, o que atrai a aplicação da teoria da descoberta inevitável no presente caso. Precedentes.

III - Afastada qualquer flagrante ilegalidade, devidamente esclarecida a impossibilidade de se percorrer todo o acervo fático-probatório nesta via estreita do writ, como forma de desconstituir as conclusões das instâncias ordinárias, soberanas na análise dos fatos e provas, providência inviável de ser realizada dentro dos estreitos limites do habeas corpus, que não admite dilação probatória e o aprofundado exame do acervo da ação penal.

IV - No que concerne à alegada violação ao direito ao silêncio do agravante, verificou-se que eg. Corte de origem não se pronunciou sobre o tema ao dar provimento ao apelo ministerial, tampouco foram aviados embargos de declaração pela defesa, ficando este eg. Tribunal Superior impedido de se debruçar sobre a matéria, sob pena de ter incorrer em indevida supressão de instância. Verbis: "Como não há decisão de órgão colegiado, é inviável a apreciação do tema por esta Corte, sob pena de indevida supressão de instância e alargamento inconstitucional da hipótese de competência do Superior Tribunal de Justiça para julgamento de habeas corpus, constante no art. 105, I, "c", da Constituição da República, que exige decisão de Tribunal" (HC n. 339.352/SC, Quinta Turma, Rel. Min. Ribeiro Dantas, DJe de 28/8/2017).

V - No mais, a d. Defesa se limitou a reprisar os argumentos lançados no habeas corpus, o que atrai a Súmula n. 182 desta eg. Corte Superior de Justiça, segundo a qual é inviável o agravo regimental que não impugna especificamente os fundamentos da decisão agravada.

Agravo regimental desprovido. (STJ. AgRg no HC 737486 / GO. Rel. JESUÍNO RISSATO. DJe 27/06/2022.)

Da mesma forma, Renato Brasileiro dispõe acerca da descoberta inevitável e os tribunais superiores em duas hipóteses, no HC 52.995/AL, referindo-se à adoção da teoria da descoberta inevitável pelo art. 157, § 2º, do CPP e pelo STF, no HC 91.867/PA:

Em que pese a controvérsia doutrinária, certo é que referida teoria já vem sendo adotada no âmbito do Superior Tribunal de Justiça. Em pioneiro julgado acerca do assunto, em que se discutia a ilicitude de extrato bancário obtido por herdeiro da vítima, sem autorização judicial, a 6ª Turma do STJ fez uso da teoria da descoberta inevitável. Na dicção do Relator Min. Og Fernandes, o § 2º do art. 157 do CPP serve para mitigar a teoria da contaminação da prova, restringindo-a para os casos em que a prova ilícita for absolutamente determinante para a descoberta da prova derivada que sem aquela não existiria, o que não teria acontecido no caso apreciado pelo STJ. Isso porque, no caso concreto, o sobrinho da vítima, na condição de herdeiro, teria, inarredavelmente, após a habilitação no inventário, o conhecimento das movimentações financeiras e, certamente, saberia do desfalque que a vítima havia sofrido; ou seja, a descoberta seria inevitável, não havendo, portanto, razoabilidade alguma em anular todo o processo e demais provas colhidas, não só durante a instrução criminal, mas também aquelas colhidas na fase pré-processual investigativa.

Assim como Aury promove críticas a fonte independente, ele faz o mesmo em relação à descoberta inevitável, afirmando que sua aplicação é baseada em hipóteses e suposições. Conforme o autor:

A mesma crítica deve ser feita à “descoberta inevitável”, acrescentando-se que “a debilidade dessa teoria reside em que a descoberta inevitável pode não estar baseada em fatos que possam ser provados claramente, mas sim em hipóteses e suposições” 410 . Enfim, uma porta aberta para o decisionismo e o tratamento desigual. Não se pode mais aceitar que uma prova seja ilícita quando o tribunal quiser, para quem ele quiser e com o alcance que ele quiser dar

Deve-se frisar, ainda, a teoria da mancha purgada, decorrente do Art. 157 §1, no excerto “salvo quando não evidenciado o nexos de causalidade entre umas e outras”. Nesse ponto, Renato Brasileiro afirma que há um nexos causal atenuado entre a prova principal e a prova derivada “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.”⁷² No mesmo diapasão, posiciona-se o STF através do Ministro Edson Fachin:

Ementa: Decisão incidência delimitada pela exigência de que seja direto e imediato o nexos causal entre a obtenção ilícita de uma prova primária e a aquisição da prova secundária. **5. De acordo com a teoria do nexos causal atenuado ou da mancha purgada, i) o lapso temporal decorrido entre a prova primária e a secundária; ii) as circunstâncias intervenientes na cadeia probatória; iii) a menor relevância da ilegalidade; ou iv) a vontade do agente em colaborar com a persecução criminal, entre outros elementos, atenuam a ilicitude originária, expurgando qualquer vício que possa recair sobre a prova secundária e afastando a inadmissibilidade de referida prova.** 6. Na presente hipótese, as provas encaminhadas ao MP brasileiro são legítimas, segundo o parâmetro de

⁷² DE LIMA, Renato Brasileiro. *Curso de Processo Penal*. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2013, p. 695.

legalidade suíço, e o meio de sua obtenção não ofende a ordem pública, a soberania nacional e os bons costumes brasileiros, até porque decorreu de circunstância autônoma interveniente na cadeia causal, a qual afastaria a mancha da ilegalidade existente no indício primário. Não há, portanto, razões para a declaração de sua inadmissibilidade no presente processo. 7. A fase investigativa de crimes imputados a autoridades com prerrogativa de foro (STF. HC 161866. Rel. Min. EDSON FACHIN. Dje 04/10/2018.

O STJ, na mesma linha, entende a adoção da teoria da mancha purgada no ordenamento jurídico brasileiro. Assim posiciona-se a Ministra Nancy Andrigh:

EMENTA: AÇÃO PENAL ORIGINÁRIA. COOPERAÇÃO JURÍDICA INTERNACIONAL. PROVA PRODUZIDA NO EXTERIOR. PARÂMETRO DE VALIDADE. ADMISSIBILIDADE NO PROCESSO. ORDEM PÚBLICA, SOBERANIA NACIONAL E BONS COSTUMES. VIOLAÇÃO. INOCORRÊNCIA. PROVAS ILÍCITAS DERIVADAS. FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA. EXCEÇÕES. TEORIA DA **MANCHA PURGADA**. NEXO DE CAUSALIDADE. ATENUAÇÃO. PRERROGATIVA DE FORO. CONEXÃO E CONTINÊNCIA. COMPETÊNCIA. DESMEMBRAMENTO. FORO PREVALENTE. ART. 78 DO CPP. PREJUÍZO CONCRETO. DEFESA. AUSÊNCIA. CORRUPÇÃO PASSIVA QUALIFICADA. APTIDÃO DA DENÚNCIA. LAVAGEM DE DINHEIRO. CONSUNÇÃO. MATÉRIA DE PROVA. ATIPICIDADE. INOCORRÊNCIA. RECEBIMENTO.

1. O propósito da presente fase procedimental é verificar a aptidão da denúncia e a possibilidade de absolvição sumária do acusado, a quem é imputada a suposta prática dos crimes de corrupção passiva circunstanciada (art. 317, § 1º, do CP), por 17 (dezessete vezes), e de lavagem de dinheiro (art. 1º da Lei 9.613/98).

2. As provas obtidas por meio de cooperação internacional em matéria penal devem ter como parâmetro de validade a lei do Estado no qual foram produzidas, conforme a previsão do art. 13 da LINDB. 3. A prova produzida no estrangeiro de acordo com a legislação de referido país pode, contudo, não ser admitida no processo em curso no território nacional se o meio de sua obtenção violar a ordem pública, a soberania nacional e os bons costumes brasileiros, em interpretação analógica da previsão do art. 17 da LINDB.

4. A teoria dos frutos da árvore envenenada tem sua incidência delimitada pela exigência de que seja direto e imediato o nexo causal entre a obtenção ilícita de uma prova primária e a aquisição da prova secundária. 5. De acordo com a teoria do nexo causal atenuado ou da **mancha purgada**, i) o lapso temporal decorrido entre a prova primária e a secundária; ii) as circunstâncias intervenientes na cadeia probatória; iii) a menor relevância da ilegalidade; ou iv) a vontade do agente em colaborar com a persecução criminal, entre outros elementos, atenuam a ilicitude originária, expurgando qualquer vício que possa recair sobre a prova secundária e afastando a inadmissibilidade de referida prova.

6. Na presente hipótese, as provas encaminhadas ao MP brasileiro são legítimas, segundo o parâmetro de legalidade suíço, e o meio de sua obtenção não ofende a ordem pública, a soberania nacional e os bons costumes brasileiros, até porque decorreu de circunstância autônoma interveniente na cadeia causal, a qual afastaria a **mancha** da ilegalidade existente no indício primário. Não há, portanto, razões para a declaração de sua inadmissibilidade no presente processo.

7. A fase investigativa de crimes imputados a autoridades com prerrogativa de foro no STJ, ocorre sob a supervisão desta Corte, a qual deve ser desempenhada durante toda a tramitação das investigações desde a abertura dos procedimentos investigatórios até o eventual oferecimento, ou não, de denúncia.

8. Havendo indícios do envolvimento de pessoa com prerrogativa de foro, os autos devem ser encaminhados imediatamente ao foro prevalente, definido segundo o art.

78, III, do CPP, o qual é o único competente para resolver sobre a existência de conexão ou continência e acerca da conveniência do desmembramento do processo.

9. In casu, embora o juízo de primeiro grau de jurisdição tenha usurpado a competência do STJ ao desmembrar o inquérito, não há prejuízo concreto à defesa do réu, razão pela qual esse vício não é capaz de impedir o recebimento da denúncia.

10. Ocorre a inépcia da denúncia ou queixa quando sua deficiência resultar em prejuízo ao exercício da ampla defesa do acusado, ante a falta de descrição do fato criminoso, da imputação de fatos determinados ou da circunstância de da exposição não resultar logicamente a conclusão.

11. Na hipótese, a denúncia narra que o acusado, funcionário público, teria, em mais de uma oportunidade, recebido vantagens indevidas em razão dos cargos que já ocupou e atualmente ocupa e que teria deixado de praticar atos de ofício e praticado outros com violação de dever funcional, evidenciando de modo suficiente a presença de elementos que permitem o exercício da ampla defesa pelo acusado.

12. Embora a tipificação da lavagem de dinheiro dependa da existência de um crime antecedente, é possível a autolavagem - isto é, a imputação simultânea, ao mesmo réu, do delito antecedente e do crime de lavagem -, desde que sejam demonstrados atos diversos e autônomos daquele que compõe a realização do primeiro crime, circunstância na qual não ocorrerá o fenômeno da consunção.

13. A verificação da efetiva prática de condutas tendentes a acobertar a origem ilícita de dinheiro, com o propósito de emprestar-lhe a aparência da licitude, é matéria que depende de provas e deve ser objeto da instrução no curso da ação penal.

14. Preliminares rejeitadas. Denúncia recebida. (STJ. APn 856 / DF. Rel. Min. NANCY ANDRIGHI. DJe 06/02/2018)

Por fim, ressalta-se que a teoria da exceção da boa-fé, apesar de presente na jurisprudência norte-americana, não possui equivalência na jurisprudência brasileira. Renato Brasileiro considera que isso ocorre em virtude da interpretação sistemática da legalidade brasileira, “afinal, no ordenamento pátrio, a vedação à admissibilidade das provas ilícitas também visa à proteção dos direitos e garantias fundamentais. Por isso, é irrelevante verificar se o agente que a produziu agia de boa ou má-fé.”⁷³

Nesse contexto, seguindo a ideia de Aury Lopes Jr, na prática, seria muito complexo verificar a moral e a ética na conduta do agente que veio a produzir a conduta ilícita. E, por esse motivo, adotar essa teoria em nosso ordenamento jurídico seria abrir portas para a discricionariedade dos agentes e para a insegurança jurídica dentro do processo penal.

O sistema jurídico brasileiro, após a CRFB/88 se tornou extremamente garantista e protetor dos direitos e garantias fundamentais. Nessa linha, adotar a referida teoria iria de

⁷³ DE LIMA, Renato Brasileiro. *Curso de Processo Penal*. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2013, p. 697.

encontro aos princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, dando espaço para arbitrariedades em desfavor do réu.

Contudo, em todas as teorias da derivação das provas ilícitas, o juiz possui contato com as provas ilícitas e mesmo assim continuou julgando o caso. Indaga-se se em todas as decisões acima, o juiz, em todo seu subjetivismo principiológico e falibilidade humana não tornou-se suspeito pelas informações colhidas de forma ilegal. Em outras palavras, mesmo sem poder julgar com base na prova ilícita, o juiz já foi contaminado por aquele conteúdo, o que pode alterar seu pensamento e consequente decisão final.

Por este motivo, o pacote anti-crime, Lei n. 13.964, de 2019, incluiu o §5 no Art. 157 do CPP, aduzindo que “O juiz que conhecer do conteúdo da prova declarada inadmissível não poderá proferir a sentença ou acórdão.” No entanto, o presente artigo apresenta uma série de Ações Diretas de Inconstitucionalidade propostas, como a ADI 6.299, ADI 6.300 e ADI 6.305.

Tal discussão é antiga, ao menos desde 2008, visto que a Lei n. 11.690/08, acrescentou ao § 4º do Art. 157 do CPP dispositivo com semelhante redação: “O juiz que conhecer do conteúdo da prova declarada inadmissível não poderá proferir a sentença ou acórdão”. Contudo, este foi vetado à época pelo presidente da república, com as seguintes razões, segundo Ubirajara Almeida:

O objetivo primordial da reforma processual penal consubstanciada, dentre outros, no presente projeto de lei, é imprimir celeridade e simplicidade ao desfecho do processo e assegurar a prestação jurisdicional em condições adequadas. O referido dispositivo vai de encontro a tal movimento, uma vez que pode causar transtornos razoáveis ao andamento processual, ao obrigar que o juiz que fez toda a instrução processual deva ser, eventualmente substituído por um outro que nem sequer conhece o caso. Ademais, quando o processo não mais se encontra em primeira instância, a sua redistribuição não atende necessariamente ao que propõe o dispositivo, eis que mesmo que o magistrado conhecedor da prova inadmissível seja afastado da relatoria da matéria, poderá ter que proferir seu voto em razão da obrigatoriedade da decisão coligada⁷⁴

⁷⁴ ALMEIDA, Ubirajara Assis. O veto do § 4º do artigo 157 do Código de Processo Penal e a descontaminação do julgado. *DireitoNet*, 2010.

Contudo, em 202, a mesma discussão retornou ao âmbito jurídico e político brasileiro, visto que o STF, a partir da ADI 6.300, publicada no DJe em 31 de Janeiro de 2020 suspendeu a eficácia e a implantação do juiz das garantias e seus consectários, o que incluiu o §4 do Art. 157. Logo, uma mudança tão pertinente para o ordenamento jurídico pátrio, que levaria o Código de processo penal a uma interpretação conforme a constituição, permanece congelado. Por este motivo, Aury Lopes Jr tece duras críticas:

não há mais o menor fundamento para – erroneamente – manter um juiz contaminado no processo, proferindo sentença a partir da convicção formada com base na prova ilícita. É óbvio que o juiz que conheceu a prova ilícita não pode julgar, pois está contaminado. Não basta desentranhar a prova; deve-se “desentranhar” o juiz! A desconsideração de que se opera uma grave contaminação psicológica (consciente ou inconsciente) do julgador faz com que a discussão seja ainda mais reducionista. Esse conjunto de fatores psicológicos que afetam o ato de julgar deveria merecer atenção muito maior por parte dos juristas, especialmente dos tribunais, cuja postura até agora tem se pautado por uma visão positivista, cartesiana até, na medida em que separa emoção e razão, o que se revela absolutamente equivocada no atual nível de evolução do processo.⁷⁵

CONCLUSÃO

O primeiro capítulo visou elucidar o sistema de valoração da prova, partindo desde a lógica inquisitiva, proveniente da idade média, até a razão acusatória da CRFB/88, que emana dos princípios constitucionais aos demais ramos do direito. Para isso, o primeiro subtópico analisado foi acerca da evolução dos sistemas processuais, debruçando as características do sistema inquisitivo, como a prova tarifada, a concentração de poderes na mão do magistrado, e o réu como um objeto da ação penal. Ato contínuo, comparou-se o antigo modelo com o modelo acusatório, recepcionado pela constituição brasileira, no qual o réu passou a ser um sujeito de direitos e a prova começou a ser valorada pelo livre convencimento motivado. Assim, as duas características citadas deram azo aos demais subtítulos do primeiro capítulo. A segunda parte desse tópico demonstrou como a constituição, a partir de sua eficácia irradiante e a doutrina da máxima efetividade, emanou sua carga principiológica para o processo penal. Logo, foi imposto a neutralidade do juiz, a publicidade e fundamentação das decisões e mais importante, a vedação das provas ilícitas. Por fim, o livre convencimento

⁷⁵ LOPES JR. Aury. *Direito Processual Penal*. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2019. Versão Ebook.

motivado foi o foco do terceiro subtópico, que expôs as diferentes formas de valoração da prova, além do processo probatório na totalidade.

O segundo capítulo, na lógica dedutiva, adentrou na dinâmica da teoria geral das provas, com foco principal nas provas ilícitas. Dessa forma, foi possível demonstrar, inicialmente, as diferentes acepções de prova. Ato contínuo, acerca das provas ilícitas, apresentou-se seu conceito, sua distinção para as ilegítimas e as ilegais. Discutiu-se, no final dessa primeira parte, que as provas ilícitas não são absolutamente vedadas, visto que tanto a jurisprudência quanto os tribunais, de forma majoritária, entendem que, pelo princípio da proporcionalidade, adequação e necessidade, tais provas ilegais podem ser utilizados pelo réu para provar sua inocência. Em um segundo momento neste capítulo, abordou-se acerca das provas ilícitas por derivação, com a teoria da árvore envenenada, e sua limitação, a partir das diferentes teorias. Para tanto, destrinchar-se a Teoria das provas independentes, a Teoria da mancha purgada, a Teoria da Descoberta inevitável ou exceção da fonte hipotética independente e a Teoria da Boa-fé, exceção da boa-fé, good Faith exception ou limitação da boa-fé.

Por fim, no terceiro capítulo, com base na metodologia de estudo de caso proposta por Robert K. Yin, realizou-se um estudo de caso para entender o comportamento dos tribunais superiores acerca do tema. Nesse ponto, ilustrou-se o posicionamento do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça acerca dos pontos levantados no decorrer da presente monografia, assim como da aplicação ou não das teorias dissertadas no capítulo dois. Como conclusão, observou-se que, com exceção da teoria da boa-fé, todas as demais estão inclusas no ordenamento jurídico brasileiro, como decorrência do Art. 157 do Código de Processo Penal.

BIBLIOGRAFIA

KAFKA, Franz. *O processo*. São Paulo: Companhia das Letras, 2005.

HOBBSBAWM, E. J. *A era das revoluções*. 9.ed. São Paulo: Paz e Terra, 1996.

MORAES, Alexandre. *Direitos humanos fundamentais: Teoria Geral*. 4ªed. São Paulo: Atlas, 2002.

FACHIN, Edson; RUZYK, Carlos. Direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana e o novo código civil: uma análise crítica MORAES, Maria Celina Bodin. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo Wolfgang (organizador). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

GRECO, Leonardo. Garantias Fundamentais do Processo: O Processo Justo. *Mundo Jurídico*, 2002. Disponível em https://processoemdebate.files.wordpress.com/2010/09/processo-justo_leonardo-greco.pdf. Acesso em 25/11/2022.

BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal: volume único*. Salvador: Ed. JusPodivm, 2020.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *As reformas no processo penal: as novas leis de 2008 e os projetos de reforma*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MENDES, Paulo de Sousa. *Lições de Direito Processual Penal*. Coimbra: Almedina, 2014.

MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2013.

- NUCCI, Guilherme. *Código de processo penal comentado*. Rio de Janeiro: Forense, 2020.
- CARVALHO, Luis G. G. Castanho de. *Comentários à Constituição Federal Brasileira*, 2^a ed. São Paulo: Saraiva, 1993.
- BONFIM, Edilson Mougnot. *Curso de processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2012.
- OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.
- DEZEM, Guilherme Madeira. *Da Prova Penal*. São Paulo: Millenium, 2008.
- FREITAS, Marcio Luiz Coelho de. A prova ilícita por derivação e suas exceções. In *II Jornada de Direito Processual Penal*, org Tribunal Regional Federal da 1 a Região, Escola de Magistratura Federal da 1 a Região. Brasília: ESMAF, 2010.
- LASSALLE, Ferdinand. A Essência da Constituição. Prefácio de Aurélio Wander Bastos. Rio de Janeiro : Liber Juris, 1985..
- BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira*. 7. ed. São Paulo: Renovar, 2009.
- YIN, R. K. *Case study research: design and methods*. Thousand Oaks: SAGE Publications, 2002.
- GRECO FILHO, Vicente. *Tutela Constitucional das Liberdades*. São Paulo: Saraiva, 1989.
- ALMEIDA, Ubirajara Assis. O veto do § 4º do artigo 157 do Código de Processo Penal e a descontaminação do julgado. *DireitoNet*, 2010.
- LOPES JR. Aury. *Direito Processual Penal*. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2019. Versão Ebook.

