

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL

FACULDADE DE DIREITO

DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS PENAIS

RAFAEL VIANA DA ROSA

**A INADMISSIBILIDADE DE PROVAS ILÍCITAS E A TEORIA DA
PROPORCIONALIDADE**

Porto Alegre

2018

RAFAEL VIANA DA ROSA

**A INADMISSIBILIDADE DE PROVAS ILÍCITAS E A TEORIA DA
PROPORCIONALIDADE**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Departamento de Ciências Penais, da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador: Prof. Dr. Mauro Fonseca Andrade

Porto Alegre

2018

RAFAEL VIANA DA ROSA

**A INADMISSIBILIDADE DE PROVAS ILÍCITAS E A TEORIA DA
PROPORCIONALIDADE**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Departamento de Ciências Penais, da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Aprovado em 10 de julho de 2018.

BANCA EXAMINADORA:

Prof. Mauro Fonseca Andrade

Orientador

Prof. Odone Sanguiné

Prof. Marcus Vinicius Macedo Aguiar

RESUMO

A presente pesquisa tem o objetivo de fazer uma análise acerca do princípio da inadmissibilidade das provas ilícitas no processo penal, uma vez que o artigo 5º, inciso LVI, da Constituição Federal, e o artigo 157 do Código de Processo Penal estabelecem a sua vedação. Nesse sentido, realiza-se um estudo acerca do não tratamento de tais dispositivos de forma absoluta. Destaca-se que através da pesquisa doutrinária, de artigos científicos e de jurisprudências, verificar-se-á, por meio do princípio da proporcionalidade, a possibilidade de exceções à vedação da admissibilidade da prova ilícita no processo penal, visto que há casos em que, de forma excepcional, poderá ser admitida a produção da prova ilícita, ainda que em detrimento de outros direitos. Assim, de início, estudar-se-á as principais características das provas no processo penal, bem como princípios atinentes à prova e os meios de obtenção. Após, passa-se ao exame do princípio da inadmissibilidade das provas ilícitas, por meio da observação normativa e do estudo doutrinário sobre a matéria. Por fim, aborda-se as exceções aplicáveis através do princípio da proporcionalidade: prova ilícita *pro reo*; provas ilícitas *pro societate*, *encontro fortuito*; *descoberta inevitável* e a *fonte independente*, sendo demonstrado o ponto de vista doutrinário sobre cada uma das hipóteses citadas.

Palavras-chave: Provas ilícitas. Inadmissibilidade das provas ilícitas. Prova Ilícita por Derivação. Princípio da Proporcionalidade. *Pro reo*. *Pro societate*.. Encontro fortuito. Descoberta inevitável.

ABSTRACT

This present research does an approach about illicit proofs in criminal process, considering that the Brazilian constitution (article 5º, LVI) and the criminal code (article 157) forbid this kind of proof. However, there is an indoctrinated and jurisprudential discussion about not giving these articles a strict interpretation. Therefore, we can find exceptions, because, in some cases, this kind of proof is allowed, although other rights may be unconsidered. The study begins with the main characteristics of proof in the criminal process, as well as principles about this subject. Afterwards, there is an analysis about the non-acceptance of this kind of proof, through normative observation. Finally, there is an approach about the exceptions in this subject: accidental meeting, inevitable discovery and independent source.

Keywords: Illicit proof. Inadmissibility of illicit proof. Illicit proof by derivation. Proportionality principle. Pro reo. Pro societate. Independence source. Inevitable Discovery. Accidental meeting.

SÚMARIO

1. INTRODUÇÃO	7
2. DAS PROVAS.....	9
2.1 Princípios atinentes à prova	13
2.1.1 Princípio da comunhão da prova	13
2.1.2 Princípio do contraditório	13
2.1.3 Princípio da ampla defesa	15
2.1.4 Princípio da presunção de inocência e o ônus da prova	17
2.2 Meios de obtenção de prova e a vedação à produção de provas ilícitas.....	19
3. A INADMISSIBILIDADE DE PROVAS ILICITAS	21
3.1 Características e previsões normativas	21
3.2 Prova ilícita por derivação	27
4. EXCEÇÕES AO PRINCÍPIO DA INADMISSIBILIDADE DE PROVAS ILICITAS	32
4.1 O princípio da proporcionalidade e sua relação com a prova ilícita.....	32
4.2 Provas ilícitas <i>pro reu</i>	40
4.3 Prova ilícita <i>pro societate</i>	42
4.4 Exceções quanto à prova ilícita derivada.....	47
4.5 Encontro fortuito.....	53
5. CONCLUSÃO.....	56
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	58

1. INTRODUÇÃO

As provas têm uma grande relevância no ordenamento jurídico, visto que responsáveis por auxiliar na comprovação do ocorrido no caso concreto.

No entanto, não é qualquer prova que pode ser incorporada ao processo judicial.

Um dos principais requisitos para que a prova seja admitida é a observância do princípio da inadmissibilidade da prova ilícita no processo penal brasileiro, que está explicitamente elencado no artigo 5º, LVI da Constituição Federal. A Lei nº. 11.690/2008 inclusive alterou o art. 157 do Código de Processo Penal para que houvesse previsão no mesmo sentido no âmbito do processo penal.

O referido princípio visa a vedação da produção de uma prova por intermédio de meios ilícitos que infrinjam direitos e garantias fundamentais, ou seja, não se pode produzir provas a qualquer custo, como por exemplo: através da tortura, por violação do sigilo de correspondências, violação de domicílio, violação de comunicações telegráficas, violação de comunicações telefônicas, etc.

Nesse sentido, há discussão na doutrina e na jurisprudência em relação ao tema em apreço, visto que muitos acreditam que tal previsão não deve ser tratada de forma absoluta.

Assim, o presente estudo tem como objetivo analisar as exceções à inadmissibilidade das provas ilícitas, utilizando, principalmente, a possibilidade da admissão dessas provas ilícitas por meio do princípio da proporcionalidade, apontando os fundamentos dos doutrinadores que entendem possível esta metodologia, além de trazer algumas críticas tanto em relação a admissibilidade quanto a questão da inadmissibilidade dessas provas.

Destaca-se que o método utilizado foram pesquisas doutrinárias, trabalhos científicos, jurisprudências e artigos relacionados ao assunto, além do Código de Processo Penal e da Constituição Federal.

Portanto, no primeiro capítulo, abordar-se-á a importância da prova para o processo judicial: seu objeto e sua finalidade; princípios importantes que devem ser observados na sua produção; os meios de prova e os meios de obtenção de prova, aqui já introduzindo o tema da vedação da prova ilícita; e a análise de ramos doutrinários sobre a admissibilidade das provas ilícitas.

Já no segundo capítulo será feita a análise do artigo 5º, inciso LVI da Constituição Federal e do Artigo 157 do Código de Processo Penal, onde se encontra previsto o princípio da inadmissibilidade das provas ilícitas no processo judicial. Realizar-se-á um estudo detalhado das disposições, além disso, observar-se-á o tema de inadmissibilidade em relação às provas ilícitas derivadas, ponto que também é conhecido como a *teoria dos frutos da árvore envenenada*.

Por fim, no terceiro capítulo haverá a exposição das exceções à previsão da inadmissibilidade de provas ilícitas através do princípio da proporcionalidade, já que a previsão de tal vedação não merece ser tratada de forma absoluta. Dessa forma, aqui serão analisadas as hipóteses em que as provas ilícitas poderão ser aceitas, principalmente em decorrência do princípio da proporcionalidade.

2. DAS PROVAS

A palavra *prova* origina-se do latim *probatio* e dela deriva o verbo *provar – probare –*, que significa ensaiar, verificar, examinar, reconhecer por experiência, aprovar, argumentar, confirmar, estar satisfeito com algo, persuadir alguém a alguma coisa ou demonstrar¹.

Nesse sentido, no âmbito do processo penal, encontra-se na doutrina a existência de três etapas da *prova*.

Primeiramente, a prova pode ser reconhecida como um *ato de provar*, geralmente ocorre na fase probatória do processo e é caracterizada por um conjunto de atividades que visam a verificação e demonstração da exatidão dos fatos alegados pelas partes através de atos praticados no processo visando ao convencimento do juiz². Sob esse prisma, pode se dizer que há, para as partes, um direito à prova, assegurado constitucionalmente. Esse direito à prova funciona como desdobramento natural do direito de ação, não se reduzindo ao direito de propor ou ver produzidos os meios de prova, mas, efetivamente, na possibilidade de influir no convencimento do juiz³.

Em segundo lugar, a prova é encarada como *instrumento* idôneo pelo qual se demonstra a exatidão do que foi alegado, que, posteriormente, irá contribuir para a formação da convicção do órgão julgador acerca da existência (ou não) de determinada situação fática⁴. (ex: prova testemunhal, documental, etc.).

Por fim, a prova pode ser encarada como *resultado da ação de provar*⁵, ou seja, é caracterizada pelo o produto extraído da análise dos instrumentos de prova oferecidos no curso do processo, formando a convicção do órgão julgador quanto à existência (ou não) de determinada situação fática⁶.

¹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado. 15ª edição – revista, atualizada e comentada.** Rio de Janeiro, Editora Forense, 2016. [Livro Digital]

² SILVA, Germano Marque da Silva *apud* TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**, 35ª. Ed. rev. e atual. v. 3. – São Paulo: Saraiva, 2013, p. 234.

³ Esse direito à prova, conquanto constitucionalmente assegurado, por estar inserido nas garantias da ação e da defesa e do contraditório, não é absoluto. Em um Estado Democrático de Direito, o processo penal é regido pelo respeito aos direitos fundamentais e plantado sob a égide de princípios éticos que não admitem a produção de provas mediante agressão a regras de proteção. A legitimação do exercício da função jurisdicional está condicionada, portanto, à validade da prova produzida em juízo, em fiel observância ao princípios do devido processo legal e da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos (CF, art. 5º, LIV e LVI). LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal: volume único**. 5. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017, p. 583.

⁴ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal: volume único**. 5. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017, p. 584.

⁵ SILVA, Germano Marque da Silva *apud* TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**, 35ª. Ed. rev. e atual. v. 3. – São Paulo: Saraiva, 2013, p. 234.

⁶ Guilherme de Souza Nucci aduz que neste último senso, pode dizer o juiz, ao chegar à sentença: “Fez-se prova de que o réu é autor do crime”. Portanto, é o clímax do processo. Os dois primeiros sentidos dizem respeito à ótica objetiva, enquanto o terceiro refere-se à ótica subjetiva, decorrente da atividade probatória desenvolvida.

Nesse contexto, Julio Fabbrini Mirabete⁷ ensina que “provar é produzir um estado de certeza na consciência e na mente do juiz, para que se forme a sua convicção, seja a respeito da existência ou inexistência de um fato, seja sobre a da verdade ou falsidade de uma afirmação”.

Norberto Avena⁸ alega que “prova é o conjunto de elementos produzidos pelas partes ou determinados pelo juiz visando à formação do convencimento quanto a atos, fatos e circunstâncias. No processo penal, a produção da prova objetiva auxiliar na formação do convencimento do juiz quanto à veracidade das afirmações das partes em juízo. Não se destina, portanto, às partes que a produzem ou requerem, mas ao magistrado, possibilitando, destarte, o julgamento de procedência ou improcedência da ação penal”.

Assim, provar é, antes de qualquer coisa, estabelecer a existência ou inexistência de um fato para o magistrado, e as provas são os meios pelos quais se procura estabelecê-las. Provar é, enfim, demonstrar a certeza do que se diz ou alega, ou seja, com a produção de provas, as partes procuram convencer o juiz de que os fatos existiram, ou não, ou, então de que ocorreram desta ou daquela maneira. Nesse contexto, entende-se por prova, de ordinário, os elementos produzidos pelas partes, terceiros (peritos) ou pelo próprio juiz (arts. 156, I e II, 209 e 234 do Código de Processo Penal). Na verdade, provar significa fazer conhecer a outros a veracidade de uma situação conhecida por nós. Nós a conhecemos; os outros não⁹.

Portanto, para julgar o litígio, o juiz precisa conhecer a existência do fato sobre o qual versa a lide. Com isso, se quisermos provar, isto é, se quisermos tornar conhecida a outros a exatidão do que temos ciência, devem-se apresentar os necessários meios para que dela se tomem conhecimento. No entanto, quando se diz que o ônus da prova incube a quem faz a alegação, significa dizer que a prova incumbe ao autor da tese. Dessa forma, cumpre àquele que faz uma afirmação em juízo prová-la, por exemplo: se o Ministério Público afirma, na denúncia, que Tício subtrai para si ou para outrem, a importância de R\$ 300,00 de Mévio, cumpre-lhe provar essa alegação; cabe-lhe carrear para os autos os necessários meios, elementos, por intermédio dos quais se demonstre o acerto da sua afirmação¹⁰.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado. 15ª edição – revista, atualizada e comentada.** Rio de Janeiro, Editora Forense, 2016. [Livro Digital]

⁷ MIRABETE, Julio Fabbrini, **Processo penal, 18 ed. ver. e atual.** – São Paulo: Atlas, 2006, p. 338.

⁸ AVENA, Norberto. **Processo penal. 9ª ed. rev. e atual.** Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017. [Livro Digital]

⁹ TOURINHO FILHO, Fernando da costa. **Processo penal, 35ª ed., ver. e atual. v. 3** - São Paulo: Saraiva. 2013, p. 233.

¹⁰ TOURINHO FILHO, Fernando da costa. **Processo penal, 35ª ed., ver. e atual. v. 3** - São Paulo: Saraiva. 2013, p. 234.

Em razão disso, o processo penal deve ser visto como um ritual destinado a instruir o julgador, a proporcionar o conhecimento do juiz, onde a prova tem como objetivo a reconstrução histórica do fato/crime em discussão, devendo buscar a maior coincidência possível com a realidade histórica dos fatos, *tal como efetivamente ocorridos no espaço e no tempo*. Com isso, as partes mostram ao julgador o que realmente ocorreu de acordo com suas alegações, para que ele faça um juízo de valor e procure restaurar, na medida do possível, o que realmente ocorreu no caso em análise, o que, posteriormente, será externado na Sentença¹¹.

Nesse contexto, extrai-se a importância da prova para a persecução penal, pois o processo busca o resultado mais aproximado da realidade quanto possível, e só permite uma condenação quando obtida através da certeza de ocorrência do delito e culpabilidade do agente, não podendo basear-se em deduções e presunções incertas, mas em um sólido supedâneo probatório¹².

Assim, o processo penal deve construir uma exatidão judicial sobre o caso em apreço, ou pelo menos buscar a maior aproximação possível da veracidade dos fatos e a produção de provas é meio utilizado para se chegar este fim¹³.

Salienta-se que o *objeto da prova*¹⁴, deve abranger toda circunstância, fato ou alegação referente ao litígio sobre os quais pesa incerteza, e que precisam ser demonstrados perante o juiz para que este tome conhecimento para o deslinde da causa. São, portanto, fatos capazes de influir na decisão do processo, na responsabilidade penal e na fixação da pena ou medida de segurança, necessitando, por essa razão, de adequada comprovação em juízo. Somente os fatos que revelem dúvida na sua configuração e que tenham alguma relevância para o julgamento da causa merecem ser alcançados pela atividade probatória, como corolário do princípio da economia processual¹⁵. Daí a máxima *notória vel manifesta non egent probatione*: o notório e o evidente não precisam de prova¹⁶.

¹¹ PACHELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal. 21ª edição – revista, atualizada e ampliada**. São Paulo: Editora Atlas, 2017. [Livro Digital]

¹² ALENCAR, Rosmar Rodrigues; TÁVORA, Nestor. **Curso de direito processual penal**. 11. ed. rev., atual. e ampl. - Salvador: Juspodivm, 2016, p. 827.

¹³ PACHELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal. 21ª edição – revista, atualizada e ampliada**. São Paulo: Editora Atlas, 2017 [Livro Digital]

¹⁴ Por objeto da prova compreendem-se os fatos que, influenciando na apuração da existência ou inexistência de responsabilidade penal, são capazes de gerar dúvida no magistrado, exigindo, por isso mesmo, a devida comprovação. AVENA, Norberto. **Processo penal**. 9ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017. [Livro Digital]

¹⁵ CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal. 23ª Edição**. São Paulo, Editora Saraiva, 2016. [Livro Digital]

¹⁶ TOURINHO FILHO, Fernando da costa. **Processo penal, 35ª ed., ver. e atual. v. 3** - São Paulo: Saraiva. 2013, p. 234.

Ademais, lembra-se que os fatos em matéria processual, principalmente no campo probatório, tem um conceito bastante amplo: podem compreender diversos acontecimentos do mundo exterior e se estende alcançando coisas, lugares, pessoas e documentos. Esse conceito de amplitude faz com a prova possa recair sobre fatos de diversas naturezas: um cadáver, armas, instrumentos, substâncias nocivas, insanidade mental, etc.¹⁷.

Por isso, o magistrado detém o poder discricionário de determinar a realização das provas que entender cabíveis e necessárias ao seu convencimento e embora a parte tenha o direito de propor a realização de qualquer espécie de prova, possui o juiz o poder-dever de filtrá-las, determinando a produção das que forem pertinentes. Não sendo o caso, pode indeferir as provas requeridas, desde que o faça motivadamente, aliás, como toda decisão judicial¹⁸. Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça¹⁹ já decidiu que “é cediço que o indeferimento de produção de provas é ato norteado pela discricionariedade regrada do julgador, podendo, portanto, indeferir motivadamente as diligências que considerar protelatórias e/ou desnecessárias”.

Fernando Capez²⁰ afirma que para a produção das provas necessita-se que a prova seja: “a) *admissível* (permitida pela lei ou costumes judiciários); b) *pertinente* ou *fundada* (aquela que tenha relação com o processo, contrapondo-se à prova inútil); c) *concludente* (visa esclarecer uma questão controvertida); e d) *possível* de realização”.

Cabe ressaltar que as provas introduzidas pelas partes deverão sempre observar normas de direito material e processual para sua obtenção, proposição, produção e avaliação, sob pena de inadmissibilidade. Ainda, o magistrado ainda deverá observar uma série de princípios para que essa prova seja admitida e analisada, como por exemplo, o contraditório, a ampla defesa, etc.²¹.

Diante disso, passa-se a análise dos princípios relacionados com a produção da prova no processo penal, além de verificar entendimentos doutrinários sobre os meios de produção e obtenção de provas.

¹⁷ MANZINI, Vincenzo. Derecho procesal penal, trad. Santís Melendo, Buenos Aires, EJE, 1952, v. 3, p. 205.

¹⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado. 15ª edição – revista, atualizada e comentada.** Rio de Janeiro, Editora Forense, 2016. [Livro Digital]

¹⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento em Recurso Especial n. 300.047/DF. Agravante: Rodrigo da Silva Ribeiro. Agravado: Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Relator: Min. Marco Aurélio Bellizze. Brasília: 21 ago.2014. DJe 09 ago.2014.

²⁰ CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal. 23ª Edição.** São Paulo, Editora Saraiva, 2016. [Livro Digital]

²¹ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal. 13ª edição.** São Paulo, Editora Saraiva, 2016. [Livro Digital]

2.1 Os principais princípios atinentes à prova

2.1.1 Princípio da comunhão da prova

Conforme ensina Leandro Cardena Prado: “segundo o princípio da comunhão da prova, uma vez produzida a prova, ela passa a integrar o processo judicial, não pertencendo mais a nenhuma das partes”²².

Fernando Capez²³ também entende desta forma, alega que “no campo penal, não há prova pertencente a uma das partes; as provas produzidas servem a ambos os litigantes e ao interesse da justiça”.

Para Guilherme de Souza Nucci²⁴, “a prova, ainda que produzida por iniciativa de uma das partes, pertence ao processo e pode ser utilizada por todos os participantes da relação processual, destinando-se a apurar a exatidão dos fatos alegados e contribuindo para o correto deslinde da causa pelo juiz”.

Portanto, de acordo com esse princípio, a prova produzida faz parte do processo como um todo, não pertencendo a nenhuma das partes.

2.1.2 Princípio do contraditório

O princípio constitucional do contraditório tem assento expresso na atual Constituição brasileira, em seu artigo 5º, LV, sendo assegurado aos litigantes, em processo judicial ou administrativo e aos acusados em geral²⁵.

Tal princípio é reflexo do princípio democrático na estruturação do processo. Nesse sentido, democracia é participação, e a participação no processo opera-se pela efetivação da garantia do contraditório. Dessa forma, o princípio do contraditório deve ser visto como exigência para o exercício democrático de um poder²⁶.

²² PRADO, Leandro Cardena. **Provas ilícitas – teoria e interpretação dos tribunais superiores**, 2 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2009, p. 6.

²³ CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal. 23ª Edição**. São Paulo, Editora Saraiva, 2016. [Livro Digital]

²⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado. 15ª edição – revista, atualizada e comentada**. Rio de Janeiro, Editora Forense, 2016. [Livro Digital]

²⁵ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 23 jun.2018.

²⁶ DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. 17ª edição – Salvador: Jus Podivm, 2015, p. 78/79.

Em perfeita análise, Fredie Didier Jr.²⁷ traz em sua obra que o princípio do contraditório pode ser decomposto em duas garantias: *participação* (audiência, comunicação, ciência) e *possibilidade de influência na decisão*. A garantia da *participação* é a dimensão formal do princípio do contraditório, trata-se da garantia de ser ouvido, de participar do processo, de ser comunicado, poder falar no processo. Já o *poder de influência* fica caracterizado quando a parte é ouvida, mas com condições de poder influenciar na decisão do órgão jurisdicional, ou seja, não adianta permitir que a parte simplesmente participe do processo, apenas isso não é o suficiente para que se efetive o princípio do contraditório.

Portanto, tem-se que há dois polos para garantia do contraditório: informação²⁸ e reação.

Na mesma linha, Luiz Francisco Torquato Avolio²⁹ afirma que “o papel do juiz, por força da imparcialidade, é de colocar-se entre as partes, mas equidistantes delas, pois, o princípio do contraditório, corresponde ao entendimento de que as partes terão as mesmas oportunidades de serem ouvidas, apresentar provas e influir no decorrer do processo”.

Assim, o juiz deve dar ouvidos a ambas as partes, sob pena de parcialidade, na medida em que se pode configurar a alegação de que conheceu apenas metade do que deveria ter conhecido.

Quanto à produção de provas, o contraditório pode ser inicialmente tratado como um método de confrontação da prova e comprovação da verdade, fundando-se não mais sobre um juízo potestativo, mas sobre o conflito, disciplinado e ritualizado entre partes contrapostas: a acusação (expressão do interesse punitivo do Estado) e a defesa (expressão do interesse do acusado em ficar livre de acusações infundadas e imune a penas arbitrárias e desproporcionadas), onde o sistema processual exige que seja dada a oportunidade de fala após cada alegação e prova juntadas aos autos do processo, assim, seguindo esse pensamento, o contraditório estará sendo observado quando se criarem as condições ideais de fala e oitiva da outra parte, ainda que ela não queira utilizar-se de tal faculdade³⁰.

²⁷ Idem.

²⁸ Renato Brasileiro de Lima sobre o tema: “como se vê, o direito à informação funciona como consectário lógico do contraditório. Não se pode cogitar da existência de um processo penal eficaz e justo sem que a parte adversa seja cientificada da existência da demanda ou dos argumentos da parte contrária. Daí a importância dos meios de comunicação dos atos processuais: citação, intimação e notificação”. LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal: volume único**. 5. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017, p. 51.

²⁹ AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas ilícitas: interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas. 6ª edição – revista, atualizada e ampliada**. Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 34.

³⁰ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal. 13ª edição**. São Paulo, Editora Saraiva, 2016. [Livro Digital]

Por fim, destaco o previsto no artigo 155 do Código de Processo Penal³¹.

Aqui, tem-se que o julgador jamais pôde basear sua sentença, em especial condenatória, em elementos colhidos *unicamente* do inquérito policial. Porém, o juiz sempre pode-se valer das provas colhidas na fase investigatória, desde que confirmadas, posteriormente, em juízo, ou se estivessem em harmonia com as coletadas sob o crivo do contraditório. No entanto, se a decisão judicial for proferida com base única em fatores extraídos do inquérito policial, por exemplo, seria, no mínimo, inconstitucional, por não respeitar as garantias do contraditório e da ampla defesa³².

Dessa forma, conclui-se que o princípio do contraditório tem sua base na expressão *audiatur et altera pars*, que significa *ouça-se também a parte contrária*. Ele diz respeito à própria estrutura dialética do processo e significa dizer não apenas dar a oportunidade da parte se manifestar, debater com a outra e participar do processo, mas garantir a igualdade processual. Desse modo, a parte tem o direito à informação dos fatos que são alegados, e contrários aos seus interesses, bem como tem direito à reação contra estes fatos, sendo que sua resposta deverá ser na mesma extensão e intensidade que a alegação inicial³³.

2.1.3 Princípio da ampla defesa

Usualmente estudado em conjunto com o contraditório, o princípio da ampla defesa também vem previsto no art. 5º, LV, da Constituição Federal de 1988, o qual garante aos litigantes em processo judicial ou administrativos, e aos acusados em geral, a ampla defesa, com os meios necessários e recursos a ela inerentes³⁴.

Fredie Didier Jr.³⁵ diz que “a ampla defesa qualifica o contraditório, visto que não há contraditório sem ampla defesa. Assim, igualmente é lícito dizer que não há defesa sem contraditório. No entanto, o contraditório é o instrumento de atuação do direito de defesa, ou seja, esta se realiza mediante o contraditório”.

³¹ “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”. BRASIL. **Decreto-lei n. 3.689 de 3 de outubro de 1941**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 23 jun. 2018.

³² NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado. 15ª edição – revista, atualizada e comentada**. Rio de Janeiro, Editora Forense, 2016. [Livro Digital]

³³ AVENA, Norberto. **Processo penal. 9ª ed. rev. e atual**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017. [Livro Digital]

³⁴ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 23 jun.2018.

³⁵ DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. 17ª edição – Salvador: Jus Podivm, 2015, p. 78/79.

Nesse sentido, trecho de Renato Brasileiro de Lima³⁶:

O direito de defesa está ligado diretamente ao princípio do contraditório. A defesa garante o contraditório e por ele se manifesta. Afinal, o exercício da ampla defesa só é possível em virtude de um dos elementos que compõem o contraditório - o direito à informação. Além disso, a ampla defesa se exprime por intermédio de seu segundo elemento: a reação. Apesar da influência recíproca entre o direito de defesa e o contraditório, os dois não se confundem. Com efeito, por força do princípio do devido processo legal, o processo penal exige partes em posições antagônicas, uma delas obrigatoriamente em posição de defesa (ampla defesa), havendo a necessidade de que cada uma tenha o direito de se contrapor aos atos e termos da parte contrária (contraditório). Como se vê, a defesa e o contraditório são manifestações simultâneas, intimamente ligadas pelo processo, sem que daí se possa concluir que uma derive da outra.

Assim, a ampla defesa refere-se a todos os meios que podem ser utilizados para que a defesa do indivíduo ganhe a máxima amplitude possível em relação à imputação que lhe foi feita, e que poderá ser exercida por intermédio da autodefesa e defesa técnica. Autodefesa é aquela exercida pelo próprio réu, que têm o direito de participar de todos os atos do processo e tentar influir diretamente na convicção do julgador por meio de ações positivas (prática de atos para se defender) e negativas (não produzir provas contra si mesmo)³⁷. Já a defesa técnica é aquela exercida por advogado, constituído ou dativo, ou defensor público, sendo considerada como indispensável e imprescindível no processo, sob pena de nulidade absoluta dos atos praticados em sua falta³⁸. Inclusive, sua obrigatoriedade está prevista no artigo 261³⁹ do Código de Processo Penal.

Desse modo, tem-se que o princípio ampla defesa acompanha o princípio do contraditório, sendo inclusive direito fundamental garantido constitucionalmente às partes e que deve ser observado, junto com o princípio do contraditório, para que a persecução penal seja realizada de forma justa e regular.

³⁶ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal: volume único**. 5. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017, p.54.

³⁷ CAMPOS, Gabriel Silveira de Queirós. **Provas ilícitas e ponderação de interesses no processo penal**. Salvador: JusPODIVM. 2015, p. 86-89.

³⁸ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal. 13ª edição**. São Paulo, Editora Saraiva, 2016. [Livro Digital]

³⁹ Art. 261. Nenhum acusado, ainda que ausente ou foragido, será processado ou julgado sem defensor. BRASIL. **Decreto-lei n. 3.689 de 3 de outubro de 1941**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De13689Compilado.htm>. Acesso em: 23 jun. 2018

2.1.4 Princípio da presunção de inocência e o ônus da prova

O princípio da presunção de inocência tem origem no final do século XVIII, na Europa do período iluminista, e surgiu como reação ao processo penal inquisitório, de base romano canônico. O aparecimento da presunção de inocência justifica-se com a necessidade de proteger o cidadão contra o arbítrio do Estado que naquela época, a todo custo, queria sua condenação, presumindo sua culpa, e não sua inocência⁴⁰.

Com a promulgação da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, no ano de 1789, a proteção da inocência do acusado recebeu grande impulso, como se infere da leitura de seu artigo 5º: “todo homo é considerado inocente, até o momento que, reconhecido como culpado, se julgar indispensável a sua prisão: todo o rigor desnecessário, empregado para a efetuar, deve ser severamente reprimido pela lei”⁴¹.

No Brasil, a presunção de inocência está expressamente consagrada no art. 5º, LVII, da Constituição Federal de 1988: ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória⁴²; sendo considerado o princípio reitor do processo penal, ademais, em análise mais profunda, pode-se verificar a qualidade de um sistema processual através do seu nível de observância (eficácia)⁴³.

Destaca-se, ainda, que a presunção da inocência decorre do princípio do *in dubio pro reo* (que será melhor analisado no decorrer do trabalho), que, embora não previsto expressamente no ordenamento jurídico brasileiro, aparece em tratados internacionais, dos quais o Brasil é signatário, sendo, portanto, de observância obrigatória no processo judicial, conforme art. 5º, parágrafo 2º, da Constituição Federal. Ele impõe uma obrigação para o Estado, uma vez que deve haver equilíbrio entre a efetiva satisfação de sua pretensão punitiva e a garantia à liberdade pessoal do acusado.

Dessa forma, tem-se que a presunção de inocência atua em duas dimensões: interna e externa ao processo. Dentro do processo, a presunção de inocência implica um dever de tratamento por parte do juiz e do acusador, que deverão efetivamente tratar o réu como inocente, não (ab)usando das medidas cautelares e, principalmente, não olvidando que a partir dela se atribui a carga da prova integralmente ao acusador (em decorrência do dever de tratar

⁴⁰ RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**, 5ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 21/22.

⁴¹ Idem.

⁴² BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 23 jun.2018.

⁴³ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal. 13ª edição**. São Paulo, Editora Saraiva, 2016. [Livro Digital]

o réu como inocente, logo, a presunção deve ser derrubada pelo acusador). Na dimensão externa ao processo, a presunção de inocência impõe limites à publicidade abusiva e à estigmatização do acusado (diante do dever de tratá-lo como inocente)⁴⁴.

Ainda, a presunção de inocência está ligada ao conceito de *ônus da prova*, onde, no processo penal, acontece a inversão total do ônus da prova para a acusação, ou seja, para o Ministério Público, visto que no Brasil este assume o papel de órgão fiscalizador da lei dentro do Estado Democrático de Direito, portanto, a este que caberá provar a existência do crime, bem como sua autoria^{45 46}.

Entretanto, o réu pode chamar a si o interesse de produzir prova, o que ocorre quando alega, em seu benefício, algum fato que propiciará a exclusão da ilicitude ou da culpabilidade. No entanto, esse ônus de prova da defesa é uma exceção que não deve ser levado a extremos, em virtude do princípio constitucional da presunção de inocência⁴⁷.

Assim, ressalta-se nesse ponto, que as provas não somente se destinam a averiguar a ocorrência e corroborar a responsabilidade penal de determinado delito, mas também para, por exemplo: demonstrar a inoccorrência do delito; determinar que o agente sendo acusado não foi o autor; atestar que o agente agiu sob a égide das excludentes de ilicitude previstas no artigo 23 do Código Penal⁴⁸, o que afasta a responsabilização criminal, ou, até mesmo, afirmar que o fato em análise sequer constitui um ilícito penal.

A respeito disso Leandro Cardena Prado aduz que “ao réu cabe a prova das excludentes da antijuridicidade e culpabilidade, bem assim como das causas de diminuição da pena”⁴⁹.

⁴⁴ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal. 13ª edição**. São Paulo, Editora Saraiva, 2016. [Livro Digital]

⁴⁵ “Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício: I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida; II – determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante”. BRASIL. **Decreto-lei n. 3.689 de 3 de outubro de 1941**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 23 jun. 2018.

⁴⁶ PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal. 21ª edição – revista, atualizada e ampliada**. São Paulo: Editora Atlas, 2017 [Livro Digital]

⁴⁷ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal. 13ª edição**. São Paulo, Editora Saraiva, 2016. [Livro Digital]

⁴⁸ “Art. 23 - Não há crime quando o agente pratica o fato: I - em estado de necessidade; II - em legítima defesa; III - em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito”. BRASIL. **Decreto-lei n. 3.689 de 3 de outubro de 1941**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 23 jun. 2018.

⁴⁹ PRADO, Leandro Cardena. **Provas ilícitas – teoria e interpretação dos tribunais superiores**, 2 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2009, p. 9.

Com isso, concretizando-se a hipótese de uma excludente ou feita prova razoável pela defesa que faça persistir dúvida, deve o réu ser absolvido⁵⁰ e não condenado, visto que uma eventual dúvida gerada por provas produzidas pelo acusado a respeito da existência da materialidade ou autoria do crime deve beneficiar a defesa⁵¹.

2.2 Meios de obtenção de prova e a vedação à produção de provas ilícitas

A disponibilização de diversos meios ou métodos de prova, com os quais (e mediante os quais) se espera chegar o mais próximo possível da realidade dos fatos investigados, deve estar sempre observando os limites previamente definidos no nosso ordenamento jurídico, respeitando os direitos e às garantias individuais do acusado e de terceiros, que, principalmente, são protegidos constitucionalmente pelo manto da *inadmissibilidade das provas obtidas ilicitamente*^{52 53}.

O exame acerca dos meios de prova disponíveis, bem como, da idoneidade e da capacidade de produção de certeza que cada um deles pode oferecer, deve ser precedido da observação dos princípios e das regras gerais a eles aplicáveis⁵⁴.

Porém, em primeiro lugar, é importante compreender a distinção entre *meios de prova* e *meios de obtenção de provas*.

Meio de prova é o jeito pelo qual se oferece ao juiz meios de conhecimento, de formação da história do crime, cujos resultados probatórios podem ser utilizados diretamente na decisão. São exemplos de meios de prova: a prova testemunhal, os documentos, as perícias etc. Já os *meios de obtenção de prova*, são instrumentos que permitem obter-se ou chegar-se à prova. Não é propriamente a prova, senão meios de obtenção⁵⁵.

⁵⁰ É necessário que enxerguemos o ônus da prova em matéria penal à luz do princípio da presunção de inocência, e também do favor réu. Se a defesa quedar-se inerte durante todo o processo, tendo pífia atividade probatória, ao final do feito, estando o magistrado em dúvida, ele deve absolver o infrator. A responsabilidade probatória é integralmente conferida à acusação, já que a dúvida milita em favor do demandado. A balança pende em prol deste, já que o art. 386 do CPP, nos incisos II, V e VII, indica que a debilidade probatória implica na absolvição. TÁVORA, Nestor, Rosmar Rodrigues Alencar. **Curso de direito processual penal**. 12ª ed. rev. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017, p. 648.

⁵¹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 15ª edição – revista, atualizada e comentada. Rio de Janeiro, Editora Forense, 2016. [Livro Digital]

⁵² Art. 5. inciso LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 23 jun.2018.

⁵³ PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 21ª edição – revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Atlas, 2017 [Livro Digital]

⁵⁴ PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 21ª edição – revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Atlas, 2017 [Livro Digital]

⁵⁵ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 13ª edição. São Paulo, Editora Saraiva, 2016. [Livro Digital]

Enquanto os meios de prova são aptos a servir, diretamente, ao convencimento do juiz sobre a veracidade ou não de uma afirmação fática (por exemplo: o depoimento de uma testemunha ou o teor de uma escritura pública), os meios de obtenção de provas (por exemplo: uma busca e apreensão) são instrumento para a colheita de elementos ou fontes de provas, estes sim, aptos a convencer o julgador (por exemplo: um extrato bancário [documento] encontrado em uma busca e apreensão domiciliar). Ou seja, enquanto o meio de prova se presta ao convencimento direto do julgador, os meios de obtenção de provas somente indiretamente, e dependendo do resultado de sua realização, poderão servir à reconstrução da história dos fatos⁵⁶.

Destaca-se que os *meios de obtenção de provas* não são, por si, fontes de conhecimento, mas servem para adquirir coisas materiais, traços ou declarações dotadas de força probatória, e que também podem ter, como destinatários, a polícia judiciária. Exemplos: delação premiada, buscas e apreensões, interceptações telefônicas etc. Não são propriamente provas, mas caminhos para chegar-se à prova⁵⁷.

Ainda, ressalva-se que os *meios de prova* podem ser lícitos – que são admitidos pelo ordenamento jurídico – ou ilícitos – contrários ao ordenamento. Em relação aos meios ilícitos, é preciso destacar que eles abrangem não somente os que forem expressamente proibidos por lei, mas também os imorais, antiéticos, atentatórios à dignidade e à liberdade da pessoa humana e aos bons costumes, bem como os contrários aos princípios gerais de direito⁵⁸.

Dessa forma, para uma prova ser admitida no processo ele deve ser lícita, portanto, para melhor entender sobre o tema, passo ao exame aprofundado sobre a vedação das provas ilícitas.

⁵⁶ *Ibidem* [Livro Digital]

⁵⁷ *Ibidem* [Livro Digital]

⁵⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Comentado. 15ª edição – revista, atualizada e comentada*. Rio de Janeiro, Editora Forense, 2016. [Livro Digital]

3. A INADMISSIBILIDADE DE PROVAS ILICITAS

3.1 Características e previsões normativas

A Constituição prevê no seu art. 5º, LVI, que são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos⁵⁹.

E visando a regulamentação do preceito contido no art. 5º, LVI, da Carta Magna, foi editada a Lei n. 11.690/2008, que alterou o art. 157⁶⁰ do Código de Processo Penal, quanto à matéria relativa às provas ilícitas.

Nesse contexto, com a reforma trazida pela Lei 11.690/2008, passou-se a prever, explicitamente, no Código de Processo Penal, serem ilícitas as provas obtidas em violação a normas constitucionais ou legais, além de se fixar o entendimento de que também não merecem aceitação as provas derivadas das ilícitas, como regra. Dessa forma, tem-se que todas as normas devam ser interpretadas em consonância com o texto constitucional, portanto, pode-se concluir da leitura do referido artigo que o processo penal deve formar-se em torno da produção de provas legais e legítimas, inadmitindo-se qualquer prova obtida por meio ilícito⁶¹.

Nesse contexto, trecho de Uadi Lammêgo Bulos⁶² sobre o tema:

Provas obtidas por meios ilícitos são as contrárias aos requisitos de validade exigidos pelo ordenamento jurídico. Esses requisitos possuem a natureza formal e a material. A ilicitude formal ocorrerá quando a prova, no seu momento introdutório, for produzida à luz de um procedimento ilegítimo, mesmo se for lícita a sua origem. Já a ilicitude material delinea-se através da emissão de um ato antagônico ao direito e pelo qual se consegue um dado probatório, como nas hipóteses de invasão domiciliar, violação do sigilo epistolar, constrangimento físico, psíquico ou moral a fim de obter confissão ou depoimento de testemunha etc⁶³.

⁵⁹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 23 jun.2018.

⁶⁰ Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais.

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

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

§ 3º Preclusa a decisão de desentranhamento da prova declarada inadmissível, esta será inutilizada por decisão judicial, facultado às partes acompanhar o incidente.

BRASIL. **Decreto-lei n. 3.689 de 3 de outubro de 1941**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 23 jun. 2018.

⁶¹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado. 15ª edição – revista, atualizada e comentada**. Rio de Janeiro, Editora Forense, 2016. [Livro Digital]

⁶² BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal anotada**, 2ª. ed., São Paulo: Saraiva, 2001, p. 244.

Ainda sobre o tema, Fernando da Costa Tourinho Filho⁶⁴ diz que “as provas ilícitas são aquelas obtidas por meio de violação a normas do direito material e constitucional, evidente que as provas até então denominadas ilegítimas, como as cartas interceptadas ou obtidas por meios criminosos, posto terem sido obtidas ilicitamente, inserem-se no rol das provas ilícitas, no entanto, essa distinção será melhor diferenciada posteriormente”.

A previsão normativa da inadmissibilidade das provas obtidas ilicitamente, com efeito, presta-se, a um só tempo, a tutelar direitos e garantias individuais, bem como, a própria qualidade do material probatório a ser introduzido e valorado no processo. Em relação aos direitos individuais, essa vedação tem por destinatário imediato a proteção do direito à intimidade, à privacidade, à imagem (art. 5º, X), à inviolabilidade do domicílio (art. 5º, XI), normalmente os mais atingidos durante as diligências investigatórias⁶⁵.

De outro lado, a vedação das provas obtidas ilicitamente também oferece repercussão no âmbito da igualdade processual, no ponto em que, ao impedir a produção probatória irregular pelos agentes do Estado⁶⁶ – normalmente os responsáveis pela prova –, equilibra a relação de forças relativamente à atividade instrutória desenvolvida pela defesa.

Segundo Eugênio Pacelli⁶⁷, “a vedação das provas ilícitas atua no controle da regularidade da atividade estatal persecutória, inibindo e desestimulando a adoção de práticas probatórias ilegais por parte de quem é o grande responsável pela sua produção. Nesse sentido, cumpre função eminentemente pedagógica, ao mesmo tempo que tutela determinados valores reconhecidos pela ordem jurídica”.

Já no que se refere à questão da qualidade da prova, o reconhecimento da ilicitude *do meio de obtenção* da prova impede o aproveitamento de métodos cuja idoneidade probatória seja previamente questionada, como ocorre, por exemplo, na confissão obtida mediante

⁶⁴ TOURINHO FILHO, Fernando da costa. **Processo penal**, 35ª ed., ver. e atual. v. 3 - São Paulo: Saraiva. 2013, p. 245.

⁶⁵ PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal. 21ª edição – revista, atualizada e ampliada**. São Paulo: Editora Atlas, 2017 [Livro Digital]

⁶⁶ Deveras, seria de todo contraditório que, em um processo criminal, destinado à apuração da prática de um ilícito penal, o próprio Estado se valesse de métodos violadores de direitos, comprometendo a legitimidade de todo o sistema punitivo, pois ele mesmo estaria se utilizando do ilícito penal. Além da proteção aos direitos e garantias fundamentais, a vedação das provas ilícitas também funciona como uma forma de controle da regularidade da persecução penal, atuando como fator de inibição e dissuasão à adoção de práticas probatórias ilegais. Cumpre, assim, eminente função pedagógica, ao mesmo tempo em que tutela direitos e garantias assegurados pela ordem jurídica. LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal: volume único**. 5. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017, p. 620.

⁶⁷ PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal. 21ª edição – revista, atualizada e ampliada**. São Paulo: Editora Atlas, 2017 [Livro Digital]

tortura, ou mediante hipnose, ou, ainda, pela ministração de substâncias químicas (soro da verdade etc.)⁶⁸.

Na lição de Leandro Cardena Prado “as provas ilícitas podem ser diferenciadas e conceitadas de forma ampla (*latu sensu*) e de forma genérica. De forma ampla as provas ilícitas são aquelas obtidas com a violação ao ordenamento jurídico, como exemplo a prova obtida por meio de tortura, prática vedada pela Constituição Federal de 1988 em seu artigo 5º, III. De forma genérica as provas ilícitas são as provas vedadas, proibidas, podendo ser divididas em provas ilícitas propriamente ditas e provas ilegítimas”⁶⁹.

Na realidade, a vedação da prova não ocorre unicamente em relação *ao meio escolhido*, mas também em relação aos *resultados* que podem ser obtidos com a utilização de determinado meio de prova. Uma interceptação telefônica, enquanto meio de prova, poderá ser lícita se autorizada judicialmente, mas ilícita quando não autorizada. No primeiro caso, a afetação (o resultado) do direito à privacidade e/ou intimidade é permitida, enquanto, no segundo, não, disso resultando uma violação indevida daqueles valores⁷⁰.

Portanto, mesmo quando não houver vedação expressa quanto ao meio, será necessário indagar ainda acerca do resultado da prova, isto é, se os resultados obtidos configuram ou não violação de direitos. E se configurarem, se a violação foi e se poderia ter sido autorizada.

Salienta-se que um dos destaques do art. 157 do Código de Processo Penal, é o previsto no § 3º. O preceito legal dispõe que a prova obtida ilícitamente deverá ser desentranhada⁷¹ o quanto antes dos autos, visto que a decisão de desentranhamento estará sujeita à preclusão. No entanto, nada se diz acerca do momento processual em que tal ocorrerá.

⁶⁸ PACHELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal. 21ª edição – revista, atualizada e ampliada.** São Paulo: Editora Atlas, 2017 [Livro Digital]

⁶⁹ PRADO, Leandro Cardena. **Provas ilícitas – teoria e interpretação dos tribunais superiores**, 2 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2009, p. 11.

⁷⁰ PACHELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal. 21ª edição – revista, atualizada e ampliada.** São Paulo: Editora Atlas, 2017 [Livro Digital]

⁷¹ Deve-se interpretar tal medida com bastante cautela, não só porque a destruição da prova ilícita pode implicar na eliminação da materialidade de algum crime cometido para realizá-la, como a falsificação de documento público ou uma falsa perícia, mas também, e não menos importante, porque com o ato, caso haja equívoco judicial na aferição da falsidade, corre-se o risco de perpetuar-se a injustiça, como na condenação de um inocente ou a absolvição de réu culpado, pela eliminação do material probatório reputado equivocadamente ilegal. Melhor seria que uma vez preclusa a decisão declarando a falsidade probatória, que houvesse remessa do feito ao Ministério Público, para empreender a responsabilidade pela prática de eventual infração perpetrada na produção, por analogia ao art. 145, inciso IV, do CPP, ao tratar do incidente de falsidade documental, ou então, determinar o desentranhamento e a destruição após o trânsito em julgado da decisão final, deixando-se a prova ilícita em total sigilo, apartada dos autos. TÁVORA, Nestor, Rosmar Rodrigues Alencar. **Curso de direito processual penal.** 12ª ed. rev. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017, p. 629

Eugênio Pacelli assinala que “o juiz deve apreciar a ilicitude da prova e o seu consequente desentranhamento dos autos antes da audiência de instrução criminal, ou seja, após a apresentação de defesa escrita, desde que, é claro, a prova tenha sido juntada em momento anterior. Tratando-se de prova apresentada em audiência, deve o juiz, de imediato, apreciar a questão”⁷².

Aliás, é de se ter em mente que, não obstante a previsão de preclusão da decisão de desentranhamento da prova ilícita, a matéria diz respeito à questão de interesse público, indisponível às partes. Por isso, tanto o juiz quanto o tribunal sempre poderão conhecer da matéria quando do julgamento do mérito. A única ressalva fica por conta do Tribunal do Júri. Ali, em que se realiza um julgamento por leigos e sem qualquer necessidade de motivação, não caberá aos jurados o conhecimento da prova desentranhada⁷³.

A autorização para a destruição da prova ilícita, por sua vez, tem suscitado diversos questionamentos, pois, segundo Fernando Capez, poderá inviabilizar a propositura de uma futura revisão criminal, isto é, a utilização dessa prova a favor do acusado, a fim de buscar a sua inocência⁷⁴.

Nesse sentido, Norberto Avena⁷⁵ aduz que a aplicação rigorosa do dispositivo terá como consequência afastar a possibilidade acenada há longo tempo pela doutrina e pela jurisprudência acerca da utilização da prova ilícita em favor do réu (e, para alguns, também em prol da sociedade, quando se tratar de crimes muito graves) a partir de ponderações em torno do princípio da proporcionalidade, visto que, desentranhada e inutilizada a prova, não haverá como servir de base para formar a convicção do julgador.

Outra questão trazida pelo art. 157 do Código Processo Processual, foi o entendimento sedimentado pela doutrina e pela jurisprudência da teoria dos frutos da árvore envenenada, que será melhor posteriormente.

⁷² Na primeira hipótese, de exame e decisão de desentranhamento antes da audiência, o recurso cabível será o de recurso em sentido estrito; durante a audiência, o recurso será de apelação, se e somente se a sentença for proferida em audiência. Nesse caso, não se exigirá a apresentação de dois recursos, mas apenas o de apelação (art. 593, § 4º, CPP). A decisão que não reconhece a ilicitude da prova é irrecurável, o que não impede seja reapreciada a matéria por ocasião de eventual recurso de apelação ou por meio de ações autônomas de impugnação, a exemplo do habeas corpus. PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal. 21ª edição – revista, atualizada e ampliada**. São Paulo: Editora Atlas, 2017 [Livro Digital]

⁷³ PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal. 21ª edição – revista, atualizada e ampliada**. São Paulo: Editora Atlas, 2017 [Livro Digital]

⁷⁴ CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal. 23ª Edição**. São Paulo, Editora Saraiva, 2016. [Livro Digital]

⁷⁵ AVENA, Norberto. **Processo penal**. 9ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017. [Livro Digital]

Nesse sentido, após análise do disposto no artigo 157 do Código de processo, cumpre destacar quais são efetivamente as provas vedadas pelo artigo.

No entanto, inicialmente, deve ser feita uma análise sobre a diferença de prova ilegal, ilegítima e ilícita. Destaca-se que *prova ilegal* deve ser considerada gênero, do qual são espécies a *prova ilegítima* e a *prova ilícita*.

Constitucionalmente, seguirei o entendimento amplo do termo *ilícito*, ou seja, da vedação da prova ilegal e a ilegítima. Nesse contexto, abrem-se duas óticas, envolvendo o que é materialmente ilícito (a forma de obtenção da prova é proibida por lei) e o que é formalmente ilícito (a forma de introdução da prova no processo é vedada por lei). Este último enfoque (formalmente ilícito), como defenderei, é o ilegítimo⁷⁶.

Alexandre de Moraes alega que “as provas ilícitas não se confundem com as provas ilegais e as ilegítimas. As provas ilícitas são aquelas obtidas com infringência ao direito material, já 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 se configuram pela obtenção com violação de natureza material ou processual ao ordenamento jurídico”⁷⁷.

Assim, percebe-se que há uma distinção doutrinária entre provas ilícitas e provas ilegítimas. Enquanto aquelas são obtidas com a violação de normas materiais, as ilegítimas são as introduzidas no processo contra as determinações de normas processuais⁷⁸.

Em relação à *prova ilegítima*^{79 80}, está ocorre com a violação de uma regra de direito processual penal no momento da sua produção em juízo, no processo. A proibição tem

⁷⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado. 15ª edição – revista, atualizada e comentada.** Rio de Janeiro, Editora Forense, 2016. [Livro Digital]

⁷⁷ MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional.** 7. ed. São Paulo: Atlas, 2000, p. 117.

⁷⁸ TOURINHO FILHO, Fernando da costa. **Processo penal**, 35ª ed., ver. e atual. v. 3 - São Paulo: Saraiva. 2013, p. 244.

⁷⁹ De seu turno, a prova será considerada ilegítima quando obtida mediante violação à norma de direito processual. A título de exemplo, suponha-se que, ao ouvir determinada testemunha, o magistrado se esqueça de compromissá-la. Assim o fazendo, incorreu em violação à regra do art. 203 do CPP, dispositivo este que obriga o juiz a compromissar a testemunha. Em outro exemplo, no curso de audiência una de instrução e julgamento, o magistrado pede à vítima que realize o reconhecimento do acusado. A vítima, então, olhando para trás, aponta o acusado como o suposto autor do delito, o que fica registrado na ata da audiência. Como se vê, tal reconhecimento foi feito ao arpejo do art. 226 do CPP, que traça o procedimento a ser observado na hipótese de reconhecimento de pessoas e coisas. Em ambas as situações, temos exemplos de provas obtidas por meios ilegítimos, porquanto colhidas com violação à regra de direito processual. LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal: volume único.** 5. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017, p. 621.

⁸⁰ Devem-se considerar como provas ilegítimas aquelas produzidas a partir da violação de regras de natureza eminentemente processual, isto é, normas que têm fim em si próprias. É o caso da perícia realizada por apenas um perito não oficial: viola-se, com isso, a regra geral do art. 159, § 1.º, do CPP, determinando que, “na falta de perito oficial, o exame será realizado por 2 (duas) pessoas idôneas, portadoras de diploma de curso superior preferencialmente na área específica, dentre as que tiverem habilitação técnica relacionada com a natureza do

natureza exclusivamente processual (de ingresso ou produção), como por exemplo: juntada fora do prazo, prova unilateralmente produzida (como o são as declarações escritas e sem contraditório) etc.⁸¹.

Luiz Flávio Gomes sobre o assunto: “prova ilegítima é a que viola regra de direito processual no momento de sua obtenção em juízo (ou seja: no momento em que é produzida no processo)”⁸².

Assim, tem-se que alguns dispositivos da lei processual penal contêm regras de exclusão de determinadas provas, como, por exemplo, a proibição de depor em relação a fatos que envolvam o sigilo profissional (artigo 207 do Código de Processo Penal). Nesse ponto, tudo se resolve dentro do processo, segundo os esquemas processuais que determinam as formas e as modalidades de produção de provas, com a sanção correspondente a cada transgressão⁸³.

Já a *prova ilícita* é aquela que viola regra de direito material no momento da sua coleta, anterior ou concomitante ao processo, mas sempre exterior a este (fora do processo). Em geral, ocorre uma violação da intimidade, privacidade ou dignidade (exemplos: interceptação telefônica ilegal, quebra ilegal do sigilo bancário, fiscal etc.)⁸⁴.

Em sua obra, Luiz Francisco Torquato Avolio⁸⁵ destaca que:

A prova ilícita é aquela colhida com infração a normas ou princípios de direito material – sobretudo de direito constitucional, visto que a problemática da prova ilícita prende-se sempre à questão das liberdades públicas, em que estão assegurados os direitos e garantias atinentes à intimidade, à liberdade, à dignidade humana; mas, também, de direito penal, civil, administrativo, nos quais já se encontram definidos na ordem infraconstitucional outros direitos ou cominações legais que podem se contrapor às exigências de segurança social, investigação criminal e acerto da verdade, tais como os de propriedade, inviolabilidade do domicílio, ou ainda de uma prova obtida sob forma de tortura, haverá sanções penais para o infrator.

exame”. AVENA, Norberto. **Processo penal**. 9ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017. [Livro Digital]

⁸¹ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal. 13ª edição**. São Paulo, Editora Saraiva, 2016. [Livro Digital]

⁸² GOMES, Luiz Flávio, **A prova no processo penal – comentários à Lei nº 11.690/2008**. São Paulo: Premier Máxima, 2008, p. 35.

⁸³ AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas ilícitas: interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas**. 6ª edição – revista, atualizada e ampliada. Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 50

⁸⁴ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal. 13ª edição**. São Paulo, Editora Saraiva, 2016. [Livro Digital]

⁸⁵ AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas ilícitas: interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas. 6ª edição – revista, atualizada e ampliada**. Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 50.

Nesse contexto, ainda pode ocorrer que a prova não seja obtida por meio da realização de infração penal, mas considera-se ilícita por afronta a princípio constitucional, como é o caso da gravação de conversa telefônica que exponha o interlocutor a vexame insuportável, colidindo com o resguardo da imagem, da intimidade e da vida privada das pessoas (Constituição Federal, art. 5º, X). Aqui pode ocorrer as duas coisas ao mesmo tempo: a prova ilícita caracterizar infração penal e ferir princípio da Constituição Federal. É a hipótese da violação do domicílio (art. 5º, XI), do sigilo das comunicações (art. 5º, XII), da proteção contra tortura e tratamento desumano ou degradante (art. 5º, III) e do respeito à integridade física e moral do preso (art. 5º, XLIX), dentre outros. Assim, será considerada prova ilícita, por exemplo, uma confissão obtida com emprego 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 diante⁸⁶.

Dessa maneira, quando houver a produção de uma prova ilegítima, haverá sanção prevista na própria lei processual, podendo ser decretada a nulidade da mesma, ou seja, nesse caso, o regime jurídico aplicado será o da Teoria da Nulidade. Já quando há produção de uma prova ilícita, que são aquelas produzidas externamente ao processo, possui sanções específicas previstas no direito material. De acordo com a nova redação do artigo 157 do Código de Processo Penal, tais provas deverão ser desentranhadas dos autos^{87 88}.

3.2 Prova ilícita por derivação

A doutrina e a jurisprudência, em regra, tendem a repelir as chamadas provas ilícitas por derivação, que são aquelas em si mesmas são lícitas, mas foram produzidas a partir de outra ilegalmente obtida. É o caso da confissão extorquida mediante tortura, que venha a fornecer informações corretas a respeito do lugar onde se encontra o produto do crime,

⁸⁶ CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal. 23ª Edição**. São Paulo, Editora Saraiva, 2016. [Livro Digital]

⁸⁷ PRADO, Leandro Cardena. **Provas ilícitas – teoria e interpretação dos tribunais superiores**, 2 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2009, p. 12-13.

⁸⁸ 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 processo, surge o direito de exclusão, a ser materializado através do desentranhamento da referida prova dos autos. Por outro lado, em se tratando de provas ilegítimas, como sua obtenção ocorreu mediante violação a regras de direito processual, tudo se resolve dentro do próprio processo, de acordo com as regras processuais que determinam as formas e as modalidades de produção da prova, com a sanção correspondente a cada transgressão, que pode ser o reconhecimento de mera irregularidade, ou até mesmo uma nulidade, absoluta ou relativa. LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal: volume único**. 5. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017, p. 624.

propiciando a sua regular apreensão. Esta última prova, a despeito de ser regular, estaria contaminada pelo vício na origem⁸⁹.

Com o advento da Lei n. 11.690/2008, a problemática da contaminação da prova derivada ficou disciplinada pelo § 1º do artigo 157 do Código de Processo Penal⁹⁰.

Nesse sentido, a partir do referido artigo, extraem-se algumas observações: a) inadmissibilidade da prova derivada da ilícita (princípio da contaminação); b) não há contaminação quando não ficar evidenciado o nexo de causalidade; c) não há contaminação quando a prova puder ser obtida por uma fonte independente daquela ilícita; e d) desentranhamento e inutilização da prova considerada ilícita (já visto anteriormente)⁹¹.

Em primeiro lugar, destaca-se que houve a positivação no ordenamento jurídico brasileiro da teoria dos frutos da árvore envenenada.

O princípio da contaminação da prova ilícita tem sua origem na doutrina norte-americana, mais especificamente no caso *Silverthorne Lumber & Co. vs. United States*⁹², em 1920, tendo a expressão *fruits of the poisonous tree – frutos da árvore envenenada* - sido cunhada pelo juiz Frankfurter, da Corte Suprema, no caso *Nardone v. United States*, em 1937⁹³.

⁸⁹ CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal. 23ª Edição**. São Paulo, Editora Saraiva, 2016. [Livro Digital]

⁹⁰ “Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais.

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

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

§ 3o Preclusa a decisão de desentranhamento da prova declarada inadmissível, esta será inutilizada por decisão judicial, facultado às partes acompanhar o incidente”.

BRASIL. **Decreto-lei n. 3.689 de 3 de outubro de 1941**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 23 jun. 2018.

⁹¹ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal. 13ª edição**. São Paulo, Editora Saraiva, 2016. [Livro Digital]

⁹² *Silverthorne Lumber Co Vs. United States*, 251 U.S. 385 (1920). Lê-se na decisão: “The essence of a provision forbidding the acquisition of evidence in a certain way is that not merely evidence so acquired shall not be used before the Court, but that it shall not be used at all. Of course, this does not mean that the facts thus obtained become sacred and inaccessible. If knowledge of them is gained from an independent source they may be proved like any others, but the knowledge gained by the Government's own wrong cannot be used by it in the way proposed”. Traduzindo de forma livre parte mais relevante do texto: “ A essência de uma previsão proibindo a obtenção de provas por um determinado meio não significa que tais provas não possam ser utilizadas perante o tribunal, mas sim que não podem ser utilizadas de nenhuma maneira.

⁹³ O precedente que originou a construção do conceito de prova ilícita por derivação está ligado ao caso *SILVERTHORNE LUMBER CO v. US*, de 1920, em que a Suprema Corte norte-americana reputou inválida uma intimação que tinha sido expedida com base numa informação obtida por meio de uma busca ilegal. A acusação não poderia usar no processo a prova obtida diretamente da busca ilegal, nem a prova obtida indiretamente por meio da intimação baseada nessa busca. Posteriormente, no julgamento do caso *NARDONE v. US* (1939), foi cunhada a teoria dos frutos da árvore envenenada. LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal: volume único**. 5. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017, p. 626.

Na decisão, tem-se que proibir o uso direto de certos métodos não pondo limites a seu pleno uso indireto apenas provocaria o uso daqueles mesmos meios considerados incongruentes com padrões éticos e destrutivos da liberdade pessoal⁹⁴.

A lógica é muito clara, ainda que a aplicação seja extremamente complexa, de que se a árvore está envenenada, os frutos que ela gera estarão igualmente contaminados (por derivação), ou seja, sendo a prova originária ilícita, as provas oriundas dela também estarão contaminadas pela ilicitude, mesmo se obtidas licitamente⁹⁵.

Seguindo a mesma linha, Norberto Avena explica que “a contaminação determinada pela aplicação da Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada exige relação de exclusividade entre a prova posterior e a anterior que lhe deu origem. Em outras palavras, faz-se necessário que a prova tida como contaminada tenha sido decorrente⁹⁶ de outra manifestamente viciada ou que esteja em situação de ilegalidade”⁹⁷.

Destaca-se que se os agentes produtores da prova ilícita pudessem dela se valer para a obtenção de novas provas, cuja existência somente se teria chegado a partir daquela (ilícita), a ilicitude da conduta seria facilmente contornável. Bastaria a observância da forma prevista em lei, na segunda operação, isto é, na busca das provas obtidas por meio das informações extraídas pela via da ilicitude, para que se *legalizasse* a ilicitude da primeira (operação). Assim, a *teoria da ilicitude por derivação* é uma imposição da aplicação do princípio da inadmissibilidade das provas obtidas ilicitamente⁹⁸.

Dessa forma, segundo esse entendimento, tais provas não poderão ser aceitas, uma vez que contaminadas pelo vício de ilicitude em sua origem, que atinge todas as provas subsequentes, ou seja, serão ilícitas as demais provas que delas se originarem⁹⁹.

⁹⁴ BADARÓ, Gustavo Henrique Ivahy. O Agravo Cabível contra Decisão Denegatória de Recurso Especial e Extraordinário em uma Recente Decisão do STF e os Limites da Fungibilidade Recursal. Boletim do IBCCrim, n. 230, janeiro/2012, p. 2.

⁹⁵ CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal. 23ª Edição.** São Paulo, Editora Saraiva, 2016. [Livro Digital]

⁹⁶ Se é certo que as provas derivadas da ilícita sofrem o mesmo apelo de exclusão, já que também são imprestáveis, deve o magistrado dar os limites desta contaminação, identificando, no caso concreto, a extensão do dano, que está ligado ao grau de vínculo existente entre a prova antecedente e a consequente. Afastado o nexo, afastada estará a ilicitude. TÁVORA, Nestor, Rosmar Rodrigues Alencar. **Curso de direito processual penal.** 12ª ed. rev. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017, p. 631.

⁹⁷ AVENA, Norberto. **Processo penal.** 9ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017. [Livro Digital]

⁹⁸ PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal. 21ª edição – revista, atualizada e ampliada.** São Paulo: Editora Atlas, 2017 [Livro Digital]

⁹⁹ CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal. 23ª Edição.** São Paulo, Editora Saraiva, 2016. [Livro Digital]

Exemplo típico é a apreensão de objetos utilizados para a prática de um crime (armas, carros etc.) ou mesmo que constituam o corpo de delito, e que tenham sido obtidos a partir da escuta telefônica ilegal ou através da violação de correspondência eletrônica. Mesmo que a busca e apreensão seja regular, com o mandado respectivo, é um ato derivado do anterior, ilícito. Portanto, contaminado está¹⁰⁰.

Outro exemplo, trazido, refere o seguinte: a autoridade policial prende Pedro de forma ilegal, vale dizer, sem que esteja ele em situação de flagrância e sem que haja ordem escrita da autoridade judiciária competente. No curso dessa prisão ilegal, sentindo-se coagido, Pedro vem a confessar o crime de que está sendo investigado. Ora, esta confissão é uma prova ilícita por derivação, pois obtida durante o período em que se encontrava Pedro ilegalmente preso.

Ademais, suponha-se que alguém tenha sido constrangido, mediante tortura, a confessar a prática de um crime de homicídio. Indubitavelmente, essa confissão deverá ser declarada ilícita. Pode ser que, dessa prova ilícita originária, resulte a obtenção de uma prova aparentemente lícita (por exemplo: localização e apreensão de um cadáver). Apesar da apreensão do cadáver ser aparentemente lícita, percebe-se que há um nexo causal inequívoco entre a confissão mediante tortura e a localização do cadáver. Em outras palavras, não fosse a prova ilícita originária, jamais teria sido possível a prova que dela derivou. Nessa linha de pensamento, é possível concluir que a ilicitude da prova originária transmite-se, por repercussão, a todos os dados probatórios que nela se apoiem, ou dela derivem, ou, finalmente nela encontrem o seu fundamento causal¹⁰¹.

Por fim, no tocante à prova ilícita por derivação, o Supremo Tribunal Federal tem entendido pela aplicação da teoria dos frutos da árvore envenenada, como é o caso da decisão proferida pelo Ministro Celso de Mello no recurso de Habeas Corpus n.º 93.050, onde as provas derivadas não foram admitidas, pois, estavam ligadas a uma prova originalmente ilícita, assim, a decisão proferida estabeleceu que: “ninguém pode ser investigado, denunciado ou condenado com base, unicamente, em provas ilícitas, quer se trate de ilicitude originária, quer se cuide de ilicitude por derivação. Qualquer novo dado probatório, ainda que produzido, de modo válido, em momento subsequente, não pode apoiar-se, não pode ter fundamento causal nem derivar de prova comprometida pela mácula da ilicitude originária”¹⁰².

¹⁰⁰ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal. 13ª edição.** São Paulo, Editora Saraiva, 2016. [Livro Digital]

¹⁰¹ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal: volume único.** 5. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017, p. 625.

¹⁰² BRASIL. Supremo Tribunal de Federal. Habeas Corpus n. 93.050/RJ. Impetrante: Gustavo Eid Bianchi Prates. Impetrado: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília: 10 jun.2008. DJe 31 jul.2008.

Dessa forma, concluí-se que conforme previsto no § 3º do art. 157 do Código de Processo Penal, as provas ilícitas por derivação deverão ser desentranhadas dos autos, pois o ato é originariamente viciado e todos os que dele derivem ou decorram igualmente serão considerados ilícitos.

4. EXCEÇÕES AO PRINCÍPIO DA INADMISSIBILIDADE DE PROVAS ILICITAS

4.1 O princípio da proporcionalidade e sua relação com a prova ilícita

Foi na Alemanha, no período do pós-guerra, que se desenvolveu o chamado princípio da proporcionalidade. Com efeito, buscando evitar que se repetisse a traumática experiência das barbaridades perpetradas pelos legislados nazistas, a Corte Constitucional Alemã começou a se preocupar com a proteção dos direitos fundamentais dos cidadãos, valendo-se do referido princípio como parâmetro para o controle de constitucionalidade das leis¹⁰³.

Nesse sentido, destaca-se que o *princípio da proporcionalidade* acompanha a história da defesa dos direitos humanos e surge como decorrência do advento do Estado de Direito, quando é formulado como o objetivo de controlar o poder de coação monárquico ou ditatorial, chamado de poder de polícia, porque nestes casos o poder é ilimitado quanto aos fins que poderia perseguir e quanto aos meios que poderia empregar. Assim, como escopo, esta teoria teve como a principal ideia, dar garantia à liberdade individual em face dos interesses da Administração, servindo como instrumento de controle do excesso de poder¹⁰⁴.

Salienta-se que este princípio foi empregado primeiramente, mais precisamente no âmbito do Direito Administrativo alemão ao tratar da possibilidade de limitação da liberdade em virtude do então denominado *Direito de Polícia*. Dessa maneira, o Direito Administrativo alemão passou a vedar que a força policial fosse além do necessário e exigível para a consecução de sua finalidade, ou seja, que agisse de forma proporcional, sem excesso de poder¹⁰⁵.

Willis Santiago Guerra Filho¹⁰⁶ muito bem ressalta “que as leis não distinguem o poder discricionário da polícia dos demais órgãos da administração e que diante disso abriu-se a possibilidade de estender o princípio da proporcionalidade às demais funções estatais, inclusive ao órgão judicial, ao qual também é vedada a arbitrariedade na aplicação da lei, da mesma forma que o poder legislativo é submetido a um controle em sua atividade de produção normativa, devendo desenvolvê-la dentro dos limites constitucionalmente traçados”.

¹⁰³ CAMPOS, Gabriel Silveira de Queirós. **Provas ilícitas e ponderação de interesses no processo penal**. Salvador: JusPODIVM. 2015, p. 154.

¹⁰⁴ BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. 2ª ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 32.

¹⁰⁵ GUERRA FILHO, Willis Santiago. **O princípio constitucional da proporcionalidade. Ensaio de teoria constitucional**. Fortaleza, 1989, p. 72 e ss.

¹⁰⁶ Idem.

Assim, foi uma questão de tempo para que houvesse a transposição do princípio da proporcionalidade para o plano constitucional, boa parte por causa do Tribunal Constitucional Alemão (*Bundesverfassungsgericht*), que em razão de sucessivos pronunciamentos, expressões claramente associadas ao pensamento da proporcionalidade – tais como *excessivo*, *inadequado*, *necessariamente exigível* – foram se tornando recorrentes até se estabelecer, de forma incisiva, que o princípio e a correlata *proibição de excesso* eram regras aplicáveis a toda atividade estatal e que possuíam estrutura constitucional¹⁰⁷.

Nos dias de hoje, em alguns países da Europa, mas principalmente na Alemanha, o princípio da proporcionalidade vem sendo utilizado pela jurisprudência, a fim de permitir, sempre excepcionalmente, o aproveitamento de provas obtidas ilicitamente, baseando-se no equilíbrio entre valores contrastantes¹⁰⁸. Para se ter uma ideia, a questão da proporcionalidade em relação as provas ilícitas assume dimensões até mesmo de positividade expressa em alguns países, isto é, de aplicação fundada em lei, como ocorre na França e na Inglaterra, onde as provas obtidas ilicitamente são utilizadas no processo, punindo-se, porém, os responsáveis pela sua produção¹⁰⁹.

Frisa-se que, atualmente, a concepção do princípio da proporcionalidade é dotada de um sentido técnico no direito público e na teoria do direito germânico, correspondente a uma limitação do poder estatal em benefício da garantia de integridade física e moral dos que lhe estão sub-rogados. Confunde-se, ademais, com a origem do Estado democrático de direito, nascido sob a égide de uma lei fundamental entendida como um documento formalizador, com o propósito de se manter o equilíbrio entre os diversos poderes que formam o Estado e o respeito mútuo entre estes e aqueles indivíduos a ele submetidos, a quem são reconhecidos direitos inalienáveis¹¹⁰.

Eugênio Pacelli¹¹¹ descreve o princípio da proporcionalidade como “o critério hermenêutico mais utilizado para resolver eventuais conflitos ou tensões entre princípios constitucionais igualmente relevantes baseando-se na chamada ponderação de bens e/ou de interesses, que inclusive está presente até mesmo nas opções mais corriqueiras da vida

¹⁰⁷ AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas ilícitas: interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas**. 6ª edição – revista, atualizada e ampliada. Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 64.

¹⁰⁸ CAMPOS, Gabriel Silveira de Queirós. **Provas ilícitas e ponderação de interesses no processo penal**. Salvador: JusPODIVM. 2015, p. 219.

¹⁰⁹ PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal. 21ª edição – revista, atualizada e ampliada**. São Paulo: Editora Atlas, 2017 [Livro Digital]

¹¹⁰ GUERRA FILHO, Willis Santiago. **O princípio constitucional da proporcionalidade. Ensaio de teoria constitucional**. Fortaleza, 1989, p. 71.

¹¹¹ PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal. 21ª edição – revista, atualizada e ampliada**. São Paulo: Editora Atlas, 2017 [Livro Digital]

cotidiana. O exame normalmente realizado em tais situações destina-se a permitir a aplicação, no caso concreto, da proteção mais adequada possível a um dos direitos em risco, e da maneira menos gravosa ao(s) outro(s)”.

Segundo Gilmar Ferreira Mendes¹¹², “reconhece-se ao legislador o poder discricionário de conformação, dentro dos limites estabelecidos pela Constituição. Dentro desses limites, porém, veda-se o excesso de poder. A doutrina alemã identifica como típica manifestação do excesso de Poder Legislativo a violação do princípio da proporcionalidade, que se revela mediante a contraditoriedade, incongruência e irrazoabilidade entre meios e fins”.

Em decisão de 1971, o Tribunal Federal Constitucional alemão pronunciou-se neste sentido:

Os meios utilizados pelo legislador devem ser adequados e necessários à consecução dos fins visados. O meio é adequado se, com a sua utilização, o evento pretendido pode ser alcançado; é necessário se o legislador não dispõe de outro meio eficaz, menos restritivo aos direitos fundamentais¹¹³.

Nesse contexto, vale assinalar a lição de Luis Carlos Branco¹¹⁴ relacionada ao princípio da proporcionalidade:

No direito alemão, o princípio da proporcionalidade requer três qualidades para o ato administrativo: 1) adequação, ou seja, o meio empregado na atuação deve ser compatível com a sua finalidade; 2) exigibilidade, isto é, a conduta deve ser necessária, não havendo outro meio menos gravoso ou oneroso para atingir o fim público; 3) proporcionalidade em sentido estrito, em que as vantagens almejadas superem as desvantagens.

Assim, doutrina, fundada na decisão acima transcrita, reconhece a decomposição do princípio da proporcionalidade em três subprincípios: *adequação*, *necessidade* (ou exigibilidade) e *proporcionalidade em sentido estrito*.

Especificando-se:

Pode-se afirmar que, por *adequação*, entende-se que a medida administrativa ou legislativa, emanada pelo Poder Público, seja apta para a obtenção dos objetivos pretendidos. A análise restringe-se, assim, à existência de uma relação congruente entre meio e fim da medida. O Tribunal Constitucional Alemão, porém, entende que o estabelecimento desses objetivos e meios para alcançá-los é um problema de política legislativa ou administrativa,

¹¹² MENDES, Gilmar Ferreira. **O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: novas leituras**. Repertório IOB de Jurisprudência, caderno 1, nº 14, 2000, p. 352

¹¹³ Ibidem, p. 353.

¹¹⁴ BRANCO, Luis Carlos. **Equidade, proporcionalidade e razoabilidade**, São Paulo, RCS Editora, p. 136.

não lhe cabendo interferir, salvo, em casos de patente inadequação de medida ou da norma jurídica questionada¹¹⁵.

Quanto à *necessidade ou exigibilidade* impõe-se que o Poder Público adote sempre a medida menos gravosa possível para atingir determinado objetivo, aquela que afete com menos intensidade os direitos individuais e que ainda seja capaz de proteger os interesses da coletividade, em geral^{116 117}.

Por sua vez, a *proporcionalidade em sentido estrito* envolve uma análise da relação custo-benefício da medida ou norma examinada, o ônus imposto pela norma deve ser inferior ao benefício por ela trazido, sob pena de inconstitucionalidade¹¹⁸. Faz-se imperativa, assim, uma ponderação entre os danos causados e os resultados a serem obtidos^{119 120}.

Em síntese, para se aplicar corretamente o princípio da proporcionalidade, pressupõe-se a existência de valores fundamentais estabelecidos positivamente em conflito e a necessidade de um procedimento decisório que permita a necessária ponderação em face dos fatos e hipóteses a serem considerados¹²¹. Ainda, as normas/valores em conflito deverão, a um só tempo, serem aptos para os fins a que se destinam, serem o menos gravoso possível para que se logrem tais fins e, ainda, devem causar benefícios superiores às desvantagens que proporciona¹²².

¹¹⁵ GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo constitucional e direito fundamentais**. 2ª ed. São Paulo: Celso Bastos, 2001, p. 85.

¹¹⁶ SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição Federal**. 1ª ed. 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 88.

¹¹⁷ A título de exemplo, por conta do art. 2º, inciso II, da Lei no 9.296/96, a interceptação de comunicações telefônicas só poderá ser deferida quando a prova não puder ser feita por outros meios disponíveis, ou seja, se for possível comprovar-se o fato por meio de prova menos gravoso, não se justifica a violação à intimidade. Por outro lado, no caso de prisões cautelares, lembra Carnelutti que a medida "se assemelha a um daqueles remédios heróicos que devem ser ministrados pelo médico com suma prudência, porque podem curar o enfermo, mas também podem ocasionar-lhe um mal mais grave; quiçá uma comparação eficaz se possa fazer com a anestesia geral, a qual é um meio indispensável para o cirurgião, mas ah se este abusa dela! LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal: volume único**. 5. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017, p. 87.

¹¹⁸ SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição Federal**. 1ª ed. 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 89.

¹¹⁹ BARROSO, Luís Roberto. **Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no Direito Constitucional**. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 92, nº 336, PP 125-136, out/dez. 1996.

¹²⁰ No âmbito processual penal, este juízo de ponderação opera-se entre o interesse individual e o interesse estatal. De um lado, o interesse do indivíduo na manutenção de seu ius libertatis, com o pleno gozo dos direitos fundamentais. Do outro, o interesse estatal nas medidas restritivas de direitos fundamentais está consubstanciado pelo interesse na persecução penal, objetivando-se a tutela dos bens jurídicos protegidos pelas normas penais. LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal: volume único**. 5. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017, p. 88.

¹²¹ AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas ilícitas: interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas**. 6ª edição – revista, atualizada e ampliada. Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 66.

¹²² CAMPOS, Gabriel Silveira de Queirós. **Provas ilícitas e ponderação de interesses no processo penal**. Salvador: JusPODIVM. 2015, p. 157.

Ressalva-se que a existência do conflito de interesses está presente na realidade da vida das pessoas desde os primórdios da existência humana, o que é inevitável pelo simples fato da convivência social. Nesse sentido, bastaria a simples consideração de que as normas têm por destinatário toda a coletividade, para saber que haverá casos em que a proteção de um implicará a não tutela de outro¹²³.

Ademais, no plano da previsão normativa, seja no âmbito constitucional ou penal, é impossível que o legislador ou a doutrina anteveja e modele normativamente todas as situações que a vida cotidiana apresenta, assegurando a proteção de todos os direitos na ordem jurídica. Daí advém a necessidade de se conferir especial atenção ao caso concreto, pois somente a partir dele é que se poderá atualizar o sentido normativo dos próprios basilares do processo penal¹²⁴.

Portanto, a proibição das provas obtidas por meios ilícitos é um princípio relativo, que, excepcionalmente, pode ser violado sempre que estiver em jogo um interesse de maior relevância ou outro direito fundamental com ele contrastante¹²⁵. Há autores que sustentam ser inadmissível qualquer ponderação de interesses no âmbito das provas ilícitas. Não obstante, a grande maioria da doutrina defende ser possível, ao aplicador do Direito, lançar mão da técnica de ponderação de interesses para resolver, diante do caso concreto, pela admissão de determinada prova ilícita a despeito da vedação constitucional¹²⁶.

Destaca-se que estes valores e interesses são inicialmente escolhidos pelo legislador, seja ele o constituinte ou o parlamentar. Ao juiz, cabe apenas a escolha da *norma mais adequada* ao caso concreto. O critério de preferência não pode ser *axiológico*, isto é, *valorativo*, mas, sim, *deontológico*, na medida em que ambas as normas *devem ser cumpridas*¹²⁷.

Nesse ponto de vista, Eugênio Pacelli¹²⁸ em sua obra alega que:

Essa é uma das questões mais complexas e problemáticas do processo penal. Isso ocorre, sobretudo, pela impossibilidade de se fixar qualquer critério minimamente objetivo para o aproveitamento da prova ilícita, pela aplicação da proporcionalidade.

¹²³ PACHELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal. 21ª edição – revista, atualizada e ampliada.** São Paulo: Editora Atlas, 2017 [Livro Digital]

¹²⁴ CAMPOS, Gabriel Silveira de Queirós. **Provas ilícitas e ponderação de interesses no processo penal.** Salvador: JusPODIVM. 2015, p. 220.

¹²⁵ CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal. 23ª Edição.** São Paulo, Editora Saraiva, 2016. [Livro Digital]

¹²⁶ CAMPOS, Gabriel Silveira de Queirós. **Provas ilícitas e ponderação de interesses no processo penal.** Salvador: JusPODIVM. 2015, p. 219.

¹²⁷ PACHELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal. 21ª edição – revista, atualizada e ampliada.** São Paulo: Editora Atlas, 2017 [Livro Digital]

¹²⁸ PACHELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal. 21ª edição – revista, atualizada e ampliada.** São Paulo: Editora Atlas, 2017 [Livro Digital]

E essa impossibilidade está ligada às razões legitimantes da própria norma constitucional. Se a vedação das provas ilícitas tem por objetivo, pelo menos um deles, e dos mais relevantes, o controle da atividade estatal persecutória, que é a responsável pela produção da prova, a existência de um critério fixo e objetivo já estimularia a prática da ilegalidade, quando se soubesse, previamente, a possibilidade do aproveitamento da prova. Assim, levando em conta a nossa realidade, esta não é realmente a melhor maneira de se tutelar os direitos e garantias individuais, pois corre-se o risco de haver um verdadeiro incentivo da prática de ilegalidades, diante da menor expectativa que se deve ter de uma efetiva punição dos produtores da prova, até porque a prova estaria servindo aos interesses da acusação.

Todavia, deve-se ter em mente que, dependendo da hipótese concreta, a aceitação da prova ilícita não pode ser tratada como *impossível*.

Em primeiro lugar, esclarece-se que a principal preocupação é o aproveitamento da prova ilícita apenas quando favorável à acusação. E por uma razão até muito simples. A prova da *inocência* do réu deve *sempre ser aproveitada*, em quaisquer circunstâncias. Em um Estado de Direito não há como se conceber a ideia da condenação de alguém que o próprio Estado acredita *ser inocente*. Em tal situação, a jurisdição, enquanto Poder Público, seria, por assim dizer, uma contradição em seus termos. Um paradoxo jamais explicado ou explicável¹²⁹.

Aliás, o aproveitamento da prova ilícita em favor da defesa, constitui-se em critério *objetivo* de proporcionalidade, dado que: a violação de direitos na busca da prova da inocência poderá ser levada à conta do *estado de necessidade*, excludente geral da ilicitude (não só penal!); o princípio da inadmissibilidade da prova ilícita constitui-se em garantia individual expressa, não podendo ser utilizado contra quem é o seu primitivo e originário titular¹³⁰.

Um exemplo em que seria possível a aplicação do princípio da proporcionalidade é o de uma pessoa acusada injustamente, que tenha na interceptação telefônica ilegal o único meio de demonstrar a sua inocência. No dilema entre não se admitir a prova ilícita e privar alguém de sua liberdade injustamente, por certo o sistema se harmonizaria no sentido de excepcionar a vedação da prova, para permitir a absolvição¹³¹.

Quanto ao aproveitamento da prova ilícita em favor da acusação, o critério de proporcionalidade poderá validamente ser utilizado, nas hipóteses em que não estiver em risco a *aplicabilidade potencial e finalística* da norma da inadmissibilidade. Por aplicabilidade *potencial e finalística* refiro-me à função de controle da atividade estatal (responsável pela

¹²⁹ PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal. 21ª edição – revista, atualizada e ampliada**. São Paulo: Editora Atlas, 2017 [Livro Digital]

¹³⁰ Ibidem. [Livro Digital]

¹³¹ CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal. 23ª Edição**. São Paulo, Editora Saraiva, 2016. [Livro Digital]

produção da prova) que desempenha a norma do art. 5º, LVI, da Constituição Federal, por exemplo. Assim, quando não se puder falar no incremento ou no estímulo da prática de ilegalidade pelos agentes produtores da prova, possível, em tese, a aplicação da regra da proporcionalidade¹³².

Um exemplo disso seria o de uma organização criminosa que teve ilegalmente seu sigilo telefônico violado e descoberta toda a sua trama ilícita. O que seria mais benéfico para a sociedade: o desbaratamento do grupo ou a preservação do seu *direito à intimidade*? A jurisprudência alemã admite exceções à proibição geral de admissibilidade (e de utilizabilidade) das provas formadas ou obtidas inconstitucionalmente, quando se tratar de realizar exigências superiores de caráter público ou privado, merecedoras de particular tutela¹³³.

Luiz Francisco Torquato Avolio¹³⁴ afirma que a jurisprudência alemã, além de aplicar certas causas de justificação expressamente previstas sob o plano substancial, como a legítima defesa e o estado de necessidade, admite exceções à proibição geral de admissibilidade das provas formadas ou obtidas de forma *inconstitucional*, quando se trata de realizar exigências superiores de caráter público ou privado, merecedores de particular tutela. Chega-se ao princípio do *balanceamento dos interesses e dos valores* e, reflexamente ao princípio da proporcionalidade entre o meio empregado e a finalidade pretendida.

Porém, a adoção do princípio da proporcionalidade com critério pacificador de colisão de direitos fundamentais é alvo das mais diversas críticas. Questiona-se, sem uma resposta eficaz, quais seriam os interesses e valores que eventualmente poderiam ser ponderados ou seja, seria possível mensurar quais direitos fundamentais contrapostos?

Nesse sentido, quem defende a aplicação do princípio da proporcionalidade afirma que não há contornos seguros para sua aplicação, sendo necessário deixar sua análise e aplicação ao magistrado diante do caso concreto. Hipótese esta que também é motivo de severas críticas. Os que refutam a adoção do princípio da proporcionalidade alegam que, devido ao subjetivismo do princípio, os magistrados poderiam decidir conforme bem lhes povessem, logo ao arrepio da lei. Sustentam ainda que os magistrados poderiam usurpar a função do

¹³² PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal. 21ª edição – revista, atualizada e ampliada.** São Paulo: Editora Atlas, 2017 [Livro Digital]

¹³³ CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal. 23ª Edição.** São Paulo, Editora Saraiva, 2016. [Livro Digital]

¹³⁴ AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas ilícitas: interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas.** 6ª edição – revista, atualizada e ampliada. Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 69.

Poder Legislativo *criando normas* em nome do princípio da proporcionalidade, logo, seria inevitável o arbítrio do Poder Judiciário¹³⁵.

Ainda, ressalva-se que o perigo dessa teoria é imenso, na medida em que o próprio conceito de *proporcionalidade* é constantemente manipulado e serve a qualquer senhor. Basta ver a quantidade imensa de decisões e até de juristas que ainda operam no reducionismo binário do *interesse público x interesse privado*, para justificar a restrição de direitos fundamentais (e, no caso, até a condenação) a partir da *prevalência do interesse público*¹³⁶.

José Carlos Barbosa Moreira defendendo a aplicabilidade do princípio da proporcionalidade, menciona que os magistrados já trabalham com uma ampla carga de subjetivismo em suas decisões cotidianas, portanto, não há problema em adotar tal teoria:

Às vezes se imputa a semelhante doutrina o risco de dar margem à excessiva influência de fatores subjetivos e, por conseguinte, à emergência do arbítrio judicial. Mas cumpre não perder de vista quão frequentes são as situações em que a lei confia na valoração (inclusive ética) do juiz para possibilitar a aplicação de normas redigidas com emprego de conceitos jurídicos indeterminados, como o de "bons costumes" ou o de "interesse público". A subjetividade do juiz atua constante e inevitavelmente no modo de dirigir o processo e de decidir; se pretendêssemos eliminá-la de todo, seríamos forçados a substituir por computadores os magistrados de carne e osso. Visões desse gênero, projetadas num hipotético futuro, já têm provocado pesadelos demais¹³⁷.

Deve-se acrescentar ainda, às hipóteses elencadas por José Carlos Barbosa Moreira, o grande subjetivismo que cerca as decisões dos magistrados quando, por exemplo, realiza a dosimetria de uma pena ou o indeferimento de uma medida cautelar entre tantos outros fatos que o magistrado decide cotidianamente com alta carga de subjetivismo.

Nessa linha, entende-se não ser razoável a postura inflexível de se desprezar, sempre, toda e qualquer prova ilícita¹³⁸. Em alguns casos, o interesse que se quer defender é muito mais relevante do que a intimidade que se deseja preservar. Assim, surgindo conflito entre

¹³⁵ MOREIRA, José Carlos Barbosa. **A Constituição e as Provas Ilicitamente Obtidas**. Revista da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito federal e Territórios, Brasília, ano 03, nº 06, jul./dez. 1995.

¹³⁶ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal. 13ª edição**. São Paulo, Editora Saraiva, 2016. [Livro Digital]

¹³⁷ MOREIRA, José Carlos Barbosa. **A Constituição e as Provas Ilicitamente Obtidas**. Revista da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito federal e Territórios, Brasília, ano 03, nº 06, jul./dez. 1995.

¹³⁸ AURY LOPES JR critica este posicionamento justamente em relação à absolutização da vedação, num momento em que a ciência (desde a teoria da relatividade) e o próprio direito constitucional negam o caráter absoluto de regras e direitos. Para ele, desde Einstein, não há mais espaço para tais teorias que têm a pretensão de serem "absolutas", ainda mais quando é evidente que todo saber é datado e tem prazo de validade e, principalmente, que a Constituição, como qualquer lei, já nasce velha, diante da incrível velocidade do ritmo social. Logo, a inadmissibilidade absoluta tem a absurda pretensão de conter uma razão universal e universalisante, que pode(ria) prescindir da ponderação exigida pela complexidade que envolve cada caso na sua especificidade. LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal. 13ª edição**. São Paulo, Editora Saraiva, 2016. [Livro Digital]

princípios e valores fundamentais da Constituição, torna-se necessária a comparação entre eles para verificar qual deva prevalecer. Dependendo da razoabilidade do caso concreto, ditada pelo senso comum, o juiz poderá admitir uma prova ilícita ou sua derivação, para evitar um mal maior, como, por exemplo, a condenação injusta ou a impunidade de perigosos marginais.

4.2 Provas ilícitas *pro reo*

Conforme já analisado, a Constituição Federal, no artigo 5º, inciso LVI prevê a vedação de admissão das provas obtidas por meios ilícitos no processo, seja penal ou não.

Porém, em pelo menos uma hipótese, os doutrinadores são unânimes em admitir certa flexibilização da vedação constitucional, de acordo com o princípio da proporcionalidade: nos casos em que a prova é introduzida pelo réu no processo penal para demonstração da sua inocência. Nesse caso, deve-se reconhecer valor superior ao bem jurídico representado pela liberdade do réu, pois certamente repugna a qualquer julgador condenar penalmente alguém que saiba inocente¹³⁹.

Luiz Francisco Torquato Avolio ensina “que aplicação do princípio da proporcionalidade sob a ótica do direito de defesa é admitido de forma prioritária no processo penal, no qual impera o princípio do *favor rei*, é de aceitação praticamente unânime pela doutrina e pela jurisprudência”¹⁴⁰.

Segundo Ada Pellegrini Grinover, “até mesmo quando se trata de prova ilícita colhida pelo próprio acusado, tem-se entendido que a ilicitude é eliminada por causas de justificação legais da antijuridicidade, como a legítima defesa. Assim têm entendido a doutrina e jurisprudência estrangeiras no tocante, por exemplo, à conduta da pessoa que grava subrepticamente sua conversa com terceiro para demonstrar a própria inocência”¹⁴¹.

Ainda, Fernando Capez ensina que “entre aceitar uma prova vedada, apresentada como único meio de comprovar a inocência de um acusado, e permitir que alguém, sem nenhuma responsabilidade pelo ato imputado, seja privado injustamente de sua liberdade, a primeira

¹³⁹ CAMPOS, Gabriel Silveira de Queirós. **Provas ilícitas e ponderação de interesses no processo penal**. Salvador: JusPODIVM. 2015, p. 221.

¹⁴⁰ AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas Ilícitas: Interceptações telefônicas e gravações clandestinas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p 73.

¹⁴¹ GRINOVER, Ada Pellegrini. **Liberdades públicas e processo penal – As interceptações telefônicas**. São Paulo, Saraiva, 1976, p. 111.

opção é, sem dúvida, a mais consentânea com o Estado Democrático de Direito e a proteção da dignidade humana”¹⁴².

Portanto, prova ilícita, quando *pro reo*, vem sendo admitida de forma pacífica não só pela doutrina brasileira, mas também pela jurisprudência, em homenagem ao direito de defesa e ao princípio do *favor rei*. Essa posição mitiga o rigor da inadmissão absoluta das provas ilícitas, fazendo-se necessária, como decorrência da aplicação legítima do princípio da proporcionalidade¹⁴³.

Assim, há uma ponderação de interesses entre a vedação da prova ilícita e a ampla defesa – ambas de estrutura constitucional –, onde ocorre a proeminência da última, já que é somada à ao direito de liberdade do réu.

A admissão da prova ilícita *pro reo*, portanto, seria consectário lógico da tutela da liberdade e da dignidade da pessoa humana, que constituem valores superiores, mas também porque é certo que ao próprio Estado não interesse punir um inocente¹⁴⁴.

Para Antônio Magalhães Gomes Filho, a prova ilícita *pro reo* estaria fundada nos valores universais da justiça e da liberdade, cuja origem encontra-se no direito natural, tendo raízes profundas na construção do Estado Democrático de Direito¹⁴⁵.

Todavia, também é hábito afirmar-se que a prova ilícita *pro reo* é permitida por causas legais de exclusão de ilicitude, dessa forma, a possibilidade de admissão de provas ilícitas estaria amparada também pela legítima defesa e o estado de necessidade¹⁴⁶.

Em conclusão, a prova ilícita *pro reo* apenas deve ser admitida em situações extremas¹⁴⁷, sob pena de se abrir à defesa amplo espaço para a prática de ilícitos penais na instrução do processo criminal. Nesses casos de extrema necessidade, é lícito considerar que o

¹⁴² CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal. 23ª Edição**. São Paulo, Editora Saraiva, 2016. [Livro Digital]

¹⁴³ CAMPOS, Gabriel Silveira de Queirós. **Provas ilícitas e ponderação de interesses no processo penal**. Salvador: JusPODIVM. 2015, p. 221.

¹⁴⁴ Ibidem. p. 222.

¹⁴⁵ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Direito à prova no processo penal**. São Paulo: RT, 1997, p. 106/107.

¹⁴⁶ O que importa, todavia, é que, nessas situações (o estado de necessidade, a legítima defesa, o estrito cumprimento do dever legal e o exercício regular do direito), a ação típica realizada estará justificada aos olhos do Direito, não havendo de se falar em crime. Assim, quando o agente, atuando movido por algumas das motivações anteriormente mencionadas (causas de justificação), atinge determinada inviolabilidade alheia para o fim de obter prova da inocência, sua ou de terceiros, estará afastada a ilicitude da ação. Em consequência, estará também afastada a ilicitude da obtenção da prova, podendo ela ser regularmente introduzida e valorada no processo penal. PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal. 21ª edição – revista, atualizada e ampliada**. São Paulo: Editora Atlas, 2017 [Livro Digital]

¹⁴⁷ É considerada possível a utilização das provas ilícitas em favor do réu quando se tratar da única forma de absolvê-lo ou de comprovar um fato importante à sua defesa. Para tanto, é aplicado o princípio da proporcionalidade, também chamado de princípio do sopesamento, o qual, partindo da consideração de que “nenhum direito reconhecido na Constituição pode revestir-se de caráter absoluto”, possibilita que se analise, diante da hipótese de colisão de direitos fundamentais, qual é o que deve, efetivamente, ser protegido pelo Estado. AVENA, Norberto. **Processo penal**. 9ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017. [Livro Digital]

réu age em estado de necessidade justificante, assim, o magistrado deve partir da premissa que a atuação do réu é legal, pois, não dispondo de outros meio lícitos para provas a sua inocência. Inexistindo, entretanto, a necessidade da utilização de meios ilícitos para obtenção da prova, resta patente que deve ser inadmitida tal prova, por não se configurar o estado de necessidade em prol do acusado. Caso contrário, corre-se o risco de fomentar, de maneira irreversível, a prática de ilícitos por parte da defesa, o que é sobremaneira nocivo ao processo e à sociedade¹⁴⁸.

4.3 Prova ilícita *pro societate*

No que tange ao princípio da proporcionalidade *pro societate*, tal teoria consiste na admissibilidade das provas ilícitas, quando demonstrada a prevalência do interesse público na persecução penal.

A tendência atual da jurisprudência dos Tribunais Superiores é a da sua não adoção. De acordo com esse entendimento, a não admissão de mecanismos de flexibilização das garantias constitucionais tem o objetivo de preservar o núcleo irreduzível de direitos individuais inerentes ao devido processo legal, mantendo a atuação do poder público dentro dos limites legais¹⁴⁹.

Analisando o tema pelo âmbito do processo penal, salienta-se que o estudo das provas ilícitas *pro societate* deve partir de uma análise da posição do Ministério Público no regime constitucional brasileiro, visto que o texto constitucional conferiu ao Ministério Público a função privativa de promover a ação penal pública (art. 129, I da Constituição Federal) e o controle externo sobre a atividade policial (art. 129, VII); permitiu-lhe requisitar diligências investigatórias e determinar a instauração de inquérito policial (art. 129, VIII) – sem prejuízo da possibilidade de instaurar investigações administrativas próprias (art. 129, VI)¹⁵⁰.

Nesse sentido, a prova ilícita *pro societate* é aquela utilizada para a condenação do acusado, tenha ela sido colhida por agentes policiais, pelo próprio órgão de acusação ou por particulares. O que define o caráter *pro societate* da ilicitude probatória é seu emprego na acusação do indivíduo, em prol da sociedade¹⁵¹.

¹⁴⁸ CAMPOS, Gabriel Silveira de Queirós. **Provas ilícitas e ponderação de interesses no processo penal**. Salvador: JusPODIVM. 2015, p. 228.

¹⁴⁹ CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal. 23ª Edição**. São Paulo, Editora Saraiva, 2016. [Livro Digital]

¹⁵⁰ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 23 jun.2018.

¹⁵¹ CAMPOS, Gabriel Silveira de Queirós. **Provas ilícitas e ponderação de interesses no processo penal**. Salvador: JusPODIVM. 2015, p. 229

Gabriel Silveira de Queirós Campos¹⁵² destaca que “o Ministério Público é um órgão estatal, e que ao Estado não deve interessar mais a acusação que a defesa dos indivíduos no processo penal, senão um ideal mais elevado de justiça. Ao vestir a capa da acusação, o representante do *parquet* não deve visar a condenação do acusado para satisfazer sentimentos pessoais, mas apenas para atingir a justiça, tanto que ele não deve acusar sempre, ainda que quando reticente da culpabilidade do réu”.

Portanto, como o Ministério Público atua como fiscal da lei, por tal motivo, deve se comportar no processo à semelhança do próprio julgador, ou seja, de forma imparcial. A neutralidade e a imparcialidade são características essenciais da atuação do agente ministerial no processo penal, a incumbir-lhe da missão de, a um só tempo, promover a persecução penal e zelar pelo respeito à lei. Em última análise, essa imparcialidade é o que significa a afirmação de que o Ministério Público é a *encarnação do espírito da lei*¹⁵³.

A admissão das provas ilícitas colhidas pela acusação apresenta contornos bastante delicados, em função dessa imparcialidade que se espera do Ministério Público e enfrenta divergência na doutrina.

Daniel Sarmiento, assumindo, postura em defesa dos direitos fundamentais do acusado defende que “não se deve admitir, em hipótese alguma, a prova ilícita *pro societate* no processo penal, pois os valores constitucionais que regem o processo penal são de evidente teor garantista e, assim, não seria compatível com a tutela dos direitos fundamentais a flexibilização da proibição constitucional para prestigiar a atividade persecutória do Estado, que deve ser limitada”¹⁵⁴.

Já Paulo Rangel, ataca tal construção, afirmando que “o chamado princípio do *in dubio pro societate* não é compatível com o Estado Democrático de Direito, onde a dúvida não pode autorizar uma acusação, colocando uma pessoa no banco dos réus. [...] O Ministério Público, como defensor da ordem jurídica e dos direitos individuais e sociais indisponíveis, não pode, com base na dúvida, manchar a dignidade da pessoa humana e ameaçar a liberdade de locomoção com uma acusação penal. Ainda, destaca que não há nenhum dispositivo legal que autorize esse chamado princípio do *in dubio pro societate*”¹⁵⁵.

¹⁵² Ibidem, p. 330.

¹⁵³ Idem.

¹⁵⁴ SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição Federal**. 1ª ed., 2ª tiragem. Rio de Janeiro: LUMEN Juris, 2002, p. 182.

¹⁵⁵ RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 6. ed. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2002. p. 79.

Entendimento idêntico assume Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho entendendo que “não há como se admitir que o Estado – titular da ação penal – utilize prova ilícita contra o réu, seja na defesa da coletividade ou no desempenho do direito de ação inerente à persecução penal”¹⁵⁶.

Mas, correta posição, a meu sentir, assume Sérgio Demoro Hamilton defendendo a adoção da teoria da proporcionalidade no tocante às provas ilícitas *pro societate*, desde que cercado seu ingresso nos autos das devidas cautelas. Segundo ele, esse entendimento é justificável, uma vez que a Constituição é um sistema e, justamente por isso, forma um todo orgânico e inseparável, devendo-se examinar a vedação às provas ilícitas como parte integrante de um conjunto de norma e princípios. A interpretação da cláusula constitucional deve ser aquela que melhor atenda aos interesses da coletividade, sob pena de consagrar-se a lógica do absurdo, transformando a aplicação de uma maneira jurídica em si mesma justa e lícita numa verdadeira subversão da ordem legal e, até mesmo, dos valores morais que informam a sociedade¹⁵⁷.

Em sentido semelhante Rachel Pinheiro de Andrade Mendonça pugna pelo reconhecimento de que em certos casos, o membro do Ministério Público, titular do *ius puniendi*, estaria autorizado a postular condenação com base em provas obtidas ilicitamente, desde que obedecidos os critérios justificadores da aplicação do princípio da proporcionalidade. Contudo, a admissão das provas ilícitas *pro societate* só poderia ocorrer quando não houvesse outro meio de se provar o alegado, ou quando se estivesse diante de uma situação excepcional, que autorizasse flagrantemente a admissão de tais provas, para a proteção da ordem pública e a paz social¹⁵⁸.

Fernando Capez¹⁵⁹ também entende que “o princípio da proporcionalidade deve ser admitido *pro societate*, pois o confronto que se estabelece não é entre o direito ao sigilo, de um lado, e o direito da acusação à prova, do outro. Trata-se de algo mais profundo. A acusação, principalmente a promovida pelo Ministério Público, visa a resguardar valores fundamentais para a coletividade, tutelados pela norma penal. [...] A prova, se imprescindível, deve ser aceita e admitida, a despeito da ilícita, por adoção ao princípio da proporcionalidade, a qual deve ser empregada *pro reo* ou *pro societate*”.

¹⁵⁶ CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. **Garantias constitucionais processuais penais**. Revista da EMERJ, Rio de Janeiro, v.6, n° 23, 2003, p. 27.

¹⁵⁷ HAMILTON, Sérgio Demoro. **Processo penal: reflexões**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 84.

¹⁵⁸ MENDONÇA, Rachel Pinheiro de Andrade. **Provas ilícitas: limites à licitude probatória**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 90.

¹⁵⁹ CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal. 23ª Edição**. São Paulo, Editora Saraiva, 2016. [Livro Digital]

Apesar de parte da doutrina sustentar não ser possível a admissão de provas ilícitas *pro societate*, tendo em vista os interesses tutelados *in concreto*, com a prevalência do direito à liberdade do acusado, não parece correto afirmar, *a priori*, que a acusação não possa valer-se em nenhuma hipótese de provas obtidas por meios ilícitos. Em algumas situações, poderá a acusação embasar um pedido condenatório com fulcro em prova ilícita, desde que obviamente, assim indique o resultado da ponderação realizada, no caso concreto¹⁶⁰.

Antonio Scarance Fernandes¹⁶¹, fornece o seguinte exemplo verídico: “certa vez, para impedir evasão de presos considerados perigosos de estabelecimento penitenciário, violou-se a correspondência dos detentos, sendo descoberto que, no plano de fuga, era planejado o sequestro de um juiz de direito. Segundo o autor, a proteção à vida do juiz de direito e à segurança do presídio justificariam as violações das correspondências dos presos, sendo estranho afirmar depois a impossibilidade de utilizar as cartas como prova em juízo, porque obtidas por meios ilícitos”.

Ademais, imagine-se a hipótese de que um agente policial, infiltrado em organização criminosa voltada ao tráfico de drogas, valendo-se da confiança nele depositada pelo líder da quadrilha e do fato de ter acesso às dependências de sua residência em razão dessa confiança, venha a conseguir registrar, a partir de equipamento eletrônico clandestinamente acoplado em dita casa, a prova capaz de comprovar seu envolvimento na prática de crimes. Ora, não há dúvidas de que, considerada a letra fria do constitucional, a prova assim obtida importaria em violação à intimidade e no conseqüente afrontamento da regra inscrita no art. 5º, X, da Constituição Federal, pouco importando se há ou não a ordem judicial prevista no art. 2º, VI da Lei 9034/1995 (que regulamente os procedimentos de investigação do crime organizado), pois, afinal, a proteção constitucional à intimidade prevista no rotulado inciso X não é ressalvada pela possibilidade de autorização judicial, diferentemente do que ocorre com o sigilo das comunicações telefônicas (art. 5º, XII, da Constituição Federal). Apesar dessa ilicitude que se afigura, contrariando a posição jurisprudencial dominante, não vemos razão plausível para que tal prova não possa ser usada visando à condenação do traficante,

¹⁶⁰ Essa admissibilidade da prova ilícita *pro societate* somente seria possível em situações extremas, sob pena de se conferir ao Estado legitimidade ampla e irrestrita para violar direitos fundamentais, tomando letra morta o preceito constitucional que prevê a inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos (CF, art. 5º, LVT). LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal: volume único**. 5. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017, p. 643.

¹⁶¹ FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 81.

possibilitando sua segregação como forma de preservar o interesse público maior, qual seja o de evitar a disseminação do uso de drogas em decorrência das ações por ele perpetradas¹⁶².

Outro exemplo: suponha-se que ocorra um homicídio e que a arma do crime, registrada em nome do suspeito, venha a ser arrecadada dentro de sua casa, no período noturno, sem prévia ordem judicial para tanto. Realizados o exame de balística e o exame datiloscópico, estes fornecem certeza quanto à autoria do investigado, caracterizando-se como a única prova capaz de levar o investigado à condição de réu em ação penal, na sua posterior pronúncia e, inclusive à condenação pelo júri. Considerando a ilicitude da apreensão a prova haveria de ser desprezada pelo juiz, restando impune o agente? A nosso ver, tal raciocínio seria absolutamente despropositado. Inexistindo outros elementos de convicção e sendo esta a única prova capaz de elucidar a verdade real, impõe-se que seja utilizada, ainda que produzida em desobediência ao art. 5º, XI, da Constituição Federal e ainda que contra o réu¹⁶³.

Destaca-se que na esteira da jurisprudência alemã, berço do princípio da proporcionalidade, uma das possibilidades de utilização de provas ilícitas colhidas pela acusação é a da criminalidade grave. Assim, em uma decisão bastante enfática, o Tribunal germânico manifestou-se da seguinte maneira:

Em geral, não subsistem obstáculos jurídico-constitucionais, nos crimes de criminalidade grave – contra a integridade física e a vida, que contra fundamentos de uma ordenação comunitária livre e democrática ou contra outros bens jurídicos de idêntica dignidade – as autoridades processuais recorram, para identificar os verdadeiros criminosos e inocentar as pessoas infundadamente acusadas, a gravações feitas às ocultas¹⁶⁴.

Especial relevo, nessa seara dos crimes graves, assume o delito de tráfico ilícito de entorpecentes (Lei nº 6.368/76), equiparado aos crimes hediondos (art 2º da Lei 8.072/90). Devido ao enorme poderio que as organizações criminosas de tráfico alcançaram nos últimos anos, tachar de ilícitas provas obtidas contra tais associações seria dar a ela um verdadeiro “passaporte para a impunidade”¹⁶⁵.

Salienta-se que é muito comum vermos decisões considerando ilícitas as provas obtidas quando agentes policiais, após receberem notícia anônima sobre a ocorrência de crime de tráfico de drogas, e sem mandado judicial, entram na residência de um dos criminosos e ali

¹⁶² AVENA, Norberto. **Processo penal**. 9ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017. [Livro Digital]

¹⁶³ Idem

¹⁶⁴ CAMPOS, Gabriel Silveira de Queirós. **Provas ilícitas e ponderação de interesses no processo penal**. Salvador: JusPODIVM. 2015, p. 230.

¹⁶⁵ CAMPOS, Gabriel Silveira de Queirós. **Provas ilícitas e ponderação de interesses no processo penal**. Salvador: JusPODIVM. 2015, p. 237.

encontram grande quantidade de entorpecentes. Não há como concordar com esse entendimento. As garantias constitucionais – como a proscrição das provas obtidas por meios ilícitos, constante do art. 5º, da Lei Maior – não podem servir de escudo a acobertar práticas de infrações mais graves¹⁶⁶.

Portanto, não se trata de estimular a vontade punitiva e persecutória dos órgãos repressores estatais, pois é notório que, em diversas oportunidades, agentes policiais agem em total desrespeito à legalidade e aos direitos dos cidadãos. No entanto, deve-se ter sempre em mente que a admissão da prova ilícita *pro societate* representa um risco grave, que é o de incentivar a prática de infrações por agente públicos que deveria, ao revés, zelar pelo respeito a lei.

Por outro lado não há razões para rechaçar de forma absoluta a admissão da prova ilícita *pro societate*. A aplicação do princípio da proporcionalidade poderia ser aplicada na ponderação de interesses.

Dessa forma, a admissibilidade as provas ilícitas *pro societate* pode acontecer, mas, é obvio, que em hipóteses muito remotas, por exemplo: em casos envolvendo grandes organizações criminosas ou crimes graves; no entanto, deverá ser analisado o caso concreto para saber se pode ou não ser aplicada tal teoria através do princípio da proporcionalidade.

4.4 Exceções quanto à prova ilícita derivada

Intimamente relacionada com a limitação do nexo causal já comentado na teoria da árvore envenenada, estão a teoria da fonte independente e a descoberta inevitável. Significa que as provas derivadas da ilícita poderiam, de qualquer modo, ser descobertas de outra maneira. Fala-se, no primeiro caso, em *independent source* – fonte independente e, no segundo, na *inevitable Discovery* – descoberta inevitável¹⁶⁷.

Mas desde logo uma questão deve ficar clara: em ambas, a prova posterior é derivada da anterior, mas o legislador tergiversa o *efeito dominó* ao estabelecer no § 1º do artigo 157: ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras. Ora, quando a prova não é derivada, não há nexo causal e não há que se falar em contaminação. As teorias da descoberta inevitável e da fonte independente atuam quando existe nexo causal (logo, contaminação), mas a prova *poderia* ser obtida de outra forma ou a sua descoberta *seria inevitável*. Ambas se situam no campo da futurologia, da perspectiva, mas sem qualquer dado

¹⁶⁶ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 100.

¹⁶⁷ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal. 13ª edição**. São Paulo, Editora Saraiva, 2016. [Livro Digital]

de concretude probatória. São efetivamente derivadas, mas como *poderiam* ser obtidas de qualquer forma ou por outra fonte, acabam sendo legitimadas. É, sem dúvida, uma validação de uma prova derivada e ilícita¹⁶⁸.

O § 1º do art. 157 prevê 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 primeiras¹⁶⁹.

Assim, a teoria da *fonte independente (independent source)* baseia-se precisamente na ausência fática de relação de causalidade ou de dependência lógica ou temporal (produção da prova posteriormente à ilícita). Fonte de prova independente é apenas isso: prova não relacionada com os fatos que geraram a produção da prova contaminada. Nada mais¹⁷⁰. A prova obtida *aparenta* ser derivada de outra, reputada ilícita, porém, em melhor e mais detida análise, deduz-se que ela seria conseguida de qualquer jeito, independentemente da produção da referida prova ilícita e, portanto, deverá ser validada¹⁷¹.

Renato Brasileiro de Lima afirma que “de acordo com a teoria ou exceção da fonte independente, se o órgão da persecução penal demonstrar que obteve, legitimamente, novos elementos de informação a partir de uma fonte autônoma de prova, que não guarde qualquer relação de dependência, nem decorra da prova originariamente ilícita, com esta não mantendo vínculo causal, tais dados probatórios são admissíveis, porque não contaminados pela mácula da ilicitude originária”¹⁷².

A origem dessa teoria está ligada ao direito norte-americano, sendo lá conhecida como *independent source doctrine*. 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

¹⁶⁸ Ibidem. [Livro Digital]

¹⁶⁹ BRASIL. **Decreto-lei n. 3.689 de 3 de outubro de 1941**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 23 jun. 2018.

¹⁷⁰ PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal. 21ª edição – revista, atualizada e ampliada**. São Paulo: Editora Atlas, 2017 [Livro Digital]

¹⁷¹ Se existirem provas outras no processo, independentes de uma determinada prova ilícita produzida, não há de se falar em contaminação, nem em aplicação da teoria dos frutos da árvore envenenada, pois, em não havendo vinculação nem relação de dependência, a prova ilícita não terá o condão de contaminar as demais.

TÁVORA, Nestor, Rosmar Rodrigues Alencar. **Curso de direito processual penal**. 12ª ed. rev. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017, p. 632.

¹⁷² LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal: volume único**. 5. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017, p. 628.

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 ilegal¹⁷³.

Outro caso de aplicação da teoria da fonte independente (*independent source doctrine*) decorre do caso *Murray v. United States*, em 1988, em que policiais entraram ilegalmente em uma casa onde havia suspeita de tráfico ilícito de drogas e confirmaram a suspeita. Posteriormente requereram um mandado judicial para busca e apreensão, indicando apenas as suspeitas e sem mencionar que já haviam entrado na residência. De posse do mandado, realizaram a busca e apreenderam as drogas. A Corte entendeu que a prova era válida, e que não estava contaminada. Isso porque, no entendimento da Corte nesse caso, o mandado de busca para justificar a segunda entrada seria obtido de qualquer forma, apenas com os indícios iniciais. Essa fonte era independente e pré-constituída em relação à primeira entrada ilegal¹⁷⁴.

Na doutrina, Guilherme de Souza Nucci¹⁷⁵ traz o seguinte exemplo:

O indiciado confessa, sob tortura e indica onde estão guardados os bens furtados. Enquanto determinada equipe policial parte para o local, de modo a realizar a apreensão, ao chegar, depara-se com outro time da polícia, de posse de mandado de busca, expedido por juiz de direito, checando e apreendendo o mesmo material. Ora, não se pode negar que o indiciado foi torturado e, por isso, confessou e apontou o lugar onde estavam os bens subtraídos. Porém, não se pode, também, olvidar que o Estado-investigação, por fonte independente, já havia conseguido o dado faltante para encontrar a res furtiva. Em suma, não se pode desprezar o auto de apreensão, uma vez que se trata de prova separada. Ilícita será apenas a confissão, mas não a apreensão realizada.

Portanto, a prova derivada será considerada fonte autônoma, independente da prova ilícita, quando a conexão entre umas e outras for tênue, de modo a não se colocarem as primárias e secundárias numa relação de estrita causa e efeito.

Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça, em decisão proferida pela Ministra Maria Thereza de Assis Moura, aplicou a teoria da fonte independente no julgamento do Habeas Corpus nº 378.374/MG, conforme o seguinte trecho: “após o acesso ilegítimo a dados contidos no celular da testemunha, esta prestou voluntariamente informações às autoridades policiais, as quais, diligenciando prontamente ao local indicado, prenderam o paciente em flagrante, na posse ilegal de arma de fogo e de drogas. A manifestação voluntária da

¹⁷³ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal: volume único**. 5. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017, p. 628.

¹⁷⁴ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal. 13ª edição**. São Paulo, Editora Saraiva, 2016. [Livro Digital]

¹⁷⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado. 15ª edição – revista, atualizada e comentada**. Rio de Janeiro, Editora Forense, 2016. [Livro Digital]

testemunha consubstancia, na linha da jurisprudência pátria, fonte independente, de modo que as provas assim obtidas apresentam-se como autônomas, não restando evidenciado nexo causal com a ilicitude originária”¹⁷⁶.

Dessa forma, nestes casos, se não existe nexo de causalidade entre a nova evidência e a prova anteriormente produzida significa que uma não derivou da outra. Se a causa geradora da prova for absolutamente independente em relação à anterior, é porque uma nada tinha a ver com a outra, sendo incabível falar-se em prova ilícita por derivação. Em outras palavras, se o fruto derivou de outra árvore distinta da envenenada, não há que se falar na teoria dos frutos da árvore envenenada. Portanto, em razão da falta de nexo causal entre a prova originariamente ilícita e a outra, não se deve considerar a prova ilícita pois seu descobrimento deu-se sem dependência. Basta aplicar a conhecida teoria da *conditio sine qua non* e o critério da eliminação hipotética: se ao excluir a prova anterior da cadeia causal a nova prova continuar existindo, é porque não foi causada por aquela, sendo incabível a alegação de ilicitude da prova por derivação. Se, ao contrário, a prova produzida estiver arrimada ou justificada na prova ilícita anterior, não se poderá alegar independência de fonte, ante o critério da eliminação hipotética (excluída a prova ilícita, desaparece a produção da prova dela derivada, revelando-se o nexo de interdependência entre ambas)¹⁷⁷.

Já quanto descoberta inevitável (*inevitable Discovery*), a previsão encontra-se no §2º do art. 157: “considera-se fonte independente aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova”¹⁷⁸.

Fernando Capez¹⁷⁹ destaca que “o legislador cometeu um equívoco ao considerar como fonte independente a descoberta inevitável, visto que tal previsão legal é por demais ampla, havendo grave perigo de se esvaziar uma garantia constitucional, que é a vedação da utilização da prova ilícita”.

A exceção descoberta inevitável deriva do caso norte-americano *Nix vs. Williams*, em 1984. No caso em julgamento, o acusado havia matado uma criança e escondido seu corpo. Foi realizada uma busca no município, com 200 voluntários, divididos em zonas de atuação. Durante essa busca, a polícia obteve ilegalmente a confissão do imputado, o qual especificou

¹⁷⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* n. 378.374/MG. Impetrante: Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais (Paciente: Wesley Moura Lages). Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Relatora: Min. Maria Thereza de Assis Moura. Brasília: 14 mar.2017. DJe 30 mar.2017.

¹⁷⁷ CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal. 23ª Edição**. São Paulo, Editora Saraiva, 2016. [Livro Digital]

¹⁷⁸ BRASIL. **Decreto-lei n. 3.689 de 3 de outubro de 1941**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 23 jun. 2018.

¹⁷⁹ CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal. 23ª Edição**. São Paulo, Editora Saraiva, 2016. [Livro Digital]

o local onde havia ocultado o corpo, tendo ele sido efetivamente encontrado no local indicado. Contudo, pela sistemática das buscas realizadas, em poucas horas os voluntários também teriam encontrado o cadáver. Logo, a descoberta foi considerada inevitável e, portanto, válida a prova¹⁸⁰.

Assim, de acordo com a teoria da descoberta inevitável, caso se demonstre que a prova derivada da ilícita seria produzida de qualquer modo, independentemente da prova ilícita originária, tal prova deve ser considerada válida.

A aplicação dessa teoria não pode ocorrer com base em dados meramente especulativos, sendo indispensável a existência de dados concretos a confirmar que a descoberta seria inevitável. Somente com base em fatos históricos demonstrados capazes de pronta verificação será possível dizer que a descoberta seria inevitável. Em outras palavras, não basta um juízo do possível. É necessário um juízo do provável, baseado em elementos concretos de prova¹⁸¹.

Nesse contexto, na *descoberta inevitável* admite-se a prova, ainda que presente eventual relação de causalidade ou de dependência entre as provas (a ilícita e a descoberta), exatamente em razão de se tratar de meios de prova rotineiramente adotados em determinadas investigações. Com isso, evita-se a contaminação da totalidade das provas que sejam subsequentes à ilícita.¹⁸²

Um exemplo, seria um caso de uma busca ilegal realizada por autoridade policial na residência do suspeito, resultando da diligência a apreensão de documentos que o incriminam. Ora, tais documentos, na medida em que surgiram a partir de uma ilegalidade, constituem prova ilícita por derivação. Considere-se, porém, que se venha a constatar que já existia mandado de busca para o local, mandado este que se encontrava em poder de outro delegado de polícia, o qual, no momento da diligência ilegal, estava se deslocando para a casa do investigado. Neste caso, considerando a evidência de que os mesmos documentos obtidos ilegalmente seriam inevitavelmente descobertos e apreendidos por meios legais, afasta-se a ilicitude derivada, podendo ser aproveitada a prova resultante daquela primeira apreensão¹⁸³.

¹⁸⁰ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal. 13ª edição.** São Paulo, Editora Saraiva, 2016. [Livro Digital]

¹⁸¹ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal: volume único.** 5. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017, p. 629

¹⁸² PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal. 21ª edição – revista, atualizada e ampliada.** São Paulo: Editora Atlas, 2017 [Livro Digital]

¹⁸³ AVENA, Norberto. **Processo penal.** 9ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017. [Livro Digital]

Destaca-se que a teoria da descoberta inevitável já foi adotada pelo Supremo Tribunal Federal, conforme evidencia-se no julgamento do Habeas Corpus nº 91.867/PA, onde o Ministro Gilmar Mendes cita o caso de *Nix vs. Williams* para fundamentar a sua decisão¹⁸⁴.

Guilherme de Souza Nucci¹⁸⁵ salienta que em relação à prova advinda de descoberta inevitável é a consideração de que, mesmo conectada, de algum modo, à prova ilícita, ela poderia ter sido conseguida de qualquer modo, fundada em bases lícitas.

Com isso, nem sempre que estivermos diante de uma prova obtida ilicitamente teremos como consequência a inadmissibilidade de todas aquelas outras provas a ela subsequentes. Será preciso uma adequação cuidadosa para verificar cada situação concreta, avaliando a eventual derivação da ilicitude.

Com efeito, interpretada em termos absolutos, alguns delitos jamais poderiam ser apurados, se a informação inicial de sua existência resultasse de uma prova obtida ilicitamente (por exemplo, escuta telefônica), antes, portanto, da instauração de qualquer procedimento investigatório. Pode-se objetar: esse é um problema do Estado, que foi o responsável pela violação de direitos na busca de provas¹⁸⁶.

Ocorre, todavia, que, prevalecendo esse entendimento, ou seja, no sentido de que *todas as provas* que forem obtidas a partir da notícia (derivada de prova ilícita) da *existência* de um crime são também ilícitas, será muito mais fácil ao agente do crime furtar-se à ação da persecução penal. Bastará ele mesmo produzir uma situação de ilicitude na obtenção da prova de seu crime, com violação a seu domicílio, por exemplo, para trancar todas e quaisquer iniciativas que tenham por objeto a apuração daquele delito então noticiado¹⁸⁷.

Impõe-se, portanto, para uma adequada tutela *também* dos direitos individuais que são atingidos pelas ações criminosas, a adoção de critérios orientados por uma ponderação de cada interesse envolvido no caso concreto, para se saber se *toda* a atuação estatal investigatória estaria contaminada, *sempre*, por determinada prova ilícita. Pode-se e deve-se recorrer, ainda mais uma vez, ao critério da proporcionalidade, que, ao fim e ao cabo, admite um juízo de *adequabilidade* da norma de direito ao caso concreto¹⁸⁸.

¹⁸⁴ BRASIL. Supremo Tribunal de Federal. Habeas Corpus n. 91.867/PA. Impetrante: José Luis Mendes de Oliveira Lima e Outro(a)(s). Impetrado: Superior Tribunal de Justiça. Relatora: Min. Gilmar Mendes. Brasília: 24 abr.2012. DJe 20 set.2012.

¹⁸⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado. 15ª edição – revista, atualizada e comentada.** Rio de Janeiro, Editora Forense, 2016. [Livro Digital]

¹⁸⁶ PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal. 21ª edição – revista, atualizada e ampliada.** São Paulo: Editora Atlas, 2017 [Livro Digital]

¹⁸⁷ MENDES, Gilmar. COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional.** São Paulo/Brasília: Saraiva – IDP, 2007, p. 605.

¹⁸⁸ PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal. 21ª edição – revista, atualizada e ampliada.** São Paulo: Editora Atlas, 2017. [Livro Digital]

Nesse quadro, a atual redação do art. 157, § 1º e § 2º, Código de Processo Penal, embora proveitosa, ao se referir expressamente a duas situações nas quais seria possível vislumbrar a não contaminação da prova ilícita, ao tempo em que buscava definir o âmbito da contaminação, não parece suficiente para resolver todas as questões teóricas e práticas envolvidas, a partir da necessidade de identificação do real significado e extensão do chamado “nexo de causalidade” na derivação da ilicitude¹⁸⁹.

4.5 Encontro fortuito

Ainda na linha das questões ligadas à inadmissibilidade das provas obtidas ilicitamente, pode-se apontar também a teoria do *encontro fortuito ou casual de provas* como uma das hipóteses de aplicação do princípio da proporcionalidade.

Fala-se em encontro fortuito quando a prova de determinada infração penal é obtida a partir da busca regularmente autorizada para a investigação *de outro crime*. A Lei nº 11.690/08, descendo a detalhes em tema de prova, perdeu boa oportunidade de regulamentar a matéria¹⁹⁰.

Renato Brasileiro de Lima sobre o tema afirma que “a teoria do encontro fortuito ou casual de provas é utilizada nos casos em que, no cumprimento de uma diligência relativa a um delito, a autoridade policial casualmente encontra provas pertinentes à outra infração penal, que não estavam na linha de desdobramento normal da investigação”¹⁹¹.

Imaginemos uma busca e apreensão de provas em investigação de um delito de tráfico de drogas, em que também são apreendidos documentos relativos ao delito de sonegação fiscal, que não estava sendo apurado. Ou uma interceptação telefônica autorizada para a apuração de um determinado crime, em que também surgem provas da prática de outro delito, desconhecido até então¹⁹².

Cita-se o seguinte exemplo: na investigação de um crime contra a fauna, agentes policiais munidos de mandado judicial de busca e apreensão, adentram em determinada residência para o cumprimento da ordem, espera-se, e mesmo exige-se (art. 243, II, Código de Processo Penal), que a diligência se realize exclusivamente *para a busca de animais*

¹⁸⁹ Ibidem. [Livro Digital]

¹⁹⁰ PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal. 21ª edição – revista, atualizada e ampliada.** São Paulo: Editora Atlas, 2017 [Livro Digital]

¹⁹¹ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal: volume único.** 5. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017, p. 635

¹⁹² LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal. 13ª edição.** São Paulo, Editora Saraiva, 2016. [Livro Digital]

silvestres, mas, os policiais passam a revirar as gavetas ou armários da residência. Nesse contexto, são consideradas ilícitas as provas de infração penal que não estejam relacionadas com o mandado de busca e apreensão, visto que não estão relacionadas com o objeto do mandado de busca, caracterizando evidente violação do domicílio (art. 5º, XI da Constituição Federal), pois, para tanto, não havia prévia autorização judicial¹⁹³.

Do contrário, a ação policial, em caso de mandado de busca e apreensão, fugiria do controle judicial, configurando verdadeira ilegalidade, por violação do domicílio, no ponto em que, para aquela finalidade, o ingresso na residência *não estaria autorizado*. A teoria, portanto, presta-se a justificar a adoção de medidas acautelatórias em favor da proteção do direito à intimidade e/ou privacidade, de modo a impedir o incentivo à prática do abuso de autoridade¹⁹⁴.

No entanto, deve-se ter cuidado ao aplicar este tipo teoria. É preciso certa prudência na sua aplicação, para que a teoria não se transforme em instrumento de salvaguarda de atividades criminosas, sobretudo no campo da chamada criminalidade *macroeconômica* e da criminalidade organizada¹⁹⁵.

Assim, fala-se em encontro fortuito de provas ou serendipidade quando a prova de determinada infração penal é obtida a partir de diligência regularmente autorizada para a investigação de outro crime. Nesses casos, a validade da prova inesperadamente obtida está condicionada à forma como foi realizada a diligência: se houve desvio de finalidade, abuso de autoridade, a prova não deve ser considerada válida; se o encontro da prova foi casual, fortuito, a prova é válida¹⁹⁶.

Nesse contexto, por exemplo, quando, no curso de determinada investigação criminal, é autorizada judicialmente a interceptação telefônica em certo local, com a consequente violação da intimidade das pessoas que ali se encontram, não vemos por que recusar a prova ou a informação relativa a *outro crime* ali obtida. A tanto não se prestaria a teoria do encontro fortuito, dado que a sua finalidade e *ratio essendi* nem de longe seria atingida. Em tal situação, se até as conversações mais íntimas e pessoais dos investigados e das pessoas que ali

¹⁹³ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal: volume único**. 5. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017, p. 635.

¹⁹⁴ PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal. 21ª edição – revista, atualizada e ampliada**. São Paulo: Editora Atlas, 2017 [Livro Digital]

¹⁹⁵ Ibidem. [Livro Digital]

¹⁹⁶ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal: volume único**. 5. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017, p. 635.

se encontrassem estariam ao alcance do conhecimento policial, por que não o estaria a notícia referente à prática de outras infrações penais¹⁹⁷?

Dessa forma, acredito que através do princípio da proporcionalidade tais provas possam ser aceitas no processo.

¹⁹⁷ PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal. 21ª edição – revista, atualizada e ampliada.** São Paulo: Editora Atlas, 2017 [Livro Digital]

5. CONCLUSÃO

As provas têm uma grande relevância para o processo jurídico, visto que é por meio delas que o magistrado tem seu convencimento acerca da inocência ou culpabilidade do agente. No entanto, não é todo o tipo de prova que é admitida no processo, como verifica-se no trabalho em apreço, é o caso da prova ilícita, que via de regra, não é admitida no direito brasileiro, tendo vedação expressa na Constituição Federal, em seu art. 5º, inciso LVI, e no Código de Processo Penal, em seu art. 157.

A doutrina e a jurisprudência majoritárias justificam essa proibição afirmando que, caso a prova obtida de forma ilícita fosse aceita no processo penal, a segurança jurídica e o devido processo legal seriam prejudicados, bem como colocaria em risco os direitos do réu.

Porém, a vedação a produção de provas ilícitas não pode ser considerada de forma absoluta e, portanto, em certos casos, não haveria nenhum prejuízo para o ordenamento jurídico brasileiro se o magistrado utilizasse a teoria da proporcionalidade – ou seja, fizesse uma ponderação, escolhendo um direito para ser aplicado em detrimento de outro. Destaca-se que inclusive o réu poderia se beneficiar, visto que através desse entendimento a prova ilícita pode ser utilizada em seu favor, a fim de provar sua inocência. No entanto, conforme foi examinado durante o trabalho, a teoria da proporcionalidade não pode ser utilizada indiscriminadamente, sem uma cuidadosa análise da utilidade e da necessidade da aplicação do princípio da proporcionalidade no caso em apreço, tendo em vista que isso levaria a uma grande insegurança jurídica caso fosse aplicado de forma errada ou imprudente.

Assim, verificou-se, que da mesma forma que a jurisprudência aceita, atualmente, a aplicação do princípio da proporcionalidade no que tange à prova ilícita *pro reo*, o mesmo poderia começar a ser feito em relação à prova ilícita *pro societate*, uma vez que o magistrado não estaria fazendo aquela ponderação para prejudicar o réu, mas sim para favorecer a sociedade, no entanto, neste último caso, a prova seria aceita somente em casos envolvendo organizações criminosas ou crimes considerados muito graves, já que aqui há um grande perigo ao permitir que Estado possa utilizar de provas obtidas ilicitamente.

Outros casos em que a prova poderia ser aceita no processo são o do encontro fortuito, da fonte independente e da descoberta inevitável.

Dessa forma, o presente trabalho demonstrou que o princípio da inadmissibilidade das provas ilícitas previsto na Constituição Federal e no Código de Processo Penal não deve ser tratado de forma absoluta e que ao tratar do tema, o princípio da proporcionalidade oferece algumas opções para que a prova ilícita possa ser aceita.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALENCAR, Rosmar Rodrigues; TÁVORA, Nestor. **Curso de direito processual penal**. 11. ed. rev., atual. e ampl. - Salvador: Juspodivm, 2016.

AVENA, Norberto. **Processo penal**. 9ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017. [Livro Digital]

AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas ilícitas: interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas**. 6ª edição – revista, atualizada e ampliada. Editora Revista dos Tribunais, 2015.

BADARÓ, Gustavo Henrique Ivahy. **O Agravo Cabível contra Decisão Denegatória de Recurso Especial e Extraordinário em uma Recente Decisão do STF e os Limites da Fungibilidade Recursal**. Boletim do IBCCrim, n. 230, janeiro/2012, p.

BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. 2ª ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

BARROSO, Luís Roberto. **Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no Direito Constitucional**. Revista Forense, Rio de Janeiro, v. 92, n° 336, PP 125-136, out/dez. 1996.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 23 jun.2018.

BRASIL. **Decreto-lei n. 3.689 de 3 de outubro de 1941**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De13689Compilado.htm>. Acesso em: 23 jun. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento em Recurso Especial n. 300.047/DF. Agravante: Rodrigo da Silva Ribeiro. Agravado: Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Relator: Min. Marco Aurélio Bellizze. Brasília: 21 ago.2014. DJe 09 ago.2014

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus n. 378.374/MG. Impetrante: Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais (Paciente: Wesley Moura Lages). Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Relatora: Min. Maria Thereza de Assis Moura. Brasília: 14 mar.2017. DJe 30 mar.2017.

BRASIL. Supremo Tribunal de Federal. Habeas Corpus n. 91.867/PA. Impetrante: José Luis Mendes de Oliveira Lima e Outro(a)(s). Impetrado: Superior Tribunal de Justiça. Relatora: Min. Gilmar Mendes. Brasília: 24 abr.2012. DJe 20 set.2012.

BRASIL. Supremo Tribunal de Federal. Habeas Corpus n. 93.050/RJ. Impetrante: Gustavo Eid Bianchi Prates. Impetrado: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília: 10 jun.2008. DJe 31 jul.2008.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal anotada**, 2ª. ed., São Paulo: Saraiva, 2001.

CAMPOS, Gabriel Silveira de Queirós. **Provas ilícitas e ponderação de interesses no processo penal**. Salvador: JusPODIVM, 2015.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 23ª Edição. São Paulo, Editora Saraiva, 2016. [Livro Digital]

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. **Garantias constitucionais processuais penais**. Revista da EMERJ, Rio de Janeiro, v.6, n° 23, 2003..

CORDERO, Franco. **Procedimiento Penal. Trad. Jorge Guerrero**. v. 2. Bogotá: Temis, 2000.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. 17ª edição – Salvador: Jus Podivm, 2015.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

GOMES, Luiz Flávio, **A prova no processo penal – comentários à Lei nº 11.690/2008**. São Paulo: Premier Máxima, 2008.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Direito à prova no processo penal**. São Paulo: RT, 1997.

GRINOVER, Ada Pellegrine. **Liberdades públicas e processo penal – As interceptações telefônicas**. São Paulo, Saraiva, 1976.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **O princípio constitucional da proporcionalidade. Ensaio de teoria constitucional**. Fortaleza, 1989.

HAMILTON, Sergio Demoro. **Processo penal: reflexões**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal: volume único**. 5. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 13ª edição. São Paulo, Editora Saraiva, 2016. [Livro Digital]

MANZINI, Vincenzo. **Derecho procesal penal, trad. Santís Melendo**, v. 3. Buenos Aires, EJEJA, 1952.

MENDES, Gilmar Ferreira. **O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: novas leituras**. Repertório IOB de Jurisprudência, caderno 1, n° 14, 2000.

MENDES, Gilmar. COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. São Paulo/Brasília: Saraiva – IDP, 2007.

MENDONÇA, Rachel Pinheiro de Andrade. **Provas ilícitas: limites à licitude probatória**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

MIRABETE, Julio Fabbrini, **Processo penal, 18 ed. ver. e atual.** – São Paulo: Atlas, 2006.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 15ª edição – revista, atualizada e comentada. Rio de Janeiro, Editora Forense, 2016. [Livro Digital]

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 21ª edição – revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Atlas, 2017 [Livro Digital]

PRADO, Leandro Cardena. **Provas ilícitas – teoria e interpretação dos tribunais superiores**, 2 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2009.

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**, 5ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição Federal**. 1ª ed., 2ª tiragem. Rio de Janeiro: LUMEN Juris, 2002.

TÁVORA, Nestor, Rosmar Rodrigues Alencar. **Curso de direito processual penal**. 12ª ed. rev. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017.

TOURINHO FILHO, Fernando da costa. **Processo penal**, 35ª ed., ver. e atual. v. 3 - São Paulo: Saraiva. 2013.