

ADMISSIBILIDADE DA PROVA ILÍCITA NO PROCESSO PENAL

Guilherme Martins de Oliveira¹
Ricardo Sussumu Koyama²

Resumo: As provas, em Processo Penal, têm a função primordial de conduzir o juiz a uma sentença justa, baseando-se em princípios constitucionais como os da presunção de inocência, do devido processo legal, do contraditório e da imparcialidade do julgador. Assim, o julgador não poderá decidir arbitrariamente, mas basear sua deliberação nas provas coligidas, que deverão produzir a verdade processual buscada. Nessa busca, as provas ilícitas, bem como aquelas que delas se derivarem, serão, via de regra, descartadas, mas algumas teorias, como a da descoberta inevitável, da fonte independente, da exceção de boa-fé, do nexos causal atenuado e da prova ilícita pró-réu, acabam por mitigar ou até mesmo retirar o caráter ilícito das provas, para que se alcance a almejada justiça.

Palavras-chave: Provas; Admissibilidade; Processo Penal.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho científico terá por finalidade analisar algumas das principais doutrinas modernas do processo penal, para, assim, identificar as principais abordagens científicas que permeiam a admissibilidade da prova ilícita, e qual posição é mais compatível com a Carta Magna de 1988.

Assim sendo, o presente artigo será dividido em três capítulos. No primeiro capítulo se observará uma construção da dogmática constitucional que permeia o instituto da delimitação da prova. No segundo capítulo serão apresentadas as principais abordagens no quesito ao conceito de prova no processo penal e por fim, no terceiro capítulo, o tema no que tange a ilicitude da prova e suas exceções.

Para alcançar o desiderato científico proposto, será utilizada a metodologia qualitativa, teórica descritiva. Portanto, será elaborada uma análise bibliográfica, adentrando em algumas das principais doutrinas modernas que tratam do tema. Para, assim, por meio de um método dedutivo, elaborar uma premissa geral (analisando a estrutura teórica “constitucional e processual penal” que embasa o instituto da admissibilidade da prova ilícita).

Para identificação dos postulados constitucionais relevantes à composição do primeiro capítulo do trabalho, serão analisadas, quantitativamente, quais normas paradigmas são utilizadas (pela doutrina processual penal moderna) com mais frequência para sustentar a admissibilidade de provas ilícitas no âmbito da seara criminal.

Doravante, no segundo capítulo, para identificar quais são as principais abordagens referentes ao tema prova, será feita uma análise qualitativa nas obras de direito processual penal, enfatizando as teorias doutrinárias que sustentam o conceito primordial que serve de gancho para o terceiro capítulo, onde efetivamente vem à tona o ponto principal que é identificar as exceções à prova ilícita e também os pontos de maior indagação referente ao tema.

¹ Especialista em Direito Processual Penal e Prática Penal, Professor na Nova FAFIT.

² Graduando do Curso de Bacharelado em Direito da Nova FAFIT.

2 DELIMITAÇÃO DA PROVA NO DIREITO CONSTITUCIONAL

O Direito Processual Penal possui gênese no Direito Constitucional, assim sendo, torna-se de importância solar detectar qual é a função matriz do Constitucionalismo contemporâneo (neoconstitucionalismo/pós-positivismo) para assim, delimitar-se qual é a verdadeira serventia da prova, no processo penal, sem se desprender da ideologia garantista presente no Direito Processual Penal (CUNHA, 2018, p. 54).

Sustenta-se que o Direito Constitucional contemporâneo emergiu no pós-segunda guerra mundial e tinha como objetivo principal a centralização do ordenamento jurídico na Constituição, para que por meio desta, fosse garantido (protegido) os direitos mais fundamentais (sensíveis, elementares) da existência humana (NUNES JÚNIOR, 2017 p. 66-71). Nesse contexto, pode-se afirmar filosoficamente que a função central do ordenamento jurídico pós-moderno é garantir a existência humana, através de uma cártula de direitos fundamentais, cujo propósito maior é conservar a própria dignidade da pessoa humana. Nas palavras de Novellino:

Destarte, o constitucionalismo em si, é uma técnica de contenção (frenagem) do poder estatal e social por meio da outorga de direitos fundamentais (CANOTILHO apud CUNHA, 2018, p. 33). Logo, a jurisdição processual penal é uma das manifestações do poder soberano (supremo) estatal, nessa toada, afirma-se que o processo penal tem o como escopo jurídico a limitação do poder de punir estatal (Ius Puniedi) frente aos direitos e garantias fundamentais do indivíduo (LOPES JR, 2016, p. 35).

Portanto, considerando a inserção do processo penal dentro de um Estado Democrático de Direitos, tem-se como consequência direta a construção de normas que visam equalizar a eficiência punitiva com a conservação dos direitos fundamentais (DEZEM, 2017, p. 58-63). Nesse sentido, os princípios processuais penais ganham relevância, pois através deles, o sistema normativo ganha lógica e coerência, logo, pode-se afirmar que os princípios compõem o núcleo axiológico do ordenamento jurídico (FONTELES, 2018, p.101).

Com isso, não há como analisar as provas no processo penal sem perpassar por alguns dos princípios processuais penais. Assim sendo, são três princípios constitucionais que possuem uma projeção de grande relevo nesta temática: 1- Princípio da presunção de inocência; 2- princípio do devido processo legal; 3- princípio do contraditório e da imparcialidade do julgador.

2.1 Princípio da presunção de inocência

Tratar do princípio da presunção de inocência significa estabelecer um dever genérico de tratamento com o réu no processo penal, ou seja, ninguém será considerado culpado até que se prove o contrário, portanto, o direito positivo concede um verdadeiro status inicial de inocência ao réu no processo penal. Essa norma possui um desdobramento interno que é: o ônus da prova incube completamente a acusação, portanto, conclui-se que cabe ao acusador produzir provas, em juízo, que demonstrem a culpa do acusado (LOPES JR, 2016, p. 96-97).

2.2 Princípio do devido processo legal

O princípio do devido processo legal, possui duas acepções: 1- formal; 2- material. No primeiro sentido: devido processo legal é compreendido como uma

observância ritualística a morfologia procedimental do processo, ou seja, a pura observância as normas procedimentais na condução do processo penal. Por outro lado, o sentido material do devido processo legal é observância concreta do postulado da razoabilidade dentro do processo penal (ARAÚJO; COSTA, 2018, p. 39). Portanto, contextualizando com a temática objeto da pesquisa, pode-se afirmar que a produção probatória no processo penal deve observância estrita as normas processuais penais, assim sendo, o processo tem forma e respeitar a sua forma não é mera discricionariedade dos sujeitos do processo, mas sim, direito fundamental do acusado.

2.3 Princípio do contraditório e da imparcialidade do julgador

O princípio do contraditório, está previsto expressamente no art. 5º, LV da Constituição Federal, significa a possibilidade de influenciar de forma efetiva o julgador no processo penal (DEZEM 2018, p. 113-115). Ainda, nesse sentido, afirma Távora e Alencar “o agente, autor ou réu, será admitido a influenciar o conteúdo da decisão judicial, o que abrange o direito de produzir prova, o direito de alegar e se manifestar, de ser cientificado, dentre outros.” (IDEM, 2016, p. 75).

Além disso, a Carta Magna contempla, também, a norma da imparcialidade do julgador “é entendida como característica essencial do perfil do juiz consciente em não poder ter vínculos subjetivos com o processo de modo a lhe tirar o afastamento necessário para conduzi-lo com isenção.” (TÁVORA; ALENCAR, 2016, p. 73).

Assim sendo, por fim, cabe destacar que há uma intrínseca relação entre o princípio do contraditório com o princípio da imparcialidade do julgador.

Todas as questões giram em torno do tripé sistema acusatório, contraditório e imparcialidade, porque a imparcialidade é garantida pelo modelo acusatório e sacrificada no sistema inquisitório, de modo que só haverá condições de possibilidade da imparcialidade quando existir, além da separação inicial das funções de acusar e julgar, um afastamento do juiz da atividade investigatória/instrutória. (LOPES JÚNIOR, 2016, p. 48).

Dessa forma, por meio da epistemologia constitucionalista, pode-se perceber uma cadeia estrutural normativa entre as provas no processo penal com a contenção do poder estatal no constitucionalismo contemporâneo, bem como, uma estrita relação com os preceitos fundamentais do direito constitucional. Interligando-se, dessa forma, as teorias da prova com os direitos fundamentais e com a dignidade da pessoa humana, na qual, os princípios processuais penais possuem uma relevância nuclear na construção (e compreensão) das teorias referentes as provas no processo penal.

3 TEORIA DA PROVA

No Processo Penal a prova tem o condão de conduzir o juiz pelos caminhos trilhados pelo réu em um momento passado, a fim de lhe fornecer, em tese, os subsídios necessários para a formação de seu convencimento de forma sólida e convicta.

Embora se compreenda que o fato reconstruído pelas provas não consiga alcançar com perfeição os fatos ocorridos, devido ao paradoxo temporal ínsito ao ritual judiciário, onde um juiz no presente (hoje) julga um homem e seu fato ocorrido num passado distante (anteontem), com base na prova colhida num passado próximo (ontem) e projetando efeitos (pena) para o futuro (amanhã) (LOPES JR, 2018), devem ser as provas capazes de recompor, da forma mais próxima do real, as circunstâncias em apreço em cada caso concreto.

Assim, as provas serão os instrumentos usados para a reconstrução de um fato passado para que, nas palavras de LOPES JR:

[...] o juiz exerça sua atividade recongnitiva, a partir da qual se produzirá o convencimento externado na sentença. É a prova que permite a atividade recognoscitiva do juiz em relação ao fato histórico (story of the case) narrado na peça acusatória. O processo penal e a prova nele admitida integram o que se poderia chamar de modos de construção do convencimento do julgador, que formará sua convicção e legitimará o poder contido na sentença. (LOPES JR, 2018).

Tem-se, portanto, que o juiz é o destinatário primário das provas, cujo convencimento motivado se pretende instruir, mas, também, que as mesmas provas terão, como destinatários secundários, todas as demais partes envolvidas no processo, que tentarão defender sua versão dos fatos, visando a persuasão racional do magistrado.

Dada a proeminência do valor das provas no Processo Penal, entretanto, é crucial que elas estejam protegidas por princípios que venham a garantir sua incolumidade, a fim de que não sejam contaminadas e não acabem por refletir em tendenciosidade na prolação da decisão pelo juiz.

Desta forma, a célebre frase de Voltaire que nos ensina ser “melhor correr o risco de salvar um homem culpado do que condenar um inocente”, parece ganhar expressividade em princípios como o da presunção da inocência, do “*in dubio pro reo*” e do “*nemo tenetur se detegere*”, que interagem entre si, de forma a blindar um acusado cuja culpa não se prove.

3.1 Conceito formal de prova

No Direito Brasileiro, a convicção do julgador não pode se valer de critérios meramente pessoais, com valoração arbitrária, desta forma, as provas assumem papel de relevância imprescindível na formação do convencimento motivado do juiz, pois conforme explicitado acima, são elas que deverão reconstituir, da forma mais fidedigna possível, a realidade dos fatos, a chamada verdade processual.

Reza o *caput* do Artigo 155 do Código de Processo Penal que “o juiz formará sua convicção pela **livre apreciação da prova produzida** em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas” (Brasil, 2020, grifo nosso), o que revela que a prova deve lastrear a sentença fundamentada, nos termos do Artigo 93, IX da CF, comprovando que a resposta emanada pelo julgador provém de análise criteriosa das provas.

Destarte, para que esse convencimento seja formado de maneira razoável, alguns requisitos são indispensáveis à produção de provas, consoante o ensinamento de CAPEZ (2018):

Para a produção das provas necessita-se que a prova seja:

- (i) admissível (permitida pela lei ou costumes judiciários). É também conhecida como prova genética, como tal entendida toda a prova admitida pelo direito;
- (ii) pertinente ou fundada (aquela que tenha relação com o processo, contrapondo-se à prova inútil);
- (iii) concludente (visa esclarecer uma questão controvertida); e
- (iv) possível de realização. (CAPEZ, 2018)

Neste ponto é interessante ressaltar que o ônus da prova cabe, via de regra, àquele que firmar a alegação, consoante a leitura do Artigo 156 do Código de Processo Penal:

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

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

II — determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante. (Brasil, 2020)

Nota-se, deste modo, que como regra, no processo penal, o ônus da prova é da acusação, que oferece a denúncia ou a queixa-crime. Entretanto, segundo Nucci (2016), “o réu pode chamar a si o interesse de produzir prova, o que ocorre quando alega, em seu benefício, algum fato que propiciará a exclusão da ilicitude ou da culpabilidade”.

Percebe-se, ainda, pela exegese do Artigo 156, o cuidado do legislador em manter isento de dúvidas o convencimento do juiz, sendo-lhe facultada uma ampla gama de recursos, como a produção antecipada de provas e a realização de diligências que entenda pertinentes à elucidação de suas dúvidas sobre pontos necessários ou controversos.

Consoante os ensinamentos de Nucci (2016), temos que:

Há, fundamentalmente, três sentidos para o termo prova: a) ato de provar: é o processo pelo qual se verifica a exatidão ou a verdade do fato alegado pela parte no processo (ex.: fase probatória); b) meio: trata-se do instrumento pelo qual se demonstra a verdade de algo (ex.: prova testemunhal); c) resultado da ação de provar: é o produto extraído da análise dos instrumentos de prova oferecidos, demonstrando a verdade de um fato. Neste último senso, pode dizer o juiz, ao chegar à sentença: “Fez-se prova de que o réu é autor do crime”. Portanto, é o clímax do processo. (NUCCI, 2016).

Desta forma, chega-se à inafastável conclusão de que a prova, no Processo Penal, tem uma função persuasiva em relação ao juiz e até mesmo às partes, pois emoldura a verdade processual, levando o julgador a selecionar a norma jurídica aplicável ao caso, após prudente análise todos os elementos fáticos apresentados no processo, mas também é o próprio meio ou instrumento pelo qual se demonstra a verdade de um fato, tendo como resultado, a entrega da esperada Justiça no caso concreto.

3.2 Problema da verdade no processo penal

O vocábulo verdade, em língua portuguesa, origina-se da palavra latina *veritas*, que corresponde à precisão com que se expressam os fatos ocorridos. Assim, no Direito, como em muitas outras áreas da vida, a verdade é relativa, variando conforme a ótica daquele que relata o fato. É adequado, portanto, dizer-se que não há uma verdade absoluta, mas apenas uma verdade processual. Cabe à acusação provar o que alega, ou seja, a culpa e é facultado ao réu provar sua inocência, para que então o magistrado, baseado nas provas apresentadas, possa então alcançar a certeza necessária para proferir sua decisão.

Deste modo, perseguir uma “verdade absoluta” faria o Direito Processual Penal cair no engodo do qual foram vítimas diversos sistemas políticos, como explica Lopes Jr (2018):

O mito da verdade real está intimamente relacionado com a estrutura do sistema inquisitório; com o “interesse público” (cláusula geral que serviu de argumento para as maiores atrocidades); com sistemas políticos autoritários; com a busca de uma “verdade” a qualquer custo (chegando a legitimar a tortura em determinados momentos históricos); e com a figura do juiz-ator (inquisidor).

É nessa busca pela verdade processual que mais se aproxime da realidade, evitando-se decisões arbitrárias do julgador e o formalismo extremado que Capez (2018), ensina que o *caput* do Artigo 155 CPP:

Atende às exigências da busca da verdade real, rejeitando o formalismo exacerbado, e impede o absolutismo pleno do julgador, gerador do arbítrio, na medida em que exige motivação. Não basta ao magistrado embasar a sua decisão nos elementos probatórios carreados aos autos, devendo indicá-los especificamente. Além disso, com a reforma processual penal, somente a prova produzida em contraditório judicial poderá servir de fundamento para a sentença condenatória. Não pode, igualmente, o magistrado buscar como fundamento elementos estranhos aos autos (*quod neon est in actis non est in mundo*: o que não está nos autos não está no mundo). Trata-se, na realidade, do sistema que conduz ao princípio da sociabilidade do convencimento, pois a convicção do juiz em relação aos fatos e às provas não pode ser diferente da de qualquer pessoa que, desinteressadamente, examine e analise tais elementos.

Com efeito, como mencionado anteriormente, busca-se, no Direito Contemporâneo, a verdade processual, ou verdade formal, que se condiciona pelo respeito aos procedimentos e garantias de defesa, limitando seu poder de atuação dentro de quatro sentidos abaixo elencados, que garantem ao acusado amplo direito de defesa:

- I – a tese acusatória deve estar formulada segundo e conforme a norma;
- II – a acusação deve estar corroborada pela prova colhida através de técnicas normativamente preestabelecidas;
- III – deve ser sempre uma verdade passível de prova e oposição;
- IV – a dúvida, falta de acusação ou de provas ritualmente formadas impõem a prevalência da presunção de inocência e atribuição de falsidade formal ou processual às hipóteses acusatórias. (LOPES JR, 2018).

Consoante visto, a busca pela verdade processual prima pelo contraditório e pelo lastreamento da sentença em provas contundentes, sem as quais prevalece a presunção de inocência, pois uma eventual condenação perante uma dúvida eliminaria o caráter imparcial da decisão processual, uma vez que para que haja condenação, a carga probatória deve ser suficientemente robusta para corroborá-la de forma cabal.

4 PROVAS ILÍCITAS NO PROCESSO PENAL

Trazida pela primeira vez em uma constituição brasileira em 1988, a ideia de provas ilícitas encontra-se insculpida no afamado Artigo 5º, CF, em seu inciso LVI, que estabelece serem inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos.

Para se compreender a amplitude do termo “prova ilícita”, faz-se premente, entretanto, o entendimento prefacial de que, em Processo Penal, as provas podem ser classificadas em lícitas ou proibidas (ilegais).

Dentro do gênero “provas ilegais”, distinguem-se as espécies “provas ilegítimas” e “provas ilícitas”, onde considerar-se-á ilegítima a prova colhida em prejuízo do direito processual e que terá como consequência sua nulidade, como explica Nucci (2016):

Prova ilegítima: quando ocorre a violação de uma regra de direito processual penal no momento da sua produção em juízo, no processo. A proibição tem natureza exclusivamente processual, quando for imposta em função de interesses atinentes à lógica e à finalidade do processo. Exemplo: juntada fora do prazo, prova unilateralmente produzida (como o são as declarações escritas e sem contraditório) etc.

Desta forma, o ato revestido de ilegitimidade pode ser refeito, o que será suficiente para sanar o defeito existente. Já as provas abarcadas pela esfera da ilicitude, cuja inadmissibilidade, como anteriormente explicado, está prevista no Artigo 5º, LVI, CF e cujo conceito se mostra delineado pela nova dicção do artigo 157 do Código de Processo Penal, trazida pela Lei nº 11.690/2008, são aquelas que ferem normas constitucionais ou legais, devendo, portanto, via de regra, ser expurgadas dos autos através de seu desentranhamento, por serem inadmissíveis. Assim, por exemplo, uma busca e apreensão com invasão de domicílio feita ao arrepio das normas pertinentes ou uma confissão arrancada por meio de tortura, por mais que possam trazer a expressão da realidade, deixam de ter validade processual, pois violam o ordenamento jurídico pátrio.

Pertinente ressaltar que outra diferença basilar entre provas ilegítimas e ilícitas é que as últimas são irrepetíveis, uma vez que sua ilicitude se vincula ao modo e/ou momento em que foram produzidas, como se verifica:

A distinção é ainda mais relevante se considerarmos que as provas ilícitas (inadmissíveis no processo, portanto) não são passíveis de repetição, pois o vício vincula-se ao momento em que foi obtida (exterior ao processo). Assim, não havendo possibilidade de repetição, devem as provas ilícitas ser desentranhadas dos autos e destruídas. (LOPES JÚNIOR, 2018).

A repulsa pelas chamadas provas ilícitas tem suas raízes no respeito e na defesa dos direitos fundamentais, ferrenhamente defendidos na Constituição Cidadã, que torna inaproveitáveis, em geral, as provas obtidas em detrimento da idoneidade jurídica:

É indubitável que a prova ilícita, entre nós, não se reveste da necessária idoneidade jurídica como meio de formação do convencimento do julgador, razão pela qual deve ser desprezada, ainda que em prejuízo da apuração da verdade. É um pequeno preço que se paga por viver-se em um Estado Democrático de Direito (STF, 1995).

Verifica-se, portanto, que ao se alterar o texto do Artigo 157 do Código de Processo Penal, o legislador, de forma louvável, visou impedir abusos por parte do Estado na busca e produção de provas, humanizando o rito Processual Penal, colocando-o em plena harmonia com os preceitos constitucionais, para que o afã pela punição dos culpados não viesse a sobrepujar as garantias e os direitos expressos na lei e defendidos na Carta Magna.

4.1 Provas ilícitas por derivação

A ideia da impossibilidade de se confiar em frutos oriundos de uma árvore envenenada vem de épocas longínquas, trabalhando, inclusive, a necessidade da eliminação da própria árvore e daquilo que dela derive. Esse conceito, transportado para o Direito, embasa a teoria dos frutos da árvore envenenada (*fruits of the poisonous tree*):

Assim, toda a árvore boa produz bons frutos, e toda a árvore má produz frutos maus. Não pode a árvore boa dar maus frutos; nem a árvore má dar frutos bons. Toda a árvore que não dá bom fruto corta-se e lança-se no fogo. (Bíblia, Mateus 7.17-19)

Embora oriunda de um raciocínio há muito existente, que afirma ser impossível se colher bons frutos de uma árvore má, foi pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América, que surgiu a teoria dos frutos envenenados (*fruits of the poisonous tree*), que considera ilícitas, via de regra, todas as provas derivadas de uma prova ilícita original em uma lógica clara e bem concatenada, conforme ensina Nucci:

De nada adiantaria preservar os direitos e garantias humanas fundamentais no nascedouro da produção da prova, permitindo-se, depois, a utilização de derivações flagrantemente inconsistentes, pois calcadas em alicerces podres. É o conhecido brocardo: “árvore envenenada não pode dar bons frutos” (NUCCI, 2015).

Essa teoria, no Brasil, foi inicialmente ganhando força na jurisprudência pátria, sendo posteriormente inserida no Artigo 157, § 1º, CPP, estando de perfeito acordo com o Artigo 573, §1º, do mesmo diploma legal, cujo texto assevera que: “a nulidade de um ato, uma vez declarada, causará a dos atos que dele diretamente dependam ou sejam consequência”, demonstrando que contaminada a fonte, em geral estarão corrompidos todos os frutos dela provenientes, sendo portanto eivados de vício, o que os torna inaproveitáveis, conforme ensina Capez:

Tais provas não poderão ser aceitas, uma vez que contaminadas pelo vício de ilicitude em sua origem, que atinge todas as provas subsequentes. Serão ilícitas as demais provas que delas se originarem. [...] É o caso da confissão extorquida mediante tortura, que venha a fornecer informações corretas a respeito do lugar onde se encontra o produto do crime, propiciando a sua regular apreensão. Esta última prova, a despeito de ser regular, estaria contaminada pelo vício na origem. (CAPEZ, 2018).

Perceba-se que a prova decorrente da ilícita, apesar de regular, sofreu contaminação em sua origem, sendo advinda da repugnante prática de tortura, o que a torna inadmissível em um Estado Democrático de Direito.

4.2 Provas ilícitas e hipóteses de admissibilidade

O texto do *caput* do Artigo 157 do Código de Processo Penal brasileiro e seus dois primeiros incisos, em sua dicção, estabelecem que:

Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais.

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

§ 2º Considera-se fonte independente aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova. (Brasil, 2020)

Da simples análise do texto desse artigo, consegue-se inferir, pelo princípio acima estudado (da contaminação dos frutos), que é inadmissível prova derivada de outra contaminada, devendo-se proceder ao desentranhamento e inutilização da prova considerada ilícita. Entretanto, fica patente, também, que inexistente contaminação quando não ficar evidenciado o nexo de causalidade ou quando a prova puder ser obtida por uma fonte independente daquela ilícita, ressalvas muito pertinentes inseridas na lei pelo legislador, a fim de que se evitasse um absolutismo positivista na interpretação da norma, o que causaria um engessamento perigoso na ação do Estado e até mesmo na própria defesa do acusado, que se veria refém de exacerbada intransigência legal.

Como ensina Pedro Lenza:

Conforme aponta Alexandre de Moraes, citando jurisprudência do STF, “a regra deve ser a inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos, que só excepcionalmente deverão ser admitidas em juízo, em respeito às liberdades públicas e ao princípio da dignidade humana na colheita de provas e na própria persecução penal do Estado” (LENZA, 2018).

Desta forma, em casos específicos, que serão abordados a seguir, validar-se-ão as provas contaminadas ou derivadas de contaminadas, se preenchidos alguns requisitos.

4.2.1 Teorias da fonte independente e da descoberta inevitável

Embora distintas, tanto a teoria da descoberta inevitável quanto a da fonte independente, previstas nos parágrafos 1º e 2º do Artigo 157 do Código de Processo Penal, são utilizadas na hipótese de haver contaminação na prova, mas quando a mesma poderia ser obtida de outra forma ou quando sua descoberta acabaria por ocorrer, de qualquer forma. São teorias que projetam, mais do que mera especulação futura, uma certeza de que o resultado, trazido pela prova ilícita, seria alcançado por outros meios lícitos e, portanto, merece validação. Na magistral explicação de Lopes Jr:

Ambas as teorias (fonte independente e encontro inevitável) atacam o nexo causal e servem para mitigar a teoria da contaminação, restringindo ao máximo sua eficácia, de modo que, como sintetiza MARIA THEREZA, se a prova ilícita não foi absolutamente determinante para a descoberta da prova derivada, ou se está derivar de fonte própria, não fica contaminada e pode ser produzida em juízo. (LOPES JÚNIOR, 2018).

Na teoria da fonte independente, o que se entende é que não existe nexo de causalidade entre a nova evidência e a prova anteriormente produzida, ou seja, não derivam uma da outra. Inexistindo dependência da prova nova com relação à anterior, conclui-se que uma nada tinha a ver com a outra, o que afasta a inadmissibilidade por prova ilícita por derivação.

Assim entende Capez (2018):

Em outras palavras, se o fruto derivou de outra árvore distinta da envenenada, não há que se falar na teoria dos frutos da árvore envenenada. A regra da limitação da fonte independente é, portanto, supérflua, desnecessária. Basta aplicar a conhecida teoria da *conditio sine qua non* e o critério da eliminação hipotética: se ao excluir a prova anterior da cadeia causal a nova prova continuar existindo, é porque não foi causada por aquela, sendo incabível a alegação de ilicitude da prova por derivação. Se, ao contrário, a prova produzida estiver arrimada ou justificada na prova ilícita anterior, não se poderá alegar independência de fonte, ante o critério da eliminação hipotética (excluída a prova ilícita, desaparece a produção da prova dela derivada, revelando-se o nexo de interdependência entre ambas). (CAPEZ, 2018).

Portanto, para ser considerada prova derivada da ilícita, é necessário que a nova prova produzida tenha relação estreita de causa e efeito com a prova eivada de nulidade, o que não ocorre quando se pode chegar a uma mesma conclusão, extraindo-se a mesma prova, através de fonte diversa da contaminada. Há neste caso, duas fontes distintas, que produziram uma mesma prova, sendo uma lícita e outra ilícita. O que esta teoria determina é o afastamento da fonte ilícita e o aproveitamento da prova, por ser gerada por uma fonte admissível.

No caso da teoria da descoberta inevitável, a prova, embora ilícita, pode ser considerada aproveitável, uma vez que ela acabaria sendo descoberta de qualquer modo. Para melhor aclarar o entendimento dessa hipótese, Lopez Jr. faz a didática a narração do ocorrido no caso *Nix v. Williams*, em 1984, nos Estados Unidos:

No caso em julgamento, o acusado havia matado uma criança e escondido seu corpo. Foi realizada uma busca no município, com duzentos voluntários, divididos em zonas de atuação. Durante essa busca, a polícia obteve ilegalmente a confissão do imputado, o qual especificou o local onde havia ocultado o corpo, tendo ele sido efetivamente encontrado no local indicado. Contudo, pela sistemática das buscas realizadas, em poucas horas os voluntários também teriam encontrado o cadáver. Logo, a descoberta foi considerada inevitável e, portanto, válida a prova. (LOPES JÚNIOR, 2018).

Verifica-se, destarte, que a teoria da descoberta inevitável (inevitable discovery) é uma exceção à teoria dos frutos da árvore envenenada, deste modo, a prova, embora advenha de origem efetivamente ilícita, cerca-se de circunstâncias únicas, atinentes ao caso concreto, que tornam possível a sua validação, através de um juízo hipotético, de que, mesmo que fosse eliminada a fonte ilícita, a referida prova seria, mais cedo ou mais tarde, obtida por meios lícitos. Nas palavras de DEZEM (2017), há um exercício mental hipotético “da análise abstrata do caso, sem necessidade de que, concretamente, haja presença da fonte de prova lícita”

4.2.2 Exceção de boa-fé

A exceção da boa-fé, originária do direito norte-americano, que chegou a ser veementemente defendida pelo então Ministro da Justiça Sérgio Moro, diz respeito, basicamente, à validação de ações de agentes policiais ao realizarem diligências de boa-fé, com a infração não intencional de protocolos na produção da prova ou o cometimento de irregularidades. Com relação ao tema, Queiroz (2019) afirma que:

[...] a prova assim colhida é lícita, razão pela qual não pode ser excluída do processo, como nos seguintes casos:

- a) busca e apreensão em apartamento errado, por engano, não por má-fé, onde se encontrou droga ilícita;
- b) busca e apreensão com base em mandado anulado posteriormente ou que já havia sido revogado;
- c) busca e apreensão com fundamento em lei estadual declarada inconstitucional;
- d) a não preservação do material genético pela polícia, o qual poderia, em tese, inocentar o acusado, não compromete a atuação da polícia, nem a prova, exceto se a defesa demonstrar que a polícia agiu de má-fé. (QUEIROZ, 2019).

Essa teoria valoriza os atos do agente público no cumprimento de seu dever e vem validar as ações que eventualmente possam não estar revestidas de perfeição formal ou até mesmo legal, mas tenham sido produzidas em boa-fé.

4.2.3 Teoria do nexa causal atenuado

A Teoria do Nexa Causal Atenuado, que também recebe os nomes de Teoria da Contaminação Expurgada, Teoria da Conexão Atenuada (*purged tainted limitation*) ou Teoria do Vício Diluído assevera que não há contaminação se a conexão entre a prova derivada e a prova obtida por meio ilícito for sutil, podendo a prova derivada, desta forma, ser usada na instrução do processo. Assim, o que atenua ou afasta a ilicitude originária não é o fato de a prova derivada possuir existência independente da contaminada. Segundo essa teoria, embora uma contaminação já exista, ela pode ser purificada através de um ato futuro, tornando-a aproveitável.

Assim explica a Ministra Maria Tereza de Assis Moura, no HC 278.274/MG:

A teoria dos frutos da árvore envenenada tem sua incidência delimitada pela exigência de que seja direto e imediato o nexa causal entre a obtenção ilícita de uma prova primária e a aquisição da prova secundária.

De acordo com a teoria do nexa causal atenuado ou da mancha purgada

- i) o lapso temporal decorrido entre a prova primária e a secundária;
- ii) as circunstâncias intervenientes na cadeia probatória;
- iii) a menor relevância da ilegalidade; ou
- iv) a vontade do agente em colaborar com a persecução criminal, entre outros elementos, atenuam a ilicitude originária, expurgando qualquer vício que possa recair sobre a prova secundária e afastando a inadmissibilidade de referida prova.

Ainda, leciona DEZEM (2017) que “quando a ligação entre a prova ilícita e a que dela deriva for de tal maneira tênue, não há que se falar em derivação da prova ilícita”, uma vez que foram expurgados seus vícios pela atenuação de sua ilicitude, enfraquecendo-se ou até mesmo rompendo-se o nexa causal entre elas.

4.2.4 Prova ilícita pró-réu

A grande maioria da doutrina, dentre os quais se podem citar Mirabete, Grinover, Scarance e Magalhães, entende como válida a aceitação de prova ilícita favorável ao réu, uma vez que, ao se ponderarem na balança de Themis os bens jurídicos envolvidos, entende-se que a liberdade do indivíduo sobrepuja facilmente qualquer direito eventualmente preterido na obtenção de provas. Ressalte-se que o entendimento doutrinário, quase unânime, é no sentido de que ainda que haja a

infringência de direitos fundamentais do réu ou de terceiros, o princípio da proporcionalidade tornará aproveitável a chamada prova ilícita *pro reo*.

DEZEM (2017) explica que expoentes como Grinover, Scarance e Magalhães compactuam da ideia de que “além disso, quando da prova, aparentemente ilícita, for colhida pelo próprio acusado, tem-se entendido que a ilicitude é eliminada por causas legais (...) que exclui a antijuridicidade” (DEZEM, 2017).

Aplica-se, assim, o princípio do favor rei, segundo o qual prevalecem os valores da justiça e da liberdade sobre o poder punitivo do Estado, acatando-se provas colhidas ilicitamente desde que tenham o condão de beneficiar o acusado.

LOPES JÚNIOR (2018), entretanto, levanta relevante questionamento sobre a admissão dessa mesma prova, ilícita, admitida por ser benéfica ao réu, para a condenação de um terceiro. Na opinião do jurista, “Essa prova ilícita, que excepcionalmente está sendo admitida para evitar o absurdo que representa a condenação de um inocente, não pode ser utilizada contra terceiro” (LOPES JÚNIOR (2018), pois a prova é originalmente ilícita para as demais partes, devendo ser tratada como tal, impregnada de sua primeva característica de inadmissibilidade.

Desta forma, a prova, admitida para beneficiar um réu, não se torna lícita para todos os efeitos, mas continua ilícita, não podendo ser usada em seu processo original ou em qualquer outro, para prejuízo de terceiro.

Capez (2018) redargui de forma categórica e impecável à infrequente questão da aceitação da aceitação da prova *pro reo* ao lecionar:

A aceitação do princípio da proporcionalidade *pro reo* não apresenta maiores dificuldades, pois o princípio que veda as provas obtidas por meios ilícitos não pode ser usado como um escudo destinado a perpetuar condenações injustas. Entre aceitar uma prova vedada, apresentada como único meio de comprovar a inocência de um acusado, e permitir que alguém, sem nenhuma responsabilidade pelo ato imputado, seja privado injustamente de sua liberdade, a primeira opção é, sem dúvida, a mais consentânea com o Estado Democrático de Direito e a proteção da dignidade humana. (CAPEZ, 2018).

É cediço, portanto, o entendimento da expressiva maioria da doutrina, no sentido de serem aceitas provas que, apesar de coligidas de forma arbitrária, ilegal e às vezes até mesmo ferindo preceitos constitucionais, venham a beneficiar o réu, advertindo-se, entretanto, que para quaisquer outros efeitos, permanece a condição de ilegalidade das mesmas.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por fim, neste trabalho, constatou-se, no primeiro capítulo, que a estrutura constitucional que sustenta o tema prova é o princípio da presunção de inocência, em conjunto, com o princípio do devido processo legal e princípio do contraditório e imparcialidade do julgador.

Doravante, no segundo capítulo, abordou-se sobre os três principais pontos doutrinários referentes à temática, onde a primeira questão enfrentada foi a teoria da prova, que é uma discussão que extrapola os limites do processo penal, tendo repercussão nos postulados que debatem a sua finalidade. Nesse ponto, as posições doutrinárias encontram suporte no melhor posicionamento de o magistrado seguir as regras do código de processo penal afim de evitar condenações injustas. De igual forma, o segundo ponto, referente ao conceito formal de prova, não deixa de lado o quesito do

ônus da prova e da possibilidade de o réu fazer a prova de sua inocência e, também, a busca da verdade no processo penal.

No terceiro capítulo, mereceu destaque o debate sobre as exceções da regra da inadmissibilidade da prova ilícita. Esse é o ponto mais polêmico na doutrina processual moderna. O calor da discussão deve-se ao fato de a corrente doutrinária adotada trazer à tona essa possibilidade de ser utilizada uma prova ilícita no processo penal.

Portanto, a conclusão que se chega é que uma regra não pode ensejar a condenação de uma pessoa inocente quando da abordagem da prova ilícita pro reo, como da possibilidade da utilização da prova ilícita em alguns casos específicos.

REFERÊNCIAS

- ARAÚJO, F. R.; COSTA, K. N. **Processo penal didático**. Salvador: JusPODIVM, 2018.
- BÍBLIA. Português. **Bíblia Sagrada**. Tradução de João Ferreira de Almeida. **Bíblia On-line**, Disponível em: <<https://www.bibliaonline.com.br/acf/mt/7/17-20>>. Acesso em: 11 nov. 2020.
- BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. 23.ed. São Paulo, Saraiva, 2020.
- BRASIL. **Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. 23.ed. São Paulo, Saraiva, 2020.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas-corpus n.º 378.374/MG**, da 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, Brasília, DF, 14 mar 2017. DJE 30 mar 2017.
- CAPEZ, F. **Curso de processo penal**; 25 ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018.
- CUNHA JR, D. **Curso de direito constitucional**. 12. ed. Salvador: JusPODIVM, 2018. 1279 p.
- DEZEM, G. M. **Curso de processo penal**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.
- LENZA, P. **Direito constitucional esquematizado**. 22.ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.
- LOPES JR. A. **Direito processual penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, 1160 p.
- LOPES JÚNIOR, A. **Direito processual penal**. 15.ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.
- NOVELINO, M. **Curso de direito constitucional**. 14.ed. Salvador: JusPODIVM, 2019. 973 p.
- NUCCI, G. de S. **Código de processo penal comentado**. 15.ed. Rio de Janeiro: Editora Forense Ltda., 2016.

NUCCI, G. de S. **Manual de processo penal e execução penal**. 13. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense Ltda., 2016.

NUCCI, G. de S. **Provas no processo penal**. 4.ed. Rio de Janeiro: Editora Forense Ltda, 2015.

NUNES JÚNIOR, F. M. A. **Curso de direito constitucional**. 2.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2018.

QUEIROZ, P. S. **Prova ilícita**. 22. nov 2019 Disponível em: <
<https://www.pauloqueiroz.net/prova-ilicita/>>. Acesso em: 12 nov. 2020.

STF. Plenário. **APn 307-3/DF**, rel. Min. Ilmar Galvão, DJU, de 13 out. 1995, RTJ 162-3:340, apud Uadi Lammêgo Bulos, Constituição Federal anotada, cit., p. 244.

TÁVORA, N.; ALENCAR, R. R. **Curso de direito processual penal**. 11.ed. Salvador: JusPODIVM, 2016. 1830 p.