



INADMISSIBILIDADE DAS PROVAS ILÍCITAS NO PROCESSO PENAL

MONDARDO, Samuel Salvo¹

VIEIRA, Tiago Vidal²

RESUMO

O presente trabalho tem por escopo principal o estudo das provas ilícitas e a impossibilidade de admiti-las no processo penal brasileiro. Portanto, primeiramente, há a exposição referente ao instituto da prova, demonstrando de que forma se deu o direito à prova no ordenamento jurídico brasileiro, e, quanto à finalidade desta. Como se sabe, a função do processo penal é condenar o indivíduo autor de determinada infração penal, que se realizará, em regra, através da persecução penal do Estado, isto é, primeiramente o Estado investigará o ocorrido, levantando elementos informativos sobre o fato, a fim de embasar o oferecimento da denúncia por parte do Ministério Público, procedendo deste modo à fase processual, onde então, as provas serão produzidas. Porém, estas provas que serão produzidas em juízo, com o intuito de demonstrar a veracidade das alegações feitas nos autos, tanto pela parte acusatória como pela parte ré, deverão se submeter à regra contida na Constituição Federal, consoante a vedação das provas obtidas por meios ilícitos no processo penal. Sendo assim, este artigo busca analisar à luz da doutrina e jurisprudência, o tratamento dado às provas ilícitas, assim entendidas, as originalmente ilícitas, como também, as ilícitas por derivação que adentrarem no processo penal. Ainda, será feito, uma análise ao princípio da proporcionalidade e sua aplicação para afastar a vedação às provas ilícitas, isso porque, em alguns casos há a possibilidade de conflito entre direitos e garantias fundamentais, devendo assim, realizar-se uma ponderação de valores para verificar qual deve prevalecer diante do outro.

PALAVRAS-CHAVE: Provas ilícitas. Provas Derivadas. Inadmissibilidade. Proporcionalidade.

INADMISSIBILITY OF ILLEGAL EVIDENCE IN CRIMINAL PROCEDURE

ABSTRACT

The theme of this work has for main scope, treating about the study of illegal evidence and failure to admit them in criminal proceedings. So, at first, there is the exhibition for the Institute of proof, demonstrating how the right to evidence in the Brazilian legal system, and, as the purpose of this. As we all know, the function of criminal proceedings, is condemning the individual author of a particular criminal infraction, to be held, as a rule, through the criminal persecution of the State, that is, first the State will investigate the incident, raising information about the fact, in order to support the offering of the complaint by the public prosecutor, by proceeding in this way the procedural phase, where then produced the evidence. However, this evidence that will be produced in court in order to prove the veracity of the claims made in the records, both by the libelous as by the defendant, must submit to the rule contained in the Federal Constitution, depending on the seal of the evidence obtained by unlawful means in criminal proceedings. Therefore, this article seeks to analyze the light of doctrine and jurisprudence the treatment given to illegal evidence, thus understood, the illicit, but originally the illicit by deriving to step into in criminal proceedings. Still, an analysis will be made to the principle of proportionality and its application to move the fence to the illegal evidence, that because in some cases there is the possibility of conflict between fundamental rights, and should thus be a weighting of values to check which must prevail on the other.

KEYWORDS: Illegal evidence. Derivative Evidence. Inadmissible. Proportionality.

¹**MONDARDO, Samuel Salvo** – Acadêmico de Direito pelo Centro Universitário Assis Gurgacz. E-mail: samuel_salvo@hotmail.com

²**VIEIRA, Tiago Vidal** – Docente e Orientador pelo Centro Universitário Assis Gurgacz. E-mail: tiago.vidal.vieira@gmail.com



1 INTRODUÇÃO

O processo penal brasileiro possui a finalidade de processar e julgar as infrações penais ocorridas, aplicando-lhe sanção ao correspondente autor da conduta delitiva, mas para isso, há a necessidade de se comprovar que determinada pessoa cometeu realmente aquela conduta imputada a ela, do mesmo modo, a pessoa que está sendo acusada, possui o direito de demonstrar que não é a responsável por tal imputação. Deste modo, ambas as partes se utilizarão de provas para comprovar os fatos alegados no processo, sejam eles em relação a inocência ou culpabilidade, dependendo se referente a acusação ou defesa.

Em sentido amplo, a palavra prova tem o propósito de demonstrar a veracidade de uma exposição sobre um fato tido por ocorrido no mundo real, portanto, para que haja a efetivação do processo penal, é imprescindível valer-se das provas, pois como é sabido, o julgador não se fez presente na data da infração penal, conseqüentemente, este não conhece o que de fato ocorreu. Contudo, haverá a necessidade das partes se utilizarem de provas, tendo como finalidade a formação da convicção do órgão julgador, que por meio da atividade probatória desenvolvida ao longo do processo, busca reconstruir os fatos arguido nos autos, tentando alcançar a maior coincidência possível com a realidade pretérita.

O art. 5º, inciso LVI da Constituição Federal proíbe a introdução e utilização de provas obtidas por meios ilícitos, assim compreendidos, provas adquiridas com violação às normas constitucionais e normas de direito material. Isso porque, o direito à prova, como todo e qualquer direito fundamental, não possui natureza absoluta, pois coexistem com outros direitos situados no mesmo plano isonômico, protegidos pelo ordenamento jurídico. Deste modo, todas as provas a serem introduzidas no processo penal, devem estar em consonância com a legalidade, sem que haja qualquer violação do direito alheio.

Ademais, será realizada a distinção entre as provas ilícitas e as provas ilegítimas, as quais são espécies do gênero trazido como provas ilegais. Pois, quanto a este assunto, houve omissão por parte da legislação, onde apenas trouxe tais institutos, mas não previu em seu texto legal quais as consequências práticas a serem aplicadas a cada uma das modalidades. Sendo assim, valendo-se da doutrina e jurisprudência, iremos destacar as principais características e distinções entre ambas.



Igualmente, diz respeito à regra introduzida no Código de Processo Penal pela Lei nº 11.690/08 que instituiu no art. 157º, parágrafo 1º, primeira parte, a vedação em relação às provas derivadas das ilícitas, trazendo a mesma consequência quanto às provas originalmente ilícitas, isto é, a inutilização dessas provas no processo penal. Todavia, apesar de prever a vedação quanto às provas ilícitas por derivação, no mesmo dispositivo (art. 157, par. 1º, segunda parte, CPP) foi disciplinado exceções à essa regra, apresentando três teorias a fim de permitirem a utilização dessas provas, sendo elas; a teoria da fonte independente, teoria da descoberta inevitável e a teoria do nexo causal atenuado, as quais serão trabalhadas individualmente no presente trabalho.

Além do mais, cabe ainda destacar, a respeito do princípio da proporcionalidade, o qual em alguns casos se aplica frente à regra da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos, pois se entende que o direito de defesa e o princípio da presunção de inocência devem prevalecer no confronto com o direito de punir, basta pensar em um caso, que determinada pessoa foi condenada pelo simples fato de sua inocência ter sido comprovada por uma prova obtida ilicitamente.

Diante todo o exposto, buscamos esclarecer no decorrer do presente estudo, a respeito de tudo que foi explanado até então, com embasamento na legislação brasileira, e, de acordo com o entendimento doutrinário e jurisprudencial pátrio.

2 DIREITO A PROVA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

O direito à prova no ordenamento jurídico brasileiro encontra embasamento constitucional estampado no artigo 5º, inciso XXXV, o qual assegura a todos cidadãos o acesso à justiça, sempre que houver lesão ou ameaça de lesão a direito, trata-se, deste modo, ao chamado direito de ação.

Assim, pode-se afirmar que, ao se garantir o direito de acesso à jurisdição, o legislador constituinte assegurou de forma indireta, o direito à prova no processo, penal ou não. Isto porque, de nada adiantaria o cidadão ter assegurado o acesso ao Poder Judiciário, onde poderá formular sua pretensão, se este não tivesse o direito de provar suas alegações, para que pudesse demonstrar efetivamente seu direito, a fim de que o magistrado viesse a proferir uma sentença oriunda de seu convencimento motivado, advindo das provas apresentadas em juízo.



Sob esse prisma, pode se dizer que há, para as partes, um direito a prova. Esse direito a 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 juiz. Com o efeito, de nada adianta o Estado assegurar à parte o direito de ação, legitimando a propositura da demanda, sem o correspondente reconhecimento do direito de provar, ou seja, do direito de se utilizar dos meios de prova necessários a comprovar, perante o órgão julgador, as alegações feitas ao longo do processo. Há de se assegurar às partes, portanto, todos os recursos para o oferecimento da matéria probatória, sob pena de cerceamento de defesa ou acusação (BRASILEIRO, 2015, p.571).

Para que seja efetivamente garantido o acesso à jurisdição, isto é, efetivo exercício de direito de ação, a Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso LV, assegurou a todas as pessoas o contraditório e a ampla defesa, tanto para o processo judicial quanto administrativo.

Contudo, pode-se observar que o direito à prova, não é decorrente apenas do direito de ação, mas também da garantia constitucional do contraditório na relação processual.

Assim, se faz necessário, estabelecer efetivamente um conceito, do que se entende por prova, trazendo, portanto o ensinamento de André Nicolitt (2014) que aduz “prova é o instrumento ou meio através do qual as partes pretendem formar a convicção do julgador em um determinado processo”.

Sendo assim, é possível concluir que a prova é instrumento indispensável para a demonstração dos fatos relevantes para o julgamento, pelo magistrado, da pretensão autoral. Por isso mesmo, o direito a prova é de titularidade das partes no processo (acusação e réu). Tem eles o direito de trazer a juízo elementos probatórios que permitam ao julgador decidir sobre a pretensão deduzida pela acusação em juízo (CAMPOS, 2015, p. 52).

Outrossim, verifica-se que toda essa garantia ao direito à prova, que, como visto, ganha exigibilidade devido à princípios constitucionais, conforme já citado, possui o objetivo de elucidar a verdade dos fatos alegados. Porém, esta busca pela verdade não se caracteriza como uma verdade real, pois conforme os ensinamentos do professor André Nicolitt, encontra-se fundamento no próprio texto constitucional para tal afirmação, como passo a expor logo a baixo.

Desta forma, a Carta Magna em seu art. 1º, inciso III, trouxe a o princípio da dignidade da pessoa humana como valor fundamental para o ordenamento jurídico brasileiro. Assim, se entendeu que para buscar a verdade de um fato discutido em juízo, há de respeitar a dignidade da pessoa humana, não permitindo meios que afrontariam este princípio. Desta forma, trata-se do primeiro limite imposto pela CF na busca da verdade processual. Pode-se



ainda salientar, que a Constituição Federal, não tem interesse pela busca da verdade real, absoluta, basta observar o art. 5º, inciso LVI, que disciplina que as provas ilícitas serão inadmissíveis no processo, assim, a Constituição deixou claro, que está interessado com a verdade eticamente construída. Contudo, a dignidade da pessoa humana prevalece em relação a qualquer outro interesse (NICOLITT, 2014).

3 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS RELATIVOS A PROVA

Para que possamos compreender os detalhes que cercam a inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos no processo penal, faz-se necessário realizar uma análise referente aos principais princípios que norteiam as provas e sua aplicabilidade no processo penal.

3.1 Princípio do Devido Processo Penal

Este princípio está expressamente contido na Constituição da República Federativa do Brasil, em seu artigo 5º, inciso LIV:

“Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.”

Consiste em assegurar a pessoa que está sendo acusada de determinada infração penal, o direito de não ser privada de sua liberdade e/ou de seus bens, sem antes ser observado de forma literal, o processo penal, garantindo-se ao acusado a plenitude de defesa, compreendendo o direito de ser ouvido, de ter acesso a defesa técnica, de ser informado pessoalmente de todos os atos processuais, de ter a oportunidade de se manifestar sempre depois da acusação, entre outras (FERNANDES, 2002, p.184)

Por fim, podemos concluir que não haverá nenhuma pena imposta ao acusado, sem antes ocorrer o trâmite do processo penal, obedecendo devidamente às regras processuais. Este princípio transmite um sentimento de justiça social, afastando de tal modo, eventuais arbitrariedades por parte do Estado.

3.2 Princípio do Contraditório e da Ampla Defesa



Tal princípio traz a ideia de que o Estado garantirá ao acusado, a possibilidade deste se valer de todo tipo de defesa, seja ela de caráter pessoal ou técnico, abrangendo também o amplo acesso à justiça e disponibilizando aos necessitados a assistência jurídica gratuita. Assim, encontra-se expresse na Constituição Federal:

“ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes; LXXIV - o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”.

Tal princípio, se fragmenta em duas modalidades de defesa, a auto defesa, que se caracteriza na participação do próprio denunciado para fortalecer sua defesa, e defesa técnica, o qual se dá por meio de um advogado de sua escolha, com o intuito de este realizar sua salvaguarda de forma satisfatória. (GRECO, 2002)

Em contrapartida, em relação ao contraditório, este possui o intuito de conceder paridade de armas a ambas as partes, haja vista o princípio da isonomia.

O contraditório, portanto, junto ao princípio da ampla defesa, institui-se como a pedra fundamental de todo processo e, particularmente, do processo penal. E assim é porque, como cláusula de garantia instituída para a proteção do cidadão diante do aparato persecutório penal, encontra-se solidariamente encastelado no interesse público da realização de um processo justo e equitativo, único caminho para a imposição da sanção de natureza penal. (PACELLI, 2014, p.44)

Importante destacar ainda sobre o aludido tema, a regra trazida pela Súmula 707 do STF, que dispõe: “constitui nulidade a falta de intimação do denunciado para oferecer contrarrazões ao recurso interposto da rejeição da denúncia, não a suprindo a nomeação de defensor dativo”.

3.3 Princípio da Presunção de Inocência

O princípio da presunção de inocência, também chamado de princípio da presunção de não culpabilidade consiste no direito do acusado não ser declarado culpado, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa, ou seja, esta presunção de inocência teria como limite



temporal o exercício do direito ao duplo grau de jurisdição, sendo, portanto, uma sentença condenatória proferida em primeira instância mantida por um tribunal de segunda instância, sendo assim, cessaria neste momento a presunção de não culpabilidade.

Deste modo, deve-se observar a regra probatória oriunda deste princípio, a qual faz recair sobre a acusação, o ônus de comprovar a culpabilidade do acusado, ou seja, não é o acusado que deve provar sua inocência, mas sim quem acusa.

Trata-se de outro princípio expresso na Constituição Federal, também elencada no art. 5º:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: LVII – ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória

Sendo assim, o que se busca tutelar com este princípio é a dignidade da pessoa humana do acusado de supostamente ser autor de um crime, pois o que se tem de fato é apenas uma presunção de culpabilidade.

Cabe ressaltar, que a presunção de inocência funciona como regra de tratamento do acusado ao longo do processo, não permitindo que ele seja equiparado ao culpado. É manifestação clara deste último sentido da presunção de inocência a vedação de prisões processuais automáticas ou obrigatórias. A presunção de inocência não veda, porém, toda e qualquer prisão no curso do processo. Desde que se trate de uma prisão com natureza cautelar, fundada em um juízo concreto de sua necessidade, e não em meras presunções abstratas de fuga, periculosidade e outras do mesmo gênero, a prisão será compatível com a presunção de inocência. (BADARÓ, 2014, p. 22)

Portanto, apenas será possível a prisão do acusado em momento anterior a sentença penal condenatória mantida pela instância de segundo grau, quando se preencher os requisitos necessários para a ocorrência de uma prisão cautelar.

4 DAS PROVAS ILÍCITAS

Como todo e qualquer direito fundamental não possui natureza absoluta, porque, muitas vezes se encontram no mesmo plano isonômico, havendo portanto, um conflito entre direitos. Neste caso, deve-se analisar de forma cautelosa, observar os direitos e garantias



fundamentais estampadas na Carta Magna, fazer um juízo de valoração entre as normas conflitantes, para então, chegar a um consenso de qual irá prevalecer diante do outro.

De forma clara e eficaz, Renato Brasileiro de Lima argumenta no tocante tema.

Em um Estado Democrático de Direito, a descoberta da verdade não pode ser feita a qualquer preço. Mesmo que em prejuízo da apuração da verdade, no prol do ideal maior de um processo justo, condizente com o respeito aos direitos e garantias fundamentais da pessoa humana, não se pode admitir a utilização em um processo de provas obtidas por meios ilícitos. A eficiência processual, compreendida como a funcionalidade dos mecanismos processuais tendentes a alcançar a finalidade do processo, que é a apuração dos fatos e das responsabilidades, não pode prescindir do respeito aos direitos e garantias fundamentais, sob pena de deslegitimação do sistema punitivo (BRASILEIRO, 2015, p. 606).

Percebe-se, que além da proteção aos direitos e garantias fundamentais, tal vedação, se estende também como uma forma de controle de regularidade da persecução penal, agindo como fator de inibição e dissuasão à adoção de práticas probatórias ilegais.

Neste sentido, destaca o Ministro Celso de Mello, referindo-se as provas ilícitas, “ a ação persecutória do Estado, para revestir-se de legitimidade, não pode apoiar-se em elementos probatórios ilicitamente obtidos, sob a pena de ofensa a garantia constitucional do devido processo penal. A Constituição Federal em norma revestida de conteúdo vedatório (art. 5º, LVI) desautoriza, por incompatível com os postulados que regem uma sociedade fundada em bases democráticas (CF, art.1º)”. (MELLO, 2007, RHC 90.376/RJ).

5 PROVAS ILÍCITAS E ILEGÍTIMAS

Apesar de a Constituição Federal tratar de maneira expressa a respeito de provas obtidas de forma contrária a lei (também conhecida como provas ilegais, as quais funcionam como gênero) subdividida em provas ilícitas e provas ilegítimas, constituindo as espécies, não trouxe em seu texto, uma definição a fim de fazer a distinção entre ambas. Desta forma, a professora e doutrinadora Ada Pellegrini Grinover, tomando por base a lição do Italiano, Pietro Nuvolone, em sua obra, apresentou uma conceituação e diferenciação entre as duas espécies, as quais serviram de exemplo para grande parte da doutrina nacional.

A prova será considerada ilícita quando for obtida através da violação de regra de direito material (penal ou constitucional). Portanto, quando houver a obtenção de prova em detrimento de direitos que o ordenamento reconhece aos indivíduos, independentemente do processo, a prova será considerada ilícita (BRASILEIRO, 2015, p. 606 e 607).



Podemos citar como exemplo, de forma hipotética, que um promotor de justiça que queira obter uma confissão a qualquer custo, e então realiza mediante tortura essa confissão. Neste caso, estaria violando uma regra de direito material, a qual está prevista no art. 5º, III da Constituição Federal, que aduz, que ninguém será submetido à tortura, nem à tratamento desumano ou degradante.

Ainda a respeito das provas ilícitas, vale ressaltar, que na grande maioria das vezes, pressupõe uma violação à norma no momento da colheita da prova, que normalmente ocorre anteriormente ao processo (extraprocessual), porém, nada impede que sua produção ocorra em juízo, podendo citar como exemplo, no caso do magistrado, obter a confissão do réu no interrogatório judicial, sem que tenha realizado a formalidade de advertir sobre seu direito ao silêncio (art. 5º, LXIII). Neste caso, é possível concluir, que houve uma prova ilícita produzida na fase processual.

Em contra partida, a prova será considerada ilegítima quando está for obtida com violação a norma de direito processual. Como exemplo, pode-se imaginar, que ao ouvir determinada testemunha, o magistrado se esqueça de compromissá-la, assim, incorreu em violação a regra do art. 203 do Código de Processo Penal, dispositivo este, que obriga o juiz a compromissar a testemunha diante seu depoimento (BRASILEIRO, 2015, p. 608).

Em regra, a prova trazida como ilegítima, possui um momento de produção no curso do processo, chamado normalmente de fase endoprocessual ou intraprocessual. A título de exemplo, suponha-se que a parte contrária decide exhibir objetos ao conselho de sentença em um tribunal do júri, sendo que esses objetos não foram juntados aos autos com antecedência mínima de três dias úteis, com ciência da parte contrária, conforme dispõe o art. 479 do CPP, nesse caso, estamos diante de uma prova que foi realizada ao arrepio de uma norma processual, a qual deverá ser reconhecida sua ilegitimidade.

No entanto, essa divisão feita pela doutrina a respeito das provas obtidas por meios ilegais, não é algo defendido de forma pacífica, pelo contrário, existem inúmeras controvérsias a respeito do tema, devido à norma constitucional e infraconstitucional não trazerem a distinção entre ambas. Deste modo, o posicionamento do professor Fernando Capez, que adota o entendimento de não haver diferença entre prova ilegítima e ilícita se faz pertinente.



Finalmente, mencione-se que as provas ilícitas passaram a ser disciplinadas pela Lei n. 11.690/2008, a qual modificou a redação do art. 157 do CPP, dispondo que: “São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais”. Portanto, a reforma processual penal distanciou-se da doutrina e jurisprudência pátrias que distinguiam as provas ilícitas das ilegítimas, concebendo como prova ilícita tanto aquela que viole disposições matérias como processuais (CAPEZ, 2009, p. 301).

O tratamento conduzido às provas ilegítimas, a partir de uma análise sistemática feita com base na Lei n. 11.690/08 em seu art. 157, é que ao invés de ser desentranhada como nas provas ilícitas, essas, por sua vez, serão regidas pelo regime jurídico da teoria das nulidades, cabendo deste modo, tanto nulidade relativa, como absoluta, a depender do caso concreto.

6 DAS PROVAS ILÍCITAS POR DERIVAÇÃO

Não apenas as provas diretamente ilícitas serão vedadas pela Constituição, mas também todas as demais provas que tiverem alguma relação direta com a prova ilícita. Entende-se, deste modo, que toda prova que derivar daquela contaminada pela ilicitude, será igualmente proibido a sua utilização. Com base nesse liame entre as provas, ficou conhecida a expressão criada nos Estados Unidos, o qual foi chamada *fruits of the poisonous tree*, (teoria dos frutos da árvore envenenada) ganhando reconhecimento no Brasil, no ano de 1996, quando o Supremo Tribunal Federal, tendo-se posicionado favoravelmente a adoção da teoria em um de seus julgados.

Como exemplo, pensemos em uma pessoa que mediante tortura revela o nome de uma testemunha ocular de um crime. A testemunha descoberta é regularmente intimada e ouvida em juízo. Todavia, sua descoberta deu-se em razão de uma fonte ilícita, ou seja, a obtenção mediante tortura. Assim, mesmo o depoimento regularmente colhido em juízo estará maculado pela ilicitude da tortura. (NICOLITT, 2014, p. 643)

Deste modo, pode-se concluir que este segundo meio de prova só foi possível através daquela obtida de forma ilícita, sendo assim, será considerada uma prova ilícita por derivação.

Se os agentes que produziram a prova ilícita pudessem dela se valer para a obtenção de novas provas, cuja existência somente se teria alcançado em decorrência daquela (ilícita), a ilicitude da conduta seria facilmente contornável. Bastaria a observância da forma contida na lei, na segunda operação, ou seja, na busca das provas obtidas por meio das informações extraídas pela via da ilicitude, para que se legalizasse a ilicitude da primeira. Desta forma, a



teoria da ilicitude por derivação é uma imposição da aplicação do princípio da inadmissibilidade das provas obtidas ilicitamente (PACELLI, 2014).

Contudo, essa regra das provas ilícitas por derivação, a qual passou estar expressamente no ordenamento jurídico brasileiro, a partir da introdução da Lei nº 11.690/08, trouxe também, exceções quanto a este dispositivo, pois nem sempre que estivermos diante de uma prova obtida ilicitamente teremos como consequência a inadmissibilidade de todas aquelas outras provas a ela subsequentes.

6.1 Limitações à prova ilícita por derivação

Na Suprema Corte Norte-Americana, após reconhecer as regras de exclusão aliada à teoria dos frutos da árvore envenenada, houve uma forte reação no direito norte-americano contra a rigidez de tais regras, sendo então, desenvolvidas exceções às provas ilícitas por derivação, as quais não só vem sendo aplicadas no ordenamento jurídico brasileiro, mas que também ganham previsão legal.

Sendo, a teoria da fonte independente, teoria da descoberta inevitável e teoria do nexo causal atenuado, como será explicitado de forma individualizada, a seguir.

6.1.1 Teoria da Fonte Independente

A regra que determina a exclusão da prova ilícita por derivação, todavia, não é absoluta, na medida em que a ilicitude remota só contaminará a prova derivada quando houver inequívoca relação de causalidade entre ela e a ação ilegal (art. 157, § 1º), ou seja, quando se puder concluir que a ação ilícita originária foi *conditio sine qua non* do alcance da prova secundária. Por essa razão, não será impregnada pela ilicitude a evidência obtida por meio de fonte independente (REIS, 2013).

Contudo, de acordo com esta teoria, se o órgão responsável pela persecução penal obtiver novos elementos informativos, a partir de uma fonte autônoma de prova, a qual não tiver nenhuma relação de dependência ou conexão com aquela prova originalmente ilícita, essas estarão amparadas pela licitude, podendo assim, ser utilizadas no processo.



Deste modo, para que seja aplicada tal exceção, há a obrigatoriedade da demonstração inequívoca de que a prova avaliada pelo magistrado, não se trata de uma prova ilícita por derivação, mas sim uma prova oriunda única e exclusivamente de uma fonte autônoma.

A título de exemplo, no caso *Murray v. United States*, ocorrido em 1988, após perceberem uma atividade suspeita de tráfico de drogas em uma residência, policiais de forma ilegal adentraram na residência e confirmaram a suspeita, sendo que posteriormente, requisitaram um mandado judicial para a busca e apreensão relatando como se houvesse apenas suspeitas, contudo não mencionaram a anterior entrada e, de posse do mandado, entraram novamente na residência e apreenderam as drogas. Neste caso a Corte entendeu que a prova era válida, pois, ainda que os investigadores não houvessem realizado a primeira violação, de qualquer forma seria obtido o mandado judicial a justificar a segunda entrada legal, com base apenas nos indícios iniciais (BRASILEIRO, 2015).

Uma ressalva que se faz necessária quanto a esta exceção das provas ilícitas por derivação, diz respeito ao dispositivo 157, parágrafo 2º do CPP, segundo o qual, “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” percebe-se deste modo, que houve um equívoco do legislador, pois acabou trazendo definição à outra exceção, chamada de teoria de descoberta inevitável, a qual será exposta no próximo tópico.

6.1.2 Teoria da Descoberta Inevitável

Nesta teoria admite-se a prova, ainda que presente eventual relação de causalidade ou de ligação entre as provas ilícitas e as descobertas, isso em razão de se tratar de meios de prova rotineiramente adotados na maioria das investigações. Com isso, evita-se a contaminação da totalidade das provas que sejam subsequentes à ilícita (PACELLI, 2014).

Essa teoria, também conhecida como exceção da fonte hipotética independente, tem o condão de possibilitar a admissão de determinadas provas, porém, para que isso aconteça, não basta apresentar dados meramente possíveis, exigem-se dados concretos, onde se possa demonstrar um juízo do provável, baseado em elementos concretos de prova.

Tal teoria teve seu surgimento na Suprema Corte Norte-Americana, em um caso que, através de uma confissão ilegal realizada pela polícia, chegou-se ao local onde foi escondido o cadáver. Todavia, a busca pelo cadáver estava sendo realizada, não apenas pela polícia, mas



também por centenas de voluntários, fato este, que fez com que a Corte entenda-se que a descoberta seria inevitável (NICOLITT, 2014).

É verdade que o legislador não se refere de maneira expressa à teoria da descoberta inevitável. Porém, como já dito, seu conteúdo pode ser extraído do art. 157, parágrafo 2º, do CPP: “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*”. Parece ter havido uma confusão por parte do legislador ao se referir a *fonte independente*, pois o conceito por ele trazido é o da limitação da descoberta inevitável (BRASILEIRO, 2015, p. 617).

6.1.3 Teoria do Nexo Causal Atenuado

Trata-se de outra exceção a teoria da prova ilícita por derivação, também chamada de limitação da mancha purgada. Conforme o entendimento dessa teoria, não se deve aplicar a inadmissibilidade das provas ilícitas por derivação, se o nexos causal entre a prova primária e a secundária for atenuado em decorrência do decurso do tempo, de circunstâncias supervenientes na cadeia probatória, da menor relevância da ilegalidade ou da vontade de um dos envolvidos em colaborar com a persecução criminal.

Neste caso, por mais que houvesse a contaminação de um meio de prova em face da ilicitude da originária, um acontecimento futuro poderá afastar o vício contido, permitindo, deste modo, o aproveitamento da prova inicialmente contaminada.

No Brasil, não se tem conhecimento da adoção da teoria do nexos causal atenuado, tanto em relação ao Supremo Tribunal Federal quanto ao Superior Tribunal de Justiça. Porém, é importante compreender seu conteúdo, pois parte da doutrina entende que tal teoria passou a constar na nova redação trazida pela Lei n. 11.690/08 no art. 157, parágrafo 1º do CPP, o qual disciplina que quando não evidenciado o nexos de causalidade entre umas e outras, haveria uma exceção à inadmissibilidade da prova ilícita por derivação (BRASILEIRO, 2015).

7 INADMISSIBILIDADE DAS PROVAS ILÍCITAS

A relevância em relação à inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos, está diretamente ligada à opção entre a busca ilimitada da verdade, dando-se preponderância ao interesse público na persecução penal visando o interesse da coletividade, e o respeito aos



direitos e garantias fundamentais, dentro de uma visão ética do processo, ainda que em prejuízo a apuração da verdade.

Mais que uma afirmação de propósitos éticos no trato das questões do Direito, as aludidas normas, constitucional e legal, cumprem uma função ainda mais relevante, particularmente no que diz respeito ao processo penal, a saber: a vedação das provas ilícitas atuam 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 (PACELLI, 2014, p. 345).

Mais tarde, passou-se a entender que, reconhecida a ilicitude de uma prova, esta não poderia constar nos autos do processo, e caso isso ocorresse, surgiria o denominado direito de exclusão, devendo a prova ser desentranhada dos autos.

A Constituição da República Federativa do Brasil, ao disciplinar os direitos e garantias individuais, trouxe o ensinamento da inadmissibilidade das provas ilícitas, logo, a punição processual a ser aplicada a esta prova que eventualmente venha adentrar no processo, não será uma nulidade, mas sim, a sua não aceitação nos autos do processo, exercido pelo desentranhamento.

Sendo assim, pode-se dizer, que, por mais relevantes que sejam os fatos apurados por meio de provas obtidas por meios ilícitos, estas não podem ser admitidas em nosso ordenamento jurídico. Caso alguma prova tenha sido inserida no processo, surge aí, o direito de exclusão, o qual se dá pelo desentranhamento da referida prova, que nada mais é, do que a destruição desta prova, desde que se observe a regra contida no § 3º do art. 157, CPP, ou seja, apenas poderá realizar a destruição da prova ilícita, após a preclusão da decisão que declarou a prova inadmissível.

Caso tenha sido transitada em julgado de sentença penal condenatória ou absolutória imprópria, lastreada em provas obtidas por meios ilícitos, existem duas possibilidades que podem ser tomadas, sendo a primeira, o ajuizamento de revisão criminal, e, a segunda, a impetração de *habeas corpus*, mas desde que haja risco concreto a liberdade de locomoção, e desde que não haja necessidade de dilação probatória a fim de se comprovar a ilicitude da prova.

Por outro lado, em se tratando de provas ilegítimas, quanto à sua obtenção ocorre com violação a normas processuais, 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. Na hipótese de reconhecimento de nulidade, vale lembrar que, com respeito à nulidade absoluta, esta pode ser arguida a qualquer momento, desde que não tenha ocorrido o trânsito em julgado da decisão (BRASILEIRO, 2015).

8 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

O entendimento predominante na jurisprudência assim como na doutrina, em relação ao art. 5º, inciso LVI da CF, é no sentido de vedação do uso de provas ilícitas e ilícitas por derivação no processo penal. Porém, tendo em vista que nenhum direito ou garantia constitucional tem natureza absoluta, tornou-se necessário adotar uma interpretação extensiva acerca do assunto, condizente com a possibilidade de se admitir em casos extremos, a utilização de provas ilícitas no processo.

Desta forma, para que houvesse preponderância de valores entre os direitos conflitantes, há a necessidade de se utilizar do princípio da proporcionalidade, o qual na doutrina e jurisprudência encontram-se entendimentos divergentes, pois para uma corrente só poderá se valer deste princípio quando a prova ilícita for utilizada em benefício do réu, e, para outra corrente, trazem o raciocínio de aproveitamento de tal prova em benefício à sociedade, o qual não vem sendo reconhecido pelo ordenamento jurídico brasileiro. Sendo assim, este tema será mais bem explanado nos próximos parágrafos.

8.1 Princípio da Proporcionalidade pro reo

Tendo em vista a inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos no processo penal, contida no texto constitucional (art. 5º, LVI, CF) representa uma limitação ao poder/dever de punir do Estado.



Nesse sentido, entende-se que o princípio da presunção de inocência (art.5º, LVII, CF) e o direito de defesa (art. 5º, LV) devem prevalecer no confronto com o direito de punir, pois seria, de fato, inadmissível uma condenação injustamente, apenas pelo fato de sua inocência ter sido comprovada através de uma prova obtida por meio ilícito.

Assim tem sido o entendimento jurisprudencial e doutrinário majoritário, admitindo-se a prova que foi adquirida com violação a uma norma material, e consequentemente valorando esta prova, porém, quando esta for produzida em benefício ao acusado. Ainda nessa lógica, deve-se reconhecer um valor superior ao bem jurídico que se refere à liberdade do acusado, visto que seria insensato um magistrado condenar penalmente alguém que saiba ser inocente, caso em que a atividade estatal encontra-se condicionada ao princípio da razoabilidade.

Quanto à admissibilidade de provas ilícitas no processo penal em favor do réu, vale ressaltar o ensinamento do professor Gabriel Silveira de Queirós Campos: “as provas obtidas por meios ilícitos pelo réu, são admissíveis no processo penal, quase de forma unânime pela doutrina, com fundamento nas causas legais de exclusão da antijuridicidade, previstas no Código Penal brasileiro, quais sejam, o estado de necessidade e a legítima defesa”.

Entretanto, com relação às colocações do parágrafo a cima, podemos concluir que a prova obtida por meio ilícito será introduzida e valorada nos autos, pois não se trata de uma prova ilícita, mas sim de prova lícita, pois foi produzida em legítima defesa, que por sua vez tem a finalidade de extrair a ilicitude da conduta.

8.2 Princípio da Proporcionalidade e Prova Ilícita *pro societate*

De maneira totalmente contrária ao princípio da proporcionalidade *pro reo*, o qual é aceito de forma unânime pela doutrina e jurisprudência, aqui, em relação ao mesmo princípio, porém em benefício da sociedade, há de se observar uma intensa controvérsia quanto à possibilidade de utilização de provas ilícitas dentro do processo penal.

A prova ilícita *pro societate*, a grosso modo, é aquela utilizada pelo Ministério Público para condenação do acusado, tenha ela sido colhida por agente policiais,



pelo próprio órgão de acusação ou, ainda, por particulares. O que define o caráter *pro societate* da ilicitude probatória é seu emprego na acusação do indivíduo, em prol da sociedade (CAMPOS, 2015, p. 229).

Assim, a maioria da doutrina não admite a utilização da prova ilícita *pro societate*, com respaldo na jurisprudência do STF, que já se manifestou pela inadmissibilidade de tais provas, ao realizar uma ponderação entre outras normas constitucionais, sobretudo o direito à intimidade.

Porém, de outro lado, há diversos doutrinadores que sustentam a possibilidade de utilização de provas ilícitas no processo penal, a título de exemplo, traremos no próximo parágrafo o entendimento do professor Fernando Capez.

Entendemos que o princípio da proporcionalidade deve também ser admitido *pro societate*, pois o confronto que se estabelece não é entre o direito ao sigilo, de um lado, e o direito a acusação à prova, do outro. Trata-se de algo mais profundo. A acusação, principalmente a promovida pelo Ministério Público, visa resguardar valores fundamentais para a coletividade, tutelados pela norma penal. A prova, se imprescindível, deve ser aceita e admitida, a despeito de ilícita, por adoção ao princípio da proporcionalidade, a qual deve ser empregada *pro reo* ou *pro societate* (CAPEZ, 2009, p. 261).

Apesar da opinião do respeitado autor, a leitura extraída da jurisprudência dos Tribunais Superiores pátrios não autoriza a tese da admissibilidade das provas ilícitas *pro societate* com base no princípio da proporcionalidade. Prevalece o entendimento de que se admitindo o direito à prova prevalecer sobre às liberdades públicas, estaria criando um perigoso precedente em detrimento da preservação de direitos e garantias individuais, tornando não mais possível estabelecer qualquer vedação probatória, pois todas as provas, mesmo que ilícitas, poderiam ser admitidas no processo, em prol da busca da verdade e do combate à criminalidade, tornando assim, letra morta o disposto no art. 5º, LVI, da Constituição Federal (BRASILEIRO, 2015).

9 CONSIDERAÇÕES FINAIS



A partir da análise realizada nesse estudo, o qual se baseia nos entendimentos doutrinários e jurisprudenciais pátrios, pode-se chegar à seguinte conclusão: sob a égide da Constituição Federal de 1988, o regime que vigora em nosso ordenamento jurídico a respeito das provas ilícitas, é quanto a sua inadmissibilidade de utilização nos autos de um processo penal.

Todavia, se visualiza em alguns casos excepcionais, a utilização de provas ilícitas pelos tribunais, com amparo na percepção oriunda do Supremo Tribunal Federal, que já se posicionou quanto à possibilidade de se valer do princípio da proporcionalidade em favor do acusado, quando vislumbrado a ocorrência de distorções em se aplicar de forma rígida a regra da inadmissibilidade das provas ilícitas.

Apesar de haver o entendimento consolidado da aplicação ao princípio da proporcionalidade quando em favor do réu, há alguns autores que defendem a possibilidade de utilizar o mesmo instituto para fazer ponderação entre os interesses que estão em jogo, a fim de valer-se das referidas provas ilícitas não apenas em favor do acusado, mas também, em prol da sociedade. Neste sentido, tem-se como exemplo os crimes de extrema gravidade e que ultraje toda a coletividade, como os crimes do colarinho branco, o tráfico ilícito de entorpecentes, o crime organizado, porém, a Suprema Corte não acolheu a citada tese.

Cabe ainda ressaltar, quanto à questão do tema das provas ilícitas por derivação, que o STF reconheceu a aplicabilidade da teoria da árvore dos frutos envenenados, em um julgado ocorrido em 1996, porém, de lá pra cá, houve grandes controvérsias em torno deste assunto, no sentido de que deveria ou não vedar a entrada das provas que fossem obtidas com algum liame em relação às provas originalmente ilícitas. Entretanto, com a entrada em vigor da Lei nº 11.690/08, passou-se a constar expressamente a teoria da árvore dos frutos envenenados em seu art. 157, parágrafo 1º do CPP, trazendo em sua redação que serão também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas.



REFERÊNCIAS

BADARÓ, Gustavo. **Processo Penal**. 2ª ed. São Paulo: Editora Elsevier, 2014.

BRASILEIRO, Renato. **Manual de Processo Penal**. 3ª ed. Salvador: Editora juspodivm, 2015.

CAMPOS, Gabriel Silveira de Queirós. **Provas Ilícitas e Ponderação de Interesses no Processo Penal**. 1ª ed. Salvador: Editora jusPodvim, 2015.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 16ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

FERNANDES, Antônio Scarence. **Processo penal constitucional**. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **A motivação das decisões penais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

GRECO FILHO, Vicente. **Tratado temático de processo penal**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

NICOLITT, André. **Manual de Processo Penal**. 5ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 11ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.