

ANÁLISE DO USO (IN)DISCRIMINADO DE PROVAS ILÍCITAS NO PROCESSO PENAL PÁTRIO

Ellen Martins Faria¹

Faculdade de Direito de Cachoeiro de Itapemirim

Márcia Prucoli Gazoni Paiva²

Faculdade de Direito de Cachoeiro de Itapemirim

RESUMO

Este estudo tem como objetivo investigar o uso de provas ilícitas no processo penal brasileiro, com foco nas práticas que envolvem a obtenção e utilização dessas provas pelo Estado. A pesquisa aborda o conceito de provas ilícitas e sua inadmissibilidade no ordenamento jurídico, conforme previsto na Constituição Federal e no Código de Processo Penal. Além disso, são analisados casos concretos e a jurisprudência dos tribunais superiores, especialmente no que diz respeito a interceptações telefônicas, buscas domiciliares e outras práticas que podem violar direitos fundamentais. A metodologia inclui uma revisão sistemática da literatura jurídica e a análise de decisões judiciais que tratam da legalidade e ilegalidade de provas utilizadas no processo penal brasileiro.

Palavras-chaves: processo penal; prova ilícita; inadmissibilidade da prova; direitos fundamentais; cadeia de custódia.

ABSTRACT

This study aims to investigate the use of illegally obtained evidence in Brazilian criminal proceedings, focusing on the practices involving the obtaining and use of such evidence by the State. The research addresses the concept of illegally obtained evidence and its inadmissibility in the legal system, as provided for in the Federal Constitution and the Code of Criminal Procedure. Furthermore, concrete cases and the jurisprudence of the superior courts are analyzed, especially regarding telephone interceptions, home searches, and other practices that may violate fundamental rights. The methodology includes a systematic review of the legal literature and an

¹ Graduanda em Direito pela Faculdade de Direito de Cachoeiro de Itapemirim - FDCI.

² Professora Orientadora, Especialista em Ciências Criminais com Formação para o Ensino Superior pela Universidade Anhanguera-Uniderp, Pós graduada em Direito Civil e Processo Civil pela Universidade Gama Filho, Advogada Criminalista. mprucoli2@terra.com.br

analysis of judicial decisions dealing with the legality and illegality of evidence used in Brazilian criminal proceedings.

Keywords: criminal procedure; illegally obtained evidence; inadmissibility of evidence; fundamental rights; chain of custody.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo trata da análise do uso (in)discriminado de provas ilícitas no processo penal pátrio, com foco nas práticas estatais de obtenção e utilização dessas provas, o que compromete a equidade do processo e levanta questões éticas e legais sobre a legitimidade das decisões judiciais.

Segundo Fernando Capez (2019), a inadmissibilidade das provas ilícitas reflete um avanço ético no sistema penal, mas sua efetividade depende de um controle rigoroso sobre as práticas persecutórias do Estado.

O sistema jurídico brasileiro, fundado nos princípios constitucionais da dignidade humana e do devido processo legal, consagra a inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos como um dos pilares do processo penal. O artigo 5º, inciso LVI, da Constituição Federal estabelece as disposições ao uso desses fatos, reafirmando a proteção dos direitos fundamentais e a busca por um julgamento justo.

A pesquisa parte das hipóteses de que a desigualdade de poder entre o Estado e os acusados, a falta de fiscalização sobre as práticas dos agentes estatais e a ausência de mecanismos de responsabilização ocultos para a perpetuação dessas práticas, comprometendo a garantia dos direitos fundamentais. Para tanto, o estudo objetivou identificar casos emblemáticos de uso indevido de provas ilícitas, analisa os fatores que influenciam essas práticas e avalia seus impactos sobre a efetividade do processo penal e a proteção dos direitos individuais.

Metodologicamente, a pesquisa será conduzida por meio de uma análise sistemática da literatura jurídica e jurisprudencial, associada ao estudo de casos concretos que envolvem a utilização de provas ilícitas, como interceptações telefônicas sem

autorização judicial e violação de domicílio. Serão investigados ainda os obstáculos enfrentados pelas vítimas dessas práticas para obter peças judiciais. Espera-se, com isso, contribuir para o fortalecimento do Estado de Direito e a promoção de um sistema judicial mais justo e equitativo, onde a busca pela verdade não se sobrepõe à proteção dos direitos humanos.

2 CONCEITO E CLASSIFICAÇÃO DAS PROVAS VEDADAS/ILEGAIS

São estabelecidas como vedadas, defesas ou proibidas todas as provas que não observem os requisitos de validade exigidos pelo ordenamento jurídico. As provas obtidas por meios ilícitos são inadmissíveis nos processos, conforme previsto na Constituição Federal (CRFB), em seu artigo 5º, inciso LVI. Tal vedação também é prevista no Código de Processo Penal (CPP), em seu artigo 157, caput, com a redação dada pela Lei nº 11.690/08. Para Fernando Capez (2019), a aplicação do princípio da inadmissibilidade de provas ilícitas foi algo inovador trazido pelo constituinte, já que as constituições anteriores não incluíam normas semelhantes.

Inicialmente, a expressão "provas ilícitas" é utilizada de forma geral, abrangendo as provas obtidas em violação de normas constitucionais ou legais. Assim, são consideradas provas ilegais aquelas que infringem qualquer norma da legislação ordinária, englobando tanto as normas penais quanto as processuais penais. Portanto, uma prova obtida por meio de violação da norma penal (por exemplo, confissão obtida mediante tortura) ou em desacordo com as normas processuais penais (por exemplo, laudo produzido por um único perito não oficial) é classificada como ilícita e deve ser excluída dos autos (Nucci, 2023).

São chamadas de provas ilegítimas aquelas que afrontam a natureza processual da persecução penal. Nem todas as provas precisam ser introduzidas fisicamente no processo, para descaracterizar sua legitimidade como a mera exibição de documento no plenário do Júri em desacordo com as orientações do artigo 459, caput, do CPP.

Baseando-se nos ensinamentos de Capez (2019), a ausência de exame de corpo de delito em crimes que deixam vestígios torna ilegítima a confissão do réu, por não satisfazer a exigência do artigo 158 do CPP.

As provas ilegais, por sua vez, descumprem as normas de direito material desde o momento de sua obtenção. Para Capez (2019), não é necessário que a prova viole apenas uma norma penal para que seja definida como ilícita, podendo a prova ofender também normas de Direito Civil, Comercial ou Administrativo.

Mesmo que a prova seja obtida por meio legal, a violação de princípios constitucionais torna-a ilegal, como no exemplo da busca e apreensão que se realizada em desacordo com os princípios constitucionais, como a inviolabilidade do domicílio (CRFB, art. 5º, XI), ou confissão obtida com emprego de tortura (CRFB, art. 1º, III), torna-a inválida.

3 PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS PERTINENTES ÀS PROVAS DO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

O princípio jurídico exerce diversas funções essenciais no ordenamento jurídico. Em sua função informadora, os princípios orientam e inspiram o legislador na criação de normas e fundamentam o ordenamento jurídico. Eles também auxiliam na interpretação das normas legais.

Na função normativa, os princípios preenchem lacunas e omissões da lei, atuando como fonte supletiva e integrativa quando não há disposições específicas. Além disso, os princípios servem como critérios orientadores na interpretação das normas, ajudando os intérpretes a compreender e aplicar a lei de forma adequada. Em resumo, os princípios são fundamentais tanto para a criação quanto para a aplicação e interpretação das normas jurídicas (Martins, 2023).

Os princípios, sejam constitucionais ou específicos do processo penal, atuam como instrumentos normativos protetores dos direitos fundamentais do cidadão.

Leonardo Alves (2021) destaca a importância dos princípios constitucionais como fundamentos do Processo Penal Constitucional, que, em suas palavras:

Cada vez mais se distancia dos rigores do Código de Processo Penal, modelo normativo inquisitivo e autoritário engendrado no regime ditatorial-fascista que reinava no país em 1941, e se aproxima dos valores democráticos da modernidade insculpidos na Carta Magna Federal de 1988.

3.1 Princípio da liberdade de prova

As partes possuem liberdade para produzir as provas que considerarem pertinentes ao processo. Essa liberdade é ampla, porém, segundo Marcão (2019), não é plena, dada a persistência de resquícios do sistema de prova tarifada, ainda presente no CPP, como no parágrafo único do artigo 155, que condiciona a comprovação do estado das pessoas às restrições estabelecidas na lei civil.

Assim, situações de parentesco ou matrimônio devem ser comprovadas por meio de certidão de nascimento ou casamento. Nesse sentido, a prova testemunhal não pode substituir a ausência de documento civil para legitimar a respectiva condição, o que poderia, por exemplo, resultar na aplicação de uma agravante ou mesmo de uma atenuante.

3.2 Princípio da busca da verdade real

O dever do juiz, no processo penal, é apurar os fatos para que se aproximem o máximo possível da realidade, não se contentando apenas com a verdade formal presente nos autos do processo, como bem aborda Capez (2019, p. 23) e destaca que “o princípio do *ne procedat iudex ex officio* preserva o juiz e, ao mesmo tempo, constitui garantia fundamental do acusado, em perfeita sintonia com o processo acusatório”.

Embora haja autorização no Código de Processo Penal para buscar a verdade real dos fatos, o mesmo traz algumas exceções à própria norma, como a inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos, tema que será analisado separadamente mais adiante. Além das provas documentais, há limitações também nas provas testemunhais colhidas de pessoas que possuem restrições em virtude de função, ofício ou profissão, as quais devem guardar sigilo sobre os fatos (CPP, art. 207), e na recusa de parentes do acusado, que não têm obrigação legal de prestar depoimento (CPP, art. 206).

O termo “verdade real” é rejeitado por grande parte dos doutrinadores, que preferem a expressão “verdade processual”. Essa preferência não se baseia apenas no fato de que a verdade é construída durante o curso do processo, mas, principalmente, porque se refere a uma certeza de natureza exclusivamente jurídica (Capez, 2019).

3.3 Princípio do livre convencimento motivado

Além da questão relacionada à iniciativa probatória do juiz, que pode influenciar o julgamento com uma carga de não convencimento ou dúvida sobre o material probatório, é crucial o estudo das regras de julgamento no processo penal, especialmente no que tange aos métodos de valoração das provas. Há uma necessidade de controlar, em algum grau, a atividade judicante durante o julgamento final. Dependendo do nível de preocupação com o subjetivismo inerente ao ato de julgar e as possíveis arbitrariedades decorrentes, pode-se adotar um modelo ou sistema de julgamento mais ou menos rígido (Pacelli, 2020).

Apesar da existência residual do sistema de prova tarifada nos artigos 155 e 158 do CPP, prevalece no ordenamento jurídico brasileiro o princípio do livre convencimento fundamentado. Esse princípio estabelece que o juiz deve formar sua convicção com base na livre apreciação das provas, considerando sempre os elementos constantes nos autos e evitando decidir em contrariedade a eles (Marcão, 2019, p. 484).

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) é pacífica ao afirmar que a exigência de motivação dos atos jurisdicionais constitui um postulado constitucional essencial, limitando o exercício do poder estatal e protegendo as liberdades públicas. A constitucionalização desse dever jurídico proporciona aos jurisdicionados uma tutela processual mais intensa, sendo a nulidade da decisão a consequência do descumprimento dessa exigência. A fundamentação das decisões judiciais é considerada uma garantia crucial no Estado Democrático de Direito, prevenindo abusos dos órgãos judiciais e assegurando a validade dos atos decisórios.

3.4 Princípio da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos

De acordo com os pensamentos de Pacelli (2020), o artigo 157, *caput*, do Código de Processo Penal, com a redação dada pela Lei nº 11.690/08, reforça a vedação das provas ilícitas, refletindo um compromisso ético no trato das questões jurídicas e desempenhando uma função crucial no processo penal.

Essa vedação não apenas protege os direitos e garantias individuais, como o direito à intimidade, à privacidade, à imagem e à inviolabilidade do domicílio (art. 5º, X e XI da Constituição Federal), mas também assegura a qualidade do material probatório introduzido e valorado no processo. Ao desestimular a adoção de práticas probatórias ilegais por parte do Estado, a norma cumpre uma função pedagógica, promovendo a regularidade e a legalidade da atividade estatal persecutória.

Para Lopes Jr (2020), a admissibilidade de uma prova pode ser compreendida a partir da seguinte negativa: “uma prova é admissível sempre que nenhuma norma a exclua”. O artigo 5º, inciso LVI, da Constituição Federal, ao dispor sobre a inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos, configura uma norma geral que não distingue entre os processos civil e penal, evidenciando a necessidade de uma interpretação que considere a especificidade do processo penal, bem como as demais normas constitucionais aplicáveis. Em determinados casos, a vedação absoluta à

admissibilidade de provas ilícitas deve ser relativizada, em atenção às particularidades do caso concreto e à interpretação constitucional adequada.

Além de proteger direitos individuais, a vedação das provas ilícitas impacta diretamente a qualidade da prova ao impedir o uso de métodos probatórios cuja idoneidade seja questionável, como confissões obtidas mediante tortura, hipnose ou substâncias químicas. Esse controle reforça a igualdade processual ao evitar que agentes do Estado, geralmente responsáveis pela produção de provas, adotem práticas irregulares, equilibrando a relação de forças entre a acusação e a defesa.

O tema da inadmissibilidade das provas ilícitas revela, portanto, desdobramentos significativos tanto no âmbito probatório quanto na concepção do Direito, desafiando o intérprete jurídico a uma hermenêutica que valorize os princípios constitucionais e a justiça processual. (Pacelli, 2020, p. 264).

3.4.1 Análise da Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada

A teoria norte-americana dos Frutos da Árvore Envenenada (*fruits of poisonous tree*) refere-se ao conceito de provas ilícitas por derivação. Essas provas, embora inicialmente lícitas em sua essência, surgem a partir de uma prova considerada ilícita ou de uma situação de ilegalidade, ficando, assim, contaminadas. De acordo com essa teoria, tal como o veneno que contamina o tronco de uma árvore se espalha e compromete seus frutos, o vício presente na origem da prova ilícita afeta todas as provas dela derivadas (Avena, 2023 p. 459).

Atualizado pela Lei nº 11.690/2008, o Código de Processo Penal, em seu artigo 157, §1º, veda expressamente o uso de provas ilícitas por derivação ao definir que são *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.*

A Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada baseia-se em um argumento relacional, no qual a ilicitude de uma prova derivada depende do estabelecimento de uma conexão lógica entre a prova ilícita original e as provas subsequentes. Para que uma prova seja considerada fruto dessa árvore envenenada, é necessário demonstrar que a ilegalidade originária foi condição *sine qua non* para a obtenção das provas derivadas, ou seja, que essas provas não tenham sido obtidas sem a violação inicial.

Edilson Mougenot (2024) acredita que o desafio reside em comprovar esse nexo causal, semelhante ao debate no direito penal sobre a relação de causalidade. Em certos casos, pode-se argumentar que houve uma ruptura ou enfraquecimento da cadeia causal, o que permitiria a admissão de provas derivadas, já que estas não estariam contaminadas pelo reflexo da ilegalidade original.

Em suma, a teoria norte-americana desempenha um papel crucial na proteção dos direitos fundamentais, especialmente no que tange à admissibilidade das provas no processo penal. No entanto, como apontado por Andrés de la Oliva Santos, a aplicação dessa teoria deve ser ponderada, levando em conta as particularidades de cada caso, para evitar decisões arbitrárias que possam comprometer a justiça. A compreensão e a aplicação cuidadosa dessa teoria são essenciais para equilibrar a busca pela verdade e a garantia dos direitos processuais.

4 FORMAS DE OBTENÇÃO DE PROVAS ILÍCITAS: ANÁLISE DE CASOS E JURISPRUDÊNCIAS

A questão das provas ilícitas tem sido alvo de atenção crescente entre os processualistas contemporâneos, especialmente no contexto do avanço tecnológico. O desenvolvimento de novas tecnologias tem gerado desafios significativos para a proteção das garantias e dos direitos individuais, como a privacidade e a intimidade, que são frequentemente ameaçados por práticas de obtenção de provas que desrespeitam os limites legais (Fernandes, 2011, p. 10).

Esses métodos, frequentemente utilizados de forma indiscriminada, comprometem o equilíbrio entre a busca pela verdade e o respeito aos direitos fundamentais. Isso exige uma análise detalhada das formas ilícitas de obtenção de provas, que serão abordadas a seguir, considerando casos concretos à luz da jurisprudência pátria sobre a utilização dessas provas no processo penal.

4.1 Violação de domicílio

O crime de violação de domicílio, previsto no art. 150 do Código Penal, consiste na entrada ou permanência em casa alheia sem a permissão de seu proprietário. A proteção conferida pela lei visa garantir a privacidade e a segurança dos indivíduos em seu espaço doméstico, refletindo a tutela constitucional do direito à inviolabilidade do domicílio.

A configuração desse crime pode, em determinadas circunstâncias, ensejar a imputação de crime de abuso de autoridade, conforme disposto na Lei nº 13.869/2019, que regula os atos praticados por agentes públicos que excedem os limites de sua função (Marcão, 2024, p. 258).

4.1.1 Análise de caso concreto na visão da jurisprudência

O STF, ao julgar o Recurso Extraordinário n. 603.616/RO, da relatoria do Min. Gilmar Mendes, DJe 10.05.2016, em Repercussão Geral (Tema 280), firmou uma relevante tese no âmbito da inviolabilidade domiciliar, ao reconhecer a licitude da entrada forçada em domicílio sem mandado judicial, inclusive em período noturno, desde que haja fundadas razões, devidamente justificadas a posteriori, que indiquem a ocorrência de flagrante delito no interior da residência. Bem pontuou o Ministro Gilmar Mendes:

A solução preconizada não tem a pretensão de resolver todos os problemas. A locução fundadas razões demandará esforço de

concretização e interpretação. Haverá casos em que o policial julgará que dispõe de indícios suficientes para a medida e o Juízo decidirá em contrário.

O fundamental é que se passa a ter a possibilidade de contestação de uma medida de busca e apreensão que deu resultados. Assegura-se à defesa a oportunidade de impugnar, em um processo contraditório, a existência e suficiência das razões para a medida. Ou seja, a validade da busca é testada com base no que se sabia antes de sua realização, não depois.

Todavia, a sexta turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ), em julgados recentes, tem entendido que mesmo com a posição estabelecida pelo STF, a validade de uma busca domiciliar deve ser aferida com base nas informações prévias à sua realização, sendo inadmissível que descobertas posteriores legitimem a ação.

Nesse sentido, destaca a ex ministra Laurinta Vaz, ao afirmar que "[a] constatação de indícios da prática de tráfico de drogas em via pública pelas forças policiais não autoriza, por si só, o ingresso forçado no domicílio do autuado como desdobramento automático do flagrante realizado fora da residência" (AgRg no HC n. 773.899/AM, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 27/3/2023, DJe 31/3/2023).

Para ilustrar a aplicação prática dos princípios discutidos, é relevante analisar a jurisprudência do STJ no julgamento do Agravo Regimental no Habeas Corpus 832237/PB. Este caso específico oferece uma visão detalhada sobre como o Tribunal tem interpretado e estabelecido critérios para determinar o ingresso forçado na residência como ilícito, especialmente em contextos de flagrante delito sem mandado judicial. A análise dessa decisão é crucial para entender as balizas normativas que orientam a atuação das autoridades policiais em tais circunstâncias e como elas se relacionam com os direitos fundamentais à inviolabilidade domiciliar e ao devido processo legal. *In verbis*:

AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. LEGISLAÇÃO EXTRAVAGANTE. TRÁFICO DE DROGAS. NULIDADE. ALEGAÇÃO DE ILICITUDE NO INGRESSO FORÇADO EM DOMICÍLIO. AUSÊNCIA DE FUNDADAS RAZÕES. ILICITUDE DAS PROVAS OBTIDAS. PRECEDENTES DO STJ E STF. NULIDADE RECONHECIDA. CONDENAÇÃO ANULADA.

PROVAS INDEPENDENTES. NOVO JULGAMENTO NA ORIGEM. SOLTURA DO RÉU.

[...] 6. Assim, na esteira desses precedentes, deve ser declarada a nulidade das provas obtidas a partir do ingresso dos policiais na casa do agravado. Cumpre registrar, inclusive, que o fundamento exclusivo do acórdão para o ingresso forçado na residência seria o estado de "flagrância existente e devidamente comprovada nos autos". **Porém, conforme afirmado no paradigma do Supremo Tribunal Federal em exame, a validade da busca é testada com base no que se sabia antes de sua realização, não depois.** E, no caso, a simples descoberta das chaves no bolso de corrêu que abriu a fechadura da porta da casa invadida, a despeito da apreensão de drogas em outro local, não satisfaz o standard probatório das fundadas razões a autorizar o ingresso forçado em domicílio. Do contrário, o ato em si revela uma procura especulativa por mais provas.

7. No entanto, observa-se que o acervo probatório presente nos autos não está composto exclusivamente pela prova declarada ilícita e suas derivações, havendo outros elementos probatórios- apreensão prévia de drogas em imóvel abandonado e busca pessoal no corrêu (a respeito da qual não há qualquer insurgência defensiva, tampouco manifestação da instância ordinária).

8. Nessa situação, a jurisprudência da Sexta Turma orienta no sentido de que deve ser anulada a condenação, determinando-se ao Juízo de origem que, após desentranhar a prova ilícita e as dela derivadas, realize um novo julgamento da ação penal (AgRg no HC n. 542.940/SP, Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, DJe 10/3/2020).

9. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no HC n. 832.237/PB, relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 1/7/2024, DJe de 3/7/2024.) (grifos nossos).

No caso concreto, a sexta turma do STJ entendeu que a posse das chaves da residência por um corrêu, associada a denúncias anônimas e à apreensão de entorpecentes em um imóvel abandonado, foi considerada insuficiente para justificar o ingresso forçado, destacando que a expectativa dos policiais de encontrar objetos ilícitos também no interior da residência não é suficiente para fundamentar a violação do domicílio do réu.

Consequentemente, as provas obtidas a partir dessa entrada foram declaradas nulas, com a determinação de que a condenação fosse revista, desentranhando-se as provas ilícitas e suas derivações, em conformidade com o devido processo legal. Esse

entendimento reafirma a necessidade de rigor na aplicação das exceções à inviolabilidade domiciliar, visando evitar abusos de autoridade e assegurar a proteção dos direitos fundamentais, o que é imprescindível em um Estado Democrático de Direito.

4.2 Interceptação eletrônica e gravação ambiental clandestina

A interceptação telefônica foi regulamentada pela Lei nº 9.296/96, que por sua vez resguarda o direito constitucional, na expressão do art. 5º, XII, da CRFB, “é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial”. A exceção à inviolabilidade deverá ser determinada pelo juiz, a requerimento do Ministério Público ou Autoridade Policial durante a persecução penal.

Embora o artigo 3º da Lei nº 9.296/96 indique a determinação pelo juiz de ofício, no contexto do processo penal vigente é vedada a produção de provas *ex officio*, o que torna a ilícita a prova obtida por esse meio. Marcão (2023) destaca que mesmo que haja argumentos contrários baseados em princípios como da especialidade e critérios cronológicos e hierárquicos, deve prevalecer o princípio do acusatório que rege o processo penal em um Estado Democrático de Direito. Essa escolha democrática é refletida também no art. 8º-A da mesma lei, que trata da captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos.

É amplamente reconhecido que excessos ocorrem não apenas na decretação, mas também nas prorrogações do período permitido para interceptações telefônicas. Com o intuito de coibir esses abusos, o CNJ emitiu a Resolução n. 59/2008, que estabelece diretrizes para padronizar e aprimorar o procedimento de interceptação de comunicações nos órgãos judiciais.

Tanto o STF quanto o STJ têm entendido que prorrogações sucessivas de interceptações telefônicas são admissíveis, desde que a decisão inicial seja válida e as circunstâncias presentes nos autos justifiquem essa medida excepcional, a qual deve ser

fundamentada de forma adequada, de modo que determinações baseadas exclusivamente em denúncias anônimas, sem confirmação prévia em investigação, são inadmissíveis.

4.2.1 Análise de caso concreto na visão da jurisprudência

O ministro Rogério Schietti do STJ em seu voto no RHC 153.904/PB ressaltou que a representação por interceptação deve ser precedida de procedimento investigatório criminal com diligências objetificando averiguar a plausibilidade e a verossimilhança das informações obtidas anonimamente.

Embora a denúncia anônima seja apta a justificar a abertura de um procedimento investigativo, não é fundamento soberano para, por si só, “autorizar a adoção de medidas constritivas, tais como a busca domiciliar, a interceptação telefônica, a quebra do sigilo de dados e a escuta ambiental, como neste caso” (RHC n. 153.904/PB, relator Ministro Rogério Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 5/12/2023, DJe de 14/12/2023.).

Nesse contexto, o STJ tem mantido entendimento que a mera menção aos informes apontados pela autoridade policial também não constitui fundamento idôneo para o juiz determinar a interceptação telefônica e sua consequente prorrogação, de acordo com a ementa a seguir destacada:

AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS DENEGADO. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O MESMO FIM. POSSE ILEGAL DE ARMA DE FOGO. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. ALEGAÇÃO DE PROVAS ILÍCITAS. NULIDADE CONFIGURADA. AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO DE ELEMENTOS CONCRETOS A JUSTIFICAR O DEFERIMENTO DA MEDIDA CAUTELAR E SUAS PRORROGAÇÕES. CONSTRANGIMENTO ILEGAL RECONHECIDO.

1. A interceptação de comunicações telefônicas depende de decisão judicial fundamentada, a qual não excederá quinze dias, renovável por igual período, apontando a indispensabilidade do meio de prova, indícios razoáveis de autoria, e o fato investigado constituir infração penal punida com pena de reclusão, que poderá ser determinada de ofício ou por representação da autoridade policial ou do Parquet,

devendo, nesses casos, o pedido demonstrar a necessidade da medida, com a indicação dos meios a serem empregados e os elementos concretos que a justificam (arts. 1º a 5º da Lei n. 9.296/1996).

2. Embora se admita remissão aos fundamentos utilizados pela autoridade policial e pelo Ministério Público, **a jurisprudência desta Casa é firme no entendimento de que é necessário o Magistrado expressar, com base na situação concreta dos autos, o motivo de suas decisões, o que não foi verificado nos autos.**

3. No caso, constata-se ilegalidade nas decisões que deferiram a quebra de sigilo nas medidas cautelares de interceptação telefônica, bem como em suas prorrogações, em razão da ausência de fundamentos próprios e pressupostos de cautelaridade. Nota-se que a decisão que inaugurou a medida constritiva serviu de fundamento para autorizar as prorrogações, sem qualquer análise diferenciada das situações, configurando o alegado constrangimento ilegal.

4. Agravo regimental provido para, declarando nula a interceptação telefônica e suas sucessivas prorrogações, determinar que o Juiz natural identifique as provas delas derivadas que deverão ser invalidadas no Processo n. 0072746-64.2012.8.26.0576. Fica totalmente prejudicada a análise da alegação de falta de demonstração do vínculo associativo estável e permanente, necessário para a configuração do crime do art. 35 da Lei de Drogas.

(AgRg no HC n. 785.728/SP, relator Ministro Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDF), relator para acórdão Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 16/5/2023, DJe de 30/5/2023.) (grifos nossos)

No caso em questão, a nulidade foi arguida com base na alegação de ilicitude das provas obtidas por meio de interceptações telefônicas, sustentando-se a ausência de fundamentação adequada para autorizar a quebra de sigilo e suas prorrogações. O argumento central é que as decisões judiciais careciam de elementos concretos que justificassem as medidas cautelares, sendo alegado que houve uma padronização e uma ausência de individualização das condutas dos investigados.

Diante da análise do acórdão acima ementado, conclui-se que a ausência de fundamentação concreta e específica para a determinação da interceptação telefônica e suas prorrogações compromete gravemente a legalidade das medidas, resultando na nulidade das provas obtidas. O STJ reafirma a necessidade de rigor na aplicação das exceções que permitem a interceptação, exigindo que cada decisão seja amparada por

uma justificativa que aponte a indispensabilidade do meio de prova e indícios razoáveis de autoria.

4.3 Busca domiciliar

A concepção de domicílio no direito processual penal, especialmente no contexto da busca domiciliar, abrange qualquer espaço habitado, compartimento ocupado em habitação coletiva ou local não acessível ao público onde se exerça profissão ou atividade, conforme o artigo 246 do Código de Processo Penal, o qual reflete o disposto no § 4º do artigo 150 do Código Penal (Bonfim, 2024, p. 334).

A Constituição Federal assegura a inviolabilidade do domicílio, permitindo a entrada sem consentimento apenas em casos de flagrante delito, desastre, prestação de socorro ou mediante ordem judicial, esta última limitada ao período diurno, salvo consentimento do morador para a realização noturna, conforme preceitua o artigo 245, caput, do Código de Processo Penal. Além disso, parte da doutrina admite a possibilidade de busca noturna em casos de flagrante, dada a exceção constitucional.

No entanto, como visto anteriormente, a jurisprudência estabelece que a simples fuga ao avistar policiais ou a apreensão de pequena quantidade de entorpecentes não configura, por si só, justa causa para ingresso em domicílio sem ordem judicial.

4.3.1 Análise de caso concreto na visão da jurisprudência

No julgamento do HC n. 50382498520248217000, pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (TJ/RS), foi reconhecida a ilegalidade do mandado de busca e apreensão expedido, especificamente para cumprimento no período noturno, violando não apenas o Código de Processo Penal, como a garantia constitucional da inviolabilidade do domicílio prevista no art. 5º, XI, da Constituição Federal. *In verbis*:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO PREVENTIVA. MANDADO DE BUSCA E APREENSÃO CUMPRIDO EM PERÍODO NOTURNO. ILEGALIDADE FLAGRANTE. RELAXAMENTO DA CUSTÓDIA. Conforme se depreende dos autos, a prisão em flagrante do paciente ocorreu durante o cumprimento de mandado de busca e apreensão, que teria sido expedido para cumprimento no horário noturno, haja vista a especificidade da situação, de forma a garantir o êxito nas diligências. Na oportunidade, foram apreendidas 17 buchas de cocaína, pesando 10g. Logo, a prisão em flagrante já estava sedimentada de ilegalidade desde a concepção da autorização para o cumprimento do mandado de busca no período noturno. De acordo com o auto de prisão em flagrante, o MBA foi cumprido às 21h e 40min na residência em que se encontrava o flagrado. Tal providência contraria os ditames previstos na Carta Magna, a qual expressamente prevê ser a casa asilo inviolável do indivíduo, "ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial". No mesmo sentido, a permissão para adentrar na residência do investigado em período noturno opõe-se ao exposto na norma processual penal, prevista no artigo 245 do Código de Processo Penal. In casu, não há elementos suficientes a permitir a relativização do princípio constitucional da inviolabilidade de domicílio. Isso porque as informações que antecederam o deferimento da diligência eram atinentes ao fato de que o imóvel seria utilizado pela organização criminosa "Os Manos", inclusive naquela noite para o fracionamento e acondicionamento de entorpecentes, notícia que não se perfectibilizou com o resultado do cumprimento do MBA, que apenas restou na apreensão de quantidade irrisória de ilícitos. Inclusive, como bem rememorado pela impetrante, a incursão aqui analisada vai contra os parâmetros previstos na Lei de Abuso de Autoridade (Lei nº 13.869/2019), a qual prevê como crime a seguinte situação fática em comento. Por conseguinte, diante do cumprimento de mandado de busca e apreensão sem a observância da garantia constitucional prevista no artigo 5º, inciso XI, da Constituição Federal, como consequência torna-se ilegal a apreensão realizada, bem como a prisão do paciente, a qual deve ser relaxada. ORDEM CONCEDIDA. LIMINAR RATIFICADA. (Habeas Corpus Criminal, Nº 50382498520248217000, Segunda Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sandro Luz Portal, Julgado em: 18-03-2024) (grifos nossos)

O relator Desembargador Sandro Luz Portal, em seu voto, destacou que a ilegalidade do mandado de busca e apreensão ocorreu desde sua concepção e não

houveram elementos, no caso, capazes de permitir a relativização do *princípio constitucional da inviolabilidade de domicílio*.

Em sentido semelhante, o Superior Tribunal de Justiça abordou o tema quando do julgamento do Agravo Regimental no Recurso em Habeas Corpus 168319/SP observou que o entendimento de que furtos praticados entre 05 (cinco) e 06 (seis) horas da manhã e/ou antes do nascer do sol fazem jus à causa de aumento de pena, deve ser aplicado por analogia para caracterizar as condições do período noturno para fins da inviolabilidade do domicílio.

Embora a Lei de Abuso de Autoridade (Lei n. 13.869/2019) criminalize a execução de mandados de busca domiciliar entre 21h e 5h, tal norma não delimita com precisão os conceitos de "dia" e "noite" para o cumprimento dessas ordens. Assim, mesmo que a diligência ocorra entre 5h e 21h, isso não garante, necessariamente, que seja durante o período diurno, especialmente se ainda estiver escuro no momento da execução. A petição do STJ aponta que a classificação para a inviolabilidade domiciliar deve ser mais abrangente, consideradas as condições concretas para resguardar plenamente o direito constitucional à inviolabilidade do lar (STJ, AgRg no RHC n. 168.319/SP, Rel. Min Laurita Vaz, julgado em 05/12/2023, DJe de 15/12/2023).

4.4 Quebra de cadeia de custódia e inadmissibilidade da prova

Além das provas obtidas ilegalmente, a quebra da cadeia de custódia também pode tornar as provas ilícitas e, conseqüentemente, gerar a nulidade do que seria a princípio, uma prova lícita. A cadeia de custódia é conceituada por Avena (2024) como:

O caminho percorrido pela prova desde o conhecimento da prática de uma infração pelas autoridades encarregadas da persecução criminal até o momento em que, constatada a ocorrência de vestígios e realizados os exames necessários, for produzido o laudo pericial e descartado o material que serviu de base para a perícia.

A cadeia de custódia da prova desempenha papel fundamental na preservação da integridade e autenticidade dos elementos probatórios utilizados no processo penal, assegurando que a prova valorada seja efetivamente aquela originalmente colhida. Essa documentação é essencial para garantir os princípios do contraditório, do devido processo legal, da paridade de armas e da ampla defesa, especialmente quando se trata de provas submetidas a contraditório diferido.

Mesmo antes da promulgação da Lei n. 13.964/2019, que regulamentou expressamente a cadeia de custódia, já se reconhecia a necessidade de sua preservação por meio de uma interpretação sistemática das normas do Código de Processo Penal, reforçando a importância de um processo penal justo e transparente (Bonfim, 2024, p. 300).

O Min. Ribeiro Dantas, no julgamento do Agravo Regimental n. 2.521.345/RO, destacou que “prints de whatsapp, desacompanhados da correspondente cadeia de prova desse tipo de prova virtual, não constituem meio válido de prova, porque não há garantia mínima da integridade dos elementos ali contidos”. A fragilidade das provas obtidas por *whatsapp* se deve a sua facilidade de manipulação, seja por meio de editores de imagens ou por simuladores que permitem criar ou modificar visualmente conversas, como a ferramenta “inspecionar” dos navegadores, que possibilita alterações temporárias no conteúdo exibido na tela (AgRg nos EDcl no AREsp n. 2.521.345/RO, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 18/6/2024, DJe de 21/6/2024.).

Aury Lopes Jr. (2024) ressalta que a cadeia de custódia assume importância vital em provas que buscam ser consideradas “evidências”, como interceptações telefônicas e análises de DNA, as quais, por sua natureza autoreferencial, podem minar o contraditório e criar uma falsa impressão de verdade inquestionável. Nessas situações, em que as provas são obtidas fora do processo judicial, é essencial documentar rigorosamente toda a trajetória dessas evidências, desde a coleta até sua inserção no processo, garantindo a integridade e confiabilidade da valoração judicial.

A quebra da cadeia de custódia transforma a prova em ilícita, conforme o art. 157 do CPP, tornando-a inadmissível no processo penal. Caso essa irregularidade seja detectada após a prova já ter sido incorporada ao processo, a única solução possível é a declaração da ilicitude da prova, seguida do seu desentranhamento e da proibição de sua valoração. Esse rigor no tratamento das provas ilícitas, especialmente em contextos de quebra da cadeia de custódia, é essencial para estabelecer uma cultura de respeito ao devido processo legal em um sistema processual ainda marcado por práticas inquisitórias, como o brasileiro (Lopes Jr., 2024).

5. IMPACTOS DO USO DE PROVAS ILÍCITAS

Entender a proteção constitucional ao processo é essencial para compreender o impacto da utilização de provas ilícitas no processo penal”. Nessa conjuntura, o art. XI, nº 1, da Declaração Universal dos Direitos do Homem, garante que:

Todo homem acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa.

O devido processo legal é princípio base para os princípios da ampla defesa e o contraditório, assegurando que ao réu será dada a condição necessária de apresentar todos os elementos que entender fundamental para esclarecer a verdade, bem como o direito de optar por omitir-se ou silenciar-se, caso assim deseje. Conjuntamente, é garantido ao réu que a cada ato realizado pela acusação corresponda um igual direito de resposta por parte da defesa, seja para refutar as alegações, apresentar uma versão alternativa ou propor uma interpretação jurídica diversa da sustentada pelo autor (Alexandre de Moraes, 2023).

Alexandre de Moraes (2023) destaca em sua obra que mesmo que a exclusão das provas ilícitas prejudique a apuração da verdade dos fatos, elas devem ser desconsideradas para preservar o ideal de um processo justo, que respeite os direitos e garantias fundamentais da pessoa humana. A busca pela verdade judicial tem limites impostos por valores superiores, como a proteção dos direitos fundamentais, que não podem ser sacrificados em nome da eficiência na repressão aos delitos. Assim, o respeito às regras processuais e aos princípios constitucionais é considerado um pequeno preço a se pagar para viver em um Estado Democrático de Direito.

A relevância do tema pode ser evidenciada no caso concreto de Carlos Edmilson, que foi condenado a 137 anos de prisão pelos crimes de estupro e roubo, com base em um reconhecimento equivocado e provas obtidas de forma atécnica e induzida. Edmilson foi acusado de ser um estuprador serial na Rodovia Castelo Branco, em São Paulo, e passou 12 anos preso até seu caso ser levado ao *Innocence Project* Brasil, uma associação que atua na defesa de pessoas condenadas injustamente, dedicando-se a revisar casos em que ocorrem erros judiciários, especialmente por meio da análise de provas ilícitas.

Após quatro anos de intensa investigação com o apoio de alunos e advogados voluntários, utilizando provas de DNA e contestando os reconhecimentos equivocados, o projeto obteve sete decisões absolutórias no Superior Tribunal de Justiça e outras três no Tribunal de Justiça de São Paulo, resultando na reversão definitiva das condenações em maio de 2024.

Apesar de toda repulsa à prova ilícita apontada anteriormente *ela não é irremediavelmente desprezível em todo e qualquer caso*. A prova ilícita só será admitida no processo quando o acusado não dispuser de meios lícitos para demonstrar sua inocência, não sendo possível conclusão diversa diante do princípio da dignidade humana (CF, art. 1º, III).

Não se pode permitir o uso de provas ilícitas apenas para evitar erros judiciais, pois isso abriria a possibilidade de que o Ministério Público e o querelante também recorrem a tais provas, resultando em uma desordem constitucional irreparável. Contudo,

é defensável a ideia de que, em casos específicos, a inexigibilidade de conduta diversa ou o estado de necessidade podem justificar o reconhecimento de que o acusado agiu amparado por uma causa de exclusão da antijuridicidade, e, portanto, de maneira lícita (Marcão, 2024).

Andrés de la Oliva Santos defende a importância de lembrar que a Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada é apenas uma metáfora, ressaltando que as provas obtidas ilicitamente podem ser trazidas aos autos por alguém que nada teve a ver com a ilicitude praticada, sendo assim insensato aplicar a regra da sanção de nulidade. O jurista complementa a teoria dizendo que *estes ‘frutos’ são perfeitamente digeríveis e aproveitáveis por quem não tenha envenenado a ‘árvore’*.

Assim, a regra geral é a inadmissibilidade de provas obtidas por meios ilícitos, admitindo-se essas provas somente de maneira excepcional, para garantir o respeito às liberdades públicas e à dignidade humana durante a coleta de provas e na persecução penal (Moraes, 2023).

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo da pesquisa restou evidenciado que a inadmissibilidade de provas obtidas por meios ilícitos, consagrada no artigo 5º, inciso LVI da Constituição Federal, reflete o compromisso do ordenamento jurídico com a dignidade humana e a preservação das garantias individuais. No entanto, a prática mostra que, em muitos casos, o Estado utiliza tais provas de maneira indevida, comprometendo a equidade do processo penal.

A análise de jurisprudências e doutrinas revelou que, embora haja uma tentativa de se respeitar os princípios processuais, a desigualdade de poder entre o Estado e o acusado, somada à falta de fiscalização e responsabilização dos agentes estatais, permite a perpetuação do uso dessas provas. O estudo também demonstrou que essa prática afeta diretamente a integridade do sistema penal, comprometendo a qualidade do

julgamento e a proteção dos direitos individuais, além de levantar questões éticas e jurídicas sobre a legitimidade das decisões judiciais baseadas em provas ilícitas.

Por meio da investigação de casos concretos e do estudo da teoria dos frutos da árvore envenenada, ficou claro que a adoção de provas ilícitas e de suas derivadas mina a confiança na justiça e reforça práticas persecutórias irregulares. A jurisprudência recente, como as decisões do STF e STJ, reflete a preocupação com a manutenção da legalidade no processo penal, porém, muitas vezes ainda permite brechas para a utilização dessas provas, especialmente em casos de flagrantes ou investigações que envolvam interceptações e buscas domiciliares.

As limitações desta pesquisa estão relacionadas à dificuldade de acesso a dados completos sobre todos os casos que envolvem o uso de provas ilícitas no Brasil. Contudo, os resultados obtidos são suficientes para concluir que a efetivação do princípio da inadmissibilidade de provas ilícitas ainda necessita de melhorias significativas, especialmente no que diz respeito ao controle e à fiscalização das ações dos agentes públicos.

Como perspectivas para pesquisas futuras, sugere-se um estudo mais aprofundado sobre as possíveis reformas legislativas que poderiam tornar mais rigorosa a punição e a prevenção ao uso de provas ilícitas. Além disso, é necessário explorar o impacto dessas práticas na percepção da sociedade sobre o sistema de justiça penal e avaliar formas de reforçar os mecanismos de controle da atuação estatal no processo penal.

REFERÊNCIAS

ALVES, Leonardo Barreto Moreira. **Processo Penal: Parte Geral**. 11. ed. Belo Horizonte: JusPodivm, 2021.

AVENA, Norberto. **Processo Penal**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2023.

BONFIM, Edilson M. **Curso de processo penal**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2024.

BRASIL. **Código de Processo Penal**. Disponível em:
https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 25 jun. 2024.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, [2016].

BRASIL. **Lei n. 13.869, de 5 de setembro de 2019**. Dispõe sobre os crimes de abuso de autoridade. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil: seção 1, Brasília, DF, 5 set. 2019. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13869.htm. Acesso em: 18 ago. 2024.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 26. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

FERNANDES, Antônio S.; ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAES, Maurício Zanoide de. **Provas no processo penal: estudo comparado**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2011.

INNOCENCE PROJECT BRASIL. Disponível em: <https://www.innocencebrasil.org>. Acesso em: 3 set. 2024.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

MARCÃO, Renato. **Curso de processo penal**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2024.

MARTINS, Sergio P. **Teoria geral do processo**. 8 ed. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2023.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 36. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 39. ed. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2023.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

OLIVA SANTOS, Andrés de la. El anteproyecto de ley de enjuiciamiento civil, de 26 de diciembre de 1997, y la protección de crédito. **Revista Española de Derecho Procesal**, n. 8-9, p. 10, 1998.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Assembleia Geral das Nações Unidas, Resolução 217 A (III), de 10 de dezembro de 1948. Disponível em: <https://www.un.org/pt/about-us/universal-declaration-of-human-rights>. Acesso em: 3 set. 2024.