

PLANO DE ADMISSIBILIDADE E PLANO DE VALORAÇÃO DA PROVA NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

Kaieni Isabeli da Silva¹

Andrey Luciano Bieger²

Sumário: 1 INTRODUÇÃO. 2 CONCEITO DE PROVA. 3 JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE E VALORAÇÃO. 4 PRINCIPAIS SISTEMAS DE VALORAÇÃO DA PROVA. 4.1 SISTEMA DA ÍNTIMA CONVICÇÃO DO MAGISTRADO. 4.2 SISTEMA DA PROVA TARIFADA. 4.3 SISTEMA DO LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO (PERSUASÃO RACIONAL DO JUIZ). 5 STANDARD DA PROVA. 6 TRATAMENTO DA (IN) ADMISSIBILIDADE DAS PROVAS ILÍCITAS. 7 CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS.

Resumo: O presente artigo tem como finalidade analisar as provas que formam o conjunto probatório do processo penal. Após conceitua-lá será feita uma abordagem em relação a admissibilidade da prova e os modelos de valoração desta existentes, bem como, o que vige atualmente no processo penal brasileiro, ou seja o livre convencimento motivado/persuasão racional e seus aspectos. De forma breve é realizada uma explanação sobre os *standards* de prova, visando trazer mais objetividade e controle ao juízo de fato nas decisões tomadas ao longo do processo. Além disso, torna-se necessário explicar as provas ilícitas que não são aceitas no processo, visto que a maneira de obtenção infringe as normas de direito material e constitucional. Para tanto, utilizou-se da análise bibliográfica, principalmente de artigos, monografias e livros.

Palavras-chave: Processo penal. Prova. Convicção. *Standard* probatório. Ilícita.

1 INTRODUÇÃO

Sabe-se que o processo penal é um instrumento de retrospecto e de reconstrução aproximativa de um determinado fato histórico. Como ritual, está destinado a instruir o julgador, a proporcionar o seu conhecimento por meio desta reconstrução de um fato que será realizada por meio das provas.³

Deste modo, em todos os processos, a análise probatória feita pelo juiz não é totalmente livre, uma vez que deve obedecer a critérios jurídicos da admissibilidade e valoração da prova.

No sistema legal de prova tarifada o legislador previa, um sistema de valoração hierarquizada da prova (estabelecendo uma tarifa probatória ou tabela de

¹ Acadêmica do Curso de Direito do Centro Universitário FAI, Campus de Itapiranga – SC. E-mail: kaieniisabeli473@gmail.com

² Professor do Curso de Direito do Centro Universitário FAI, Campus de Itapiranga – SC. Mestre em Direito (UNOCHAPECÓ). E-mail: andrey@uceff.edu.br.

³ GOLDSCHMIDT, James. **Derecho Procesal Civil**. Trad. Prieto Castro. Barcelona, Labor, 1936. p. 256

valoração das provas). Era chamado de sistema tarifado, exatamente porque o valor vinha previamente definido em lei, sem atentar para as especificidades de cada caso.

No sistema da íntima convicção, o juiz apreciava o fato livremente, sem precisar fundamentar sua decisão, muito utilizado hoje no âmbito da segunda fase do Tribunal do Júri, pelo qual os jurados não precisam motivar suas decisões.

Contudo, no processo penal brasileiro, vige o sistema do livre convencimento motivado, assim sendo, o juiz é livre para valorar as provas que estão nos autos do processo, sendo imposto a ele que a faça de maneira motivada, isto é, fundamentada. Essa valoração utilizará os *standards* da prova, que servirá para aferir a suficiência probatória, o "quanto" de prova é necessário para proferir uma decisão. Entretanto, no decorrer do estudo, é possível perceber que este convencimento recebe várias críticas pois, na realidade não é totalmente "livre".

Além disso, o estudo abordará sobre a (in) admissibilidade das provas ilícitas no processo penal que causam grande ofensa ao direito material, haja vista que apesar do direito à prova estar expresso no texto constitucional brasileiro, não se pode dizer que possui caráter absoluto.

2 CONCEITO DE PROVA

Inicialmente para começar a analisar o direito probatório, é necessário apresentar o conceito de prova. Tendo em vista que a palavra prova tem a mesma origem etimológica de *probo* (do latim, *probatio e probus*), e traduz as ideias de verificação, inspeção, exame, aprovação ou confirmação, estando relacionada com o vasto campo de operações do intelecto na busca de comunicação do conhecimento verdadeiro.⁴

Segundo o professor Guilherme de Souza Nucci (2014), há três sentidos para o termo prova, quais sejam: o ato de provar, que é o processo em que se verifica a verdade do fato alegado; o meio para provar, que é o instrumento pelo qual se demonstra a verdade de algo, um exemplo disso é a prova testemunhal e o resultado

⁴ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. Salvador: Ed. JusPodivm, 2019. 7. ed. rev., ampl. e atual.

da ação de provar, que trata do produto extraído da análise dos instrumentos de prova oferecidos.⁵

Assim, entende-se como prova o arcabouço demonstrado pelas partes, seja através de testemunhos, documentos, periciais, acareações, dentre outros elementos servíveis, a fim de convencer o magistrado sobre a verdade real.⁶ Acerca da abrangência da prova, Nucci (2009) discorre que:

“A prova vincula-se à verdade e à certeza, que se ligam à realidade, todas voltadas, entretanto, à convicção de seres humanos. O universo no qual estão inseridos tais juízos de espírito ou valorações sensíveis da mente humana precisa ser analisado tal como ele pode ser e não como efetivamente é”.⁷

Pelo que se nota dos conceitos externados, evidentemente há uma grande diferença entre “alegar um fato” e “provar um fato”, o que será objeto de instrução processual, respeitando-se as disposições e limites fixados pela legislação vigente.

3 JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE E VALORAÇÃO

No momento de admissibilidade da prova deve o julgador indeferi-la com base no critério do “objeto de prova”, e não adotando o princípio do livre convencimento motivado, o qual só deve ser aplicado ao tempo de sua valoração. De outra forma, somente em caso de não mais ser controvertido ou relevante o objeto de prova é que pode ser ela inadmitida pelo Estado-juiz, e não em razão de prévia tomada de convicção a respeito do mérito.⁸

Sob a ótica da utilidade da prova, a perspectiva garantista exige, no processo, a admissão de todos os meios de prova que não se revelem manifestamente irrelevantes e protelatórios. Porém, ao mesmo passo em que se admitem todos os

⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo e execução penal**. 11. Ed. Rev., atual e ampl. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2014.

⁶ SOUZA, Joel R. A (in)admissibilidade das provas ilícitas no processo penal. **Unifacvest**, 2020. Disponível em: <https://www.unifacvest.edu.br/assets/uploads/files/arquivos/e15ae-souza,-joel-robson-m.-a-inadmissibilidade-das-provas-ilicitas-no-processo-penal.-lages,-unifacvest,-2020..pdf>. Acesso em: 22 ago. 2021.

⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. **Provas no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009

⁸ RUBIN, Fernando. Teoria geral da prova: do conceito de prova aos modelos de constatação da verdade. **Conteúdo Jurídico**, 2013. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.41668&seo=1>. Acesso em: 21 ago. 2011.

meios de prova inclusive atípicos, desde que lícitos, para o esclarecimento dos fatos, a jurisprudência inibe esta admissibilidade, e a lei, proíbe expressamente as provas cuja credibilidade seja duvidosa.⁹

Há uma incoerência nesta constatação, na medida em que o direito à prova e o livre convencimento são invocados para admitir a inserção e produção de provas em desconformidade com os ditames da lei processual e, ao mesmo tempo, podem vir a ser restringidos com fundamento na ausência de credibilidade das provas.¹⁰

Nesta perspectiva, há inegável confusão entre os princípios que permeiam o plano da admissibilidade e o plano da valoração das provas. Assumindo que o valor das informações de determinadas fontes será questionável ou até inexistente, sendo o juiz e o legislador que estabelecerão regras de inadmissibilidade probatória.¹¹

4 PRINCIPAIS SISTEMAS DE VALORAÇÃO DA PROVA

Quando se aborda o presente tema, tem-se em vista a relação existente entre o julgamento da causa pelo juiz natural e as provas produzidas em juízo. Busca-se investigar a vinculação (ou não) do magistrado a alguma modalidade de prova. São basicamente três sistemas acerca do assunto, a saber: 1) Sistema da íntima convicção; 2) Sistema da prova tarifada; 3) Sistema da persuasão racional do juiz (convencimento motivado).¹²

4.1 SISTEMA DA ÍNTIMA CONVICÇÃO DO MAGISTRADO

De acordo com o sistema da íntima convicção, o juiz era livre para valorar as provas, inclusive aquelas que não se encontravam nos autos, não sendo obrigado a

⁹ LEAL, Stela; GUEDES, Clarissa. O cerceamento do acesso à prova devido à confusão entre os planos de admissibilidade e valoração do material probatório. **ResearchGate**, 2018. Disponível em: <https://www.researchgate.net/press>. Acesso em: 22 ago. 2021.

¹⁰ LEAL, Stela; GUEDES, Clarissa. O cerceamento do acesso à prova devido à confusão entre os planos de admissibilidade e valoração do material probatório. **ResearchGate**, 2018. Disponível em: <https://www.researchgate.net/press>. Acesso em: 22 ago. 2021.

¹¹ LEAL, Stela; GUEDES, Clarissa. O cerceamento do acesso à prova devido à confusão entre os planos de admissibilidade e valoração do material probatório. **ResearchGate**, 2018. Disponível em: <https://www.researchgate.net/press>. Acesso em: 22 ago. 2021.

¹² LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. Salvador: Ed. JusPodivm, 2019. 7. ed. rev., ampl. e atual.

fundamentar seu convencimento¹³, como explica Fernando da Costa Tourinho Filho:

De acordo com o sistema da íntima convicção, o julgador não está obrigado a exteriorizar as razões que o levam a proferir a decisão. O Juiz atribui às provas o valor que quiser e bem entender, podendo, inclusive, decidindo valer-se de conhecimento particular a respeito do caso, mesmo não havendo prova nos autos. Ele decide de acordo com a sua convicção íntima, sem necessidade de fundamentar a decisão.¹⁴

Nota-se a integral liberdade que o magistrado tinha para decidir como bem entendia, a partir de suas impressões pessoais, apesar dos elementos probatórios ou mesmo contra estes.¹⁵

Embora, o sistema da íntima convicção não tenha sido adotado como regra no direito brasileiro, está previsto, como exceção, em relação às decisões dos jurados na segunda fase do tribunal do júri, as quais não precisam ser motivadas. Isso porque, de acordo com o artigo 5º, inciso XXXVIII da CF/88, é garantido ao júri o sigilo das votações.¹⁶

4.2 SISTEMA DE PROVA TARIFADA

Também conhecido como sistema das regras legais, da certeza moral do legislador ou da prova legal, o presente sistema, próprio do sistema inquisitivo, trabalha com a ideia de que determinados meios de prova têm valor probatório fixado em abstrato pelo legislador, cabendo a ele tão somente apreciar o conjunto probatório e lhe atribuir o valor conforme estabelecido pela lei.¹⁷ Conforme aponta Pacelli (2009):

O sistema da prova legal surgiu como superação ao sistema inquisitivo, objetivando mitigar o excesso de poderes conferidos ao juiz, ao instituir um

¹³ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. Salvador: Ed. JusPodivm, 2019. 7. ed. rev., ampl. e atual.

¹⁴ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. v. 1. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, 711 p.

¹⁵ PIMENTEL, Delene. Os sistemas de valoração da prova e o processo penal brasileiro: limites e particularidades. **Jus.com.br**, 2016. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/51385/os-sistemas-de-valoracao-da-prova-e-o-processo-penal-brasileiro-limites-e-particularidades>. Acesso em: 11 set. 2021.

¹⁶ Brasil, **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 21 ago. 2021.

¹⁷ Sistema da prova tarifada. **Trilhante**. Disponível em: <https://trilhante.com.br/curso/processo-penal/aula/sistemas-de-apreciacao-de-provas-1>. Acesso em: 11 set. 2021.

modelo rígido de apreciação da prova, no qual tanto se estabelecia determinados tipos de provas para determinados delitos, quanto se valorava previamente as provas.¹⁸

Atualmente esse sistema ainda recebe críticas como a de Aury Lopes (2016), o qual afirma que a hierarquização e o valor predefinido de cada prova limita a atuação do juiz, no sentido de que o mesmo fica impedido de eleger significados de acordo com as especificidades de cada caso concreto.¹⁹ Vejamos o que diz Edilson Mougenot Bonfim:

[...] Nesse sistema, o juiz não tinha qualquer liberdade na apreciação da prova, que era pré-valorada na própria lei. Assim, a legislação fixava uma hierarquia entre os meios de prova. Nesse contexto, a confissão, por exemplo, recebia maior valor, contando-se, ainda, numa escala puramente aritmética, o número de pessoas que se dispusessem a testemunhar contra ou a favor do acusado. O somatório final, única tarefa que cabia ao julgador, determinava a culpa do réu (BONFIM, 2012).²⁰

É certo que o Código de Processo Penal não adotou o sistema em questão, no entanto, não se pode negar a existência de resquícios de sua aplicação, pois existem situações em que o julgador está limitado de forma prévia, na valoração das provas. Um exemplo de prova tarifada consta do art.155, parágrafo único, do CPP, o qual dispõe “somente quanto ao estado das pessoas serão observadas as restrições estabelecidas na lei civil”²¹

4.3 SISTEMA DO CONVENCIMENTO MOTIVADO (PERSUASÃO RACIONAL DO JUIZ)

O livre convencimento motivado foi adotado expressamente pelo Código de Processo Penal brasileiro como sistema de valoração de provas em seu art. 155, a seguir transcrito:

¹⁸ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 10ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008

¹⁹ LOPES JUNIOR, Aury. **Sistemas de investigação preliminar no Processo Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

²⁰ BONFIM, Edilson Mougenot. **Código de processo penal anotado**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, 1.025 p.

²¹ BRASIL, Lei n. 3.689 de 03 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em: 21 ago. 2021.

Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas. Parágrafo único: Somente quanto ao estado das pessoas serão observadas as restrições estabelecidas na lei civil. (BRASIL, 1941).²²

De acordo com este sistema, o magistrado tem ampla liberdade na valoração das provas constantes dos autos, as quais têm, legal e abstratamente, o mesmo valor, porém, se vê obrigado a fundamentar sua decisão. Como aponta Gomes Filho (2008):

A liberdade na apreciação das provas não se confunde com uma autorização para que o juiz adote decisões arbitrárias, mas apenas lhe confere a possibilidade de estabelecer a verdade judicial com base em dados e critérios objetivos e de uma forma que seja controlável.²³

Na verdade, em virtude dos extremos dos dois sistemas anteriores, este apresenta a vantagem de devolver ao juiz discricionariedade na hora da valoração das provas, isoladamente e no seu conjunto, aspecto positivo do sistema da íntima convicção, mas desde que tais provas estejam no processo, sendo admitidas pela lei e submetidas a um prévio juízo de credibilidade, não podendo ser ilícitas ou ilegítimas.²⁴

Interessante notar que a doutrina processual penal, em geral, conceitua o princípio da persuasão racional sem um aprofundamento crítico maior, não trazendo um ferramental interpretativo sólido que possa reduzir a discricionariedade judicial.

²⁵ Nesse sentido, Pacelli refere que:

O juiz é livre na formação de seu convencimento, não estando comprometido por qualquer critério de valoração prévia da prova, podendo optar livremente por aquela que lhe parecer mais convincente. Um único testemunho, por exemplo, poderá ser levado em consideração pelo juiz, ainda que em sentido contrário dois ou mais testemunhos, desde que em consonância com as

²² BRASIL. Decreto-Lei 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em: 21 ago. 2021

²³ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **As reformas no processo penal: as novas leis de 2008 e os projetos de reforma**. Maria Thereza Rocha de Assis Moura (coord.). São Paulo. Ed. RT, 2008.

²⁴ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. Salvador: Ed. JusPodivm, 2019. 7. ed. rev., ampl. e atual

²⁵ KIRCHER, Luís Felipe. **O convencimento judicial e os parâmetros de controle sobre o juízo de fato: visão geral, direito comparado e o tribunal penal internacional**. Revista Duc In Altum Cadernos de Direito, vol. 10, nº 20, jan. 2018

outras provas.²⁶

Com a nova redação dada ao art. 155 do CPP pela Lei nº 11.690/08²⁷, fica claro que o convencimento do juiz deve ser formado, em regra, a partir da prova produzida em contraditório judicial, sendo obrigatório que o magistrado fundamente sua conclusão.

Assim, a decisão judicial deve ser construída a partir de graus de probabilidades (níveis de corroboração), delimitando-se a questão de fato no domínio da racionalidade, ainda que se trate de uma racionalidade incapaz de oferecer certezas absolutas²⁸. À luz deste entendimento é que fazem surgir os mecanismos de controle como os "modelos de constatação" ou "standards jurídicos".

Aury Lopes (2016), por sua vez, adverte que o livre convencimento motivado, na verdade não é um sistema tão livre como se pensa, pois a liberdade não é plena, uma vez que a decisão judicial deve estar consubstanciada na prova produzida, vedando-se o decisionismo.²⁹ Dessa forma, não admite-se em um processo penal democrático, como é o nosso, que o juiz julgue "conforme a sua consciência", dizendo "qualquer coisa sobre qualquer coisa".³⁰

Sob o mesmo ponto de vista, o autor Lenio Streck é um dos maiores críticos do referido sistema e questionou severamente a utilidade de se promover modificações nos dispositivos referentes à fundamentação das decisões judiciais e ao contraditório e, ao mesmo tempo, manter intacto o livre convencimento. Inclusive, sugeriu a retirada desta expressão "livremente" dos artigos correspondentes no novo Código de Processo Civil:

O livre convencimento se justificava em face da necessidade de superação da prova tarifada. Filosoficamente, o abandono da fórmula do livre convencimento ou da livre apreciação da prova é corolário do paradigma da intersubjetividade, cuja compreensão é indispensável em tempos de democracia e de autonomia do direito. Dessa forma, a invocação do livre

²⁶ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 21. ed. rev. E ampl. São Paulo: Atlas, 2017.

²⁷ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. Salvador: Ed. JusPodivm, 2019. 7. ed. rev., ampl. e atual

²⁸ FERRER BELTRÁN, Jordi. **Prueba y verdad en el derecho**. 2ª ed. MadridBarcelona: Marcial Pons, 2005.

²⁹ LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal**. 13 ed. São Paulo. Saraiva. 2016.

³⁰ STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – as garantias processuais penais?** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012

convencimento por parte de juízes e tribunais acarretará, a toda evidência, a nulidade da decisão.³¹

Apesar das discussões e críticas ocorrerem na área do processo civil, é indubitável que ela pode influenciar significativamente o processo penal, fornecendo pistas sobre como lidar com as dificuldades relatadas na pesquisa. Aliás, é válido lembrar que o projeto de Novo Código de Processo Penal mantém, por ora, a previsão da persuasão racional como modelo de valoração.³²

5 STANDARD DA PROVA

De acordo com o que já foi exposto anteriormente, podemos perceber que toda prova nos leva a um juízo de probabilidade sobre um determinado conjunto fático-probatório. Nesse cenário, os standards de prova são modelos de constatação ou de verificação de fatos no processo, no nível e exigência que a lei considera como necessária e suficiente para aceitar como demonstrada uma ou mais proposições, segundo o grau de probabilidade que a decisão reclama.³³

No campo do direito, os standards se prestam a orientar o juiz e as partes informando-lhes o grau de corroboração que as provas devem atingir para que um enunciado fático possa ser considerado provado. Por isso, Jordi Ferrer destaca que:

É crucial a importância de definir, com clareza, todos os standards de prova que devem orientar as decisões proferidas no processo, uma vez que “sem eles não se pode pretender uma valoração racional da prova, nem um controle da valoração realizada.”³⁴

Existem diversos standards probatórios possíveis, conforme o grau de

³¹ STRECK, Lenio L. Contra claro texto do CPC, STJ reafirma o livre convencimento. **Conjur**, 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-set-26/senso-incomum-claro-texto-cpc-stj-reafirma-livre-convencimento>. Acesso em: 23 set. 2021.

³² AQUINO, Yuri. O sistema do livre convencimento motivado no processo penal em face do ordenamento constitucional. **Repositório**, 2016. Disponível em: https://repositorio.ufmg.br/bitstream/1843/BUBD-AYSNQ5/1/dissertacao_de_mestrado_yuri_final.pdf. Acesso em: 23 out. 2021

³³ KIRCHER, Luís Felipe. **O convencimento judicial e os parâmetros de controle sobre o juízo de fato: visão geral, direito comparado e o tribunal penal internacional**. Revista Duc In Altum Cadernos de Direito, vol. 10, nº 20, jan. 2018

³⁴ TARUFFO, Michele. **La prueba de los hechos**. Trad. Jordi Ferrer Beltrán. 2. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2005.

dificuldade que se imponha para se aceitar um fato como provado. Enfatiza-se que, no processo penal, ainda que na valoração da prova, uma hipótese tenha sido mais confirmada, não significa que ela deverá ser considerada como provada, pois o standard de prova exige a comprovação da culpa, e uma comprovação que seja além da dúvida razoável, devendo, portanto, superar não somente a versão contrária, mas também o princípio da presunção de inocência.³⁵

No Brasil, a temática do standard probatório ainda é pouco enfrentada. Porém, entende-se que, a partir da consagração constitucional dos princípios da presunção de inocência e do *in dubio pro reo*, houve uma escolha de política processual que pode ser considerada também como uma opção para o enfrentamento do grave problema do erro judiciário.³⁶

6 (IN) ADMISSIBILIDADE DAS PROVAS ILÍCITAS

A discussão em torno da (in)admissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos em determinando ordenamento jurídico está diretamente relacionada à opção entre a busca ilimitada da verdade, dando-se preponderância ao interesse público na persecução penal, e o respeito aos direitos e garantias fundamentais, dentro de uma visão ética do processo, ainda que em prejuízo à apuração da verdade.³⁷

Com a Constituição Federal de 1988, entre os direitos e garantias individuais, estabeleceu-se a inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos (art. 5º, LVI)³⁸. Logo, a sanção processual cominada para a ilicitude da prova é a sua inadmissibilidade.

Portanto, pode-se dizer que, no ordenamento pátrio, por mais relevantes que sejam os fatos apurados por meio de provas obtidas por meios ilícitos, estas não podem ser admitidas no processo. Se, mesmo assim, uma prova ilícita for juntada ao

³⁵ VASCONCELOS, Vinicius. Standard probatório para condenação e dúvida razoável no processo penal: análise das possíveis contribuições ao ordenamento brasileiro. **Scielo**, 2020. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rdgv/a/9wZMTLkctLvR5knhRqXxZ6B/?lang=pt#>. Acesso em: 11 set. 2021.

³⁶ LOPES JÚNIOR, Aury; ROSA, Alexandre Moraes da. Sobre o uso do standard probatório no processo penal. **Consultor Jurídico — Conjur**, São Paulo, 2019.

³⁷ LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal. Salvador: Ed. **JusPodivm**, 2019. 7. ed. rev., ampl. e atual.

³⁸ BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 21 ago. 2021.

processo, surge o direito de exclusão, a ser materializado através do desentranhamento da referida prova dos autos.³⁹

Além das hipóteses já anteriormente mencionadas, outra modalidade de prova, também decorrente do princípio da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos, possui destaque e gera diferentes posicionamentos tanto na doutrina quanto na jurisprudência: as provas ilícitas por derivação.⁴⁰

Avolio (2003, p. 68), afirma que as provas ilícitas por derivação se colocam, por uma imposição lógica, nos sistemas de inadmissibilidade processual das provas ilicitamente obtidas, estabelece a seguinte definição:

O problema das provas ilícitas por derivação, por uma imposição lógica, só se coloca nos sistemas de inadmissibilidade processual das provas ilicitamente obtidas. Concerne às hipóteses em que a prova foi obtida de forma lícita, mas a partir da informação extraída de uma prova obtida por meio ilícito.⁴¹

Desse modo, ao tratar do tema alusivo às provas ilícitas por derivação, está-se diante de questão que envolve a extensão da ilicitude de uma prova a outras provas, que passariam a estar “contaminadas” pela primeira. Buscando elucidar o problema mencionado, a Suprema Corte americana construiu a teoria dos frutos da árvore envenenada. Assim explica Carvalho (2016):

A Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada declara inadmissíveis os meios probatórios que apesar de produzidos em momento posterior, acham-se afetados pela ilicitude da prova originária, que a eles se transmite por efeito do nexo de causalidade. Circunstância na qual novos dados probatórios são conhecidos pelo Poder Público apenas em razão de transgressão praticada anteriormente pelos agentes da persecução penal, em desrespeito à garantia constitucional a direitos fundamentais.⁴²

No entanto, existem algumas questões que implicariam em exceções, como a utilização de prova Ilícita pelo réu para provar sua própria inocência em processo

³⁹ 2ª Turma do STF (RHC 137.368/PR, Rei. Min. Gilmar Mendes, j. 29/11/2016).

⁴⁰ CAVALIERI, Davi. A admissibilidade das provas ilícitas no processo penal. **Âmbito Jurídico**, 2017. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-162/a-admissibilidade-das-provas-ilicitas-no-processo-penal/amp/>. Acesso em: 11 set. 2021.

⁴¹ AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas ilícitas: interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

⁴² CARVALHO, Amanda. Teoria do Fruto da Árvore Envenenada. **Jusbrasil**. 2016. Disponível em: <https://mandi2005.jusbrasil.com.br/artigos/327697991/teoria-do-fruto-da-arvore-envenenada>. Acesso em: 11 set. 2021.

judicial criminal. Apesar da legislação entender por vedar o uso da mesma, parte da doutrina e da jurisprudência vem entendendo por aplicar a proporcionalidade atrelada a essa questão, pois a prova ilícita não seria usada para condenar o acusado, e sim para dar uma condenação justa, uma vez que nenhum direito ou garantia constitucional tem caráter absoluto.⁴³

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de todo o exposto, restou evidente que no Processo Penal Brasileiro é adotado o sistema do livre convencimento motivado, bem como o sistema da íntima convicção (apenas para segunda fase do júri). Contudo é inegável o fato de que o sistema da prova tarifada também possui resquícios no processo penal, tendo em vista os traços inquisitórios que ainda norteiam alguns dos dispositivos do nosso código.

Todavia, no decorrer do estudo pode-se perceber que o livre convencimento motivado importa a realização da atividade valorativa com as provas e de acordo com elas, isto é, baseada nos elementos que o ordenamento reputa como sendo provas. Do mesmo modo, o magistrado precisa fundamentar o raciocínio que levou-o a chegar a decisão, considerando tanto as provas produzidas em contraditório judicial, quanto à motivação/fundamentação da sua convicção.

É em meio a esta realidade que os standards de prova são introduzidos no país, visando romper com concepções retrógradas que seguem acreditando que o juiz possui plena liberdade para decidir, desde que motive a sua decisão. Não basta motivar, é imprescindível que o juiz esclareça de que forma chegou à solução final do caso concreto.

Relacionando tais questões ao problema central deste trabalho, uma compreensão abrangente da prova aponta para a necessidade de que, ao considerar o plano de admissibilidade da prova, a verificação da relevância da prova requerida pela parte deve se pautar por critérios racionalizados claramente delimitados na fundamentação da decisão, e não por um estágio hipotético de convencimento do juiz

⁴³ NOVO, Benigno. É permitido o uso da prova ilícita a favor do réu no processo penal. **Jus.com.br**, 2019. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/88664/e-permitido-o-uso-da-prova-ilcita-a-favor-do-reu-no-processo-penal>. Acesso em: 11 set. 2021.

acerca do fato probando.⁴⁴

Em função disso, no nosso ordenamento jurídico a regra é também a inadmissibilidade das provas ilícitas, porém, existem divergências na doutrina referindo que de acordo com o princípio da proporcionalidade, tais provas poderiam ser admitidas, principalmente em benefício do réu.

Nesse diapasão, a Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada também é de elevada importância para a garantia do Devido Processo Legal, pois impede abusos que poderiam ser praticados pelos agentes estatais, garantindo a liberdade e dignidade dos cidadãos. Porém, não deve-se levar este princípio maneira absoluta e inflexível, devendo ele ser ponderado de acordo com cada caso.

REFERÊNCIAS:

AQUINO, Yuri. O sistema do livre convencimento motivado no processo penal em face do ordenamento constitucional. **Repositório**, 2016. Disponível em: https://repositorio.ufmg.br/bitstream/1843/BUBDAYSNQ5/1/dissertacao_de_mestrado_yuri___final___pdf.pdf. Acesso em: 23 de out. 2021.

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

BRASIL, Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015/2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 21 ago. 2021

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em: 21 ago.2021.

BRASIL, Lei n. 3.689 de 03 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm Acesso em: 21 ago. 2021.

BONFIM, Edilson Mougenot. **Código de processo penal anotado**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, 1.025 p.

CARVALHO, Amanda. Teoria do Fruto da Árvore Envenenada. **Jusbrasil**, 2016.

⁴⁴ LEAL, Stela; GUEDES, Clarissa. O cerceamento do acesso à prova devido à confusão entre os planos de admissibilidade e valoração do material probatório. **ResearchGate**, 2018. Disponível em: <https://www.researchgate.net/press>. Acesso em: 22 ago. 2021.

Disponível em: <https://mandi2005.jusbrasil.com.br/artigos/327697991/teoria-do-fruto-da-arvore-envenenada> Acesso em: 11 set. 2021.

CAVALIERI, Davi. A admissibilidade das provas ilícitas no processo penal. **Âmbito Jurídico**, 2017. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-162/a-admissibilidade-das-provas-ilicitas-no-processo-penal/amp/>. Acesso em: 11 set. 2021.

FERRER BELTRÁN, Jordi. **Prueba y verdad en el derecho**. 2ª ed. Madrid Barcelona: Marcial Pons, 2005

GOLDSCHMIDT, James. **Derecho Procesal Civil**. Trad. Prieto Castro. Barcelona, Labor, 1936. p. 256.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **As reformas no processo penal: as novas leis de 2008 e os projetos de reforma**. Maria Thereza Rocha de Assis Moura (coord.). São Paulo. Ed. RT, 2008.

KIRCHER, Luís Felipe. **O convencimento judicial e os parâmetros de controle sobre o juízo de fato: visão geral, direito comparado e o tribunal penal internacional**. Revista Duc In Altum Cadernos de Direito, vol. 10, nº 20, jan. 2018

LEAL, Stela; GUEDES, Clarissa. O cerceamento do acesso à prova devido à confusão entre os planos de admissibilidade e valoração do material probatório. **ResearchGate**, 2018. Disponível em: <https://www.researchgate.net/press>. Acesso em: 22 ago. 2021.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. Salvador: Ed. JusPodivm, 2019. 7. ed. rev., ampl. e atual.

LOPES JR, Aury. **Sistemas de investigação preliminar no Processo Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal**. 13 ed. São Paulo. Saraiva. 2016

LOPES JR, Aury; ROSA, Alexandre Moraes da. Sobre o uso do standard probatório no processo penal. **Consultor Jurídico — Conjur**, São Paulo, 2019.

NOVO, Benigno. É permitido o uso da prova ilícita a favor do réu no processo penal. **Jus.com.br**, 2019. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/88664/e-permitido-o-uso-da-prova-ilicita-a-favor-do-reu-no-processo-penal>. Acesso em: 11 set. 2021.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo e execução penal**. 11. Ed. Rev., atual e ampl. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2014.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 10ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 21. ed. rev. E ampl. São Paulo: Atlas, 2017.

PIMENTEL, Delene. Os sistemas de valoração da prova e o processo penal brasileiro: limites e particularidades. **Jus.com.br**, 2016. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/51385/os-sistemas-de-valoracao-da-prova-e-o-processo-penal-brasileiro-limites-e-particularidades>. Acesso em: 11 set. 2021.

RUBIN, Fernando. Teoria geral da prova: do conceito de prova aos modelos de constatação da verdade. **Conteúdo Jurídico**, 2013. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.41668&seo=1>. Acesso em: 21 ago. 2011.

SOUZA, Joel R. A (in)admissibilidade das provas ilícitas no processo penal. **Unifacvest**, 2020. Disponível em: <https://www.unifacvest.edu.br/assets/uploads/files/arquivos/e15ae-souza,-joel-robson-m.-a-inadmissibilidade-das-provas-ilicitas-no-processo-penal.-lages,-unifacvest,-2020..pdf>. Acesso em: 22 ago. 2021.

STRECK, Lenio L. Contra claro texto do CPC, STJ reafirma o livre convencimento. **Conjur**, 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-set-26/senso-incomum-claro-texto-cpc-stj-reafirma-livre-convencimento>. Acesso em: 23 de set. 2021.

Sistema da prova tarifada. **Trilhante**. Disponível em: <https://trilhante.com.br/curso/processo-penal/aula/sistemas-de-apreciacao-de-provas-1>. Acesso em: 11 set. 2021.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – as garantias processuais penais?** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012

TARUFFO, Michele. **La prueba de los hechos**. Trad. Jordi Ferrer Beltrán. 2. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2005.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. v. 1. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, 711 p.

VASCONCELOS, Vinicius. Standard probatório para condenação e dúvida razoável no processo penal: análise das possíveis contribuições ao ordenamento brasileiro. **SciELO**, 2020. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rdgv/a/9wZMTLkctLvR5knhRqXxZ6B/?lang=pt#>. Acesso em: 11 set. 2021.

2ªTurma do STF (RHC 137.368/PR, Rei. Min. Gilmar Mendes, j. 29/11/2016).