

# PROVAS ILÍCITAS E A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE NO PROCESSO PENAL

*ILLEGAL EVIDENCE AND THE APPLICATION OF THE PROPORTIONALITY PRINCIPLE IN CRIMINAL PROCESS*

Caroline Silva Nunes<sup>67</sup>  
Ygor de Almeida Batista<sup>68</sup>

## RESUMO

O presente artigo tem como objetivo explicar sobre as provas ilícitas no processo penal e, conforme previsão legal, serão inadmissíveis no processo, todavia em alguns casos excepcionais poderão ser utilizadas afastando-se a ilicitude. Nesse sentido serão levantadas as possibilidades de admissibilidade de provas ilícitas no processo penal, observando-se as exceções presentes na lei, teorias que defendem sua utilização e o princípio da proporcionalidade.

**Palavras-chave:** Provas ilícitas. Admissibilidade. Proporcionalidade.

## ABSTRACT

This article's aims to explain the illegal evidence in criminal process and, according to law prediction, they will be inadmissible, however, in some exceptional cases, they may be used, removing illegality. So, will be considered the admissibility possibilities of illegal evidence in criminal proceedings, observing law's exceptions, theories which defend its use and the proportionality principle.

**Keywords:** Illegal evidence. Admissibility. Proportionality.

Revista Científica da Faculdade Quirinópolis

## INTRODUÇÃO

A literatura quanto às provas no processo penal considera-a uma garantia constitucional utilizada pelas partes processuais para comprovar a verdade dos fatos sub judice, com a finalidade de gerar a convicção do juiz sobre os fatos alegados, pois conforme preconiza o código de processo penal a sentença proferida pelo julgador deve ser fundamentada nas provas apresentadas, assim é de extrema importância no processo.

É importante salientar que nenhum direito é absoluto, assim o direito à prova também possui suas limitações, inclusive a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, inciso LVI, prevê expressamente a inadmissibilidade das provas obtidas por meio ilícito no

<sup>67</sup> Graduanda em Direito pela Faculdade Quirinópolis - FAQUI. E-mail: carolinenunes775@hotmail.com

<sup>68</sup> (Orientador) Docente do curso de Direito da Faculdade Quirinópolis. E-mail: prof.ygor@gmail.com

processo. Essa vedação mostra que o legislador teve o intuito de proteger os direitos e garantias constitucionais, de modo que não poderão ser

---

infringidos para gerar provas, além de que serve para realizar o controle da atividade estatal persecutória, com o escopo de desmotivar a produção de provas ilícitas pelo poder público.

Nesse prisma, diante de tal vedação, surgem diversos entendimentos doutrinários e jurisprudências que defendem a utilização de provas obtidas por meio ilícito, em casos excepcionais e de extrema gravidade, daí surgem teorias para sua admissibilidade, bem como a utilização do princípio da proporcionalidade.

É notório que na vida em sociedade sempre haverá conflitos entre direitos e garantias e não é diferente quanto à admissibilidade das provas ilícitas. A doutrina majoritária defende que diante do caso concreto, quando esses conflitos estiverem presentes, deverá ser utilizado o princípio da proporcionalidade para ponderar qual garantia tem maior relevância, de modo que se o direito atingido pela conduta delituosa se sobrepõe ao direito ou garantia que for lesionado para a obtenção da prova esta deverá ser utilizada, afastando-se sua ilicitude.

Nesse sentido, a doutrina é unânime acerca da admissibilidade de provas ilícitas a favor do réu, com base no princípio da proporcionalidade, pois entende-se que nesse caso em específico sempre estará em jogo o direito à liberdade do indivíduo, garantia esta que na maioria das vezes irá se sobrepôr às demais garantias, assim se o único meio para provar sua inocência for ilícito deverá ser aceito no processo.

Assim, neste trabalho, o objetivo é demonstrar a possibilidade de aplicabilidade das provas ilícitas no processo penal brasileiro, assim inicialmente será demonstrada a conceituação em geral da prova, bem como os meios utilizados para sua obtenção. Adiante, serão expostos os conceitos e fundamentos essenciais das provas ilícitas, bem como inadmissibilidade, diferença entre prova ilícita e ilegítima e teoria da árvore envenenada. Em seguida será feito um aparato geral sobre o princípio da proporcionalidade.

Por fim, no último tópico reserva-se ao foco principal deste estudo, ou seja, a possibilidade de admissão das provas ilícitas a favor do réu e da sociedade no processo penal brasileiro, trazendo à tona a real importância das provas ilícitas e a melhor forma de utilizá-las no meio jurídico.

## 1 DAS PROVAS NO PROCESSO PENAL

A palavra prova é de origem latina, mais precisamente da expressão probatio que indica verificação, inspeção, etc. O Dicionário Etimológico conceitua prova da seguinte forma “A palavra prova, tem sua origem na palavra latina probro que significa honesto, correto. O verbo probare implica julgar com honestidade”. Nesse sentido, entende-se que a prova é um instrumento utilizado pelas partes, para comprovar a verdade dos fatos em questão, com o desígnio de convencer o julgador sobre a sua versão dos fatos apresentada.

Sobre o tema Wambier (2014, p.516.) explica ser, “instrumento processual adequado a permitir que o juiz forme convencimento sobre os fatos que envolvem a relação jurídica objeto da atuação jurisdicional.”

Gomes Filho (ano 2005, p.303) ressalta também corrobora ao pontuar — “só a prova cabal do fato criminoso é capaz de superar a presunção de inocência do acusado, que representa a maior garantia do cidadão contra o uso arbitrário do poder punitivo.”

Eugênio Pacelli (apud BARROS, ano 2018, p.314) preceitua:

Prova judiciária tem um objetivo claramente definido: a reconstrução dos fatos investigados no processo, buscando a maior coincidência possível da realidade histórica, isto é, com a verdade dos fatos, tal como efetivamente ocorridos no espaço e no tempo.

Sobre a importância da prova para resolução da lide deve-se frisar que na esfera criminal, na fase de investigação, mais precisamente no Inquérito Policial até a propositura da Ação Penal pelo Ministério Público por meio da denúncia, o acusado não possui o direito ao contraditório, sendo assim na fase de instrução as provas são fundamentais para o acusado demonstrar sua defesa e mostrar a sua versão acerca dos fatos apresentados pela acusação.

### 1.1 Dos meios de provas

Entende-se como meios de prova as formas que as partes processuais utilizam para produzir provas no processo a fim do convencimento do juiz, além da busca para gerar a convicção do julgador. Os meios de prova são utilizados para remontar o fato delituoso, assim será demonstrado como os fatos ocorreram, a sucessão de acontecimentos, em ordem cronológica; são citados como exemplo os casos de homicídio em que a polícia investigativa, juntamente com os peritos remontam toda a cena do crime, criando inclusive simulação dos fatos para chegar o mais próximo possível dos fatos ocorridos. Ressalta-se que o magistrado

irá proferir decisão com base nos elementos probatórios apresentados. “Meios de prova é o método ou procedimento pelo qual chegam ao espírito do julgador os elementos probatórios, que geram um conhecimento certo ou provável a respeito de um objeto do fato criminoso” (BARROS, 2018, p.322).

Ademais, Gomes Filho (apud MADEIRA, 2016, p.188) assim conceitua meios de prova: “... instrumentos ou atividades por intermédio dos quais os dados probatórios (elementos de prova) são introduzidos e fixados no processo (produção de prova). São, em síntese, os canais de informação de que se serve o juiz”.

Importante é trazer à baila a distinção entre os meios de prova e os meios de obtenção de prova, sendo que a primeira pode ser considerada a prova propriamente dita como, por exemplo, a prova testemunhal, já a última é conceituada como o caminho utilizado para produzir a prova, a exemplo da interceptação telefônica, a qual sozinha não configura prova, todavia é um mecanismo que poderá gerar uma prova.

## **2 DAS PROVAS ILÍCITAS**

Provas ilícitas são assim classificadas quando a sua forma de obtenção infringir normas de direito material e constitucional, desse modo não podem ser admitidas no processo por se tratar de causa de nulidade, de forma que o ato simplesmente deve ser refeito, permanecendo o ato nulo no processo.

Desse modo, serão ilícitas todas as provas produzidas mediante a prática de crime ou contravenção, as que violem normas de Direito Civil, Comercial ou Administrativo, bem como aquelas que afrontem princípios Constitucionais. Tais provas não serão admitidas no processo penal. Assim, por exemplo, uma confissão obtida por meio de tortura (Lei n. 9.455/97), uma apreensão de documento realizada mediante violação de domicílio (CP, art. 150), a captação de uma conversa por meio do crime de interceptação telefônica (Lei n. 9.296/96, art. 10) e assim por diante (CAPEZ, 2014, p. 370).

Inicialmente, cumpre destacar que a Constituição Federal de 1988, no artigo 5º, inciso LVI, prevê expressamente a proibição da utilização de provas ilícitas no processo — “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”.

É importante salientar que o inciso mencionado tem como escopo proteger os direitos e garantias fundamentais dos cidadãos como, por exemplo, a proibição tortura, violação de domicílio e quebra de sigilo, observa-se que esses direitos se sobrepõem à busca por informações e à resolução de conflitos judiciais de modo que não poderão ser violados para obter provas.

Deve-se frisar que, além da previsão legal mencionada ter a finalidade de resguardar os direitos e garantias fundamentais, também tem como propósito realizar o controle da atividade estatal persecutória que detém a responsabilidade de produzir provas, evitando que sejam cometidos novos crimes para solucionar um primeiro crime como, por exemplo, obter uma confissão por meio da tortura, servindo para desestimular a produção ilícita de provas. O Estado e seus agentes não podem violar a lei sob a alegação de fazer cumpri-la, o que seria controverso.

A reforma processual de 2008, ocorrida por meio da promulgação da lei 11.690/2008, modificou o artigo 157 do Código de Processo Penal, o qual passou a conter expressamente sobre a inadmissibilidade de provas ilícitas no processo, senão vejamos: “Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais”.

Nucci (2016, p.347) entende que são ilícitas as provas que infringirem as normas penal e processual penal:

Naturalmente, constituem provas ilegais as que afrontam qualquer norma da legislação ordinária, por isso, envolvem tanto as penais quanto as processuais penais. Uma prova conseguida por infração à norma penal (ex.: confissão obtida por tortura) ou alcançada violando-se norma processual penal (ex.: laudo produzido por um só perito não oficial) constitui prova ilícita e deve ser desentranhada dos autos.

Conforme estabelece o §1º do artigo 157 do Código de Processo Penal as provas que forem produzidas a partir de uma prova obtida de forma ilícita não poderão ser utilizadas no processo, pois são inadmissíveis e são denominadas provas ilícitas por derivação, portanto deverão ser desentranhadas do processo.

Se uma prova é ilícita, todas as que dela derivam também o são. Exemplificando, tem-se a apreensão de entorpecentes advinda de escuta telefônica clandestina. Se esta não existisse, a apreensão jamais ocorreria. Como a escuta foi ilegal, a apreensão também o será (PRADO, 2011, p.14).

Observar-se que as provas são a base para a aplicação da justiça e resolução da lide, em virtude de elucidar em todo fato ocorrido, em busca de promover a convicção do juiz que julgará conforme o que lhe foi apresentado; vale destacar ainda que o instituto da prova é um direito das partes processuais que vão utilizá-las a seu favor, no entanto, há limitações, ou seja, “*não vale tudo*” para provar alegações, vez que não se pode infringir as normas legais.

Nesse sentido, Brasileiro (2017, p. 532) leciona: “o direito à prova, como todo e qualquer direito fundamental, não tem natureza absoluta. Está sujeito a limitações porque coexiste com outros direitos igualmente protegidos pelo ordenamento jurídico”.

## 2.1 Distinção entre prova ilícita e ilegítima

A Constituição Federal de 1988, ao considerar inadmissíveis as provas obtidas por meio ilícito, no artigo 5º, inciso LVI, não explanou sobre o conceito do tema, assim são utilizados os entendimentos doutrinários para realizar tal interpretação.

Destarte, conforme estabelece a doutrina, “ilegal” é o gênero, do qual são espécies a prova ilegítima e a prova ilícita, sendo esta última aquela que infringe normas de direito material ou constitucional para sua obtenção como, por exemplo, violação ao direito, à intimidade, já a prova ilegítima as que no momento de sua obtenção violam normas processuais.

Nesse prisma, sobre a distinção de prova ilícita e ilegítima Moraes (2011, p. 117), traz o seguinte entendimento:

As provas ilícitas não se confundem com as provas ilegais e as ilegítimas. Enquanto, conforme já analisado, as provas ilícitas são aquelas obtidas com infringência ao direito material, as provas ilegítimas são as obtidas com desrespeito ao direito processual. Por sua vez, as provas ilegais seriam o gênero do qual as espécies são as provas ilícitas e as ilegítimas, pois configuram-se pela obtenção com violação de natureza material ou processual ao ordenamento jurídico.

## 2.2 Inadmissibilidade das provas ilícitas

Conforme já mencionado, a vedação da utilização das provas ilícitas está prevista no artigo 5º, inciso LVI, da Constituição Federal e no artigo 157, *caput* do Código de Processo Penal.

No âmbito do direito processual penal tal vedação tem como objetivo desestimular a produção de provas obtidas por meio ilegal pelo poder estatal e, em matéria constitucional, tem como escopo resguardar as garantias e direitos fundamentais do indivíduo, como à imagem, privacidade, intimidade, bem como a inviolabilidade de domicílio, geralmente os mais atingidos durante investigações.

A prova obtida por meio ilícito terá como consequência seu desentranhamento do processo e, posteriormente sua inutilização, conforme prevê o § 3º do artigo 157 do Código de Processo Penal.

A doutrina cita como exemplo de provas obtidas por meio ilícito a conversa gravada sem a autorização de um dos interlocutores de modo que, se porventura o indivíduo confessar ter cometido determinado fato delituoso, não terá validade e será inadmissível no processo.

## 2.3 Teoria dos frutos da árvore envenenada

A teoria dos frutos da árvore envenenada (*The fruits of the poisonous tree*) surgiu em 1920, tendo origem no direito norte-americano e defende que toda prova obtida mediante prova ilícita estará contaminada por sua ilicitude, de modo que não será admitida no processo.

A nomenclatura utilizada, “frutos da árvore envenenada”, trata-se de uma metáfora jurídica e faz comparação a uma árvore que contendo um fruto estragado acaba por estragar todos os demais e, conseqüentemente, nenhum deles poderá ser aproveitado. No sentido real tem a finalidade de simbolizar que se uma prova é obtida por meio ilícito todas as demais provas obtidas por meio daquela estão contaminadas pelo vício da ilicitude da prova originária, assim não poderão ser aproveitadas no processo.

Essa teoria surgiu no Caso *Silverthorne Lumber & Co v. United States* de 1920, em que a Suprema Corte Americana reputou inválida uma intimação realizada a partir de informação que fora obtida por meio de uma busca ilegal. Deste modo, foi alegado que a acusação não poderia ter utilizado no processo a prova obtida diretamente da busca ilegal, nem a obtida indiretamente por meio da intimação baseada nesta busca e apreensão.

Utiliza-se essa teoria para explicar as provas ilícitas por derivação, expressamente proibidas no ordenamento jurídico brasileiro, com previsão no artigo 157, § 1º do Código de Processo Penal.

### Revista Científica da Faculdade Quirinópolis

Daí a importância do estudo da denominada prova ilícita por derivação. Provas ilícitas por derivação são os meios probatórios que, não obstante produzidos, validamente, em momento posterior, encontram-se afetados pelo vício da ilicitude originária, que a eles se transmite, contaminando-os, por efeito de repercussão causal.

Os tribunais superiores têm adotado a teoria dos frutos da árvore envenenada em seus julgados, nesse sentido vejamos o acórdão prolatado pelo Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. NULIDADE. PRISÃO EM FLAGRANTE. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. DEVASSA NÃO AUTORIZADA. PROVA ILÍCITA. PROVAS DERIVADAS. ANULAÇÃO. TEORIA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA. 1. A proteção aos dados privativos constantes de dispositivos eletrônicos como smartphones e tablets encontra guarida constitucional, importando a necessidade de prévia e expressa autorização judicial motivada para sua mitigação. 2. No caso, ocorrida a prisão em flagrante, os agentes

policiais realizaram, sem autorização judicial, devassa nos dados dos celulares apreendidos, dando origem à investigação posterior sobre os contatos neles armazenados. 3. 'Em verdade, deveria a autoridade policial, após a apreensão do telefone, ter requerido judicialmente a quebra do sigilo dos dados nele armazenados, de modo a proteger tanto o direito individual à intimidade quanto o direito difuso à segurança pública' (RHC n. 67.379/RN, relator Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 20/10/2016, DJe de 9/11/2016). 4. O reconhecimento da ilicitude de prova torna imprestáveis todas as que dela são derivadas, exceto se de produção independente ou de descoberta inevitável, conforme entendimento doutrinário, jurisprudencial e legal de aplicação da teoria dos frutos da árvore envenenada. 5. Ordem concedida para anular as provas obtidas por devassa ilegal dos aparelhos telefônicos e as delas derivadas. Grifei. (STJ - HC: 445088 SC 2018/0083009-3, Relator: Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, Data de Julgamento: 03/09/2019, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 10/09/2019).

Renato Brasileiro (2017, p.537) concorda veemente com a vedação das provas ilícitas por derivação, ressaltando ainda que “de nada adianta dizer que são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos se essa ilicitude também não se estender às provas que dela derivam”.

### **3 ADMISSIBILIDADE DE PROVAS ÍLICITAS E O PRINCÍPIO DA**

#### **PROPORCIONALIDADE**

Inicialmente, imperioso é destacar que o princípio da proporcionalidade tem origem germânica, com a finalidade de equilibrar os direitos e garantias individuais pois, como se sabe, desde os primórdios há eterno conflito de direitos e garantias entre a sociedade.

Nessa esteira, Rangel (2004, p.422) conceitua o princípio em tela da seguinte forma:

Na Alemanha Federal, desenvolveu-se a teoria da proporcionalidade, também chamada de razoabilidade na doutrina americana, significando a colocação, em uma balança, dos bens jurídicos que estão contrastando-se e verificar qual tem o peso maior”.

Nesse sentido, sempre se indaga sobre a semelhança do princípio da proporcionalidade e o da razoabilidade, considerando-a a doutrina majoritária brasileira sinônimos, sendo que o primeiro é assim denominado pelo direito alemão, enquanto o segundo pelo direito norte-americano. Ainda há quem defenda o princípio da razoabilidade tratar-se de uma faceta do princípio da proporcionalidade.

Apesar do princípio da proporcionalidade ser amplamente utilizado pelo direito alemão para admissibilidade de provas obtidas por meio ilícito, o ordenamento jurídico brasileiro ainda se mostra relutante para a sua aplicação. Lado outro, no entendimento

doutrinário é perfeitamente cabível a utilização do mencionado princípio quanto à utilização de provas ilícitas no processo, desde que seja em casos excepcionais ou de extrema gravidade. A doutrina defende ainda que é necessário realizar um juízo de valor mediante o caso concreto e analisar se o direito lesionado para obtenção de prova se sobrepõe ao direito anteriormente atingido e, se sim, é possível a admissibilidade da prova ilícita.

A teoria, hoje dominante, da inadmissibilidade processual das provas ilícitas, colhidas com infringência a princípios ou normas constitucionais, vem, porém, atenuada por outra tendência, que visa a corrigir possíveis distorções a que a rigidez da exclusão poderia levar em casos de excepcional gravidade. Trata-se do denominado *Verhältnismässigkeitsprinzip*, ou seja, de um critério de proporcionalidade, pelo qual os tribunais da então Alemanha Federal, sempre em caráter excepcional e em casos extremamente graves, têm admitido a prova ilícita, baseando-se no princípio do equilíbrio entre valores fundamentais contrastantes (CAMPIOTTO *apud* GRINOVER, Gomes Filho, 2004, p.136).

A cerca dos conflitos entre direitos Pacelli (2017, p.186) se posiciona da seguinte forma:

Essa realidade decorre do fato de vivermos em uma sociedade plural, isto é, em que vários são os interesses individuais e dos grupos que compõem a comunidade jurídica. Assim, a tutela de uma pluralidade de interesses somente pode ocorrer no plano abstrato, ou seja, no plano normativo. Quando a realidade demonstrar a possibilidade de eventuais conflitos entre valores igualmente protegidos na Constituição, somente um juízo de proporcionalidade na interpretação do Direito, orientado pela vedação do excesso e da máxima efetividade dos direitos fundamentais, é que poderá oferecer soluções plausíveis.

Nota-se que o princípio da proporcionalidade é utilizado como instrumento para valorar os direitos em conflito no caso concreto, de modo que o julgador deverá analisar e ponderar sobre qual se sobrepõe, analisando se o direito lesado é maior do que foi infringido para a produção da prova, uma vez que nenhum é absoluto.

### 3.1 Admissibilidade de provas ilícitas

Em regra, conforme já mencionado, todas as provas obtidas ilicitamente, seja em afronta à Constituição ou em desrespeito ao direito material ou processual, não será admitida em juízo, no entanto alguns casos possuem exceções e as provas serão utilizadas no processo mesmo sendo obtidas de forma ilícita. “O que é inadmissível é a prova ilícita. Havendo situações reconhecidas pelo Direito como suficientes a afastar a ilicitude, as

provas, assim produzidas, serão validamente aproveitadas no processo penal” (PACELLI, 2017, p.194).

Nesse sentido, o autor aponta como uma das possibilidades de admissibilidade de provas ilícitas as causas de justificação, sendo assim quando o agente obter alguma prova de forma ilícita, seja para se defender ou para defender o direito de terceiro, nos casos de estado de necessidade, legítima defesa, estrito cumprimento do dever legal e o exercício regular do direito, causas excludentes de ilicitude previstas no artigo 23 do Código Penal, podem perfeitamente ser aproveitadas no processo, sendo que a ilicitude será afastada.

Corroborando com esse entendimento Barros (2018, p.325) aponta o seguinte exemplo:

Poderíamos, também, apontar a hipótese de utilização de uma gravação de vídeo realizada pelo filho, de forma clandestina e sem conhecimento de seu pai, agressor, para comprovação de maus tratos e sevícias. Não se poderia argumentar que houve desrespeito à inviolabilidade, à intimidade e à imagem do pai agressor, pois sua conduta inicial desrespeitou a incolumidade física e a dignidade de seu filho que, em legítima defesa, acabou por produzir a referida prova.

No entendimento de Pacelli (2017) quando o agente atingir algum direito alheio, para obter provas, como no exemplo mencionado acima a ilicitude da conduta será afastada, sendo assim consequentemente a ilicitude do meio da obtenção de prova também restará afastada, portanto, poderá ser admitida no processo.

No que tange as exceções a teoria da descoberta inevitável, segundo estudos, de origem norte-americana, assim é concebida:

A teoria da descoberta inevitável também tem origem no direito norteamericano - inevitable discovery limitation. Sua aplicação ocorreu no caso *Nix v. Williams*, em 1984: com base em declaração obtida ilegalmente do acusado, a polícia conseguiu localizar o paradeiro do corpo da vítima de homicídio escondido em uma vala à beira de uma estrada. No entanto, apesar de a localização do cadáver só ter sido possível a partir de uma declaração obtida de maneira ilegal, demonstrou-se que, no caso concreto, um grupo de duzentos voluntários já estava procurando pelo cadáver conforme um plano que, inevitavelmente, teria levado à descoberta do local em que o corpo foi encontrado (BRASILEIRO, 2017, p.541).

A teoria da descoberta inevitável defende que a prova obtida mediante prova ilícita originária poderá ser aproveitada no processo quando restar comprovado que, independente da prova ilícita originária, de qualquer modo a prova seria produzida. Todavia, deve ficar claramente comprovado que sua descoberta seria inevitável, nesse

sentido não se utiliza a “possibilidade de produção dessa prova”, vez que para ser utilizada devem ser demonstrados fatos concretos para sustentar que sua descoberta seria inevitável, desta feita citada teoria já tem sido adotada pelo tanto Superior Tribunal de Justiça quanto Supremo Tribunal Federal.

A segunda parte do §1º, do artigo 157 do Código de Processo Penal, prevê que as provas originárias de provas ilícitas poderão ser utilizadas quando “não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras”. Parte da doutrina utiliza a teoria da fonte independente para explanar sobre essa exceção criada pelo próprio legislador.

A citada teoria surgiu em 1960, nos Estados Unidos consoante expõe Brasileiro (2017, p.540):

No caso *Bynum v. U.S.*, de 1960, a Corte determinou inicialmente a exclusão de identificação dactiloscópica que havia sido feita durante a prisão ilegal do acusado Bynum. Ao ser novamente processado, valeu-se a acusação de um antigo conjunto de planilhas dactiloscópicas de Bynum que se encontrava nos arquivos do FBI e que correspondiam às impressões digitais encontradas no local do crime. Como a polícia tinha razão para verificar as antigas planilhas de Bynum independentemente da prisão ilegal, e como as impressões digitais de tais planilhas tinham sido colhidas anteriormente sem qualquer relação com o roubo investigado dessa vez, as antigas planilhas foram admitidas como prova obtida independentemente, de maneira alguma relacionada à prisão ilegal.

O ponto principal de estudo dessa teoria está em torno da inexistência de nexo de causalidade e a demonstração de fonte independente entre as provas obtidas por meio ilícito e demais provas produzidas posteriormente no processo, ou seja, se no decorrer da ação restarem demonstrados novos elementos de provas e ainda provado que os mesmos não têm nenhuma relação com prova ilícita originária, assim como sua fonte foi autônoma não se entenderá a mácula da ilicitude originária a estes novos elementos.

Assim, se uma confissão foi obtida mediante tortura, conforme já mencionado, será considerada prova ilícita e, como consequência, será desentranhada do processo. Suponhamos que posteriormente, em juízo, o réu, acompanhado de sua defesa, confesse espontaneamente a prática do crime, tratar-se-á de uma prova da mesma natureza, qual seja a confissão e, muito embora não há nexo de causalidade com a primeira prova originariamente ilícita, observa-se ainda que a fonte das provas é totalmente independente, sendo assim poderá ser utilizada no processo.

A doutrina pátria também elucida sobre a teoria do encontro fortuito de provas, o qual ocorre quando a autoridade policial, ao cumprir determinada diligência relativa a um delito, eventualmente encontrar provas de outra infração penal que não estão na linha de investigação da infração que originou a diligência.

Um exemplo prático sobre essa teoria é o caso de ser expedido mandado de busca e apreensão com o objetivo de apreender drogas em determinada residência, porém ao empreender as buscas no local os policiais encontram provas de suposto crime de corrupção, em indícios que o suposto traficante estaria pagando propina para policiais a fim de evitar sua prisão. Em regra, tal prova seria ilícita pois a finalidade do mandado é distinta, configurando violação de domicílio, todavia deve-se observar a forma como a diligência foi realizada, pois se a prova foi encontrada de forma casual e fortuita e o mandado de busca e apreensão for válido, de acordo com as normas legais, e expedido por autoridade competente não há que se falar em prova ilícita e poderá utilizada.

Essa teoria também se estende a interceptações telefônicas, desde que sejam regularmente autorizadas pelo juiz, sendo comuns quando se busca investigar determinado crime e, eventualmente, acabar por obter provas da prática de crime distinto; nesse sentido, restando demonstrado que não houve desvio de finalidade no cumprimento da diligência, as provas colhidas serão válidas e poderão ser utilizadas.

### **3.2 Admissibilidade das provas ilícitas em favor do réu**

A doutrina majoritária defende a utilização de provas ilícitas em favor do réu ao entender que diante dos direitos e garantias em conflito, analisando sobre a ótica da proporcionalidade, a liberdade individual se sobrepõe aos demais direitos em conflito, sendo que quando sua inocência for comprovada por meio de uma prova ilícita deverá ser admitida no processo.

Na verdade, se a proibição da admissão das provas ilícitas está no capítulo destinado aos direitos fundamentais do homem, parece claro que o princípio visa resguardar o réu. Sendo assim, se a prova obtida por meio ilícito é favorável a defesa, seria um não senso sua inadmissibilidade. É que, entre a liberdade e o direito de terceiro sacrificado, deve pesar maior o bem maior, no caso a liberdade, pelo menos como decorrência do princípio do *favor libertatis* (BARROS *apud* TOURINHO, 2018, p. 324).

Rangel (2009, p. 426) também defende o entendimento majoritário:

Assim, surge em doutrina a teoria da exclusão da ilicitude, onde a conduta do réu é amparada pelo direito e, portanto, não pode ser chamada de ilícita. O réu, interceptando uma ligação telefônica, sem ordem judicial, com o escopo de demonstrar sua inocência, estaria agindo de acordo com o direito, em verdadeiro estado de necessidade justificante. [...] Dessa forma, é admissível a prova colhida com (aparente) infringência às normas legais, desde que em favor do réu para provar sua inocência, pois absurda seria a condenação de um acusado que, tendo provas de sua inocência, não poderia usá-las só porque (aparentemente) colhidas ao arrepio da lei.

Pacelli (2017) entende que quando a prova ilícita é produzida pelo próprio réu, o mesmo será abarcado por causa de justificação, qual seja a legítima defesa, com previsão legal no artigo 23 do Código Penal, sendo a ilicitude afastada com aproveitamento da prova.

Nesse prisma, a doutrina considera como um direito de defesa constitucional para beneficiar o réu com a admissibilidade da prova ilícita consoante o entendimento de Grinover (2006, p.153):

Trata-se de aplicação do princípio da proporcionalidade, na ótica do direito de defesa, também constitucionalmente assegurado, e de forma prioritária no processo penal, todo informado pelo princípio favor rei. Além disso, quando a prova, aparentemente ilícita, for colhida pelo próprio acusado, tem-se entendido que a ilicitude é eliminada por causas legais, como a legítima defesa, que exclui a antijuridicidade.

Nesse sentido, observar-se que quando se tratar de provas ilícitas em favor réu, sempre estaremos defronte o direito à liberdade, garantia prevista na Constituição Federal de 1988, assim diante de um Estado Democrático de Direito. Nem de longe parece razoável a condenação de um réu mediante provas que comprovem sua inocência e não parece justo que seja condenado, mesmo sendo inocente pelo único motivo do meio de obtenção de prova ter infringido algum direito.

### **3.3 Admissibilidade das provas ilícitas em favor da sociedade**

O presente tópico trata-se da possibilidade da admissibilidade das provas ilícitas em favor da sociedade, por meio do princípio da proporcionalidade, uma vez que o mesmo é inclinado para o bem social, de modo que se o direito da coletividade, se sobrepõe ao direito individual ora infringido, conseqüentemente estará excluída ilicitude da prova.

Nesse sentido, valendo-se o princípio da proporcionalidade, em alguns casos mesmo que as provas colhidas sejam ilícitas, deverão ser utilizadas no processo, já que está sobre análise o interesse de um grande grupo.

Capez (2006, p.306) defende a utilização do princípio da proporcionalidade em favor da sociedade, senão vejamos: “A prova, se imprescindível, deve ser aceita e admitida, a despeito de ilícitas, por adoção ao princípio da proporcionalidade, a qual deve ser empregada *pro reo* ou *pro societate*”.

Um exemplo amplo na doutrina é acerca do tráfico de drogas; suponhamos que por meio de uma gravação ilegal chega-se à apreensão de grande quantidade de drogas e a prisão dos envolvidos, em regra poderá ser considerada ilícita, porém é sabido que o crime em tela atinge a sociedade de forma bastante agressiva, desencadeando a prática de novos crimes, alcançando cada vez mais adolescentes e até crianças para o uso de drogas, sobretudo é positivado como crime contra a saúde pública. Nesse aspecto o direito da coletividade se sobrepõe às garantias individuais do indivíduo, uma vez que não parece razoável deixar de realizar a prisão e apreensão diante dos prejuízos que essa conduta delituosa causa na sociedade.

Tem como base o equilíbrio, a proporcionalidade entre valores contrastantes. Dessa forma, o princípio da vedação às provas ilícitas não deve ser visto como absoluto, sendo excepcionalmente relevado, sempre que estiver em jogo um valor significativo, podendo um princípio de menor importância ceder a um de maior relevância social (PRADO, 2019, p.31).

Conforme já foi abordado no decorrer do trabalho todos têm direito à proteção de sua imagem, intimidade, dentre outros, e nesse seguimento, se determinado indivíduo ao praticar por exemplo o crime de estupro e porventura alguém realizar uma filmagem do ato, sem consentimento, o indivíduo não poderá alegar que teve seu direito à imagem ou intimidade infringidos, de modo que é notório que o direito alheio por ele atingido, a dignidade sexual da vítima, é muito maior que o seu, assim a prova mesmo que ilícita deverá ser utilizada.

Em todas essas situações, a prova do crime deve ser tranquilamente admitida no processo, porque obtidas durante a prática do delito, situação em que os seus autores jamais poderão alegar violação a qualquer de seus direitos (intimidade, privacidade, imagem etc.), pela ausência de extensão a eles, naquele momento, das garantias constitucionais individuais. No momento do crime, que configura sempre uma violação de direitos, e não exercício deles, nenhuma norma de direito poderá proteger a ação delituosa (PACELLI, 2017, p.195).

E, continua:

Nada terá de ilícita por uma razão bem simples: o Direito, salvo raras exceções, não protege as ações atentatórias contra bens e valores reconhecidos expressamente no ordenamento jurídico. De outro modo: o Direito não protege as violações praticadas contra ele mesmo.

Para finalizar, quando estiver *sob judice* as garantias individuais e os direitos da coletividade deverá ser utilizado o princípio da proporcionalidade para decidir o conflito e, se a prova ilícita for o único meio para provar determinado ato delituoso que atinja a coletividade, deverá ser utilizada.

## CONCLUSÃO

O objetivo do presente artigo foi apontar as possibilidades de admissibilidade das provas ilícitas no processo penal.

Nesse prisma, restou demonstrada a importância das provas para o processo, bem como foi indicada a sua finalidade, qual seja gerar a convicção do julgador, uma vez que conforme determinação legal as decisões deverão ser fundamentadas em provas ora apresentadas nos autos.

Restou evidente que como regra é inadmissível a utilização de qualquer prova obtida por meio ilícito no processo, conforme exposto no artigo 5º, inciso LVI, da Constituição Federal de 1988 e artigo 157, *caput*, do Código de Processo Penal. A primeira parte do § 1º, do artigo 157 do Código de Processo Penal, assinala ainda que não serão admitidas as provas ilícitas por derivação, vedação esta que foi explicada por meio da teoria da árvore dos frutos envenenados. Nesse sentido, restou elucidado que o ponto principal dessa vedação é resguardar os direitos e garantias fundamentais, de modo que não poderão ser infringidos para a obtenção de provas

Lado outro, demonstrou-se que toda regra possui exceções como também nenhum direito é absoluto, de modo que em alguns casos poderão ser admitidas no processo provas, mesmo que ilícitas. Para explicar tais exceções foi evidenciada a própria exceção legal, prevista na segunda parte do §1º, do artigo 157, do Código de Processo Penal, a partir da teoria da fonte independente.

Nesse sentido, foram demonstrados diversos entendimentos doutrinários, que defendem a utilização de provas ilícitas em determinados casos, bem como abordado o princípio da proporcionalidade, apresentando sua conceituação e importante função no ordenamento jurídico como instrumento para realização de juízo de ponderação quando estiverem presentes conflitos entre direitos e garantias fundamentais, de modo que deverá

ser “sacrificada” a garantia menos relevante para que se priorize o direito de maior relevância lesionado, no que diz respeito à produção de provas ilícitas.

No que diz respeito à admissibilidade das provas ilícitas foram apresentadas teorias, algumas utilizadas pelo ordenamento jurídico, defensoras de sua utilização. Sobre o princípio da proporcionalidade foi utilizado como base para explicar quanto à admissibilidade das provas ilícitas a favor do réu, bem como da sociedade.

Haverá a admissibilidade da prova ilícita no processo penal, desde que observadas as precauções aqui levantadas e devidamente enquadradas nas hipóteses demonstradas, seja em virtude da lei ou princípios.

## REFERÊNCIAS

- BARROS, Dirceu. **Tratado Doutrinário de Processo Penal**. Leme: JH Mizuno, 2018.
- BRASILEIRO, Renato. **Código de Processo Penal Comentado**. 2.ed. Salvador: Juspodivm, 2017.
- CAMPIOTTO, R. C. **A excepcionalidade da prova Ilícita no Processo Penal Brasileiro**. 231f. São Paulo: 2004.
- CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 13.ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- \_\_\_\_\_. **Curso de processo penal**. 17.ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. Parte Geral. 19.ed. v. 1. Rio de Janeiro: Impetus. 2017.
- GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As nulidades no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- MORAES, Alexandre **Direito Constitucional**. 27.ed. São Paulo: Atlas, 2011.
- NUCCI, Guilherme. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**.13. ed. Rio de Janeiro: Forence, 2016.
- PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 21.ed. São Paulo: Atlas, 2017.
- PRADO, Leandro Cadenas. **Provas ilícitas: teoria e interpretação dos tribunais superiores**. 2.ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2008.
- \_\_\_\_\_. **Provas ilícitas: teoria e interpretação dos tribunais superiores**. 2.ed. NiteróiRJ: Impetus, 2009.
- RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 8.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- WAMBIER, Luiz Rodrigues. TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil**. 14. ed. v. 1: teoria geral do processo e processo de conhecimento. Ver. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

## WEBGRAFIA

BIANCHINI, Bruna. **As provas ilícitas no processo penal e a teoria dos frutos da árvore envenenada. Âmbito Jurídico.** Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-161/as-provas-ilicitas-no-processopenal-e-a-teoria-dos-frutos-da-arvore-envenenada/>. Acesso em: 13 jan. 2021.

BRASIL. **Constituição Federal de 1.988.** Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 20 de jan. 2021.

NÚÑEZ, Benigno. **O uso da prova ilícita a favor do réu no processo penal.** Jus.com.br. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/75225/o-uso-da-prova-ilicita-afavor-do-reu-no-processo-penal>. Acesso em: 14 jan. 2021.

OLIVEIRA, Danilo. **Inciso LVI - provas ilícitas “São inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”.** Artigo Quinto. Disponível em: [https://www.politize.com.br/artigo5/provasilicitas/?gclid=CjwKCAiA\\_9r\\_BRBZEiwAHZ\\_v19xNtAIZhPOPjklbZmH\\_SA0oltuRDg8pSKEvTtGOoC9VlcmmmZZhoCjIAQAv\\_D\\_BwE](https://www.politize.com.br/artigo5/provasilicitas/?gclid=CjwKCAiA_9r_BRBZEiwAHZ_v19xNtAIZhPOPjklbZmH_SA0oltuRDg8pSKEvTtGOoC9VlcmmmZZhoCjIAQAv_D_BwE). Acesso em: 10 jan. 2021.

RAMOS, Diego. **O princípio da proporcionalidade.** DireitoNet. Disponível em: <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/5865/O-principio-da-proporcionalidade>. Acesso em: 13 jan. 2021.

Enviado em: 13/04/2021.

Artigo pré-aprovado nas bancas de defesa FAQUI 2020/2.

**RECIFAQUI**  
Revista Científica da Faculdade Quirinópolis