

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO- UFRJ**  
**CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS**  
**FACULDADE NACIONAL DE DIREITO-FND**

Giovanni Maia Perrone

**ESTUDO SOBRE A ILICITUDE DA PROVA POR QUEBRA DE**  
**CADEIA DE CUSTÓDIA DO VESTÍGIO**

Rio de Janeiro/ RJ

2022

Giovanni Maia Perrone

**ESTUDO SOBRE A ILICITUDE DA PROVA POR QUEBRA DE  
CADEIA DE CUSTÓDIA DO VESTÍGIO**

Trabalho de conclusão de Curso apresentado como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito à Banca Examinadora da Universidade Federal do Rio de Janeiro - UFRJ, sob orientação da Prof. Me. Rodrigo Grazinoli Garrido

**Rio de Janeiro  
2022**

Giovanni Maia Perrone

**ESTUDO SOBRE A ILICITUDE DA PROVA POR QUEBRA DE  
CADEIA DE CUSTÓDIA DO VESTÍGIO**

Trabalho de conclusão de Curso apresentado como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito à Banca Examinadora da Universidade Federal do Rio de Janeiro - UFRJ, sob orientação da Prof. Me. . Rodrigo Grazinoli Garrido

Aprovado em 16 de Dezembro de 2022

**BANCA EXAMINADORA**

**Rodrigo Grazinoli Garrido**

---

**Frederico Jacinto Cardoso Gazolla**

---

**Lorena Braga Raposo**

---

## RESUMO

A presente monografia pretende analisar a possível ilicitude da prova decorrente de quebra do instituto da cadeia de custódia. Notoriamente, o *jus puniendi* do Estado e o sistema valorativo da prova do livre convencimento motivado do magistrado indicam a necessidade de se buscar parâmetros para garantir a idoneidade do conteúdo probatório. A quebra da cadeia de custódia do vestígio, conforme o entendimento de relevante parte da doutrina e dos Tribunais Superiores, acarreta a ilicitude da prova e, por conseguinte, a necessidade de desentranhamento e desconsideração da prova. Além disso, busca evidenciar sobre o quanto, de acordo com entendimentos jurisprudenciais e doutrinários, a quebra da cadeia de custódia levou ou não a desconsideração da prova por se tornar ilícita. Neste trabalho foi utilizada a metodologia dedutiva de pesquisa, se fundamentando em livros, artigos e jurisprudência.

**Palavras-chave:** Direito Penal. Provas. Ilicitude. Processo. Admissão.

## **ABSTRACT**

The present monograph intends to analyze the illegality of the evidence resulting from the breach of the chain of custody institute. Notably, the *jus puniendi* of the State and the value system of the proof of free conviction motivated by the magistrate indicate the need to seek parameters to guarantee the suitability of the evidentiary content. The breaking of the chain of custody of the trace, according to the understanding of a relevant part of the doctrine and of the Superior Courts, entails the illegality of the evidence and, therefore, the need to disembed and disregard the evidence. In addition, it seeks to show how much, according to jurisprudential and doctrinal understandings, the breach of the chain of custody led or not to the disregard of the evidence for becoming illicit. In this work, the deductive research methodology was used, based on books, articles and jurisprudence.

**Keywords:** Criminal Law. Evidences. illegality Process. Admission.

## SUMÁRIO

1 DAS PROVAS NO PROCESSO PENAL .....	9
1.1 A PROVA NO PROCESSO PENAL: CONCEITO, FINALIDADE E TIPOS.....	9
1.2 A VERDADE, A PROVA E SUAS FLEXIBILIDADES: A PERSUASÃO NO VIÉS PROBATÓRIO.....	12
2 DOS PRINCÍPIOS NORTEADORES .....	16
2.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS DOS PRINCÍPIOS NORTEADORES DAS PROVAS NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO .....	16
2.1.1 Princípio da proporcionalidade.....	19
2.1.2 Princípio da proporcionalidade pro reo .....	20
2.1.3 Princípio da proporcionalidade pro societate.....	21
2.1.4 Princípio do devido processo legal.....	23
2.1.5 Dos postulados do contraditório e da ampla defesa .....	23
2.1.6 Princípio da presunção de não culpabilidade .....	25
3 DAS PROVAS ILÍCITAS, TEORIAS E ASPECTOS GERAIS .....	27
3.1 DAS PROVAS ILÍCITAS.....	27
3.2 TEORIAS .....	30
3.2.1. Teoria da Fonte Independente.....	30
3.2.2 Teoria da Descoberta Inevitável.....	30
3.2.3 Sistemas de Valoração da prova .....	31
3.2.4 Ônus da Prova .....	32
3.3 DIFERENÇA ENTRE PROVA ILÍCITA E PROVA ILEGÍTIMA .....	33
4 QUEBRA DA CADEIA DE CUSTÓDIA DA PROVA: ILICITUDE PROBATÓRIA?.....	37
4.1 A CADEIA DE CUSTÓDIA NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO .....	37
4.2 ADMISSÃO DA PROVA ILÍCITA .....	39
4.3 A QUEBRA DA CADEIA DE CUSTÓDIA DA PROVA: ILICITUDE PROBATÓRIA? .....	45
CONSIDERAÇÕES FINAIS .....	52
REFERÊNCIAS .....	54

## INTRODUÇÃO

O processo penal, diante dos diferentes princípios que podem o orientar, pode ser classificado como inquisitivo, acusatório ou uma mistura entre os dois. No Brasil, a escolha pelo sistema de processo penal acusatório fica evidente pelo fato da Constituição Federal de 1988 prever princípios garantidores, dentre outros, como o devido processo legal (CF, artigo 5º, LIV), a presunção da inocência (CF, artigo 5º, LVII) e a imparcialidade do juiz natural (CF, artigo 5º, XXXVII).

A mesma Constituição Federal estipula a inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos. Seguindo esse mandamento, pode-se extrair da jurisprudência de tribunais superiores e dos entendimentos da grande parte da doutrina, que todo o ordenamento jurídico do Brasil segue a teoria da inadmissibilidade das provas ilegais, de modo a preceituar a necessidade de cuidados para garantir a idoneidade do conteúdo probatório, especialmente da prova técnica.

Nesse sentido, a cadeia de custódia surge como um mecanismo que busca viabilizar a proteção e a garantia da prova em todas suas etapas. Tal instituto busca aumentar a fiabilidade do elemento probatório e, por conseguinte, aproxima a verificação dos fatos no processo penal, conferindo mais segurança jurídica para as partes envolvidas.

Incluído pela Lei n. 13.964/2019, o artigo 158-A do Código de Processo Penal conceitua a cadeia de custódia como “o conjunto de todos os procedimentos utilizados para manter e documentar a história cronológica do vestígio coletado em locais ou em vítimas de crimes, para rastrear sua posse e manuseio a partir de seu reconhecimento até o descarte”. Desse modo, a fim de garantir a funcionalidade do processo penal de maneira que acarrete sentenças justas, a figura da cadeia de custódia se apresenta como um meio para afastar incertezas acerca da autenticidade daquilo que será apreciado como prova.

Todavia, a intitulada Lei Anticrime, ao conceituar o instituto da cadeia de custódia, deixou de estipular as consequências processuais da quebra desse encadeamento de procedimentos. Paralelo a isso, para assegurar o propósito constitucional do “devido processo”, o direito processual penal recorre a técnicas que visam reduzir as complexidades da permeabilidade de provas de origem ilícita e estipula a proibição de provas obtidas por meios ilícitos<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> PRADO, Geraldo. Fiabilidade Probatória e Cadeia de Custódia. A cadeia de custódia da prova no processo penal. São Paulo: Marcial Pons, 2019, p. 89.

Diante desse cenário, o presente estudo busca analisar o efeito produzido pela quebra da cadeia de custódia que, conforme entendimentos doutrinários e jurisprudenciais, poderá se materializar na ilicitude global da prova relacionada ao elemento probatório violado.

O tema escolhido é atual e de suma importância uma vez que abrange o manuseio do acervo probatório e seu impacto na persecução criminal. De fato, estabelecer parâmetros a serem cumpridos para garantir a integridade do vestígio é um caminho viável para reduzir as ocorrências de contaminação processual e acarretar decisões judiciais mais justas. Entretanto, é preciso analisar como a quebra dessa cadeia é entendida pela doutrina e jurisprudência, sobretudo pela lente da teoria da inadmissibilidade da prova ilícita.

Nessa direção, a presente pesquisa partirá, no seu primeiro capítulo, da análise das provas no processo penal, da conceituação, finalidades e tipos de prova. Ainda, será abordada a relação da prova e a verdade, com fulcro na doutrina e com a análise de sua previsão normativa no ordenamento jurídico brasileiro.

Adiante, no segundo capítulo, será apresentada a relação principiológica que norteia os entendimentos da prova no processo penal brasileiro, para que se possa entender a possível ilicitude da prova pela quebra da cadeia de custódia.

Ademais, será apresentada a conceituação de prova ilícita e as teorias que a englobam para que se possa vislumbrar como a prova obtida por meio da quebra dos procedimentos da cadeia de custódia se apresenta no processo penal.

Posteriormente, a conceituação quebra da cadeia de custódia e apontamentos sobre seus institutos, conforme a legislação brasileira e entendimentos doutrinários pertinentes. Outrossim, será demonstrado em um levantamento de entendimentos jurisprudenciais e doutrinários o quanto a quebra da cadeia efetivamente levou (ou não) à desconsideração da prova pelo fato de se tornar ilícita.

A técnica de pesquisa se baseia na análise bibliográfica de artigos e livros e jurisprudência correlata. O trabalho analisará as questões centrais da ilicitude da prova por quebra da cadeia de custódia do vestígio pelo método indutivo/dedutivo e tem como objetivo formular hipóteses a partir dos dados colhidos dos entendimentos jurisprudenciais e doutrinários sobre a questão.



## 1 DAS PROVAS NO PROCESSO PENAL

### 1.1 A PROVA NO PROCESSO PENAL: CONCEITO, FINALIDADE E TIPOS

Conforme exposto no capítulo anterior, o processo penal contemporâneo possui amplas marcas do sistema acusatório, sendo amplamente baseado no devido processo legal, premissa essa prevista na Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso LIV: “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente”.<sup>2</sup> Esse princípio, longe de ter uma interpretação individual, tutela os direitos subjetivos de ambas as partes, e se traduz como um fator essencial para a legitimação do exercício da jurisdição, que age através de um conjunto de garantias oriundas ao próprio procedimento processual.

Os processos no trâmite criminal, em sentido amplo, são documentos que evidenciam fatos retrospectivos que objetivam apontar a responsabilidade de alguém pelo cometimento de algum fato ilícito, onde a autoria do crime é dada baseada na verificação de hipóteses arroladas nos autos, que são comprovadas pelas provas. A prova é um dos institutos presentes na legislação nacional que desempenha uma das funções mais essenciais no viés processual jurídico, principalmente na esfera penal.<sup>3</sup> Ela é o instrumento utilizado por ambos sujeitos processuais com o objetivo de comprovar algum fato discutido na tutela jurisdicional, e é amplamente ligada com os princípios do direito de ação e do direito de defesa (tipificados no artigo 5º, XXXV e LV), além do já citado devido processo legal.<sup>4</sup>

Para que haja a possibilidade de o juiz proferir uma sentença condenatória justa, há a necessidade de que essa decisão traga na fundamentação a materialidade do fato, de mesmo modo, a autoria delitiva. Assim, é nesse ponto que a prova processual penal mostra seu real objetivo, haja vista ser por ela que o juízo irá firmar sua convicção, proferindo sua palavra final.

Nesse sentido, Souza Nucci expõe:

---

<sup>2</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 09 out. 2022.

<sup>3</sup> PACHELLI, Eugênio. Curso de processo penal. 24ª ed. São Paulo: Atlas. 2020. p. 65.

<sup>4</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 09 out. 2022.

O termo prova origina-se do latim – *probatio* –, que significa ensaio, verificação, inspeção, exame, argumento, razão, aprovação ou confirmação. Dele deriva o verbo provar – *probare* –, significando ensaiar, verificar, examinar, reconhecer por experiência, aprovar, estar satisfeito com algo, persuadir alguém a alguma coisa ou demonstrar.<sup>5</sup>

Assim, o conceito de prova tende a possuir os mais diversos significados na ala processual. Todavia, todos apontam para o mesmo objetivo: obter o convencimento do juízo julgador em relação a alegação de algum fato a ele apresentado, podendo ser desde a demonstração de algo ocorrido anteriormente ou até uma tese jurídica.<sup>6</sup>

Noutras palavras, a prova pode ser toda circunstância, fato ou alegação decorrente de algum fato ilícito que transpareça incerteza, a fins de se almejar a verdade. Assim, a finalidade da prova é demonstrar ao julgador o que realmente aconteceu no fato criminoso, para que haja um juízo de valor que procure corrigir, na medida do possível, o problema imposto ao judiciário.

Diante da doutrina clássica de Francesco Carnelutti, o autor leciona que as provas são mecanismos mediante os quais o juízo poderá obter informações precisas que lhe ajudam a julgar, sendo comparadas às chaves, que abrem portas desconhecidas para se ter conhecimento do que não é conhecido. Assim, devido à sua função cognoscitiva-reconstrutiva do material probatório, é com o uso da prova que o processo penal obtém o conhecimento de fatos e circunstâncias de um ato ilícito, para com isso importar no convencimento do magistrado.<sup>7</sup>

A prova, normalmente, apresenta um valor relativo. Quando se almeja provar um fato relevante, durante a investigação ou no trâmite do processo penal, percebe-se que a busca terminará em torno de algo supostamente verdadeiro. Assim, há uma forte ligação entre a prova com o convencimento: se a prova tem alto teor de convencimento, o juiz entenderá que o fato deve ter acontecido exatamente da forma apontada pelas provas.<sup>8</sup>

Nesse sentido, Tourinho Filho, esclarece:

O objetivo ou finalidade da prova é formar a convicção do Juiz sobre os elementos necessários para a decisão da causa. Para julgar o litígio, precisa o Juiz ficar conhecendo a existência do fato sobre o qual versa a lide. Pois bem: a finalidade da prova é tornar aquele fato conhecido pelo Juiz, convencendo-o da sua existência. As partes, com as provas produzidas, procuram convencer o Juiz de que os fatos existiram, ou não, ou então, de que ocorreram desta ou daquela maneira.<sup>9</sup>

<sup>5</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. Curso de direito processual penal. 17ª ed. Rio de Janeiro: Forense. 2020. p. 683.

<sup>6</sup> LOPES JUNIOR, Aury. Direito processual penal. 17ª ed. São Paulo: Saraiva. 2020. p. 550.

<sup>7</sup> CARNELUTTI, Francesco. Lecciones sobre el Proceso Penal. Trad. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Ejea, 1950. p. 287.

<sup>8</sup> LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de processo penal: volume único. 5ª ed. Salvador: Editora JusPodivm. 2017. p. 182.

<sup>9</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Manual de Processo Penal. São Paulo: Editora Saraiva. 2018. p. 523.

Sem a prova no sistema processual, nada agregaria as postulações das partes em juízo. Sem o fornecimento de demonstração das afirmações efetuadas em juízo no decorrer processual, o magistrado poderia proferir uma sentença totalmente parcial, levando-se em conta critérios subjetivos para a manifestação sentencial. Portanto, o julgador tem o dever, enquanto houver instrução processual, de deixar fluir a liberdade probatória, levando em consideração que é tal instituto que irá propiciar as condições necessárias para que a sentença proferida esteja de acordo com os fatos reais.<sup>10</sup>

Os motivos que levam o legislador a criar os parâmetros da prova são os mesmos que guiam na organização do processo criminal que, resumidamente, podem ser baseados em três premissas diferentes: o interesse da sociedade na punição do culpado; a proteção devida às liberdades individuais e civil, que pode ser comprometida durante o trâmite processual penal; e por último, mas não menos importante, a vedação de imposição de uma pena à um acusado que é inocente.<sup>11</sup>

No que tange aos meios de prova, vale ressaltar a prova documental, pericial e testemunhal. No processo penal brasileiro, a utilização destes meios é bastante comum, sendo que, em alguns casos, as três são indispensáveis para a construção do acervo probatório. A prova documental (art. 231 a 238, CPP) consiste na apresentação de documentos que possam comprovar a veracidade dos fatos alegados pelas partes.<sup>12</sup> Esses documentos podem ser, por exemplo, contratos, recibos, notas fiscais, diários, etc. A prova documental é importante para o julgamento da lide, pois, em muitos casos, ela é o único elemento que pode comprovar a veracidade das alegações das partes.<sup>13</sup>

A prova pericial (art. 158 ao art. 184 do CPP) consiste no exame (de corpo de delito) ou perícia, do qual o laudo técnico é apenas o relatório, que será emitido por um perito designado pelo juiz. Esse laudo técnico poderá versar sobre diversos temas, desde a verificação da autoria de um delito até a análise de um objeto apreendido. A prova pericial é importante para o julgamento pois, em muitos casos, ela é o único elemento que pode esclarecer determinados pontos relevantes para o julgamento.<sup>14</sup>

---

<sup>10</sup> LOPES JUNIOR, Aury. Direito processual penal. 17ª ed. São Paulo: Saraiva. 2020. p. 127.

<sup>11</sup> MITTERMAIER, Carl Joseph Anton. Tratado da prova em matéria criminal ou exposição comparada dos princípios da prova em matéria criminal etc., de suas diversas aplicações na Alemanha, França, Inglaterra etc. Campinas: Bookseller, 1997. p. 189.

<sup>12</sup> BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm). Acesso em: 10 out. 2022.

<sup>13</sup> LOPES JUNIOR, Aury. Direito processual penal. 17ª ed. São Paulo: Saraiva. 2020. p. 551.

<sup>14</sup> PACELLI, Eugênio. Curso de processo penal. 24ª ed. São Paulo: Atlas. 2020. p. 143.

A análise técnica é uma ferramenta importante para o esclarecimento de dúvidas que não possam ser respondidas pelos testemunhos ou documentos. Além disso, a perícia pode auxiliar na compreensão de outros meios de prova, como documentos. Por exemplo, se houver dúvidas quanto à autenticidade de um documento, ele será objeto da análise técnica. Outro fator a considerar é que a perícia é obrigatória sempre que existirem vestígios, conforme prevê o artigo 158 do Código de Processo Penal.

A prova testemunhal (art. 202 ao art. 225 do CPP), por sua vez, consiste na oitiva das testemunhas de um caso. As testemunhas são pessoas que podem ter presenciado ou ter conhecimento de determinados fatos relevantes para o julgamento de um caso. A prova testemunhal é importante para o julgamento de um caso pois, em muitos destes, ela é o único elemento que pode esclarecer determinados pontos relevantes para o julgamento.<sup>15</sup>

Tendo em vista o papel fundamental da prova no processo, não restam dúvidas que o tema é um dos mais importantes de toda a ciência processual judicial, pois são as provas que guiam a direção do processo, o alicerce sobre qual se anda toda a dialética processual. Com a ausência das provas idôneas e válidas, não teria valor nenhum os debates doutrinários e as variadas vertentes jurisprudenciais relacionadas a temas jurídicos, já que a discussão não teria nenhum objeto.<sup>16</sup>

Não obstante, insta frisar que, por se tratar de um instituto que está amplamente inserido nas garantias da ação, defesa e do contraditório, a prova não é um mecanismo absoluto, mas sim limitado. Tal limitação se dá por dois fatores diferentes. O primeiro é em respeito ao princípio da convivência das liberdades públicas, premissa que veda o uso de qualquer garantia fundamental a modo de serem exercidas de forma ofensiva ou danosa à ordem pública e às liberdades alheias. Já o segundo motivo é baseado na consideração de que o processo criminal só pode tramitar, e ter seu devido fim, dentro dos sentidos morais regidos na atividade do juiz e das partes, portanto deve ser utilizada exclusivamente no contexto judicial.

## 1.2 A VERDADE, A PROVA E SUAS FLEXIBILIDADES: A PERSUASÃO NO VIÉS PROBATÓRIO

Em conformidade com Lopes Junior, “as provas são os materiais que permitem a reconstrução histórica e sobre os quais recai a tarefa de verificação das hipóteses, com a

---

<sup>15</sup> LOPES JUNIOR, Aury. Direito processual penal. 17ª ed. São Paulo: Saraiva. 2020. p. 530.

<sup>16</sup> CAPEZ, Fernando. Curso de Processo Penal. 27ª Ed. São Paulo: Saraiva. 2020. p. 177.

finalidade de convencer o juiz (função persuasiva)”.<sup>17</sup> Tal raciocínio é o que irá proferir o desfecho do processo, que deve guiar o processo à dita “verdade real”.

Guilherme Souza Nucci exhibe que “verdade é a conformidade da noção ideológica com a realidade, e que a certeza é a crença nessa conformidade, gerando um estado subjetivo do espírito ligado a um fato, sendo possível que essa crença não corresponda à verdade objetiva”.<sup>18</sup> Assim, destaca-se que a verdade pode ser eivada de elementos subjetivos, aos quais podem alterar o real contexto dos fatos, mediante a percepção subjetiva de quem estiver julgando.

A percepção do indivíduo sobre a realidade, principalmente sobre os fatos que para si são tomados como verdadeiros e conscientes, não é um fator de fácil conhecimento ou explicação. Mesmo que se demonstre claro que a maioria das atitudes do indivíduo possam ser resíduos de sua vontade e consciência, existem estudos que auferem que muitas das vezes aceita-se a verdade acreditando-se serem conscientes, embora tenham sido criadas pelo cérebro humano de maneira inconsciente, sem que a pessoa sequer perceba, mediante comportamentos persuasivos.<sup>19</sup>

Adentrando aos tópicos do campo de atuação da psicanálise aplicáveis ao Direito, pode-se entender que a prova está amplamente ligada ao sujeito e, assim, também aos seus pensamentos e convicções. Nesse sentido, o pensamento é o elemento que junta à prova com a realidade. O comportamento do homem se resulta em uma vasta cadeia de pensamentos e percepções, influenciadas pelo consciente e, também, pelo inconsciente. Noutras palavras, a prova nada mais é que a materialização de informações nos moldes do pensamento humano e, com isso, o ato de provar e decidir, embora pareçam atos técnicos e racionais, demonstram conter muita fundamentação em percepções inconscientes, exteriorizando informações e compreensões do próprio sujeito processual que as edificam, sendo essas as partes, o juiz e o advogado.<sup>20</sup>

Nessa ótica, o inconsciente pode fazer com que o indivíduo tomador de decisões forme sua convicção através de fundamentos irracionais, falsos racionais, inclusive no plano processual e na produção de provas, como fatores argumentativos que trazem consigo emoções, ou comoções pessoais. A decisão e a prova, assim sendo, pode sofrer influência desses fatores inconscientes e, com isso, significa dizer que no âmbito processual a verdade ou a realidade do

---

<sup>17</sup> LOPES JUNIOR, Aury. Direito processual penal. 17ª ed. São Paulo: Saraiva. 2020. p. 558.

<sup>18</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. Curso de direito processual penal. 17ª ed. Rio de Janeiro: Forense. 2020. p. 189.

<sup>19</sup> TARSKI, Alfred. A concepção semântica da verdade: textos clássicos de Tarski. São Paulo: Editora UNESP. 2011. p. 54.

<sup>20</sup> BELTRÁN, Jordi Ferrer. Prova e verdade no Direito. 1ª ed. São Paulo: Editora RT – revista dos tribunais. 2017. p. 188.

fato pode ser flexível, sendo a racionalidade sempre presente, embora influenciada pela irracionalidade ou pelo subconsciente.<sup>21</sup>

Em concórdia, Jordi Ferrer Beltrán deduz:

Tomando por base a necessária compreensão de que a percepção da realidade tem um fator racional e um fator irracional, isso também deve influenciar no processo de tomada de decisão jurisdicional. Os argumentos, fatos, provas e decisão então intimamente ligados ao pensamento, e este é justamente o elemento subjetivo que cria à realidade, seja racional ou irracional.<sup>22</sup>

Desse modo, constata-se que a verdade no processo pode variar conforme influências de fatores externos, fora dos autos, que se traduzem em fundamentações que transparecem informações ligadas mais aos sujeitos processuais do que à verdade. Justificativas bem argumentadas e bem empregadas possuem a capacidade de alterar fatos falsos em verdadeiros, se conseguirem a sensibilização dos sujeitos processuais.

Tais fatores externos podem, *ad exemplum*, interferir na prova testemunhal, quando há a comparação de duas declarações testemunhais que presenciaram o mesmo fato. Quando comparados os depoimentos pessoais das testemunhas, verifica-se que os mesmos fatos são narrados de forma diferente. Alguns detalhes que foram ditos por uma, são ignorados por outra e vice-versa. A percepção da realidade é diferente em ambas, em virtude dos fatores externos que, no inconsciente, são processados de maneira distinta. Assim, se ambas dizem a verdade, conclui-se que essa verdade admite outras formas de interpretação, estando todas corretas.<sup>23</sup>

Isso pode acontecer, ainda, nas provas periciais, onde há grande margem para a aplicação da subjetividade. Embora muitos juristas destaquem que, por se utilizar de conhecimentos técnicos para sua elaboração, a prova pericial seria uma ferramenta amplamente objetiva, os fatores externos também tendem a influenciar o indivíduo que a elabora. Não se deve ignorar a subjetividade dos peritos na elaboração de qualquer laudo, pois estes também são seres humanos e por razões inconscientes, podem acabar sendo influenciados no direcionamento do resultado do parecer.<sup>24</sup>

Portanto, a verdade e a prova estão estritamente ligadas ao pensamento humano e, muitas das vezes o que se interpreta como realidade são as consequências de inúmeros fatores externos subjetivos que inferem na interpretação da realidade, espaço onde a persuasão ganha

---

<sup>21</sup> MLODINOW, Leonard. *Subliminar: como o inconsciente influencia nossas vidas*. Rio de Janeiro: Editora Zahar. 2013. p. 81.

<sup>22</sup> BELTRÁN, Jordi Ferrer. *Prova e verdade no Direito*. 1ª ed. São Paulo: Editora RT – revista dos tribunais. 2017. p. 112.

<sup>23</sup> *Ibidem*. p. 113.

<sup>24</sup> *Ibidem*. p. 113

peso. O processo jurisdicional, por ser uma criação do homem, é um tema que suscita muitas discussões de possíveis interpretações. O que ocorre é um debate entre fatos, fundamentos e provas que são apresentados e discutidos pelas partes, advogados e juízes; que ocasionam um processo construtivo que visa auferir a realidade justa, embora não está isenta de fatores externos, o que acaba por influenciar no resultado da demanda.

Por fim, pode-se dizer que a verdade é fruto da criação do homem, e a prova é a tentativa deste em criar a convicção em todos de que a melhor interpretação da realidade é a dele, independentemente de ser baseada no consciente ou inconsciente. Apenas o pensamento e sua devida dedução permitem a construção da realidade, haja vista que o ser humano vive com o fruto de seus pensamentos.<sup>25</sup>

Insta frisar que, quando se trabalha com o conceito de “verdade”, em seu âmbito substancial (isso é, por considerações), é admitido modificações justificadas a sentença judicial que não demonstrar sintonia com a verdade dos fatos, ou que não for passível de comprovação probatória. Portanto, na busca da verdade, da maneira mais democrática possível, esses casos permitem a alteração da coisa julgada.<sup>26</sup>

---

<sup>25</sup> TARSKI, Alfred. A concepção semântica da verdade: textos clássicos de Tarski. São Paulo: Editora UNESP. 2011. p. 57.

<sup>26</sup> KHALED JUNIOR, Salah h. A busca na verdade no processo penal: para além da ambição inquisitorial. 3ª ed. São Paulo: Atlas. 2013. p. 130.

## 2 DOS PRINCÍPIOS NORTEADORES

### 2.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS DOS PRINCÍPIOS NORTEADORES DAS PROVAS NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

O processo penal é permeado por princípios norteadores na aplicação do ordenamento jurídico pátrio, sendo importante o devido estudo de forma aprofundada para obter a compreensão adequada para aplicá-los em cada caso concreto. Desta forma, destaca-se determinadas normas que geralmente se dividem em duas espécies categóricas, sendo as regras e os princípios ditos no parágrafo anterior. Contudo, é verificado que não existe uma hierarquia entre as duas espécies, tendo como premissa, os que são caracterizados com sua forma mais abstrata, contém uma carga consideravelmente valorativa, além de fundamento ético, apontando uma direção a ser respeitada.<sup>27</sup>

Outro ponto, envolvendo as regras e a sua aplicação predominantemente se dá, por intermédio da ponderação, em outras palavras, perante o caso concreto em que se encontram a efetivação dos princípios sendo contrapostos, é importante saber, que devesse estipular por meio de peso considerado relativo de cada um deles que estão sendo aplicados, com isso fazendo as concessões recíprocas.<sup>28</sup>

Importante evidenciar a diferença dos dois institutos para depois poder aprofundar sobre o instituto dos princípios com mais eficiência neste estudo com ênfase no âmbito do direito penal e processual. A diferença ocorre, pois enquanto aplicação das regras são em plenitude, ou quando violadas, os princípios serão ponderados, outro ponto, ao contrário do que acontece e é estabelecido com as regras. Neste cenário, a classificação utilizada por Barros "princípio é o dogma fundamental que tem o condão de harmonizar o sistema normativo com lógica e racionalidade".<sup>29</sup>

Os princípios têm um grande papel na efetivação do direito dentro do nosso ordenamento jurídico, pois são considerados como ferramentas de valores basilares da ordem jurídica, tornando assim um alicerce estrutural das normas aplicadas para serem seguidas pela jurisdição no sistema jurídico. Partindo deste pressuposto, pode-se considerar que o magistrado não pode incriminar alguém sem que a autoria não seja completamente provada, em respeito ao

---

<sup>27</sup> LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado. 10 ed. rev. atual.e ampl. – São Paulo: Editora Método, 2019. p. 123.

<sup>28</sup> LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado. 10 ed. rev. atual.e ampl. – São Paulo: Editora Método, 2019. p. 124.

<sup>29</sup> BARROS, Marco Antonio. A Busca da Verdade no Processo Penal. São Paulo: RT, 2017. p. 25.



princípio do “In dubio pro reo”. Sendo assim um requisito para ser devidamente respeitado, o princípio do contraditório, que se encontra consagrado pelo art. 5º, LV da Constituição Federal, conforme segue:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.<sup>30</sup>

O réu fica ciente do crime contra si no teor do processo e pode refutar as provas do processo. Ademais, é notório o entendimento do princípio da não autoincriminação, ressalta-se que foi decretado por intermédio do Pacto de San José da Costa Rica, e incluso no ordenamento jurídico brasileiro através do Decreto de nº 678, em 6 de novembro de 1992. Esse princípio aborda concepções dos princípios do direito ao silêncio e da presunção de inocência, determinando que o réu não é obrigado a gerar prova contra si mesmo, sendo garantida a defesa por seu advogado.

O princípio relacionado com o direito ao silêncio é significativo, permitindo que o réu permaneça em silêncio, pois se trata do direito dele. Com isso, é perceptível que o direito ao silêncio não se estende às testemunhas, pois nesta circunstância tem a obrigação de delatar a verdade, caso contrário podendo ser enquadrada no crime de falso testemunho. Só é aceita a negação, quando a resposta puder acarretar a autoincriminação. Conforme consagra o artigo 342 do Código Penal brasileiro.

Outros princípios norteadores, como a proporcionalidade e a razoabilidade exigem critérios como a adequação, necessidade e proporcionalidade no processo. A adequação está relacionada ao meio empregado e o resultado a ser alcançado. A necessidade se trata das medidas pertinentes para chegar ao fim determinado. O juiz deve empregar a medida menos danosa, mas caso não haja resolução do caso, deve-se aplicar, gradativamente, a mais gravosa caso seja necessário para resolver a lide.

Portanto, o princípio da proporcionalidade se dá ao fato de que o juiz dever analisar os valores em conflito e priorizar aquele de maior pertinência. Um exemplo é a “proporcionalidade pro reo”, onde as provas ilícitas em favor do réu são acolhidas pela doutrina e jurisprudência,

---

<sup>30</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 09 out. 2022.

pois de um lado está a liberdade de mobilidade de um indivíduo inocente e de outro, a vedação de prova ilícita.

A aplicação do respectivo princípio da proporcionalidade, deve-se deixar explícita a devida importância em dois princípios que elucidam a respeito da devida aplicação em determinada circunstância.

Além disso, um ponto fundamental para compreender a concepção da efetividade dos princípios no processo se materializa no princípio da liberdade de provas. Aplicado mediante o Código de Processo Penal brasileiro, determina que o indivíduo colherá as provas e não se limitará às que estão previstas em lei. Dessa forma, dispondo de liberdade de prova, desde que não infrinja a moralidade e a dignidade da pessoa humana. As provas ilícitas não são aceitas, porém existem exceções. Caso a prova seja enquadrada como ilícita, e estiver associada ao processo, incide o “direito de exclusão”, que acontece pela retirada da prova do processo, onde há a supressão das provas colhidas de forma ilícita, devendo a prova ser anulada, conforme o art. 157, §3º, do Código de Processo Penal<sup>31</sup>

No âmbito jurídico, os princípios são tidos como as normas gerais mais abstratas, que servem de norte e de observação obrigatória para a criação do sistema normativo. Os princípios servem como orientadores do sistema normativo, podendo ser expressos ou implícitos.

Em conformidade com Mello que retrata sobre a violação do princípio e seu entendimento:

Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa, não só a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra.<sup>32</sup>

Desse modo, pode-se afirmar que os princípios detêm um lugar de maior destaque e importância, refletindo, conseqüentemente, em todo o ordenamento jurídico.

---

<sup>31</sup> Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais. (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008)

§ 3º Preclusa a decisão de desentranhamento da prova declarada inadmissível, esta será inutilizada por decisão judicial, facultado às partes acompanhar o incidente. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008) (BRASIL, 1941, on-line)

<sup>32</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 8 ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 748.

### 2.1.1 Princípio da proporcionalidade

O princípio da proporcionalidade tem uma grande repercussão referente concepções retiradas no teor do sistema jurídico, se mostrando como um instrumento para limitar os poderes judiciais. Cunha Júnior, afirma sobre questões importantes para o princípio e sua discricionariedade dos poderosos, a seguir exposta:

É um importante princípio constitucional que limita a atuação e a discricionariedade dos poderes públicos e, em especial, veda que a Administração Pública aja com excesso ou valendo-se de atos inúteis, desvantajosos, desarrazoados e desproporcionais.<sup>33</sup>

Ademais, vale evidenciar que, mesmo não estando expresso na Constituição Federal, alguns dispositivos podem ser utilizados como paradigmas para o reconhecimento desse princípio. Pode-se citar como exemplo, o que expõe o artigo 37<sup>34</sup> combinando com o artigo 5º, inciso II<sup>35</sup> e o artigo 84, inciso IV<sup>36</sup>, ambos da Magna Carta.

Contanto, respeitando as concepções retiradas da aplicabilidade do princípio, as penas devem ser proporcionais à gravidade da infração penal cometida, proibindo o exagero na punição e a extrema liberdade em seu cumprimento.

No que tange a questão do exercício do legislador cabe evitar a desproporcionalidade por excesso punitivo. Por isso, proíbe-se tanto o excesso quanto a proteção deficiente, de modo a não se permitir a ineficácia da prestação legislativa, acarretando a ausência de proteção a bens jurídicos essenciais.

A proporcionalidade detém três elementos que formam o princípio da proporcionalidade. Pode-se iniciar com a adequação, com isso, pondera-se aí a coerência, a conformidade ou a validade do fim, pois esse princípio se confunde com o da vedação do arbítrio.<sup>37</sup>

Contudo, tratando-se do segundo, é correspondente à demanda, conforme a qual a medida não há de ultrapassar os limites essenciais à preservação do escopo legítimo que se

---

<sup>33</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Curso de Direito Administrativo. Podium, 2019. p. 52.

<sup>34</sup> Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998) (BRASIL, 1988, on-line).

<sup>35</sup> O artigo 5º, em seu inciso segundo, afirma que: [...] Inciso II – ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei. (BRASIL, 1988, on-line),

<sup>36</sup> Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:

IV - sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução; (BRASIL, 1988, on-line).

<sup>37</sup> CAPEZ, Fernando. Curso de processo penal. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 170.

almeja. O terceiro diz respeito a proporcionalidade considerada “*strictu sensu*”, conforme a qual a escolha deve incidir sobre o meio que pondere o conjunto de interesses em questão.<sup>38</sup>

A aplicação do princípio da proporcionalidade requer dois aspectos. Desde que haja, concomitantemente, a obrigação de utilizar meios apropriados e a vedação do uso de meios desproporcionais. Desta maneira, a proporção equilibrada torna-se imposição de legalidade. Logo, a inconstitucionalidade se dá quando a medida é exagerada, injustificável, desrespeitando a proporcionalidade. Portanto, a utilização do princípio da proporcionalidade retrata talvez a marca mais característica do Estado de Direito, o qual, com o uso desse princípio, foi imensamente consolidado.<sup>39</sup>

### 2.1.2 Princípio da proporcionalidade *pro reo*

No que diz respeito a aplicação do princípio da proporcionalidade, aceitando excepcionalmente a prova ilícita, há quem defenda que a aplicação será viável também nos casos em que esta tenha sido produzida pelo réu, porque, nesse caso, a ilicitude é excluída por causas legais, como a legítima defesa.<sup>40</sup>

Ressalta a respeito da utilização da prova ilícita *pro reo* em que pese a ponderação referente ao princípio também importante constitucional. Neste caso, retrata a dignidade da pessoa humana, pois teria sido acusado de modo injusto de um crime tipificado em lei, correndo assim o risco de pagar por algo que não realizou, perdendo o direito de sua liberdade, decorrente dessas questões, prepondera a garantia da constituição da ampla defesa. Com isso, poder-se-ia admitir a prova ilícita em seu favor, configurando assim a situação determinada como estado de necessidade do sujeito que está sendo acusado no decorrer do processo.

Ada Pellegrini Grinover discorre também sobre a premissa da devida aplicação do princípio norteador no sistema jurídico que reflete a proporcionalidade:

Aliás, não deixa de ser em última análise, manifestação do princípio da proporcionalidade, a posição praticamente unânime que reconhece a possibilidade de utilização, no processo penal, da prova favorável ao acusado ainda que colhida com infringência a direitos fundamentais seus ou de terceiros.<sup>41</sup>

---

<sup>38</sup> STEINMETZ, Wilson Antônio. Colisão de Direitos Fundamentais e o princípio da proporcionalidade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 190.

<sup>39</sup> BARROS, Marco Antonio. A Busca da Verdade no Processo Penal. São Paulo: RT, 2017. p. 80.

<sup>40</sup> CAPEZ, Fernando. Curso de processo penal. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 172.

<sup>41</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. As nulidades no processo penal. 2017. p. 136.

Torquato Avolio compartilha de ideia semelhante ao falar que:

A aplicação do princípio da proporcionalidade no ponto de vista do direito de defesa, também resguardado na Constituição, e de modo prioritário no processo penal, onde impera o princípio do favor rei, é de aceitação praticamente unânime pela doutrina e jurisprudência.<sup>42</sup>

De um lado, temos a doutrina aludindo a possibilidade de utilização da prova favorável ao réu mesmo que ilícita, no processo penal. De outro, existe grande controvérsia quanto a sua utilização em favor da sociedade, é demasiadamente delicada a questão da utilização do princípio da proporcionalidade “*pro societate*”.<sup>43</sup>

### 2.1.3 Princípio da proporcionalidade *pro societate*

Pode-se entender o princípio da proporcionalidade *pro societate*, com base no entendimento de Capez:

Aqui, não se cuida de um conflito entre o direito ao sigilo e o direito da acusação à prova. Trata-se de algo mais profundo. A acusação, principalmente a promovida pelo Ministério Público, visa resguardar valores fundamentais para a coletividade, tutelados pela norma penal. Quando o conflito se estabelecer entre a garantia do sigilo e a necessidade de se tutelar a vida, o patrimônio e a segurança, bens também protegidos por nossa Constituição, o juiz, utilizando seu alto poder de discricionariedade, deve sopesar e avaliar os valores contrastantes envolvidos. Suponhamos uma carta apreendida ilicitamente, que seria dirigida ao chefe de uma poderosa rede de narcotráfico internacional, com extensas ramificações com o crime organizado. Seria mais importante proteger o direito do preso ao sigilo de sua correspondência epistolar, do qual se serve para planejar crimes, do que desbaratar uma poderosa rede de distribuição de drogas, que ceifa milhões de vidas de crianças e jovens? Certamente não.<sup>44</sup>

Consequentemente, o Supremo Tribunal Federal já se manifestou com entendimento de que é própria a aplicação do princípio da proporcionalidade à ordem constitucional brasileira, como guia a produção de provas ilícitas, no HC 80949/RJ, julgado em 30/10/2001, pois

<sup>42</sup> AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. Provas ilícitas: interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas. 3ª ed., rev., ampl. e atual - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 66.

<sup>43</sup> AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. Provas ilícitas: interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas. 3ª ed., rev., ampl. e atual - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 67.

<sup>44</sup> CAPEZ, Fernando. Curso de processo penal. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 370.

resultaria na busca a qualquer custo, da verdade real no processo. A Corte já aplicou este princípio no discorrer do acórdão:

A administração penitenciária, com fundamento em razões de segurança pública, pode, excepcionalmente, proceder à interceptação da correspondência remetida pelos sentenciados, eis que a cláusula da inviolabilidade do sigilo epistolar não pode constituir instrumento de salvaguarda de práticas ilícitas (STF, HC 70.814-5, rel. Min. Celso de Mello, DJU, 24 jun. 1994, p. 16649).

Dentro dessa análise, é necessário ressaltar que o princípio que proíbe a produção de provas ilícitas protege interesses representados pelas liberdades públicas, e deve ser respeitado. Somente excepcionalmente, à luz do princípio da proporcionalidade, poderia ser atenuado.

Pontos importantes da aplicação das provas ilícitas a favor do réu, com base no princípio da proporcionalidade. Seguindo esse entendimento, Avena alega:

Imagine-se uma prova obtida mediante interceptação telefônica não autorizada judicialmente, em franca violação à intimidade de alguém e em total desacordo com a regra do art. 5º, XII, fine, da Constituição Federal, mas que seja capaz de provar a inocência do acusado. De um lado há essa prova, flagrantemente ilícita em razão do afrontamento direto à Magna Carta. De outro, porém, há o caput do mesmo dispositivo constitucional assegurando que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país, entre outros, o direito à liberdade. No balanceamento comparativo entre esses dois fatores, mais do que o direito à intimidade violada, releva o direito à liberdade do réu, que não poderá sofrer uma condenação injusta. Por isso, em seu favor, tem-se considerado razoável e proporcional utilizar a prova ilicitamente obtida.<sup>45</sup>

Entende-se a respeito da não utilização das provas ilícitas a favor da sociedade, porém, esse tema é cada vez mais discutido, tendo em vista o crescimento das organizações criminosas no país. Quando a prova ilícita é empregada a favor do acusado, pro reo, a doutrina aceita, pois, não interessa ao Estado a condenação de um inocente, tampouco a impunidade do verdadeiro culpado.

Entretanto, quando se trata de princípio da proporcionalidade pro societate, em favor da sociedade, possui inúmeros métodos legítimos de realizar a persecução penal e punir o criminoso. Nessa perspectiva, o Estado não poderia utilizar uma prova ilícita para condenar um indivíduo, contudo poderá utilizar quando for para absolver, respeitando o princípio da proporcionalidade pro reo.

Portanto, o princípio da proporcionalidade deve ser aplicado em casos específicos e excepcionais, de acordo com o caso concreto e desde que a verdade dos fatos não possa ser

---

<sup>45</sup> AVENA, Norberto. Processo penal. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: MÉTODO, 2018. p. 494.

conseguida através de outros meios. Dessa forma, pode garantir que persista a segurança jurídica.

#### *2.1.4 Princípio do devido processo legal*

O devido processo legal é o que se pode chamar de base fundamental do Direito Processual brasileiro, uma vez que todos os outros princípios, de uma forma ou de outra, encontram nele seu fundamento de existência. Este princípio está positivado no art. 5º, LIV da Constituição Federal<sup>46</sup>.

Assim, a Constituição estabelece que nenhuma pessoa poderá sofrer privação de sua liberdade ou de seus bens sem que antes haja um processo no qual seja assegurada toda a gama de instrumentos de defesa. Dessa maneira, especificamente no processo penal, tal princípio norteia algumas regras formais, como o Direito que o acusado possui de ser ouvido pessoalmente para expor a sua visão dos fatos, bem como o direito deste arrolar testemunhas, contradizer e se opor a todas as provas e argumentos da acusação. Todos esses fundamentos extraem sua validade do Devido Processo Legal.

A obediência ao rito previsto na Lei Processual, seja o rito ordinário ou outro, bem como às demais regras estabelecidas para o processo é o que se chama de Devido Processo Legal em sentido formal. Entretanto, a outra vertente deste princípio, que corresponde ao Devido Processo Legal em sentido material. Nessa última acepção, compreende-se que o processo só respeitado quando o Estado atua de maneira razoável, proporcional e adequada na tutela dos interesses da sociedade e do acusado.<sup>47</sup>

Do princípio do Devido Processo Legal se extrai como corolários os postulados da Ampla Defesa e do Contraditório, ambos também previstos na Constituição Federal, em seu art. 5º, LV.<sup>48</sup>

#### *2.1.5 Dos postulados do contraditório e da ampla defesa*

---

<sup>46</sup> Art. 5º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. LIV – ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

<sup>47</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*, 4ª Edição, São Paulo: Saraiva, 2001, p. 214.

<sup>48</sup> Art. 5º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. LV – aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

O princípio do Contraditório estabelece que os litigantes em geral e, no nosso caso, os acusados, tem assegurado o direito de contradizer os argumentos trazidos pela parte contrária e as provas por ela produzidas. Nesse sentido, implica o conflito entre partes, conforme entende Benigno Núñez Novo:

Implica a necessidade de uma dualidade de partes que sustentam posições jurídicas opostas entre si, de modo que o tribunal encarregado de instruir o caso e proferir a sentença não assume nenhuma posição no litígio, limitando-se a julgar de maneira imparcial segundo as pretensões e alegações das partes.<sup>49</sup>

Todavia, esse princípio sofre limitações, notoriamente quanto a decisão que será tomada pelo juiz não possa esperar a manifestação do acusado ou quando a ciência poderia implicar a frustração da decisão. É o caso de uma prisão preventiva, para ilustrar, quando presentes os requisitos<sup>50</sup>.

Por outro lado, o postulado da ampla defesa decorre do princípio do devido processo na medida em que prevê que não é suficiente dar ao acusado ciência das manifestações da acusação e facultar-lhe a oportunidade de se manifestar, se não lhe forem dados os meios para isso. Dessa forma, a Ampla Defesa e o Contraditório caminham juntos como garantias do acusado e retiram seu fundamento do Devido Processo Legal.

Nessa perspectiva, ao considerar a cadeia de custódia como um rigoroso registro, desde a descoberta da fonte de prova, até a sua juntada no processo<sup>51</sup>, quando ocorre a quebra desse ininterrupto procedimento, resta caracterizada a dúvida quanto à rastreabilidade e integralidade da prova que, sem os registros que certificam como, onde e sob a custódia de quem foi mantida, não comprova sua identidade e autenticidade. Desse modo, resta claro que ao permitir que se rompa a cadeia de custódia, retira-se do acusado o direito de Ampla Defesa e Contraditório. Afinal, como seria possível exercer o direito de contraditar uma prova sob a qual pairam incertezas quanto o percurso percorrido pela fonte de prova até se tornar a prova em questão?

Ainda, entre os instrumentos para possibilitar o exercício da defesa estão a previsão legal de recursos em face de decisões judiciais, direito à ampla produção de provas, como

---

<sup>49</sup> NÚÑEZ, Benigno, 2019, O princípio do contraditório e da ampla defesa. Disponível em <<https://emporiadodireito.com.br/leitura/o-principio-do-contraditorio-e-da-ampla-defesa>> Acessado em 25/07/2022

<sup>50</sup> Art. 312 do Código de Processo Penal – Decreto Lei 3689/1941 - A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova de existência do crime e indícios suficientes da autoria.

<sup>51</sup> Temas...\Badaró



também a obrigação do Estado em fornecer assistência jurídica integral e gratuita, prioritariamente por meio da Defensoria Pública.<sup>52</sup>

### *2.1.6 Princípio da presunção de não culpabilidade*

Há de se destacar que a presunção de inocência é o maior pilar de um Estado Democrático de Direito, uma vez que, conforme esse princípio, nenhum indivíduo poderá ser considerado culpado – e sofrer as consequências – antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória. A Constituição, sem seu artigo 5º, prevê categoricamente que para alguém ser considerado culpado é necessário que a sentença penal condenatória transite em julgado.<sup>53</sup>

Nesse sentido, como o trânsito em julgado reflete uma sentença criminal irrecorrível, o acusado não pode ser considerado culpado e, por conseguinte, não pode sofrer as consequências da condenação, enquanto não houver uma sentença criminal condenatória que não caiba recurso. Deste princípio decorre a regra probatória de que o ônus da prova cabe ao acusador, uma vez que o réu é, desde começo, inocente, até que o acusador prove sua culpa.

### *2.1.7 Princípio da vedação às provas ilícitas*

No nosso sistema processual penal, o julgador não está obrigado a decidir conforme determinada prova aponte, mas pode decidir da forma que entender, desde que fundamente sua decisão em alguma das provas produzidas nos autos do processo.<sup>54</sup>

Em razão disso, às partes é conferido o direito de produzir as provas que entendam necessárias para convencer o Juiz a acatar sua tese. Todavia, esse direito probatório não é ilimitado, encontrando limites nos direitos fundamentais previstos na Constituição. Essa limitação está prevista no artigo 5º da Constituição<sup>55</sup>. A Lei nº 11.690/2008 alterou o Código de Processo Penal, trazendo de modo semelhante em seu artigo 157:

Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas

---

<sup>52</sup> Art. 5º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. LXXIV – o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos;

<sup>53</sup> Art. 5º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. LVII – ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória;

<sup>54</sup> Art. 93 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 – IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação;

<sup>55</sup> Art. 5º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 – são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos;

ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais.

§ 1o São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras.

§ 2o Considera-se fonte independente aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova.

§ 3o Preclusa a decisão de desentranhamento da prova declarada inadmissível, esta será inutilizada por decisão judicial, facultado às partes acompanhar o incidente.

É notório que ambos Código de Processo Penal e Constituição são claros ao dizer que não se admitem no processo as provas que tenham sido obtidas por meios ilícitos. Entretanto, a definição de meios ilícitos pode ser entendida como aqueles meios em que, para a obtenção da prova, um direito fundamental fora violado. Nesse sentido, a Doutrina divide as provas ilegais em provas ilícitas e provas ilegítimas, como será abordado adiante.<sup>56</sup>

Dessa forma, ao impor barreiras à utilização de provas ilícitas no processo penal, o que se pretende é a sobriedade do material probatório que será produzido e valorado, respeitando a Proporcionalidade, o Contraditório, a Ampla defesa e, por conseguinte, o Devido Processo Legal.

Em suma, pode-se desprender que a atividade probatória, sobretudo no processo penal brasileiro, deve ser estruturada por meio de mecanismos que sejam capazes de inibir que direitos e garantias fundamentais sejam violados.

---

<sup>56</sup> LOPES JÚNIOR, Aury. Direito processual penal. 17ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 630

### 3 DAS PROVAS ILÍCITAS, TEORIAS E ASPECTOS GERAIS

#### 3.1 DAS PROVAS ILÍCITAS

As premissas são estabelecidas por intermédio das provas constituídas nos fatos presumidos através das veracidades do que foi apresentado no corpo do processo. Contudo, o magistrado julga decorrente do que foi proposto nas provas para dar sua decisão fundamentada sobre os fatos narrados e comprovados pelas partes do processo. Como o processo criminal é um processo de “conhecimento” (pois se busca a certeza, já que reside incerteza quanto à materialidade do delito e sua autoria), a produção probatória é um instrumento que conduz o Juiz ao alcance da “certeza” necessária para que se possa aplicar o Direito.

Outrossim, é preciso respeitar as prerrogativas encontradas em outro âmbito do direito, em que no seu artigo 369, do Código de Processo Civil, no qual as partes também têm o direito de utilizar todos os meios legais para provar suas alegações, respeitando assim a presunção dos princípios da ampla defesa e do contraditório.

Nos aspectos relacionados ao valor das provas, para Carnelutti:

O valor da prova consiste “ nella sua idoneità a stabilire, secondo lê leggi della natura, l'esistenza del fatto da provare. Questo valore viene raffigurato como il peso della prova sulla bilancia della giustizia onde si parla di prove gravi e di prove lieve per indicame il maggior o minor valore.”

Diante de uma breve análise das provas no processo penal, que aqui está sendo proporcionada a partir dos princípios que devem ser respeitados para a concepção da admissão das provas, esbarramos na Teoria Geral da Prova que é regulada no Título VII CPP, a partir do art. 155, que versa sobre a livre apreciação da prova produzida. Tal expressão consagra a adoção do *sistema do livre convencimento motivado da prova*<sup>57</sup>, em que o Juiz deve valorar a prova produzida da maneira que entender mais conveniente, de acordo com sua análise dos fatos comprovados nos autos.

Assim, o Juiz não está obrigado a conferir determinado “peso” a alguma prova. Para ilustrar: em um processo criminal, mesmo que o acusado confesse o crime, o Juiz não está obrigado a dar a esta prova de confissão um valor absoluto, devendo analisá-la em conjunto

---

<sup>57</sup> Também chamado de princípio da PERSUASÃO RACIONAL, CONVENCIMENTO RACIONAL ou APRECIACÃO FUNDAMENTADA. NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de processo penal e execução penal. 12ª edição. Ed. Forense. Rio de Janeiro, 2015, p.345.

com as demais provas produzidas no processo, de maneira a atribuir a esta prova o valor que reputar pertinente.

São consideradas provas ilícitas aquelas produzidas mediante violação de normas de direito material, sejam normas constitucionais ou legais<sup>58</sup>. A Constituição Federal expressamente prevê a vedação da utilização de provas obtidas por meios ilícitos<sup>59</sup>.

Todavia, por mais que vigore o princípio da inadmissibilidade de provas ilícitas, uma exceção fora incorporada ao ordenamento jurídico por meio do artigo 157, § 1º, do CPP que diz: “São também inadmissíveis as provas provenientes das ilícitas, exceto quando não comprovado o nexo de causalidade entre ambas, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras. (...)” (BRASIL, 1941).

Desse modo, nas circunstâncias do caso concreto em que existirem provas totalmente independentes, sem nexo de causalidade, ou na existência de provas que seriam naturalmente descobertas por outra fonte, essas serão totalmente legais, não podendo ser excluídas do processo pela alegação de ilicitude.

Em síntese, a prova pode ser ilícita por afrontar direta ou indiretamente a Constituição. Para ilustrar, caso ocorra uma interceptação telefônica sem ordem judicial, estaria violando diretamente o art. 5º, XII da Constituição Federal. Não obstante, pode acontecer de a prova ser ilícita por ofender uma norma infraconstitucional, prevista em Lei, cujo fundamento é retirado diretamente da Constituição.

É o caso ilustrativo de um interrogatório em sede judicial sem a presença de um advogado. A norma que consolida a necessidade da presença do advogado não está na Constituição, mas no art. 185 do CPP. Todavia, tal artigo é baseado no princípio da ampla defesa. Dessa maneira, pode-se dizer que quando se afronta o art. 185 do CPP, está sendo violado o próprio princípio da ampla defesa, consagrado no art. 5º, LV da Constituição.

Conforme Grinover define prova ilícita:

Por prova ilícita, em sentido estrito, indicaremos, portanto, a prova colhida infringindo-se normas ou princípios colocados pela Constituição e pelas leis, frequentemente para a proteção das liberdades públicas e dos direitos da personalidade e daquela sua manifestação que é o direito à intimidade.<sup>60</sup>

---

<sup>58</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. Op. Cit., p. 340

<sup>59</sup> Art. 5º (...) LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos; (BRASIL. Constituição, 1988, online).

<sup>60</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. As nulidades no processo penal. 2017. p. 157-158.

Portanto, são provas ilícitas as que foram concebidas através de violação da intimidade, da vida privada, da honra, da imagem, do domicílio, e das comunicações, com exceção dos casos permitidos no inciso XII do artigo 5º da Constituição Federal, a das comunicações telefônicas. Parindo desta premissa, a processualista Ada Pellegrini Grinover discorre como prova ilícita a partir:

A prova colhida com infringência às normas ou princípios estabelecidos pela Constituição e pelas leis, constantemente para a proteção das liberdades públicas e principalmente dos direitos de personalidade e mais especificamente do direito à intimidade.<sup>61</sup>

Conforme Nucci disserta a respeito:

A partir da nova redação conferida ao artigo 157, *caput*, do CPP, soa-nos nítida a inclusão, no termo maior *provas ilícitas*, daquelas que foram produzidas ao arrepio das normas constitucionais ou legais. Logo, infringir a norma constitucional ou *qualquer* lei infraconstitucional (direito material ou processual), pois não fez o referido art. 157 nenhuma distinção, torna a prova *ilícita*. Este é, pois, o gênero e não a espécie.<sup>62</sup>

Ademais, as provas ilícitas por derivação são aquelas provas conseguidas de modo lícito, mas a que a ela se chegou por meio da informação retirada de prova ilicitamente colhida. Ou seja, são aquelas provas que, embora sejam lícitas em sua essência, derivam de uma prova ilícita, razão que dá o nome “provas ilícitas por derivação”.

Por exemplo, uma confissão extraída mediante tortura, que o acusado aponta onde se está o produto do crime, e o objeto é regularmente apreendido. A prova ilícita por derivação fica corrompida pela prova ilícita da qual ela resultou. Este entendimento é o da teoria dos frutos da árvore envenenada (*fruits of the poisonous tree*), criada pela Suprema Corte Americana, conforme a qual o vício da planta se transmite a todos os seus frutos. Contudo, respeitando as premissas de Capez, entende-se:

Quando a prova for vedada, em virtude de ter sido produzida com afronta as normas de direito material, será chamada de ilícita. Desse modo, serão ilícitas todas as provas produzidas mediante a prática de crime ou contravenção, as que violem normas de Direito Civil, Comercial ou Administrativo, bem como aquelas que afrontem princípios constitucionais.<sup>63</sup>

---

<sup>61</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. As nulidades no processo penal. 2017. p. 131.

<sup>62</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. Curso de direito processual penal. 17ª ed. Rio de Janeiro: Forense. 2020. p. 360.

<sup>63</sup> CAPEZ, Fernando. Curso de processo penal. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 387.

Antes do advento da Lei 11.690, que alterou alguns dispositivos do CPP, a utilização desta teoria era baseada no art. 573, § 1º do CPP que elucida: (...) § 1º A nulidade de um ato, uma vez declarada, causará a dos atos que dele diretamente dependam ou sejam consequência.

No entanto, com o surgimento da lei supracitada, o art. 157, § 1º do CPP passou a tratar expressamente da prova ilícita por derivação<sup>64</sup>. Deste modo, em regra toda prova derivada de prova ilícita é inadmissível no processo. Entretanto, existem casos em que a prova, mesmo derivando de outra prova ilícita, poderá ser utilizada. É o caso da fonte independente capaz de conduzir ao objeto de prova<sup>65</sup>.

## 3.2 TEORIAS

### 3.2.1. Teoria da Fonte Independente

A teoria da fonte independente está prevista na legislação no art. 157, §1º, do Código de Processo Penal, contudo a teoria da fonte independente consiste em não contaminar a prova derivada caso ela tenha sido obtida por uma outra fonte lícita. Essa teoria foi concebida pela Corte Americana, a partir do caso de *Murray v. United States* (1988), tendo em vista, em que quando policiais perceberam atividade suspeita de tráfico de drogas em um armazém e entraram ilegalmente, onde foi constatada as drogas.

Todavia, solicitaram um mandado, sem notificar o ocorrido da invasão, fazendo uso somente de outros elementos de prova que já haviam sido colhidos licitamente, a realização da busca depois de autorizada, encontraram a droga. Consequentemente a Corte consolidou o entendimento de que a prova não era ilícita, pois o mandado foi requerido baseado em elementos lícitos e não na entrada ilegal no armazém, partindo deste exemplo para aplicação da respectiva teoria.

### 3.2.2 Teoria da Descoberta Inevitável

A teoria da descoberta inevitável (*inevitable Discovery*) foi elaborada por intermédio do direito norte-americano, e será empregue nos casos em que se tenha a comprovação de que a

---

<sup>64</sup> § 1º São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008) (BRASIL, online)

<sup>65</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. Op. Cit., p. 341

prova seria produzida sem maiores cuidados, através de atividades investigatórias lícitas, independentemente da prova ilícita que a concebeu. A aplicação dessa teoria demanda que os dados sejam concretos e não apenas meramente teóricos, sendo imprescindível a veracidade de dados factuais que comprovem que a evidenciarão aconteceria de qualquer jeito.

A limitação está prevista no art. 157, § 2º CPP, com a seguinte observação: “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”.<sup>66</sup> Sendo assim, pode-se evidenciar que é imprescindível à observação de toda a ordenação para que seja verificada a ilegalidade da prova e o seguinte direito ao desentranhamento.

### 3.2.3 *Sistemas de Valoração da prova*

Os sistemas de valoração da prova apresentam três modalidades para as apreciações mediante o processo de análise das provas. A primeira está sendo relacionado ao sistema da íntima convicção do juiz, em que é concedida total liberdade para o juiz analisar a prova, não havendo necessidade de fundamentação por parte do julgador. Vale lembrar, no Brasil, esse sistema é utilizado somente no tribunal do júri, sem o dever de embasar sua decisão (art. 5º, XXVIII, CF/88), a seguir respaldado:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:  
XXVIII - são assegurados, nos termos da lei:  
a) a proteção às participações individuais em obras coletivas e à reprodução da imagem e voz humanas, inclusive nas atividades desportivas;  
b) o direito de fiscalização do aproveitamento econômico das obras que criarem ou de que participarem aos criadores, aos intérpretes e às respectivas representações sindicais e associativas.<sup>67</sup>

O segundo é conhecido como sistema da prova tarifada ou da certeza moral do legislador. Tal sistema estabelece que determinados “pesos” que cada prova possui serão determinados pela lei, representando um sistema de apreciação bastante rígido<sup>68</sup>. Vale lembrar que este não é admitido no âmbito do Código de Processo Penal, somente em algumas

<sup>66</sup> BRASIL [Decreto-Lei, 1941]. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de processo penal. Rio de Janeiro-RJ. Presidente da República (2022). Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm). Acesso em: 03 mar. 2022.

<sup>67</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 09 out. 2022.

<sup>68</sup> PACELLI, Eugênio. Curso de processo penal. 16ª edição. Ed. Atlas. São Paulo, 2012, p. 330.

possibilidades que a lei ordena. Somente quanto ao estado das pessoas serão observadas as restrições determinadas na lei civil.

Por fim, o terceiro sistema de apreciação, consiste no sistema do livre convencimento motivado ou persuasão racional: é o sistema de apreciação da prova, admitido no Brasil, onde o juiz tem autonomia para decidir conforme o que foi entregue nos autos, tendo a liberdade de excluir qualquer prova desde que suas decisões sejam embasadas, sob pena de vício determinante de nulidade absoluta.

Sabe-se que os elementos informativos, aqueles concebidos em fase pré-processual não são qualificados a embasar uma sentença condenatória, porém, não podem ser totalmente ignorados, podendo se juntar a prova produzida em juízo, podendo ser mais um quesito na concepção da certeza do juiz, conforme expressa o artigo 155, do Código de Processo Penal.<sup>69</sup>

#### 3.2.4 Ônus da Prova

O ônus da prova pode ser compreendido como o encargo conferido a uma das partes referente à produção probatória relativa ao fato por ela alegado<sup>70</sup>. Nesse sentido, a função de provar recai sobre quem está propondo a ação, a fim de provar a autenticidade do fato ocorrido. Assim, nos termos do art. 156, 1ª parte, do CPP: “A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício.” (Redação dada pela lei nº 11.690/08).

Nesse diapasão, fica evidente que a parte que alega um fato deve fazer prova dele. Por conseguinte, cabe ao acusador fazer prova da materialidade e da autoria do delito<sup>71</sup>. Ademais, além do nexos causal, o trabalho da acusação abrange evidenciar os elementos subjetivos, como dolo ou culpa, que devem ser confirmados mediante a realização de uma análise dos elementos objetivos do caso em questão.

Em virtude as questões processuais a respeito do ônus da prova, é preciso ressaltar a importância do mesmo como um estímulo para que as partes efetivamente produzam as provas com base nas afirmações que estão alegando no decorrer do litígio processual. Afinal, o ônus não é uma obrigação, pois uma obrigação descumprida seria considerada um ato contrário ao

---

<sup>69</sup> Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas. (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008) Parágrafo único. Somente quanto ao estado das pessoas serão observadas as restrições estabelecidas na lei civil. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008) (BRASIL, 1941, online).

<sup>70</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. Op. Cit., p. 342

<sup>71</sup> PACELLI, Eugênio. Op. Cit., p. 325



Direito. O ônus, por sua vez, não gera um ato contrário ao Direito quando descumprido, mas representa uma perda de oportunidade à parte que lhe der causa.

No que tange ainda sobre o ônus da prova, a concepção retirada mediante o entendimento de Pietro Perlingieri conceitua ônus como:

O ônus é a situação passiva na qual o titular deve comportar-se não no interesse de outrem, mas sim, próprio. O ônus é definido [...] como obbligo potestativo, no sentido de que o seu titular pode realizá-lo ou não. [...] representa uma situação instrumental para alcançar um resultado útil para o titular.<sup>72</sup>

A definição do ônus da prova da defesa exige que sejam provados os fatos modificativos, impeditivos, extintivos e um eventual alibi. Portanto, verificando em forma de resultado, determinadas hipóteses nas situações em que existe uma dúvida da existência de uma excludente da ilicitude ou em outros casos de uma excludente envolvendo a culpabilidade, cabe ao magistrado deferir a absolvição do réu.

### 3.3 DIFERENÇA ENTRE PROVA ILÍCITA E PROVA ILEGÍTIMA

No que tange às diferenças das provas ilícitas e ilegítimas, o foco recai sobre o caráter das normas a serem violadas, conforme discorre Grinover:

A prova é *ilegal* sempre que sua obtenção qualifique violação de normas legais ou de princípios gerais do ordenamento, de natureza processual ou material. Quando a proibição for imposta por uma lei processual, a prova será *ilegítima* (ou ilegítimamente produzida); quando a proibição for de natureza material, a prova será *ilicitamente obtida*.<sup>73</sup>

Considera-se a prova ilegal como gênero, do qual são espécies a prova ilegítima, que infringe a norma processual e a prova ilícita que viola princípio constitucional. Assim sendo, provas ilegítimas são aquelas obtidas mediante violação a normas de caráter eminentemente processual, sem que haja nenhum reflexo de violação a normas constitucionais.

Entretanto, no decorrer do entendimento de Gomes, o doutrinador define a prova ilegítima como “prova ilegítima é a que viola regra de direito processual no momento de sua obtenção em juízo (ou seja: no momento em que é produzida no processo)”.

<sup>72</sup> PERLINGIERI, Pietro. O direito civil na legalidade constitucional. Trad. Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar. 2015. p. 111.

<sup>73</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. As nulidades no processo penal. 2017. p. 189.

De suma importância evidenciar sobre o entendimento do doutrinador Alexandre de Moraes, que define a seguinte diferença entre os dois:

As provas ilícitas não se confundem com as provas ilegais e as ilegítimas. Enquanto, conforme já analisado, 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<sup>74</sup>

A distinção dos momentos é que configuram a constituição da ilegalidade dessas duas espécies de provas. Na prova ilegítima, a sua violação sempre acontece na fase interna do processo, ela passa a existir no momento em que é produzida e agregada aos autos; já a prova ilícita é estabelecida de forma externa, se dando antes da formação, ou junto ao processo, sendo que a violação acontece no momento de sua coleta. A obtenção da prova acontece fora do processo (prova ilícita) e a produção se dá por meio de um ato processual (prova ilegítima).

Outra distinção sobre as medidas que devem ser tomadas quando estas provas aparecem nos autos. Existem diferentes consequências processuais a depender se houve o reconhecimento da ilegalidade ou ilicitude da prova. Nesse sentido, válido mencionar que as provas ilícitas devem ser excluídas do processo, como estabelece o artigo 5º, LVI, da Constituição Federal, enquanto o artigo 573 do Código de Processo Penal determina a nulidade das provas ilegítimas, podendo o juiz determinar uma nova produção.

### 3.4 SUPRESSÃO DA PROVA ILÍCITA

A doutrina e a jurisprudência de vários países têm oscilado no que diz respeito à admissibilidade processual das provas ilícitas. Inicialmente era admitida a prova relevante e pertinente que indicasse a punição do responsável pelo ato ilícito nos âmbitos do direito penal, civil ou até mesmo no administrativo ocorrido na obtenção ilegal da prova. Posteriormente, chegou-se à conclusão de que a prova colhida de formas ilícitas deveria ser desentranhada do processo, por mais relevantes que sejam os fatos por ela apreciados, uma vez que se reputa a ela ao conceito de inconstitucionalidade, por infringir normas ou princípios constitucionais – como, por exemplo, a intimidade, o sigilo das comunicações, a inviolabilidade de domicílio, a própria integridade e dignidade da pessoa.

---

<sup>74</sup> MORAES, Alexandre de. Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional. 2ª ed. - São Paulo: Editora Atlas, 2003. p. 117.

A teoria da *exclusionary rule*, ou “princípio da exclusão”, correspondente à nossa teoria pátria da inadmissibilidade das provas ilícitas, emergiu no processo penal dos Estados Unidos da América. Nessa toada, em 1914, no caso *Weeks versus United States*, a Suprema Corte norte-americana definiu que o “princípio da exclusão” era cabível aos processos federais. Nesse caso específico, àquela Corte Suprema decidiu que prova violadora da IV Emenda por “policiais federais” seria excluída de um processo federal.

Diversas cortes estaduais daquele País rejeitaram esta teoria, impedindo que a *exclusionary rule* fosse utilizada aos processos estaduais. Em 1961, no caso *Mapp v. Ohio*, aquela Suprema Corte estendeu o “princípio da exclusão” aos processos estaduais, caso em que foi afirmado que toda prova colhida por meio de buscas e apreensões (e prisões) com desobediência da Constituição é inadmissível numa corte estadual.

Segundo Feitoza, a justificação primária para o “princípio da exclusão”, no caso *Weeks v. U.S.* foi a necessidade de impedir a confirmação judicial de ações inconstitucionais da polícia. As cortes não poderiam tornar-se cúmplices da desobediência intencional da Constituição. A exclusão da prova ilícita protege as pessoas e toda a sociedade, uma vez que o governo não poderá fazer justiça partindo de uma conduta ilícita. Por conseguinte, reduz-se o risco de prejudicar a confiança popular no governo e a fortalecer a segurança jurídica. O entendimento majoritário posterior deu menor peso ao fundamento da “integridade judicial” e mais peso ao afastamento da ideia de justiça a qualquer custo.

O objetivo da teoria da exclusão é a de prevenir a conduta policial ilícita, impondo a necessidade de respeito às garantias constitucionais como meio de legitimar o processo criminal. Portanto, pode-se afirmar que não há processo legítimo em caso de vícios de legalidade nas provas que são seu fundamento de legitimidade.

A inadmissibilidade das provas ilícitas no processo penal, mais que uma garantia constitucional, é um “remédio jurídico” criado judicialmente com o objetivo de proteger as garantias constitucionais. Dessa forma, se trata da “garantia das garantias”, a qual resguarda os direitos do cidadão frente ao poder punitivo do estado. Diferentemente do que acontece com as provas ilícitas, em que as circunstâncias e dos crimes podem implicar a sua utilização, no que tange às provas ilegítimas, o critério para definição de sua utilização ou não será outro.

Para que se defina se a prova obtida ou produzida mediante violação de norma de caráter processual seja utilizada ou não, deve-se distinguir quanto ao caráter das normas processuais violadas. A prova decorrente de violação à norma processual de caráter absoluto jamais poderá ser usada no processo, uma vez que afeta questões de ordem pública. Por outro lado, a prova decorrente de violação à norma processual de caráter relativo representa uma nulidade relativa

e, por conseguinte, poderá ser utilizada, desde que não tenha ocorrido impugnação quanto a sua ilegalidade, ou se a irregularidade tenha sido sanada.

## 4 QUEBRA DA CADEIA DE CUSTÓDIA DA PROVA: ILICITUDE PROBATÓRIA?

### 4.1 A CADEIA DE CUSTÓDIA NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

A cadeia de custódia se apresenta como um instrumento que busca garantir a integridade e a credibilidade da prova. Todavia, não se limita a tal função, na medida em que também envolve o exercício do contraditório e o conteúdo da decisão judicial, uma vez que as partes devem sustentar suas hipóteses com base em provas íntegras, assim como o juiz necessita decidir com fulcro em provas justas.

No mesmo sentido, é possível entender cadeia de custódia como a sucessão encadeada de indivíduos que estiveram em contato com o objeto de prova, desde a identificação, até a utilização em juízo<sup>75</sup>. Conforme Carlos Edinger, a cadeia de custódia visa garantir a rastreabilidade da prova para estabelecer bases firmes para a argumentação jurídica, representando um instrumento de regulamentação da atividade probatória e, por conseguinte, um constrangimento epistemológico<sup>76</sup>.

Em outras palavras, Claudemir Rodrigues Dias Filho justifica o instituto da cadeia de custódia quando defende:

Conclui-se que a prova material presente na corte judiciária deve estar revestida de idoneidade e licitude, ainda que submetida a uma série de procedimentos técnicos ou pelas mãos de algumas pessoas. Genericamente, tais características são presumidas no processo, quando deveriam ser documentadas. Eis o primeiro elemento da cadeia de custódia: o *registro documental*.<sup>77</sup>

As mudanças introduzidas pelo chamado "Pacote Anticrime" (Lei 13.964 / 2019) trouxeram uma regulamentação mais detalhada e até inédita do Código de Processo Penal sobre os procedimentos de documentação e preservação da cadeia de custódia das provas. Através do artigo 158-A do CPP, o legislador listou algumas ações específicas que devem ser aderidas pelos agentes que têm contato com qualquer vestígio importante à investigação penal e ao

---

<sup>75</sup> BADARÓ, Gustavo. A Cadeia de Custódia e sua relevância para a prova penal. In: SIDI, Ricardo; LOPES, Anderson N. Temas atuais da investigação preliminar no processo penal. Belo Horizonte: DPlácido, 2018, p. 524.

<sup>76</sup> EDINGER, Carlos. Cadeia De Custódia, Rastreabilidade Probatória. Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 120, (MAIO-JUNHO,2016) p.2.

<sup>77</sup> DIAS FILHO, Claudemir Rodrigues. Cadeia de custódia: do local de crime ao trânsito em julgado; do vestígio à evidência. Revista dos Tribunais, São Paulo, v.98, n.883, p. 444-445, maio 2009.

processo. Inclui-se aí, incluindo a necessidade de e preservar toda a cronologia do vestígio reunido, seguido por regras para manipulá-lo adequadamente, até o descarte correto.<sup>78</sup>

No artigo 158-B do CPP, há uma norma que indica as etapas que devem ser seguidas pelos agentes de segurança pública para garantir a documentação adequada da cadeia de custódia. São elas, na ordem: o reconhecimento, o isolamento, a fixação (descrição do vestígio e sua posição original no local de coleta encontrado), a coleta, o acondicionamento, o transporte, o recebimento (como será depositado este vestígio na Central de Custódia do órgão investigativo e qual a forma de registro deste ato), o processamento (exame pericial propriamente dito), armazenamento (apontando a necessidade guardar este material enquanto tiver utilidade para o processo, inclusive para possível contraprova e, por último, o descarte e suas disposições mínimas.<sup>79</sup>

No artigo 158-C do CPP, o texto processual sugere que a coleta e análise dos vestígios devem ser realizadas por um perito oficial, embora não afirme isso como uma obrigação, mas sim como uma preferência. Enquanto isso, o artigo 158-D ressalta a relevância dos recipientes para guardar vestígios, tendo em vista a necessidade de se atentar às especificações do elemento prova obtido e sua colocação em um recipiente apropriado e devidamente identificado, sobretudo no que tange aos indivíduos que o manusearam.<sup>80</sup>

Finalmente, os artigos 158-E e 158-F do CPP instituem a figura da central de custódia, um órgão que deve se apresentar em todos os institutos públicos de perícia, detalhando procedimentos para o armazenamento e outros elementos referentes ao registro e protocolo dos materiais sob guarda desses institutos, além disso abordam assuntos relevantes quanto à forma de manipular e retirar os materiais pelas pessoas que fazem parte do respectivo órgão de perícia.

Assim, como foi possível perceber, as recentes mudanças no Código de Processo Penal procuram regular de maneira mínima todo o procedimento relativo à documentação e preservação da cadeia de custódia da prova. No entanto, dois pontos importantes que não foram abordados pela norma chamam a atenção e gerem discussões acaloradas entre doutrinadores:

---

<sup>78</sup> BRASIL. Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/lei/113964.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/113964.htm)> Acesso em: 18 out. 2022.

<sup>79</sup> BRASIL. Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/lei/113964.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/113964.htm)> Acesso em: 18 out. 2022.

<sup>80</sup> BRASIL. Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/lei/113964.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/113964.htm)> Acesso em: 18 out. 2022.

como interpretar o termo “vestígio”<sup>81</sup> e qual o efeito proveniente da chamada quebra da cadeia de custódia da prova.

A quebra da cadeia de custódia da prova pode ter diversos impactos na garantia da integridade e mesmidade das mesmas. A perda ou alteração dos dados contidos nas provas podem comprometer todo o processo, prejudicando as partes envolvidas. Além disso, a quebra da cadeia de custódia também pode ser considerada como uma violação às regras do processo e, portanto, é preciso observar a questão da ilicitude.

#### 4.2 ADMISSÃO DA PROVA ILÍCITA

A mesma Constituição Federal que elucida sobre a vedação das provas ilícitas também estipula diversos princípios de produções probatórias ou garantias individuais que, paradoxalmente, colidem entre si. Partindo dessa premissa, faz-se necessário atentar para a importância para ponderação entre as legislações e os princípios norteadores. A priori, está ponderação é realizada por intermédio do princípio da proporcionalidade que, além dos entendimentos doutrinários e jurisprudenciais correspondentes a cada caso, permite a análise e a ponderação sobre quais dos valores e os preceitos serão defendidos.

Vale destacar que a base do sistema jurídico defende a concepção do uso da prova ilícita a favor do réu. Isto se deve em razão da existência de forte entendimento<sup>82</sup> no sentido de que a prova, ainda que seja ilícita, caso seja a única prova que possa conduzir à absolvição do réu, ou até mesmo comprovar fato importante para sua defesa, em razão do princípio da proporcionalidade, deverá ser utilizada no processo. Portanto, essa possibilidade provém da aplicação do princípio da proporcionalidade, uma vez que o processo penal tem o objetivo de determinar garantias para o acusado, sendo um conjunto de regras protetivas do réu, de modo a buscar dirimir arbitrariedades da pretensão punitiva.

A (i)legalidade das provas não pode prevalecer sobre garantias e direitos individuais. Não se pode vedar totalmente as provas ilícitas, que são um direito do acusado para provar sua inocência frente às acusações sofridas. Nesse sentido, é correto interpretar que as provas ilícitas, quando presentes os requisitos, poderão ser aceitas em favor do réu. Assim, é preciso esclarecer que a prova não passa a ser considerada lícita, mas excepcionalmente será utilizável *pro reo*, e não *pro societate*.

---

<sup>81</sup> Art. 158A, § 3º. Vestígio é todo objeto ou material bruto, visível ou latente, constatado ou recolhido, que se relaciona à infração penal (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019).

<sup>82</sup> PACELLI, Eugênio. Op. Cit., p. 320.

Há um consenso no ordenamento jurídico sobre a aplicação do princípio da proporcionalidade para que seja aceita a prova ilícita a favor do réu no processo penal. Há possibilidade de aplicação do princípio, pois existem os direitos fundamentais conflitantes no caso concreto: de um lado, o direito que indivíduo tem à sua liberdade; de outro, o direito que foi violado ao se produzir a prova.

Respeitados os requisitos da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido absoluto, o direito à liberdade deve sobre valer e, quando existir uma prova ilícita que valide a sua inocência, deverá esta ser aceita no processo. Deve ser afastada a ilicitude da prova quando for apresentada pelo acusado sob estado de necessidade, quando a necessidade de valer o seu direito à liberdade faz com que o acusado sacrifique o direito que fora violado ao colher a prova.

Nota-se que, de forma costumeira as provas obtidas por intermédio de meios ilícitos não são admissíveis no processo penal brasileiro, podendo assim elas serem contrárias tanto às normas do direito material quanto do direito processual. Todavia, diante de todo o exposto no teor do estudo, é notável a afirmação que existe margem para se admitir provas ilícitas no processo penal brasileiro.

A permissividade da ilicitude de provas decorre da possibilidade de admitir as provas por meios ilícitos em favor do acusado partindo do pressuposto de que é inaceitável a condenação de alguém que consegue provar a sua inocência, mesmo que seja através de provas que possuam essência ilícita. Em contrapartida, é importante ressaltar que não são todos os tipos de provas aceitas em favor do réu, não se tratando de uma “carta em branco” para meios ilícitos de se provar um fato. Ou seja, um réu não pode recorrer ao absurdo de torturar alguém para provar sua inocência.

Respeitando a concepção do entendimento do enquadramento das provas ilícitas de Rangel<sup>83</sup>, “é admissível a prova obtida com aparente infringência à lei, desde que tenha a finalidade de provar a inocência do réu, pois seria absurda a condenação de um acusado que, tendo provas de sua inocência, não seriam aceitar apenas porque foram obtidas em desacordo com a lei”.

No cenário de utilização da prova ilícita pro reo, o valor em questão é a dignidade da pessoa humana do réu, injustamente acusado de um crime, que corre o risco de perder sua liberdade pela apreciação errada dos fatos na atividade jurisdicional. A favor da admissão da prova ilícita pro reo se tem a ponderação da garantia constitucional da ampla defesa e a configuração da situação de estado de necessidade do réu.

---

<sup>83</sup> RANGEL, Paulo. Direito Processual Penal. 11a ed. rev., ampl. e atual. – Rio de Janeiro: ed Lumen Juris. 2009. p. 397.



A prova colhida com a violação de direitos fundamentais deve ser aceita pelo órgão julgador com base na aplicação do princípio da proporcionalidade, desde que se destine a provar a inocência do réu, seja a única forma que possui para demonstrar sua não culpabilidade e desde que respeitada a proporcionalidade do bem lesado com o bem a ser protegido.

Todavia, na admissão de provas ilícitas *pro reo*, há a consideração de interesses própria da proporcionalidade. O princípio da proporcionalidade legitima o ato violador de direito substantivo, de forma que a prova colhida não é ilícita, mesmo que formalmente viole uma norma jurídica.<sup>84</sup>

A parte *pro reo* propõe a aceitação da prova ilícita quando apresentada pelo acusado, por precaução, com o escopo de futuramente demonstrar sua inocência. O princípio favor réu determina a obrigação de empregar a direção mais benéfica ao acusado quando houver qualquer dúvida de interpretação no âmbito do processo penal, porque não convêm ao Estado deixar impune o real culpado e punir um inocente. Todos possuem o direito de provar sua inocência, mesmo que seja necessário fazer uso de uma prova obtida por meio ilícito, pois a sua dignidade e liberdade são valores pétreos para a legislação pátria.

Sobre a admissibilidade das provas ilícitas, Mendonça traz a apontamentos que refletem questões direcionadas, a seguir:

A admissibilidade das provas ilícitas dentro do contexto processual com o objetivo de instruir o processo e influenciar a decisão final, diante dos valores da personalidade e dignidade humana resulta de um grande drama processual, onde renomados juristas se debruçam em busca de uma solução, devendo-se, para tanto, delinear os limites, tendo por base a interpretação axiológica do texto constitucional.<sup>85</sup>

A norma constitucional que veda a utilização no processo de provas obtidas por meios ilícitos limita a atuação ao direito de punir do Estado. Nessa seara, Lima discorre:

Entende-se que o direito de defesa (CF, art. 5º, LV) e o princípio da presunção de inocência (CF, art. 5º, LVIII) devem preponderar no confronto com o direito de punir. De fato, seria inadmissível que alguém fosse condenado injustamente pelo simples fato de sua inocência ter sido comprovada por meio de uma prova obtida por meios ilícitos. Noutro giro, ao Estado não pode interessar a punição de um inocente, o que poderia acarretar a impunidade do verdadeiro culpado.<sup>86</sup>

---

<sup>84</sup> ÁVILA, Thiago André Pierobom de. Provas ilícitas e proporcionalidade. Rio de Janeiro: Lúmen Júris Editora, 2007. p. 205.

<sup>85</sup> MENDONÇA, Rachel Pinheiro de Andrade. Provas ilícitas: limites à ilicitude probatória. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 43.

<sup>86</sup> LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de processo penal: volume único. 4ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 863.

Importante evidenciar aspectos que envolvem o princípio da inadmissibilidade das provas ilícitas não é ilimitado, já que encontra barreiras principiológicas como o direito de defesa e da presunção de inocência. Assim sendo, o princípio da proporcionalidade figura como proteção dos direitos e garantias fundamentais elencados na constituição da república federal, uma vez que, por meio da proporcionalidade, se pondera qual princípio deve ser preponderante diante das circunstâncias. Logo, compreende-se que a aplicação do princípio da proporcionalidade deve ser empregue pelo magistrado, que analisará qual direito deve ser protegido no caso concreto, de forma a admitir a prova ilícita tanto para o réu como para a sociedade.

A Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1748161, do Estado do Acre, julgado no dia 13 de novembro de 2018, tendo como relator o Ministro Jorge Mussi, determinou que é ilícita a prova obtida por intermédio de utilização de dados de aparelho celular formas que são colhidas por policiais na circunstância em que acontece a prisão em flagrante, sem ter autorização judicial para realizar este ato.

Nessa mesma corrente, existe um entendimento da jurisprudência a respeito do tema em questão:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. PROVAS. OBTENÇÃO. DADOS CONSTANTES DE APARELHO CELULAR. AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. AUSÊNCIA. APREENSÃO NO MOMENTO DO FLAGRANTE. ILICITUDE. DENÚNCIA. REJEIÇÃO. BRASIL (STJ, AgRg no REsp 1748161/AC, 2018).

A sexta turma do Superior Tribunal de Justiça decidiu no Habeas Corpus nº 89385, julgado dia 28 de agosto de 2018, com ministro relator Rogério Schietti Cruz, deliberou que é ilícito a polícia, sem autorização judicial, acessar diretamente o dispositivo do suspeito:

RECURSO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. NULIDADE DA PROVA. CONFIGURAÇÃO. ACESSO A DADOS DE TELEFONE CELULAR. AUSÊNCIA DE (AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. SENTENÇA CASSADA. DIREITO DE RESPONDER À AÇÃO PENAL EM LIBERDADE. CONCESSÃO. RECURSO PROVIDO. BRASIL (STJ, RHC 89385/SP, 2018).

Portanto, conclui-se que o policial sem autorização judicial não pode acessar o celular do suspeito em casos de flagrante delito ou busca pessoal, sob pena de ser considerados prova ilícita.

Nesse caminho, tanto a vedação constitucional à aceitação da prova ilícita como também à prova ilícita por derivação encontra exceções nos casos em que a sua observância inflexível

leve a lesão de um direito fundamental ainda mais importante. Como exemplo ilustrativo, temos a interceptação telefônica autorizada por ordem judicial, considerada pelo legislador constituinte de 1988, no artigo 5º da Carta Magna, que limita sua hipótese de admissibilidade probatória para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.

Nos casos em a decisão jurisdicional definitiva se basear nas provas colhidas pela realização do devido processo legal, respeitando todos os direitos e garantias constitucionais, ou seja, nas provas lícitas que não ferem o direito material e aos postulados contidos na Carta Política, então, ao juiz cabe o prudente arbítrio, o “caminho do meio”. Nesse sentido, ao julgador cabe, também, examinar a aceitação da aplicação da teoria da proporcionalidade para equilibrar a rigidez da inadmissibilidade da prova ilícita.

Contanto, é possível afirmar que a inadmissibilidade das provas ilícitas, no processo penal, representa um princípio, cuja importância consiste na limitação que ele impõe. Porém, assim como os outros princípios constitucionais existentes no ordenamento jurídico brasileiro, não possui caráter absoluto. Além disso, nada impede que exista situações atípicas em que tal princípio entre em confronto com outros princípios de igual importância, assim como o da verdade real.

Nesses casos, para atingir um processo penal funcional, é preciso ponderar qual princípio deve prevalecer no caso em questão, para que tal análise não seja feita de forma arbitrária e desproporcional, é possível fazer uso da máxima da proporcionalidade e seus respectivos filtros, necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito.

Nesse sentido, Alexy retrata sobre aplicação:

Desse modo, perante a aplicação criteriosa atribuída por tal princípio, é possível que haja a regulação de casos concretos onde a vedação das provas ilícitas seja relativizada, com o objetivo de garantir, não só a sua admissibilidade, mas a funcionalidade do processo penal.<sup>87</sup>

O meio utilizado para a colheita de prova deve ser lícito e legalmente idôneo para cumprir com a finalidade processual pretendida.

O Supremo Tribunal Federal antes da promulgação da Constituição Federal de 1988, não aceitava as provas ilicitamente colhidas, eis que entendia pela sua inadmissibilidade, dando, assim, cumprimento ao que traria, na sequência, o texto constitucional vigente. Há defensores da doutrina, a favor da admissibilidade das provas ilícitas, com o entendimento de que o que vale é o fim desejado e não o meio utilizado para a busca desse resultado. Há também uma tese

---

<sup>87</sup> ALEXY, R. Teoria do Direitos Fundamentais. Tradução: Vigílio Afonso da Silva. 2º ed. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 669.

intermediária, a qual engloba o equilíbrio e a razoabilidade na avaliação de cada caso concreto, por meio da teoria da proporcionalidade.

Nesta mesma linha, está disposta à necessidade de se considerar a inadmissibilidade das provas ilícitas por derivação, das provas consideradas em si mesmas lícitas, porém que tenham chegado ao processo por intermédio de informação conseguida por meio de prova ilicitamente obtida. Nesse sentido, Lima discorre:

O precedente que originou a construção do conceito de prova ilícita por derivação está ligado ao caso *SILVERTHORNE LUMBER CO v. US*, de 1920, em que a Suprema Corte norte-americana reputou inválida uma intimação que tinha sido expedida com base numa informação obtida por meio de uma busca ilegal. A acusação não poderia usar no processo a prova obtida diretamente da busca ilegal, nem a prova obtida indiretamente por meio da intimação baseada nessa busca. Posteriormente no caso *NARDONE v. US* (1939), foi cunhada a teoria dos frutos da árvore envenenada [...].<sup>88</sup>

Observa-se a causa de nulidade que rege sobre o assunto. Nesse mesmo sentido, importante ressaltar acerca da prova ilícita por derivação que é aquela que mesmo sendo lícita, foi colhida de meio ilícito, estas não são aceitas no processo também. Nesse contexto, há o entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre o tema:

A doutrina da ilicitude por derivação (teoria dos frutos árvore envenenada) repudia, por constitucionalmente inadmissíveis, os meios probatórios, que, não obstante produzidos, validamente, em momento ulterior, acham-se afetados, no entanto, pelo vício (gravíssimo) da ilicitude originária, que a eles se transmite, contaminando-os, por efeito da repercussão causal. Hipótese em que os novos dados probatórios somente foram conhecidos, pelo Poder Público, em razão de anterior transgressão praticada, originariamente, pelos agentes estatais, que desrespeitam a garantia constitucional da inviolabilidade domiciliar. – Revelam-se inadmissíveis, desse modo, em decorrência da ilicitude por derivação, os elementos probatórios a que os órgãos estatais somente tiveram acesso em razão da prova originariamente ilícita, obtida como resultado da transgressão, por agentes públicos, de direitos e garantias constitucionais e legais, cuja eficácia condicionante, no plano do ordenamento positivo brasileiro, traduz significativa limitação de ordem jurídica ao poder do Estado em face dos cidadãos. – Se, no entanto, o órgão da persecução penal demonstrar que obteve, legitimamente, novos elementos de informação a partir de uma fonte autônoma de prova – que não guarde qualquer relação de dependência nem decorra da prova originariamente ilícita, com esta não mantendo vinculação causal –, tais dados probatórios revelar-se-ão plenamente admissíveis, porque não contaminados pela mácula da ilicitude originária” (STF, HC n. 93.050/RJ, 2.ª turma, Rel. Min. Celso de Mello, DJU 10/06/2008).

Com base nos pressupostos direcionados a aplicação das provas, vale-se respaldar que existem duas teorias acerca das provas, uma delas refere-se à teoria da fonte independente e a outra sobre a descoberta inevitável de prova, especificadas anteriormente.

---

<sup>88</sup> LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de processo penal: volume único. 4ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 842.

#### 4.3 A QUEBRA DA CADEIA DE CUSTÓDIA DA PROVA: ILICITUDE PROBATÓRIA?

O primeiro dos problemas existentes na lei é apontado por Badaró, e diz respeito à limitação dos procedimentos da cadeia de custódia à prova pericial. Embora a maior parte das questões da cadeia de custódia esteja realmente relacionada à prova pericial ou técnico-científica, não se pode negar que os avanços nos instrumentos informacionais trazem debates relevantes sobre o tema. Um dos aspectos mais importantes é justamente na prova documental. É claro que a maior parte do contato não acontece através de documentos físicos e escritos - como era entendido pelas compreensões clássicas da processualística -, mas sim através de mensagens, sons e imagens originados por meios eletrônicos, como computadores ou smartphones.<sup>89</sup>

Tal redução nos "documentos em papel" levanta a questão da força probatória dos documentos, que até então era baseada na sua autoria - se é público ou privado - ou sua natureza - se é direta (como cópias mecânicas) ou indireta (como representações simbólicas). O aspecto crucial, portanto, está na autenticidade dos supracitados documentos, especialmente diante das inúmeras possibilidades de modificações fisiológicas ou patológicas a que uma prova documental pode ser submetida atualmente.<sup>90</sup>

Ao contrário do que costumava ser habitual na teoria processual, particularmente no processo penal, a força probante de um documento não é demonstrada como de natureza superior a qualquer outro instrumento probatório, visivelmente porque não se consegue mais apontar uma rigidez de conteúdo impassível à modificação posterior que esta prova possa ter sofrido no percurso, mesmo que isso ocorra de maneira imprudente. E isso independe da pessoa que a produziu. Um documento público produzido descuidadamente não terá maior segurança na procura da verdade - do que um documento privado edificado sob estritas regras de autenticação, pelo contrário.

Dessa forma, antes de se indagar quem produziu um determinado documento, é preciso pensar na medida que se consegue compreender o "processo" da criação, geração e até modificação desse documento como algo sólido e seguro. Ou seja, analisando com cautela a maneira com que os dados são inseridos ou apagados pelas ações naturais do processamento de geração do documento, para ter uma noção de seu rigor e confiabilidade. Isto porque nenhuma diferença relevante - para fins epistêmicos - existe entre um documento alterado

---

<sup>89</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. 8. ed. São Paulo: Ed. RT, 2020. p. 505.

<sup>90</sup> MARQUES, José Frederico. *Manual de direito processual civil*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1985. v. 2, p. 209.

patologicamente ou fisiologicamente, à medida que ambos impedem confiança no conteúdo presente.<sup>91</sup>

E o processo de verificação e compreensão dos métodos usados para criar um documento é, acima de tudo, dependente da cadeia de custódia da informação que ele contém. É preciso questionar se o documento pode ser modificado, se as eventuais modificações são registradas e quem tem permissão para fazer essas alterações no conteúdo, permitindo assim rastrear os agentes que acessaram e manipularam o documento. Também é importante ter acesso à informação completa, superando a concepção de presunção de veracidade que existe em relação a documentos com análises realizadas por máquinas, testemunhos leigos ou especialistas ou dados agregados (como pode ser o caso de um documento gerado por uma máquina com base em ações humanas).<sup>92</sup>

Além de permitir o contraditório em relação ao conteúdo em si, os procedimentos de preservação e documentação da cadeia de custódia da prova viabilizam que as partes possam entender toda a lógica empregada pela fonte (seja ela humana, uma máquina ou de informações agregadas) que gerou aquele documento. Isso inclui quaisquer informações inseridas, ignoradas e qual o tamanho do material examinado - dando às partes um conhecimento completo do funcionamento e do processo de geração dos documentos. Tal importância é ainda maior quando se lida com uma prova irrepetível, produzida unilateralmente; pois a outra parte não terá acesso àquela informação na hora em que ela é elaborada e não será capaz de reproduzir as condições primárias nas quais aquela evidência foi criada.

A título de exemplificação desta questão, alguns casos podem ser visualizados na jurisprudência brasileira. O primeiro refere-se às interceptações telefônicas, como é entendido pela Lei 9.296/96<sup>93</sup>, a interceptação telefônica é um método probatório utilizado em situações de exceção nas quais os meios de prova habituais ou corriqueiros são insuficientes ou já se esgotaram, sendo basicamente a captura das comunicações telefônicas (bem como de dados e telecomunicações) por um terceiro sem que os usuários estejam cientes disto. Também pertence à abrangência da norma denominada escuta telefônica, na qual a captura realizada pelo terceiro se realiza com o conhecimento de pelo menos um dos interlocutores.<sup>94</sup>

---

<sup>91</sup> RAMOS, Vitor de Paula. Prova documental: do documento aos documentos. Do suporte à informação. Salvador: JusPodivm, 2021. p. 119.

<sup>92</sup> RAMOS, Vitor de Paula. Prova documental: do documento aos documentos. Do suporte à informação. Salvador: JusPodivm, 2021. p. 120.

<sup>93</sup> BRASIL. Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996. Regulamenta o inciso XII, parte final, do art. 5º da Constituição Federal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19296.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19296.htm)> Acesso em: 20 out. 2022.

<sup>94</sup> GOMES, Luiz Flávio; MACIEL, Sílvio. Interceptação telefônica e das comunicações de dados e telemáticas – Comentários à Lei 9.296/1996. 4. ed. São Paulo: Ed. RT, 2018. p. 107.

Em situações como essa, a lei determina que o investigador, geralmente um policial, apresente um relatório circunstanciado no final das diligências, onde deve sintetizar tudo o que foi realizado e incluir transcrições dos diálogos importantes. No entanto, existe um ponto preocupante na preservação das gravações e no processo de captura delas. A legislação somente exige o relatório e o auto circunstanciado - sobre o qual recairá o chamado contraditório diferido - mas não fala nada sobre como tais comunicações devem ser interceptadas, muito menos sobre a disponibilização (ou mesmo transcrição) de todas as comunicações interceptadas à defesa, propiciando, assim, problemas na idoneidade da prova.<sup>95</sup>

Quando não existe um procedimento legal próprio de como deve ser obtida a prova, tal como é o caso da interceptação telefônica, claramente se trata de um meio atípico de prova, cuja regulamentação - conforme é mencionado na própria lei - acaba sendo decidida pelas autoridades judiciais. Esses vazios procedimentais tornam complexo compreender exatamente como uma interceptação telefônica gera essas informações e quais os mecanismos envolvidos nesse processo. Ao final das contas, tudo se resume à escolha unilateral das autoridades responsáveis por investigar os elementos que irão compor as informações trazidas a esse processo penal; prejudicando assim o exercício legítimo do contraditório e do devido processo legal. Pois essa prática obsta que as partes (sobretudo diante da irrepetibilidade da prova) tenham conhecimento efetivo além do conteúdo em si da informação.<sup>96</sup>

Almejando minimizar os danos provocados pela unilateralidade de informações obtidas por meio de diálogos registrados, o Superior Tribunal de Justiça começou a ter compreensão que tornar disponível todo o material interceptado faz parte dos procedimentos para preservar e documentar a cadeia de custódia da prova, sendo crucial para o devido processo legal. No Recurso Especial 1.795.341/RS<sup>97</sup>, que teve Nefi Cordeiro como relator, o Superior Tribunal de Justiça apresentou diversos aspectos relevantes sobre o assunto. Em suma, o caso tratava do acesso da defesa à totalidade das interceptações telefônicas, numa situação em que as autoridades policiais de maneira unilateral selecionaram conversas que compreenderam importantes ao processo penal, sendo extraviado o restante dos diálogos gravados, restringindo, assim, o acesso da defesa à integralidade do que foi coletado. Além disso, no caso concreto em

---

<sup>95</sup> GOMES, Luiz Flávio; MACIEL, Silvío. Interceptação telefônica e das comunicações de dados e telemáticas – Comentários à Lei 9.296/1996. 4. ed. São Paulo: Ed. RT, 2018. p. 108.

<sup>96</sup> SANTORO, Antonio Eduardo Ramires; TAVARES, Natália Lucero Frias; GOMES, Jefferson de Carvalho. O protagonismo dos sistemas de tecnologia da informação na interceptação telefônica: a importância da cadeia de custódia. Revista Brasileira de Direito Processual Penal, Porto Alegre, v. 3, n. 2, 2017. p. 615.

<sup>97</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp: 1795341 RS 2018/0251111-5, Relator: Ministro Nefi Cordeiro. Data de Julgamento: 07/05/2019, T6 – Sexta Turma. Data de Publicação: DJe 14/05/2019. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/709372796/relatorio-e-voto-709372848>. Acesso em: 20 out. 2022.

questão, os áudios presentes no processo eram descontinuados e sem nenhuma ordenação lógica, possuindo diversos trechos omitidos também.

Segundo o Tribunal, é indispensável para a defesa ter acesso ao histórico completo e ao conteúdo dos diálogos interceptados, de forma a conhecer o contexto total no qual foram obtidas - sobretudo sob o ponto de vista da pertinência probatória. Isso porque um completo exame do material poderia revelar provas do interesse da defesa - incluindo uma eventual modificação da ordem das conversas, o que poderia ter como consequência uma alteração no contexto.<sup>98</sup>

Na ausência de acesso pela parte contrária, a prova fica à mercê da opinião subjetiva e unilateral dos investigadores. Isto é, a concepção aqui está conexas à cadeia de custódia da prova, pois sua preservação viabilizaria à defesa conhecer como os diálogos vieram para os autos e, assim, observar se realmente correspondiam ao que foi dito pelos interlocutores, sendo crucial para o exercício do denominado contraditório diferido para além do conteúdo do auto circunstanciado edificado pelos investigadores.

Apesar dos motivos apresentados pelo Superior Tribunal de Justiça, é relevante compreender um ponto da interceptação telefônica: ela raramente vem ao processo exclusivamente por ação da polícia judiciária. Como apontado pela própria Lei 9.296/1996, é permitido que as capturas sejam feitas através de concessionários de serviço público de comunicação e provedores de acesso. Nesse sentido, encontra-se um problema maior do que a simples disponibilização de diálogos, pois também é necessário considerar a preservação do sistema TI propriamente dito, assim como os registros das atividades de todos os atores no sistema penal - os tradicionais, como, por exemplo, a polícia e o MP, mas também os novos, como são vislumbrados os concessionários e provedores.<sup>99</sup>

Outro problema que o Superior Tribunal de Justiça enfrentou recentemente e que ilustra bem esse debate é referente às mensagens trocadas por meio do Web WhatsApp. No caso em tela, oriundo da Agravo Regimental em Recurso Ordinário em Habeas Corpus 133.430/PE, o debate girava em torno da possibilidade de se permitir como prova no processo penal prints de tela contendo mensagens trocadas pelo aplicativo.<sup>100</sup>

---

<sup>98</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp: 1795341 RS 2018/0251111-5, Relator: Ministro Nefi Cordeiro. Data de Julgamento: 07/05/2019, T6 – Sexta Turma. Data de Publicação: DJe 14/05/2019. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/709372796/relatorio-e-voto-709372848>. Acesso em: 20 out. 2022.

<sup>99</sup> SANTORO, Antonio Eduardo Ramires; TAVARES, Natália Lucero Frias; GOMES, Jefferson de Carvalho, 2017, p. 620.

<sup>100</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, RO em HC 133.430/PE, rel. Min. Nefi Cordeiro, Sexta Turma. j. 23.02.2021, DJe 26.02.2021. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=202002175828&dt\\_publicacao=26/02/2021](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202002175828&dt_publicacao=26/02/2021). Acesso em: 20 out. 2022.



De acordo com o STJ, essa prática não poderia ser permitida, uma vez que o espelhamento desta comunicação através do WhatsApp Web não oferece a garantia da integridade do seu teor, especialmente porque uma possível ação de exclusão de mensagens – modificando-se assim o contexto probatório - não seria constatada por ninguém (sobretudo pois há criptografia na troca das mensagens). Nesse sentido, o contraditório não poderia ser exercido em sua completude, pois haveria a falta de meios aptos para comprovar a integridade do conteúdo colocado no documento anexado aos autos, prejudicando assim um apropriado exame da cadeia de custódia da informação. Nesse sentido:

Esta Sexta Turma entende que é inválida a prova obtida pelo WhatsApp Web, pois ‘é possível, com total liberdade, o envio de novas mensagens e a exclusão de mensagens antigas (registradas antes do emparelhamento) ou recentes (registradas após), tenham elas sido enviadas pelo usuário, tenham elas sido recebidas de algum contato. Eventual exclusão de mensagem enviada (na opção ‘Apagar somente para Mim’) ou de mensagem recebida (em qualquer caso) não deixa absolutamente nenhum vestígio, seja no aplicativo, seja no computador emparelhado, e, por conseguinte, não pode jamais ser recuperada para efeitos de prova em processo penal, tendo em vista que a própria empresa disponibilizadora do serviço, em razão da tecnologia de encriptação ponta-a-ponta, não armazena em nenhum servidor o conteúdo das conversas dos usuários’.” (AgRg no RHC 133.430/PE, rel. Min. Nefi Cordeiro, 6ª T., j. 23.02.2021, DJe 26.02.2021.)<sup>101</sup>

O que é preciso ter em mente nos dois casos ressaltados é que o contraditório deve ultrapassar o conteúdo do documento por si só, incluindo seu processo de elaboração e geração, o que somente se torna possível através dos procedimentos de preservação da cadeia de custódia. Efetivamente, como leciona Badaró, a cadeia de custódia não é um tema restrito à prova pericial, concerne a toda fonte real (coisas em geral) apresentada no processo, bem como os chamados elementos imateriais, registrados mecanismos digitais e computacionais - sobretudo as inovadoras formas documentais da atualidade. Sendo assim, os procedimentos apontados nos artigos 158-A e seguintes do CPP não devem ser restritos à prova pericial, devendo se alongar para outros elementos probatórios, pelo que a interpretação do que é compreendido como "vestígios" - o termo presente na norma - deve ser mais abrangente que o sentido literal da palavra.<sup>102</sup>

Outro ponto sem resposta referente aos regulamentos de preservação e documentação da cadeia de custódia da prova está no efeito de eventual descumprimento dessas regras. A lei

---

<sup>101</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, RO em HC 133.430/PE, rel. Min. Nefi Cordeiro, Sexta Turma. j. 23.02.2021, DJe 26.02.2021. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=202002175828&dt\\_publicacao=26/02/2021](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202002175828&dt_publicacao=26/02/2021). Acesso em: 20 out. 2022.

<sup>102</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique. Processo penal. 8. ed. São Paulo: Ed. RT, 2020. p. 514.

não orienta como a denominada quebra da cadeia de custódia da prova deve ser tratada: se uma razão para sua ilicitude como prova, excluindo sua admissibilidade, ou uma causa para reduzir o valor probatório do elemento.

Badaró analisa a questão da cadeia de custódia como um problema que precisa ser tratado na etapa de valoração da prova. De acordo com o supracitado autor, a documentação e registro da cadeia de custódia não é uma prova em si, mas sim uma forma de "prova da prova", onde a parte poderá confirmar como foi gerado determinado elemento e quem são os indivíduos responsáveis pela geração das informações.<sup>103</sup>

Sendo assim, eventuais vícios nos documentos e no registro da cadeia de custódia da prova não poderá, por si só, culminar na exclusão do elemento probatório. Cabe ao magistrado analisar até que ponto esse elemento é relevante e deve ser considerado válido, tendo em conta os vícios constatados. Isto claramente não se confunde com os casos em que a própria prova sofreu modificações, pois nestes casos trata-se de fraude probatória - resolvida à luz das regras de admissibilidade da prova - e não simplesmente de uma quebra na cadeia de custódia.<sup>104</sup>

No entanto, existem autores que abordam o problema sob a perspectiva das nulidades. Para essa corrente é relevante verificar em que medida a quebra da cadeia de custódia prejudicou o processo. Em outras palavras, havendo um vício na documentação da cadeia de custódia da prova, há uma irregularidade para ser observada e a prova só pode ser admitida se ficar evidente - por parte da acusação - que ela não sofreu grandes modificações devido à inobservância das normas processuais. Assim sendo, a questão seria de nulidade e conseqüentemente de admissão da prova ou não, dependendo do tamanho do prejuízo constatado.<sup>105</sup>

Por seu turno, existem posições que abordam o assunto da cadeia de custódia da prova e sua eventual quebra sob o viés da inadmissibilidade da prova, sobretudo através da noção de prova ilícita. Assim, como apontado por Matida, se a finalidade da prova que se insere no processo é abastecer o julgador de elementos suficientes para que possa conferir a verdade dos fatos, a inclusão inadequada e irregular de tais elementos, quando a cadeia de custódia é violada ou inobservada, direciona à reconstrução equivocada da realidade verificada, podendo ocasionar efeitos nocivos às partes do processo, sobretudo ao acusado.<sup>106</sup>

---

<sup>103</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique. Processo penal. 8. ed. São Paulo: Ed. RT, 2020. p. 515.

<sup>104</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique. Processo penal. 8. ed. São Paulo: Ed. RT, 2020. p. 515.

<sup>105</sup> DEZEM, Guilherme Madeira; SOUZA, Luciano Anderson de. Comentários ao pacote anticrime: Lei 13.964/2019. São Paulo: Ed. RT, 2020. p. 124.

<sup>106</sup> MATIDA, Janaina Roland. A cadeia de custódia da prova é condição necessária para redução dos riscos de condenações de inocentes. Revista da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, n. 27, 2021. p. 20.

Isto é, um vestígio que não trilhou de forma apropriada os procedimentos de preservação da cadeia de custódia, onde há, assim, a sua quebra, se apresentando como um perigoso elemento probatório, porque, apesar de poder colaborar com uma narrativa coesa, colaborando na procura da verdade, demonstra-se, por outro lado, propenso de se relevar na condenação de inocentes, uma vez que não se pode assegurar a confiabilidade da prova e, conseqüentemente, de seu conteúdo.<sup>107</sup>

Marcos Eberhardt segue a mesma opinião, entendendo pela ilicitude da prova coletada sem o cumprimento dos procedimentos de preservação e documentação da cadeia de custódia. De acordo com o referido autor, apesar dos esforços para criar instrumentos de controle intersubjetivo do juiz, a valoração da prova sempre dependerá do nível de relevância que um magistrado dê a um determinado elemento probatório. Nesse panorama, viabilizar a admissibilidade de uma prova sem a adequada comprovação de integridade pode levar às valorações imprecisas e equivocadas, sobretudo com o comprometimento da convicção do juiz.<sup>108</sup>

Ademais, a aceitação deste elemento probatório viola o contraditório, pois, primeiramente, a prova é produzida unilateralmente sem que haja uma participação direta da outra parte. Em segundo lugar, não será possível questionar em qualquer grau a integridade e confiabilidade do conteúdo da informação apresentada, tendo em vista que nenhuma forma de compreensão do funcionamento de geração dessa informação estará disponível e também não será possível rastrear todos os elos da cadeia de custódia. Portanto, ninguém poderá assegurar que a prova é incontestável.

Em resumo, o filtro processual contra prova ilícita depende do acompanhamento das provas às fontes de prova e a ilicitude, direta ou por derivação, é simplesmente constatada na sequência desse rastro edificado entre fontes de prova e os meios probatórios em si. Portanto, discussão dos elementos probatórios sem garantia de integridade não pode se abalizar à valoração, mas à própria admissibilidade da prova no processo, uma vez que podem seriamente comprometer o entendimento adequado da realidade fática, viciando, assim, a convicção do julgador e violando o devido processo legal.

---

<sup>107</sup> MATIDA, Janaina Roland. A cadeia de custódia da prova é condição necessária para redução dos riscos de condenações de inocentes. Revista da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, n. 27, 2021. p. 22.

<sup>108</sup> EBERHARDT, Marcos. Provas no processo penal: análise crítica, doutrinária e jurisprudencial. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. p. 63.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Com a realização do presente estudo, buscou-se trazer perspectivas relacionadas a alguns parâmetros sobre as provas que estão presentes como institutos no ordenamento jurídico pátrio. Com isso, foi possível demonstrar a relevância das provas no procedimento processual em diversos âmbitos. Nesse caso em específico, dando ênfase no âmbito processual penal que, com suas concepções derivadas na sua base legal, traz também outras circunstâncias principiológicas para assim envolver outros âmbitos do direito, com intuito de resolver litígios processuais.

Primeiramente, a reflexão refere-se à contradição da admissibilidade das provas ilícitas no processo penal que, parte do pressuposto que tal procedimento deve levar em conta o que foi instituído como direito de todos de ser processado e julgado por intermédios empregados mediante prova lícita prevista em lei, consequentemente respeitando diretrizes designadas no rol do respectivo artigo 5º da Constituição Federal, seus direitos e as devidas garantias fundamentais.

Assim, tendo em vista a possibilidade de uma prova ilícita ser colhida mesmo diante de um ordenamento jurídico com preceitos constitucionais como a inadmissibilidade destas, além também da teoria da prova ilícita por derivação, vale mais uma vez ressaltar a grande relevância do processo em garantir uma proteção máxima, de maneira a envolver todos os direitos fundamentais dos indivíduos, bem como obedecer aos princípios basilares constitucionais, sobretudo o princípio do devido processo legal.

Ressalta-se ainda que, sobre os princípios norteadores do ordenamento jurídico, o princípio da proporcionalidade destaca-se por ter suma importância no teor da aplicação da ponderação processual. Isto é, primeiramente busca considerar quais direitos fundamentais que se destacam frente o anseio de punir do Estado e, em contrapartida, se configura também como um requisito de liberdade de convencimento do julgador. Tal fato ocorre, pois, considerando os critérios tanto objetivos quanto subjetivos, o juiz precisará discernir se em determinados casos poderá aceitar ou rejeitar a prova ilícita.

Com o intuito de delimitar as considerações expostas no estudo, pode-se chegar à conclusão que a cadeia de custódia da prova e seus sistemas de preservação e documentação são resultantes do devido processo legal, visto que são indispensáveis para comprovar o nível de autenticidade e confiabilidade do elemento probatório. O termo "vestígio", sobre o qual recaem os procedimentos da cadeia de custódia da prova, precisa ser considerado amplamente, contemplando não somente as coisas materiais e físicas, porém também coisas imateriais (comutando documentos digitais e informações interceptadas por máquina, etc.).

Pelo fato de ser um pilar processual no devido processo legal, sobretudo no processo penal, a garantia da cadeia de custódia é uma questão que diz respeito à admissibilidade da prova e não à sua valoração. Nesse sentido, fez-se possível entender que a quebra da cadeia de custódia acarretar a imediata ilicitude da prova é um entendimento ainda não pacificado pela doutrina e pela jurisprudência. Sendo assim, eventuais vícios nos documentos e no registro da cadeia de custódia da prova não poderão, por si só, culminar na exclusão do elemento probatório. O simples fato de a informação ser coletada sem violar os princípios de privacidade e proporcionalidade não significa que a prova seja válida e útil no processo penal. É necessário

ainda adotar instrumentos para preservar e documentar a cadeia de custódia da prova, como permitir o acesso às informações completas, comprovando sua autenticidade e confiabilidade.

Portanto, a prova produzida com vícios na cadeia de custódia estará relacionada à impossibilidade de se garantir o contraditório. Isso significa que, caso não haja certeza sobre a rastreabilidade e integridade da prova, não será possível contestá-la. Dessa forma, torna-se imprescindível que toda prova seja objeto de uma cadeia de custódia rigorosa e transparente para assegurar o direito fundamental ao contraditório.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, R. **Teoria do Direitos Fundamentais**. Tradução: Vigílio Afonso da Silva. 2º ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

AVENA, Norberto. **Processo penal**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: MÉTODO, 2018.

ÁVILA, Thiago André Pierobom de. **Provas ilícitas e proporcionalidade**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris Editora, 2007.

AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas ilícitas: interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas**. 3ª ed., rev., ampl. e atual - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal**. 8. ed. São Paulo: Ed. RT, 2020.

BADARÓ, Gustavo. **A Cadeia de Custódia e sua relevância para a prova penal**. In: SIDI, Ricardo; LOPES, Anderson N. Temas atuais da investigação preliminar no processo penal. Belo Horizonte: DPlácido, 2018.

BARROS, Marco Antonio. **A Busca da Verdade no Processo Penal**. São Paulo: RT, 2017.

BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 4. ed. São Paulo. Saraiva. 2001

BELTRÁN, Jordi Ferrer. **Prova e verdade no Direito**. 1ª ed. São Paulo: Editora RT – revista dos tribunais. 2017.

BELTRÁN, Jordi Ferrer. **Prova e verdade no Direito**. 1ª ed. São Paulo: Editora RT – revista dos tribunais. 2017.

BRASIL [Decreto-Lei, 1941]. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de processo penal**. Rio de Janeiro-RJ. Presidente da República (2022). Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm). Acesso em: 03 mar. 2022.

BRASIL [Legislação, 2015]. **Código de Processo Civil**. Brasília-DF. Presidente da República (2022). Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm). Acesso em: 09 mar. 2022.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 09 out. 2022.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm). Acesso em: 10 out. 2022.

BRASIL. **Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019**. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/lei/113964.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/113964.htm)> Acesso em: 18 out. 2022.

BRASIL. **Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996**. Regulamenta o inciso XII, parte final, do art. 5º da Constituição Federal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19296.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19296.htm)> Acesso em: 20 out. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, **RO em HC 133.430/PE**, rel. Min. Nefi Cordeiro, Sexta Turma. j. 23.02.2021, DJe 26.02.2021. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=202002175828&dt\\_publicacao=26/02/2021](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202002175828&dt_publicacao=26/02/2021). Acesso em: 20 out. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp: 1795341 RS 2018/0251111-5**, Relator: Ministro Nefi Cordeiro. Data de Julgamento: 07/05/2019, T6 – Sexta Turma. Data de Publicação: DJe 14/05/2019. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/709372796/relatorio-e-voto-709372848>. Acesso em: 20 out. 2022.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 27ª Ed. São Paulo: Saraiva. 2020.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. São Paulo: Saraiva, 2019.

CARNELUTTI, Francesco. **Como se faz um processo**. Tradução: Hiltomar Martins Oliveira. 2019.

CARNELUTTI, Francesco. **Lecciones sobre el Proceso Penal**. Trad. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Ejea, 1950.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Administrativo**. Podium, 2019.

DEZEM, Guilherme Madeira; SOUZA, Luciano Anderson de. **Comentários ao pacote anticrime: Lei 13.964/2019**. São Paulo: Ed. RT, 2020.

EBERHARDT, Marcos. **Provas no processo penal: análise crítica, doutrinária e jurisprudencial**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

EDINGER, Carlos. **Cadeia De Custódia, Rastreabilidade Probatória**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 120, 2016.

GOMES, Luiz Flávio; MACIEL, Silvio. **Interceptação telefônica e das comunicações de dados e telemáticas – Comentários à Lei 9.296/1996**. 4. ed. São Paulo: Ed. RT, 2018.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As nulidades no processo penal**. 2017.

KHALED JUNIOR, Salah h. **A busca na verdade no processo penal: para além da ambição inquisitorial**. 3ª ed. São Paulo: Atlas. 2013.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 10 ed. rev. atual.e ampl. – São Paulo: Editora Método, 2019.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal: volume único**. 5ª ed. Salvador: Editora JusPodivm. 2017.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal: volume único**. 4ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 17ª ed. São Paulo: Saraiva. 2020.

MARQUES, José Frederico. **Manual de direito processual civil**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1985.



MATIDA, Janaina Roland. **A cadeia de custódia da prova é condição necessária para redução dos riscos de condenações de inocentes.** Revista da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, n. 27, 2021.

MENDONÇA, Rachel Pinheiro de Andrade. **Provas ilícitas: limites à ilicitude probatória.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

MITTERMAIER, Carl Joseph Anton. **Tratado da prova em matéria criminal ou exposição comparada dos princípios da prova em matéria criminal etc., de suas diversas aplicações na Alemanha, França, Inglaterra etc.** Campinas: Bookseller, 1997.

MLODINOW, Leonard. **Subliminar: como o inconsciente influencia nossas vidas.** Rio de Janeiro: Editora Zahar, 2013.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional.** 2ª ed. - São Paulo: Editora Atlas, 2003.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de direito processual penal.** 17ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

NÚÑEZ, Benigno, 2019, **O princípio do contraditório e da ampla defesa.** Disponível em <<https://emporiiodireito.com.br/leitura/o-principio-do-contraditorio-e-da-ampla-defesa>> Acesso em 25/07/2022.

PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal.** 16ª edição. Ed. Atlas. São Paulo, 2012.

PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal.** 24ª ed. São Paulo: Atlas, 2020.

PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal.** 24ª ed. São Paulo: Atlas, 2020.

PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional.** Trad. Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2015.

PRADO, Geraldo. **Fiabilidade Probatória e Cadeia de Custódia.** A cadeia de custódia da prova no processo penal. São Paulo: Marcial Pons, 2019.

RAMOS, Vitor de Paula. **Prova documental: do documento aos documentos.** Do suporte à informação. Salvador: JusPodivm, 2021.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal.** 21º ed. - São Paulo. Atlas, 2009.

SANTORO, Antonio Eduardo Ramires; TAVARES, Natália Lucero Frias; GOMES, Jefferson de Carvalho. **O protagonismo dos sistemas de tecnologia da informação na interceptação telefônica: a importância da cadeia de custódia.** Revista Brasileira de Direito Processual Penal, Porto Alegre, v. 3, n. 2, 2017.

STEINMETZ, Wilson Antônio. **Colisão de Direitos Fundamentais e o princípio da proporcionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

TARSKI, Alfred. **A concepção semântica da verdade**: textos clássicos de Tarski. São Paulo: Editora UNESP. 2011.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal**. São Paulo: Editora Saraiva. 2018.