



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

A LIMITAÇÃO PERSECUTÓRIA DO ESTADO DIANTE DE PROVAS ILÍCITAS COMO
MECANISMO GARANTIDOR DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO INVESTIGADO

Leonardo Sylvestre da Cruz Galvão

Rio de Janeiro
2017

LEONARDO SYLVESTRE DA CRUZ GALVÃO

A LIMITAÇÃO PERSECUTÓRIA DO ESTADO DIANTE DE PROVAS ILÍCITAS COMO
MECANISMO GARANTIDOR DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO INVESTIGADO

Artigo científico apresentado como exigência de
conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu*
da Escola da Magistratura do Estado do Rio de
Janeiro.

Professor Orientador:

Ana Lúcia da Costa Barros

Rio de Janeiro
2017

A LIMITAÇÃO PERSECUTÓRIA DO ESTADO DIANTE DE PROVAS ILÍCITAS COMO MECANISMO GARANTIDOR DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO INVESTIGADO

Leonardo Sylvestre da Cruz Galvão

Graduado pela Faculdade de Direito da
Universidade Estácio de Sá.

Resumo - O presente trabalho monográfico tem como propósito demonstrar a importância do tema de acordo com a preservação dos direitos e garantias fundamentais dos indivíduos diante da limitação persecutória do Estado no que se refere à prova em razão da previsão expressa no artigo 5º, inciso LVI da Constituição Federal. A inadmissibilidade das provas ilícitas no processo ainda é tema de inúmeros debates e controvérsias, tanto na doutrina como na jurisprudência, tendo em vista que o julgador precisa utilizar-se do princípio da proporcionalidade para proferir sua decisão. Sendo assim, esse estudo trata da inadmissibilidade da prova ilícita no processo penal à luz da previsão normativa, da doutrina e da jurisprudência apresenta as correntes doutrinárias formadas em torno da matéria em questão. E aborda os pontos de maior controvérsia entre o confronto dos direitos e garantias constitucionais contra o princípio da inadmissibilidade da prova ilícita no processo com a teoria dos frutos da árvore envenenada.

Palavra-Chave - Direito Processual Penal. Inadmissibilidade. Prova Ilícita.

Sumário – Introdução. 1. A Aplicação dos Princípios Doutrinários. 2. Da Necessidade do Exame de Corpo e Delito. 3. Da Ilegalidade das Provas Obtidas Por meio Ilícitos e suas Derivações. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho trata sobre o tema da inadmissibilidade das provas ilícitas no processo penal brasileiro cujo assunto ainda gera discussões e polêmicas tanto na doutrina como em nossa jurisprudência apesar de sua expressa vedação como prevê o art. 5º, inciso LVI da Constituição Federal e reforçado pelo art. 157 do Código de Processo Penal.

A seguir tais normas foram elaboradas com o intuito de assegurar o respeito às garantias e aos direitos fundamentais do acusado.

No decorrer deste trabalho a prova é o elemento de maior importância no processo penal, pois é meio indispensável para formar o livre convencimento do juiz, porque é através da produção de provas que as partes buscam reconstruir de forma histórica a ocorrência dos fatos alegados em suas peças processuais.

No primeiro capítulo, busca-se, inicialmente, destacar sobre a teoria geral da prova no processo penal brasileiro, dos tipos de sistemas processuais penais e dos principais princípios aplicáveis à prova no processo penal, com ênfase nos princípios da

inadmissibilidade das provas ilícitas e provas ilícitas por derivação.

Por fim, no terceiro capítulo, é demonstrado um estudo comparado do presente trabalho, sobre a prova ilícita e sua inadmissibilidade, com exposição de conceitos, teorias, exceções e posicionamento jurisprudencial com relação ao assunto proposto, que é objeto da realização deste trabalho.

A pesquisa é desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo, uma vez que o pesquisador pretende eleger um conjunto de proposições hipotéticas, as quais acreditam serem viáveis e adequadas para analisar o objeto da pesquisa, como fito de comprová-las ou rejeitá-las argumentativamente.

Para tanto, a abordagem do objeto desta pesquisa jurídica é necessariamente qualitativa, porquanto o pesquisador pretende se valer da bibliografia pertinente à temática em foco, analisada e fichada na fase exploratória da pesquisa, para sustentar a sua tese.

1. A APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DOUTRINÁRIOS

Para a global compreensão deste trabalho, apresentam-se preliminarmente neste capítulo as diferentes formas de classificação dos sistemas processuais penais e alguns dos princípios que são aplicáveis à prova no vigente código processual penal brasileiro.

Conforme determina Paulo Rangel¹, compreende-se como prova: “o meio instrumental de que se valem os sujeitos processuais (autor, juiz e réu) de comprovar os fatos da causa, ou seja, os fatos deduzidos pelas partes como fundamento do exercício dos direitos de ação e de defesa.”

Para André Nicolitt², o conceito de prova, “é o instrumento ou o meio através do qual as partes pretendem formar a convicção do julgador em um determinado processo.”

Diante dos ensinamentos supracitados, verifica-se que a prova é o elemento de maior e extrema importância no processo penal. Porquanto, tem a finalidade de influenciar na formação do livre convencimento do julgador para que o aludido tenha elementos necessários a fim de proferir sua decisão.

Dito isso, constata-se que a prova judiciária tem o propósito de reconstruir os fatos investigados no processo, isto é, as partes buscam através da produção de provas construir uma verdade processual com o propósito de convencer o magistrado da veracidade de um

¹ RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 22. ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

² NICOLITT, André. *Manual de Processo Penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p.353.

determinado fato alegado, assim, o julgador utilizando-se do livre convencimento motivado condenará ou absolverá o acusado pela prática daquele tipo penal.

Em regra, o direito não é objeto de prova, pois se presume que o juiz conheça da lei, entretanto, o direito estrangeiro ou a norma local de um determinado município deve ser provada. Porém, há fatos que independem de provas, como por exemplo, provar que no dia 25 de dezembro é Natal ou que Brasília é a capital do Brasil, em suma, fatos notórios dispensam ser provados.

Na doutrina, pode se encontrar incomensuráveis formas de classificação das provas, contudo, utilizaremos às seguintes: quanto ao objeto, ao sujeito, ao valor e à forma. A prova quanto ao objeto pode ser direta ou indireta; quanto ao sujeito, pessoal ou real; quanto ao valor, plena e não plena e quanto à forma, a prova subdivide-se diante as seguintes espécies: testemunhal, documental e material.

Outrossim, no processo penal o ônus da prova caberá a quem o fizer, ou seja, cabe aos litigantes à responsabilidade de provar pelos meios probatórios admissíveis, a verdade dos fatos que são mencionados em suas postulações.

Inicialmente, havia dois sistemas processuais penais norteadores, classificados como inquisitivo e acusatório, no entanto, após grandes transformações constitucionais, surgiu da evolução do direito um terceiro sistema, conhecido como sistema misto.

Segundo Rangel³ o “sistema processual penal é o conjunto de princípios e regras constitucionais e processuais, de acordo com o regime político de cada Estado, que estabelece as diretrizes a serem seguidas para a aplicação do direito penal a cada caso concreto”.

A doutrina procura distinguir o sistema processual penal inquisitivo do acusatório pelas funções que são exercidas pelo órgão julgador.

Concernente ao sistema processual penal há uma grande divergência doutrinária sobre ao qual destes sistemas adotamos em nosso ordenamento jurídico. Alguns doutrinadores afirmam que no Brasil adota-se um sistema misto. Todavia, grande parte da doutrina alega que o sistema acusatório é o vigente devido ao respeito dos direitos e garantias fundamentais adotados após a promulgação da Constituição Federal de 1988.

Nesse sentido, destaca-se a importância do respeito às garantias constitucionais no sistema processual penal como assevera Ada Pellegrini Grinover⁴:

[...] o importante não é apenas realçar que as garantias do acusado – que são, repita-se, garantias do processo e da jurisdição – foram alçadas a nível constitucional,

³RANGEL, Paulo. *Investigação criminal direta pelo Ministério Público: Visão crítica*. 3.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 182.

⁴GRINOVER, Ada Pellegrini. *A marcha do Processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

pairando sobre a lei ordinária, à qual informam. O importante é as normas processuais à luz dos princípios e das regras constitucionais. É verificar a adequação das leis à letra e ao espírito da Constituição. É vivificar os textos legais à luz da ordem constitucional [...]

Sendo assim, pode-se destacar que os sistemas processuais são consequências do período político em que vivenciamos, quanto maior à proximidade do autoritarismo menor será a garantia do acusado, no entanto, quanto maior for à proximidade em relação ao estado democrático de direito maior serão as garantias constitucionais asseguradas ao acusado.

Nos próximos itens trataremos das principais características e diferenças de cada sistema processual penal e veremos qual destes sistemas, portanto, é o acolhido em nosso ordenamento jurídico.

O sistema inquisitivo ou inquisitorial foi desenvolvido durante o período imperial romano, ao longo dos regimes de monarquias, mas se consolidou durante a idade média pelo Direito Canônico.

Neste sistema processual, o estado-juiz exerce todas as funções, uma vez que, agrupava-se apenas na figura do magistrado as atribuições de investigar, processar e julgar o acusado, ou seja, o poder soberano era concentrado tão somente nas mãos do magistrado, não existindo, todavia a tripartição de funções, como é atualmente conhecida.

Conforme o pensamento de Nucci⁵, o sistema inquisitivo: “é caracterizado pela concentração de poder nas mãos do julgador, que exerce, também, a função de acusador; a confissão do réu é considerada a rainha das provas.”

Diante o exposto, pode verificar que no sistema inquisitorial acreditava-se que a confissão era a rainha das provas. Assim, por efeito de práticas autoritárias, a tortura era o instrumento mais aplicado em busca de conquistar a verdade processual.

Neste sistema, o acusado não possui o reconhecimento de suas garantias e direitos fundamentais, tais como, a ampla defesa e ao contraditório, visto que, o referido não é sujeito de direitos, mas sim um mero objeto do processo.

O sistema inquisitivo chegou ao fim após a evolução do direito como um todo, que deu início a uma nova era, onde as garantias fundamentais do acusado eram asseguradas com a finalidade de que o julgamento fosse realizado obedecendo aos moldes de justo e imparcial.

O sistema acusatório originou-se historicamente em Roma e na Grécia Antiga. No Brasil, a promulgação da Carta Magna de 1988 trouxe uma série de princípios constitucionais com o intuito de assegurar os direitos e garantias fundamentais com escopo de proteger,

⁵NUCCI, Guilherme de Souza. *Processo Penal e Execução Penal*. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 103.

sobretudo, a dignidade da pessoa humana do, ora acusado.

Distintamente do sistema inquisitivo, o acusatório, tem como sua principal característica a separação nas funções de acusar, defender e julgar, isto é, o órgão julgador é imparcial e somente se manifesta quando incitado pelas partes, cabendo ao autor daquela ação penal realizar a acusação e ao réu utilizar-se de todos os meios e recursos cabíveis e admitidos à sua defesa.

Logo, pode encontrar a participação distinta de três personagens no sistema acusatório, quais sejam: juiz, autor e réu.

Nesse enalce, Carnevale⁶ expõe seus ensinamentos:

[...] são as três funções essenciais e básicas do processo: a de acusar, a de defender e a de julgar em órgãos distintos e independentes; há um processo de partes, de forma acusatória. É traço característico e fundamental do processo acusatório o contraste entre as partes, no qual o juiz atua no âmbito da lide como se fosse um árbitro.

Neste sistema, foi criado um órgão próprio pelo Estado com o intuito precípua de dar início à propositura da ação, afastando-se o juiz da persecução penal. Assim, o titular da ação penal pública passou a ser exercida pelo Ministério Público.

Logo, de acordo com tal dispositivo e entendimento por parte da doutrina brasileira, adotou-se o sistema acusatório, pois há distinção entre as partes, imparcialidade do órgão julgador e cabe privativamente ao Ministério Público a função de promover a ação penal pública, entretanto, tal sistema não é puro em sua totalidade, uma vez que o indiciado ainda é tratado como objeto de investigação durante o inquérito policial.

Desta forma, o procedimento que antecede a atividade jurisdicional ainda possui características do sistema inquisitivo.

Assim, conclui-se, que no sistema acusatório tem partes distintas, não há mais a figura do juiz inquisitor, pois o magistrado passa a ser imparcial, vez que a fase preliminar da propositura da ação penal é realizada pela autoridade policial através de um procedimento administrativo, qual seja o inquérito policial; e a acusação é feita pelo Ministério Público. Porém, no inquérito policial, podemos encontrar uma estrutura inquisitorial e sigilosa, no entanto, iniciada a ação penal, o processo torna-se público, contraditório e todos os direitos e garantias constitucionais do acusado são devidamente assegurados.

Dessa forma, o doutrinador Afrânio Silva Jardim⁷ sustenta a seguinte ideia sobre o desempenho do Ministério Público:

⁶CARNEVALE, Emanuele. *Direito Criminal*. Roma: [s.n.], 1942.

⁷JARDIM, Afrânio Silva. *Direito Processual Penal*. 6.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 45.

Para o sucesso deste sistema processual, desempenha o Ministério Público uma função de maior importância, assumindo a titularidade da ação penal e produzindo prova no interesse da verdade, deixando o Juiz equidistante do conflito de interesses que, porventura, surja no processo.

O sistema acusatório deve-se obedecer aos seguintes princípios: Princípio da Publicidade e motivação das decisões conforme dispõe o art. 93, IX, CRFB/88⁸.

No sistema em comento, o sistema de provas a ser adotado é o do livre convencimento motivado, ou seja, a sentença deve ser fundamentada, motivada nas razões da imparcialidade do julgador e devem ser assegurados ao acusado os princípios do contraditório e da ampla defesa.

Portanto, é de suma importância a presença dos princípios da ampla defesa e do contraditório, pois o acusado tem os seus direitos assegurados pela Constituição Federal. Sendo assim o acusado terá todos os seus direitos respeitados e assegurados durante o Julgamento sendo o Juiz imparcial.

2. DA NECESSIDADE DO EXAME DE CORPO E DELITO

O exame de corpo de delito se faz necessário, quando a infração penal deixar vestígio, a materialidade do delito ou a extensão de suas consequências deverão ser instrumento de prova pericial, a ser efetuada diretamente sobre o utensílio usado no crime, porém o material usado no crime pode desaparecer, com isso o exame irá ocorrer indiretamente.

O exame indireto será realizado por perito oficial. Porém, com base nas informações prestadas por testemunhas ou pela análise de documentos inerentes aos fatos cuja existência se quiser provar, quando, então, se desempenhará e se alcançará apenas uma erudição técnica por dedução.

Caso haja a impossibilidade de produção de provas através do exame de corpo de delito, seja direto ou indireto, é que a prova testemunhal poderá substituir o exame. Assim sendo, o exame de corpo de delito e a viabilidade de sua alteração por prova testemunhal são circunstâncias que não se misturam não se pode tratar, a alteração do exame de corpo de delito pela prova testemunhal como se fosse exame indireto.

A prova pericial será elaborada por laudo técnico por perito técnico habilitado para

⁸ BRASIL.. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 03 fev.2018.

proferir tal laudo, no qual este laudo será baseado nas indagações e nos esclarecimentos requeridos pelas partes envolvidas na ação penal e pelo Juiz.

É facultada a defesa e ao Ministério Público, a possibilidade de indicarem assistente técnico, que só poderá atuar a partir de sua admissão pelo Juiz e somente após a conclusão dos exames e produção do laudo elaborado pelo perito indicado pelo juízo.

Os assistentes técnicos somente ingressarão no processo na fase instrutória e após o consentimento do Juiz. A defesa indicará o seu assistente técnico após a manifestação de defesa escrita e antes da Audiência de Instrução e Julgamento, bem como irá requerer a indagação do perito oficial para esclarecer o seu laudo produzido, mediante apresentação de quesitos para resposta.

É importante destacar não ficará coadunado ao laudo pericial, podendo aceitar ou recusar, no todo ou em parte. Outrossim, poderá indeferir a realização de perícia requerida por ambas as partes, salvo no caso de exame de corpo de delito, quando for necessário para provar a veracidade dos fatos.

Além da prova pericial efetuada, direta ou indiretamente, sobre o corpo de delito, como acontece para a comprovação do óbito, que evidenciam a presença de materialidade do delito, há outras que igualmente se apresentam necessárias para a elucidação de questões identicamente pertinentes.

As pericias são realizadas para a comprovação dos delitos, sendo assim a denúncia ou a queixa que não for instruída com o exame de corpo de delito não deverá ser recebida pelo juízo.

Há correntes doutrinárias⁹ que entendem que a denúncia ou a queixa podem ser aceitas sem a presença do exame de corpo de delito, porém, caso isso ocorra entende-se que é uma arbitrariedade, pois tem crimes que só serão comprovados se ocorrer o exame pericial.

Por exemplo: o crime de lesão corporal previsto no Artigo 129, parágrafo 1º, I, do Código Penal, será indispensável à realização de exame complementar, se ainda presentes os sinais do delito cometido.

Sendo assim, conclui-se que o exame pericial é de suma importância para que ocorra o julgamento correto e que nenhuma prova se perca durante a instrução penal e que o julgamento garanta os direitos fundamentais do investigado.

⁹ PACHELLI, Eugênio. *Curso de processo penal*. 21.ed. São Paulo: Saraiva, 2017

3. DA ILEGALIDADE DAS PROVAS OBTIDAS POR MEIO ILÍCITOS E SUAS DERIVAÇÕES

Segundo Capez ¹⁰ a expressão prova origina-se “do latim *probatio*, é o conjunto de atos praticados pelas partes, pelo juiz e por terceiros, destinados a levar ao magistrado a convicção acerca da existência ou inexistência de um fato, da falsidade ou veracidade de uma afirmação”.

Nas acertadas palavras de Aranha ¹¹, a prova “representa os atos e os meios usados pelas partes e reconhecidos pelo juiz como sendo a verdade dos fatos alegados”.

Portanto, entende-se como prova, todo meio ou elemento através do qual se procura confirmar a existência e a veracidade de um fato ocorrido com o objetivo de influenciar no convencimento do julgador para que o mesmo tenha fundamentos necessários a fim de proferir sua decisão de acordo com aquilo que lhe aparenta ser verdadeiro.

Desse modo, concluir-se que os meios de provas são os instrumentos que trazem os elementos aos autos, utilizando-se das formas direta ou indireta na busca de demonstrar a veracidade daquilo que se alega, ou seja, é o meio através do qual a prova é inserida no processo.

Segundo entendimento doutrinário e da jurisprudência não há restrição aos meios de prova, pois os mesmos podem ser produzidos pelas partes de maneira diversa daquelas que estão estabelecidas no código de processo penal. No entanto, o princípio da liberdade probatória é relativo, visto que sofre algumas limitações.

Conforme o que consta no Código de Processo Penal existe algumas limitações ao princípio da liberdade probatória, a saber: o art. 155¹², parágrafo único, quanto ao estado das pessoas devem ser observadas as mesmas exigências estabelecidas pela lei civil; art. 158 ¹³ exige que o exame de corpo de delito seja realizado quando a infração deixar vestígios, mesmo que haja confissão pelo próprio acusado; art. 479,¹⁴ caput, veda que durante o julgamento, seja realizada a leitura de documento ou a exibição de objeto que não tiver sido juntado aos autos com a antecedência mínima de três dias úteis, dando-se ciência à outra parte; Entretanto, podemos verificar que o art. 5º, LVI da Constituição Federal dispõe acerca

¹⁰CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 367

¹¹ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. *Da Prova no Processo Penal*. 7. ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 5.

¹²BRASIL. *Decreto-lei nº 3.689*, de 3 de outubro de 1941. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em: 03 fev. 2018.

¹³Ibidem

¹⁴Ibidem

da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos.

Ao tratar dessa questão afirma Tourinho Filho¹⁵, “todos os fatos sobre os quais versa a lide são objeto da prova [...] é o fato a ser provado”

Portanto, entende-se, como objeto de prova tudo aquilo que necessita ser provado no processo, ou seja, os fatos, as coisas, as circunstâncias ou os acontecimentos.

Como consta no presente trabalho, na classificação das provas, quanto ao objeto às provas subdividem-se em provas diretas e indiretas.

Deste modo, nem todos os fatos necessitam ser provados, apenas os fatos importantes que podem motivar o juiz a proferir sua decisão.

Contudo, os fatos conhecidos como axiomáticos, ou seja, intuitivos, são incontestáveis e não carecem ser provados. Os fatos notórios também não devem ser provados, pois pressupõem que tal fato é de conhecimento de toda uma sociedade ou coletividade, por exemplo, provar que no nordeste há seca.

Além disso, os fatos presumidos não necessitam ser provados. Distingue-se ainda, os fatos de presunção relativa, são aqueles que permitem prova em contrário, já os de presunção absoluta não admitem prova em contrário.

Quanto ao conceito de ilícito, assevera Nucci¹⁶:

ilícito advém do latim (*illicitus* = *il* + *licitus*), possuindo dois sentidos: a) sob o significado restrito, quer dizer o proibido por lei; b) sob o prisma amplo, tem o sentido de ser contrário à moral, aos bons costumes e aos princípios gerais de direito. Constitucionalmente, preferimos o entendimento amplo do termo ilícito, vedando-se a prova ilegal e a ilegítima.

A Constituição Federal estabelece em seu artigo 5º, inciso LVI, a inadmissibilidade do uso das provas obtidas por meio ilícitos para instrução processual.

No Código de Processo Penal alusão ao referido tema conforme podemos verificar no caput do artigo 157, sendo assim, é inadmissível o uso da prova ilícita no processo penal, devendo as provas ser desentranhadas do processo.

As provas ilícitas já foram adequadamente conceituadas no item anterior, todavia, conceituar provas ilegítimas para poder realizar em seguida a distinção entre elas.

Nas palavras de Gomes¹⁷, conceito de 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

¹⁵TOURINHO FILHO, Fernanda da Costa. *Manual de processo penal*, 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 522.

¹⁶NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal: comentado*. 8. ed. rev., atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 349.

¹⁷GOMES, Luiz Flávio. *A Prova no Processo Penal – comentários à Lei n.º 11.690/2008*. São Paulo: Premier Máxima, 2008, p. 35

no processo”.

Como exemplo de prova ilegítima pode-se citar o interrogatório do acusado sem a presença de sua defesa o que viola o disposto no artigo 185 do Código de Processo Penal.

Sendo assim, podem-se diferenciar as provas ilícitas das ilegítimas da seguinte maneira.

A prova é considerada ilícita quando sua obtenção viola direito material ou princípio constitucional, é o caso das declarações colhidas sobre tortura, a escuta telefônica ou a quebra de sigilo bancário sem autorização judicial.

As provas ilegítimas, diferentemente, violam norma de direito processual e dizem respeito à produção da prova, por exemplo, o laudo pericial realizado apenas por um único perito, o que infringe o artigo 159 do Código de Processo Penal.

Já as provas ilícitas e ilegítimas simultaneamente, são aquelas que descumprem normas de direito material e processual. Por exemplo, a realização de busca e apreensão por um delegado de polícia com violação de norma penal, pois a conduta é prevista como crime comum de abuso de autoridade, bem como de norma processual, que estabelece os requisitos para realização de busca e apreensão domiciliares.

Pode-se encontrar a vedação das provas ilícitas elencados na Constituição Federal e no Código de Processo Penal.

Pode-se constatar que as provas ilícitas são inadmissíveis no processo e as provas lícitas derivadas das ilícitas devem ser desentranhadas dos autos.

Portanto, a distinção entre as provas ilícitas e as provas ilegítimas se dá da seguinte forma: as provas ilícitas são conhecidas assim por no momento de sua produção violar o que está disposto em lei, por isso, não devem ser produzidas em juízo ou utilizadas como instrumento de um direito, entretanto, as provas ilegítimas são aquelas que violam norma processuais no momento de sua produção em juízo.

A prova ilícita por derivação, existente em nosso ordenamento jurídico surgiu através da influencia da teoria norte americana conhecida como *fruits of the poisonous tree* ou frutos da árvore envenenada.

Segundo as palavras de Gomes¹⁸ “provas derivadas das provas ilícitas por força da teoria ou princípio dos frutos da árvore envenenada (*fruits of the poisonous tree*) a prova derivada diretamente da prova ilícita também é ilícita.”

Portanto, as provas ilícitas por derivação são aquelas que foram obtidas de maneira

¹⁸GOMES, op.cit, p. 38.

lícita, porém derivou-se de uma prova ilícita anteriormente produzida. Como exemplo, pode citar a confissão mediante tortura, na qual a descoberta de material entorpecente após indicação do acusado.

Tal situação é fruto de inúmeras controvérsias sobre a utilização das provas decorrentes das ilícitas. No entanto, grande parte da doutrina defende que as provas derivadas das ilícitas são inadmissíveis no processo.

Independentemente da vedação à utilização das provas ilícitas por derivação, o código de processo penal apresenta duas exceções, quais sejam: a primeira quando da não ocorrência do nexo de causalidade entre a prova lícita e ilícita, já a segunda é quando a prova derivada puder ser colhida por fonte independente da primeira.

Conforme entendimento doutrinário e jurisprudencial as provas ilícitas não podem ser admitidas no processo, pois a vedação tanto na Constituição como no Código de Processo Penal, como já podemos verificar de forma exaustiva nos itens anteriores, entretanto, poderá ocorrer a excludente de ilicitude nas provas ilícitas quando as mesmas forem produzidas pelo próprio acusado em busca de provar sua inocência, ou seja, utilizando-se como meio de defesa.

CONCLUSÃO

A proposta do presente trabalho foi considerar sobre a inadmissibilidade das provas ilícitas no processo penal brasileiro.

Conforme já exposto, o objetivo foi explicar a eficácia da vedação das provas ilícitas tanto no âmbito processual penal, como no constitucional.

Nesse sentido pode-se verificar que as provas ilícitas são inadmissíveis e não devem ser produzidas e nem utilizadas para provar a existência de um fato delituoso. Visto que, a admissibilidade das provas ilícitas irá violar os direitos e garantias fundamentais assegurados pela nossa Constituição Federal.

Utiliza-se dos princípios da inadmissibilidade das provas ilícitas e dos frutos da árvore envenenada como assunto principal em busca de solucionar o problema que se envolve o presente assunto.

Portanto, conclui-se que a utilização da prova ilícita é vedada de forma absoluta, como podemos verificar nas principais doutrinas e jurisprudências, pois não se devem utilizar as mesmas para que não ocorra violação aos direitos e garantias fundamentais.

Nos casos da prova ilícita ser utilizada para beneficiar o réu, o mesmo posicionamento encontrado em decisões de Tribunais Superiores. Sendo assim, se a prova ilícita for produzida com o intuito de proteger outro bem jurídico tutelado pela constituição de igual ou maior valor que este. Logo, poderá ocorrer na causa a admissibilidade de provas ilícitas em busca de favorecer o acusado, porém as mesmas devem ser produzidas pelo próprio investigado e devem ser indispensáveis para comprovar o seu estado de inocência.

Dessa forma, a utilização de prova ilícita excluiria a antijuridicidade em busca de garantir a legítima defesa do acusado.

REFERÊNCIAS

ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. *Da Prova no Processo Penal*. 7.ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

BRASIL.. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm > Acesso em: 03 fev.2018.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*, 21.ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

CARNEVALE, Emanuele. *Direito Criminal*. Roma: [s.n.], 1942.

GOMES, Luiz Flávio. *A Prova no Processo Penal: comentários à Lei n.º 11.690/2008*. São Paulo: Premier Máxima, 2008.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *A marcha do Processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

JARDIM, Afrânio Silva. *Direito Processual Penal*. 6.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

NICOLITT, André. *Manual de Processo Penal*. 3.ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal comentado*. 8.ed. rev., atual. ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 349

_____. *Processo Penal e Execução Penal*. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

PACELLI, Eugênio. *Curso de processo penal*. 21.ed. São Paulo: Saraiva, 2017

RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 22.ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

_____. *Investigação criminal direta pelo Ministério Público: visão crítica*. 3.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

TOURINHO FILHO, Fernanda da Costa. *Manual de processo penal*, 11.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.