



**UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE – UFCG  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS – CCJS  
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO – UAD**

**ANDRESSA SILVA MARQUES**

**A TEORIA DA PROPORCIONALIDADE E A POSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DE  
PROVAS ILÍCITAS PRO SOCIETATE NO ÂMBITO DO PROCESSO PENAL**

**SOUSA/PB**

**2017**

**ANDRESSA SILVA MARQUES**

A TEORIA DA PROPORCIONALIDADE E A POSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DE  
PROVAS ILÍCITAS *PRO SOCIETATE* NO ÂMBITO DO PROCESSO PENAL

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao curso de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande, em cumprimento aos requisitos necessários para obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

**Orientador:** Prof. Me. Eduardo Jorge Pereira de Oliveira

SOUSA/PB

2017

**ANDRESSA SILVA MARQUES**

A TEORIA DA PROPORCIONALIDADE E A POSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DE  
PROVAS ILÍCITAS *PRO SOCIETATE* NO ÂMBITO DO PROCESSO PENAL

Trabalho de Conclusão de Curso  
apresentado ao curso de Ciências  
Jurídicas e Sociais da Universidade  
Federal de Campina Grande, em  
cumprimento aos requisitos necessários  
para obtenção do título de Bacharel em  
Ciências Jurídicas e Sociais-DIREITO.

Orientador: Prof. Me. Eduardo Jorge  
Pereira de Oliveira

Data de aprovação: \_\_\_\_/\_\_\_\_/2017.

BANCA EXAMINADORA:

---

**Prof. Me. Eduardo Jorge Pereira de Oliveira**  
Universidade Federal de Campina Grande-UFCG  
**Orientador**

---

Prof. Examinador (UFCG)

---

Prof. Examinador (UFCG)

Aos meus pais, João Tavares Marques Filho e Maria de Lourdes Silva Marques por todo o amor empenhado em mim e nas minhas irmãs e também pela confiança que, desde o princípio, sempre tiveram em mim e no meu potencial de conseguir conquistar essa vitória. Às minhas irmãs, Lorena e Christielle pelo companheirismo e pela amizade, e pelos conselhos prestados a mim, nos momentos de fraqueza. Ao meu sobrinho Arthur pela pureza de sua existência, trazendo alegria e felicidade, em todos momentos, desde o seu nascimento.

## **AGRADECIMENTOS**

Primeiramente, agradeço à Deus, por, mesmo onipresente, estar comigo nos momentos de dificuldades, dando-me força e fé de que todos os obstáculos surgidos são passageiros e que, no fim, com força de vontade, o objetivo desejado sempre poderá ser alcançado.

Agradeço, também, aos meus Pais, João Tavares Marques Filho e Maria de Lourdes Silva Marques. Simplesmente, sem eles, sem o apoio deles, seja o apoio financeiro, moral ou sentimental, não estaria onde me encontro no momento. Tudo o que foi conquistado até aqui foi graças a vocês e, por isso, agradeço, sempre, pela educação, amor, confiança, segurança que vocês dois sempre me trouxeram, me dando forças para tentar, de todas as maneiras, levar orgulho para vocês e demonstrar que todo o esforço empenhado valeu a pena. Vocês são os melhores pais e agradeço por ser os meus.

Ainda, agradeço as minhas irmãs: Lorena e Christielle pelo o amor que têm por mim; pela proximidade que a distância de outra cidade nos trouxe; pelo companheirismo de irmãs e por serem meus modelos de competência e de determinação para se conseguir algo que se quer. Obrigada pelos os conselhos que, muitas vezes, me clarearam a mente. Obrigada pela proteção de irmãs e pela paciência em todos os anos de minha vida. Quero agradecer a minha irmã Christielle pelo o presente especial que trouxe para a vida de todos nós, meu sobrinho Arthur que, desde o momento de seu nascimento, me mostra como é importante a pureza de uma criança, em consegui ser feliz com qualquer coisa.

Não poderia deixar de agradecer a minha amiga querida Jéssica Carvalho. Quero agradecê-la por todo o carinho dirigido a mim durante todo o tempo em que estive em Sousa e também quando foi embora. Obrigada pelos ensinamentos no estágio, obrigada por ter sido uma âncora nos momentos de pressão e tristeza e por ter me mostrado com maior clareza o caminho dos concursos. Obrigada por ter sido minha companheira em todos os momentos vivenciados quando estive aqui. Obrigada pelo o esforço de sempre querer me ajudar quando preciso, mesmo que distante; obrigada pelo o apoio, a paciência, amizade, ensinamentos, puxões de orelhas e por sempre me dizer que tenho um bom coração. Você, com certeza, foi um dos presentes mais especiais que ganhei durante essa trajetória da faculdade.

Também, gostaria de agradecer a minha companheira diária de faculdade e apartamento, Ciella Saboia, pela amizade sempre sincera. Obrigada pelas brigas, pelas conversas, por me mostrar, sem medo, os meus erros para que, assim, eu seja capaz de concertá-los; obrigada por todos os conselhos e por estar comigo durante, praticamente, toda essa trajetória de faculdade, enfrentando, juntamente comigo, todos os obstáculos que surgiram e sendo uma companheira de todas as horas, seja na alegria ou na tristeza.

Do mesmo modo, agradeço aos meus amigos mais especiais da Procuradoria Federal do INSS. A minha passagem por esse estágio não só me trouxe ensinamentos gratificantes, tanto como jurídicos, como da vida, mas, também me trouxe amigos e companheiros especiais que fizeram da minha vida em Sousa ainda mais gratificante de viver, ajudando-me, muitas vezes, a amadurecer, tanto pessoalmente, como juridicamente. Assim, obrigada pelos sorrisos, os cafés da manhã, as saídas despreocupadas, os abraços coletivos, as conversas, os ensinamentos e os conselhos. Por isso, agradeço à: Priscila, Walter, Leandro, Pedro Matheus, Kaio, Rayane, Samya, Cícero, Neilton e Everton.

Queria agradecer, também, aos Tchonson's, por fazerem parte de minha convivência diária, por me acompanharem por quase toda trajetória da universidade. Foram muitas conversas jogadas, muitos debates, muitas torcidas pelo o Verde, muitas risadas, muitas músicas, muitas alegrias. Por isso, agradeço à Ítalo, Brisa, Juliana, Carol Moitinho, Júnior, Jonas Dantas, Jonas Conrado, Dudu e Monique.

Ademais, agradeço às minhas amigas de Petrolina, Fernanda, Débora e Patrícia, por, mesmo pela distância, não deixarem os laços de amizade sumirem, sempre sendo minhas companheiras quando volto para Petrolina.

Por fim, agradeço a meu orientador, Eduardo Jorge, pelos valiosos préstimos na orientação da realização desse Trabalho e pela disponibilidade em me auxiliar.

A todos, enfim, meu **MUITO OBRIGADO**, pois, essa vitória é uma soma de toda a torcida e o apoio que cada um de vocês me trouxe.

*“Não sou nada.  
Nunca serei nada.  
Não posso querer ser nada.  
À parte isso, tenho em mim todos os sonhos do mundo.”  
(Fernando Pessoa)*

## RESUMO

O Processo Penal, sendo um dos ramos do processo geral, tem por finalidade a persecução criminal para desvendar a verdade dos fatos quando envolve a prática de delitos, sendo o instrumento necessário para auferir a culpa ou não de um indivíduo acusado em uma ação penal. Dessa forma, é por meio do instituto das provas que a verdade real será demonstrada, sendo necessária a colheita de provas para, no processo penal, garantir a veracidade das alegações feitas e, assim, ajudar o magistrado na formação do seu convencimento. Assim, sendo as provas um direito das partes no processo, como todo direito, o direito de provas também é limitado. Tal limitação no processo penal provém tanto da Constituição Federal, quando inadmite as provas ilícitas, em seu art. 5º, LVI, quanto do art. 157, do Código de Processo Penal, que proíbe as provas ilícitas e também as provas ilícitas derivadas. Com essa limitação das provas ilícitas, a busca da verdade real acaba se tornando um objetivo secundário do processo penal, já que, mesmo que uma prova ilícita demonstre uma reconstrução dos fatos, de forma convincente, a prova não poderá ser utilizada pelo magistrado para seu convencimento, visto que agride um direito fundamental. Por isso, surge a teoria da proporcionalidade, que, pela ponderação de interesses, demonstrará que, em certos casos, interesses defendidos por uma prova ilícita se torna mais relevante do que aqueles que a prova ilícita contradiz. Dessa forma, objetiva-se neste trabalho traçar as possibilidades em que a prova ilícita *pro societate* deverá ser admitida para a defesa de direitos muito mais abrangentes que um único direito contrariado. Para isso, será necessária a utilização de uma metodologia com método de abordagem dedutivo, com técnica de pesquisa embasada em levantamentos de dados documentais, através de bibliografias, jurisprudências e artigos científicos, para se conseguir partir de uma premissa geral e, no fim, concluir-se por premissas de interpretações particulares acerca do assunto.

**Palavras-chave:** Principio da Verdade Real; Processo Penal; Provas ilícitas; Provas ilícitas *pro societate*; Teoria da proporcionalidade.

## ABSTRACT

The Criminal Procedure, being one of the branches of the general process, has the purpose of criminal prosecution to uncover the truth of the facts when it involves the practice of crimes, being the necessary instrument to receive the guilt or not of an accused individual in a criminal action. In this way, it is through the institute of evidence that the real truth will be demonstrated, and it is necessary to collect evidence in order to guarantee the veracity of the allegations made in the criminal proceedings and thus assist the magistrate in forming his conviction. Thus, since the evidence is a right of the parties to the proceedings, like any right, the right of evidence is also limited. Such limitation in the criminal proceeding comes both from the Federal Constitution, when it disallows the illicit evidence, in its art. 5º, LVI, and of art. 157 of the Code of Criminal Procedure, which prohibits illicit evidence and also illicit evidence derived therefrom. With this limitation of illicit evidence, the search for real truth ends up becoming a secondary objective of the criminal process, since, even if an illicit evidence demonstrates a reconstruction of the facts, convincingly, the evidence can not be used by the magistrate for his Conviction, since it violates a fundamental right. That is why the theory of proportionality arises, which, by weighing interests, will show that in certain cases, interests defended by unlawful evidence become more relevant than those that the illicit evidence contradicts. In this way, the objective of this paper is to outline the possibilities in which the pro-illegal probative evidence should be admitted for the defense of rights that are much more comprehensive than a single right contradicted. To do so, it will be necessary to use a methodology with a deductive approach, with a research technique based on documentary data surveys, through bibliographies, jurisprudence and scientific articles, to be able to start from a general premise and, in the end, conclude Based on particular interpretations of the subject.

**Keywords:** Criminal proceedings; Illicit evidence; Principle of Real Truth; Procures illicit pro societate; Theory of proportionality.

## **LISTAS DE SIGLAS E ABREVIATURAS**

**CPP** – Código de Processo Penal

**STF** – Supremo Tribunal Federal

**STJ** – Superior Tribunal de Justiça.

**CP** – Código Penal

**Art.** – Artigo

**CF** – Constituição Federal

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b> .....	<b>11</b>
<b>2 DAS PROVAS NO PROCESSO PENAL</b> .....	<b>15</b>
2.1 Conceito e finalidade das provas no processo penal .....	15
2.2 Do objeto da prova no processo penal .....	18
2.3 Meios de prova no processo penal .....	20
2.4 Ônus da prova no processo penal .....	23
2.5 Sistema de avaliação de provas no processo penal .....	28
<b>3 DAS PROVAS ILÍCITAS NO PROCESSO PENAL</b> .....	<b>30</b>
3.1 Distinção doutrinária entre prova ilícita e prova ilegítima e o conceito de provas ilícitas .....	31
3.2 Da inadmissibilidade das provas ilícitas no processo penal .....	35
3.3 Teoria dos frutos da árvore envenenada (provas por derivação) .....	40
3.4 Teorias de atenuação da exclusão das provas ilícitas derivadas adotadas no brasil.....	42
<b>3.4.1 Teoria da fonte independente</b> .....	<b>42</b>
<b>3.4.2. Teoria da descoberta inevitável</b> .....	<b>45</b>
<b>4. AS POSSIBILIDADES DE ADMISSÃO DAS PROVAS ILÍCITAS NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO.</b> .....	<b>47</b>
4.1 Uma análise do princípio da verdade real e sua conexão com a admissibilidade de provas ilícitas. ....	47
4.2 Uma visão geral da teoria da proporcionalidade .....	50
4.3 A Teoria da Proporcionalidade e as possibilidades de utilização da prova ilícita no processo penal .....	53
<b>4.3.1. A teoria da proporcionalidade e a utilização da prova ilícita <i>pro reo</i></b> .....	<b>53</b>
<b>4.3.2. A teoria da proporcionalidade e a possibilidade de utilização da prova ilícita <i>pro societate</i></b> .....	<b>56</b>
<b>5 CONSIDERAÇÕES FINAIS</b> .....	<b>63</b>
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	<b>67</b>

## 1 INTRODUÇÃO

O Direito Penal e o Direito Processual Penal são mecanismos do sistema jurídico brasileiro para tutelar a sociedade quando esta se encontra diante a prática de um delito. Quando determinado delito ocorre, o ofendido tem o direito subjetivo e público de buscar o Estado para garantir uma prestação jurisdicional, com o intuito de se ver aquele que praticou o crime devidamente punido, na medida de sua culpa. Dessa forma, o Estado tem o *Ius Puniendi* de punir aqueles que cometem uma conduta que se amolde nos tipos penais do Código Penal Brasileiro e se comprovam no decorrer de um processo de instrução e julgamento, consolidada pelas as regras do Direito Processual Penal.

Assim, antes de se obter a punição, o Estado buscará através do Direito Processual Penal, as regras a fim de se alcançar uma persecução penal justa, que possa revelar a verdade real dos fatos. Com isso, é poder-dever do Estado garantir uma tutela jurisdicional aos seus governados e ir à busca da verdade real quando determinado delito ocorre. Ainda mais, quando o acusado, em um processo penal, realmente é provado como o culpado de algum delito, é dever do Estado, puni-lo.

Nesse diapasão, com o intuito de se demonstrar a verdade real dos fatos, para que, no fim, se obtenha a formação da convicção do juiz acerca da culpa ou não do acusado, é que se existirá o instituto das provas. É por meio das provas que será representado ao magistrado, da maneira mais aproximada da realidade, a verdade real dos fatos, para que, no fim do julgamento, se obtenha uma sentença justa e condizente com essa mesma verdade.

Dessa forma, a prova é um direito das partes, visto que somente através delas é que se comprovará ou não as alegações feitas durante o processo.

No entanto, como todo direito, o direito de prova não é absoluto. A Constituição Federal, em seu art. 5º, LVI, limita o direito de provas quando proíbe a utilização de provas ilícitas no processo. Na mesma direção, o Código de Processo Penal, no seu art. 157, é ainda mais taxativo quando, além de proibir a utilização das provas ilícitas, ordenando o seu desentranhamento do processo, também proíbe as provas ilícitas derivadas.

Tal proibição ocorre com o fundamento de que é necessário proteger a sociedade de arbítrios de autoridades, quando da colheita de prova, visto que, se não proibida as provas ilícitas dentro do processo, o Estado, para obter provas

condizentes com suas vontades, se prestaria a ferir várias garantias constitucionais e direitos fundamentais do cidadão.

De fato, é um fundamento bastante válido para se apoiar a proibição das provas ilícitas. No entanto, como justificativa desse trabalho, é preciso considerar que, em alguns casos graves, a permissão da regra da inadmissibilidade absoluta das provas ilícitas se torna descabida, quando é completamente incontrovertida a culpa de um indivíduo ou de indivíduos na realização de certa conduta criminosa e o processo penal, por muitas vezes, amparado pela impossibilidade de utilização de provas ilícitas que possam esclarecer a verdade dos fatos, preferem relevar direitos individuais do acusado á relevar direitos que venham a proteger toda uma sociedade.

Por essa linha de entendimento, foi que começou a surgir a teoria da proporcionalidade, teoria alemã, que tem como objetivo, em casos de conflitos entre garantias constitucionais e interesses individuais e coletivos, ponderar tais interesses para, com ajuda de um senso comum, resolver prevalecer o interesse mais relevante para aquela situação.

Porém, a aceitação das provas ilícitas *pro societate* (aquelas que beneficiam a sociedade), com fundamento na teoria da proporcionalidade, ainda é bastante crucificada dentro do processo penal Brasileiro, não sendo, ainda, admitida pelos tribunais brasileiros, mesmo que, boa parte da doutrina já defende que, em determinados casos, é necessário a utilização da teoria da proporcionalidade para considerar a utilização de provas ilícitas que possam beneficiar a sociedade.

São justamente essas possibilidades de utilização de provas ilícitas *pro societate*, através da aplicação da teoria da proporcionalidade, da qual parte da doutrina defende, que reside o objetivo de discussão do presente trabalho.

O questionamento que se faz é até que ponto as provas, como o único meio de comprovar a verdade real dos fatos, poderá ser limitada pela proibição da utilização das provas ilícitas *pro societate*? Seria possível a utilização das provas ilícitas *pro societate*, com fundamento na Teoria da Proporcionalidade? Se é possível, em quais situações deve ser tais provas admitidas?

Dessa forma, esse trabalho monográfico possui uma metodologia envolvendo um método de abordagem dedutivo, partindo de uma ou mais premissas gerais e chegando a uma ou mais conclusões particulares.

Possui, ainda, um método de procedimento comparativo e monográfico, os quais respectivamente buscam semelhança do postulado com outros institutos jurídicos pátrios.

Por fim, terá uma técnica de pesquisa baseando-se em documentação indireta, envolvendo a pesquisa bibliográfica e documental, as quais se baseiam em teses universitárias, relatórios técnicos, artigos em revistas científicas, documentos, entre outros, para se chegar a conclusão acerca do questionamento levantado.

Para tanto, no primeiro capítulo, serão tecidas considerações acerca dos principais pontos necessários a se entender sobre o instituto das provas, justamente para se compreender a importância do instituto, dentro do processo penal, já que é o instituto que demonstra a verdade real dos fatos e forma a convicção do juiz. Por isso, será analisado o conceito e a finalidade das provas, seu objeto, a maneira que o Processo Penal trata o ônus da prova, como os meios do processo são tratados no processo penal e, por fim, considerações sobre o sistema pelo qual as provas são analisadas pelo juiz, dentro do processo penal. Para isso, serão analisados entendimentos consignados por vários doutrinadores do processo e expostas de maneira justa dentro do trabalho.

Por sua vez, no segundo capítulo, depois de estudado os principais pontos acerca do instituto de provas, adentrar-se-á no âmbito das provas ilícitas, sendo feitas considerações acerca da distinção que a doutrina faz entre provas ilícitas e provas ilegítimas, com o intuito de se concluir se a Constituição Federal e o Código de Processo Penal trouxeram diferenciações entre elas quanto ao tratamento na proibição das provas ilícitas. Além do mais, o estudo das provas ilícitas será feito para que, no fim, se possa entender o porquê de as provas ilícitas serem proibidas dentro do processo e qual seu maior fundamento para que exista no direito processual penal Brasileiro. Ao final do segundo capítulo, serão tecidas considerações sobre as provas ilícitas derivadas e suas atenuações, com a finalidade de um estudo completo do Art. 157, do Código de Processo Penal, que institui a proibição das provas ilícitas e suas derivadas.

Por derradeiro, chegando-se ao terceiro e último capítulo, buscar-se-á, primeiramente, fazer-se uma análise do princípio da verdade real, com o intuito de se demonstrar sua importância como objetivo do processo penal e seu vínculo com o instituto das provas, para que se possa entender o prejuízo que a inadmissibilidade das provas ilícitas, em alguns casos, possa trazer quando da

busca da verdade real. Ademais, para se defender o ponto de vista que neste trabalho é analisado, far-se-á, enfim, uma análise da teoria da proporcionalidade e os objetivos e consequências de sua aplicação, para se compreender o porquê de ser a teoria da proporcionalidade o maior fundamento para aceitação das provas ilícitas no processo penal brasileiro. Ato contínuo, por fim, em conexão com a teoria da proporcionalidade, será feita uma análise das possibilidades de admissibilidade de provas ilícitas, iniciando-se com as provas ilícitas *pro reo*, em busca do motivo pelo qual essas já são bastante aceitas pelos tribunais brasileiros.

Por fim, no último ponto deste trabalho, serão analisadas as possibilidades em que as provas ilícitas *pro societate* deveriam também ser, com a aplicação da teoria da proporcionalidade, assim, como as provas ilícitas *pro reo*, aceitas pelos tribunais brasileiros.

## 2 DAS PROVAS NO PROCESSO PENAL

O capítulo em questão se preocupa em fazer uma abordagem ampla acerca dos principais pontos sobre as provas no processo penal, com o objetivo de se entender a importância do instituto no processo e também de demonstrar a definição de alguns aspectos importantes, com intuito de se ter uma percepção mais acertada da problemática verticalizada neste trabalho. Primeiramente, far-se-á uma explanação sobre o conceito e a finalidade das provas, para logo em seguida argumentar sobre os meios de provas, sobre o objeto das provas, dos meios de prova, dos ônus da prova e do sistema de avaliação de provas adotado dentro do processo penal brasileiro, para se entender como o magistrado se comporta no momento da apreciação de uma prova, seja ela lícita ou ilícita.

### 2.1 Conceito e finalidade das provas no processo penal

O processo em si, tanto o processo civil, como o processo penal, existe, porque o sistema de normas jurídicas brasileiro permite ao cidadão um direito subjetivo e autônomo de ação. Em explicação, quando há um conflito na sociedade, o sistema de normas permite que o indivíduo ingresse no judiciário, para que tal situação seja resolvida. De certa forma, o delito também se expressa como um conflito. Quando um delito ocorre, o indivíduo possui o direito de ação para que as circunstâncias de tal crime sejam discutidas e, assim, através do *jus puniendi*, o Estado puna aquele que se considere culpado ou absolva aquele que se comprove inocente, após todo o trâmite processual. Tal direito de ação é previsto na própria Constituição Federal, no art. 5º, XXXV, que defini que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (BRASIL, 1988).

Renato Brasileiro bem discorre sobre tal entendimento, afirmando que:

Com efeito, de nada adianta o Estado assegurar á 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 necessário a comprovar, perante o órgão julgador, as alegações feitas ao longo do processo. Há de se assegurar ás partes, portanto, todos os recursos para o oferecimento da matéria probatória, sob pena de cerceamento de defesa ou de acusação. (BRASILEIRO, 2016, p.571)

Dessa forma, se é garantido ao cidadão o direito de ação para que sejam resolvidos conflitos, automaticamente devem ser garantidos todos os recursos disponíveis para que o indivíduo possa provar as circunstâncias da situação, para que assim o juiz julgue da melhor forma possível.

Nessa perspectiva, o conceito de prova pode ser entendido como um instrumento pelo o qual a parte, dentro de uma instrução probatória, se utiliza para convencer o órgão julgador das alegações feitas no decorrer do processo. O objetivo primordial da prova, portanto, é convencer o juiz dos fatos e aproximá-lo dos acontecimentos, já que o magistrado não se encontrava presente no momento do delito, e não tem conhecimento dos fatos do ocorrido. É pelas provas que haverá o convencimento do juiz sobre as alegações feitas. Assim, é através das provas que vai ser demonstrado ao juiz a verdade real dos fatos, para que assim, diante dessa reconstrução aproximada dos acontecimentos, o juiz possa julgar de forma justa e correta.

De maneira singular, Távora e Alencar explicam:

A demonstração da verdade dos fatos é feita por intermédio da utilização probatória, e a prova é tudo aquilo que contribui para a formação do convencimento do magistrado, demonstrando os fatos, atos, ou até mesmo o próprio direito discutido no litígio. Intrínseco em seu conceito está a sua finalidade, o objetivo, que é a obtenção do convencimento daquele que vai julgar, decidindo a sorte do réu, condenando ou absolvendo. (TÁVORA; ALENCAR, 2016, p.826)

Destarte, prova é todo meio utilizado no decorrer do processo com o intuito de reconstrução dos acontecimentos, para se chegar o mais próximo possível da verdade real dos fatos. O objetivo disso é convencer o magistrado das alegações feitas no decorrer da instrução probatória, para que, assim, no fim, o órgão julgador, através do que foi demonstrado, obtenha a melhor certeza sobre a sentença a ser proferida.

Aprofundando-se mais sobre o conceito de prova, para muitos autores, há três sentidos para o termo prova: o ato de provar, o meio de prova e o resultado da prova.

O ato de provar seria, o que já dito anteriormente, o ato de comprovar e afirmar o que está sendo alegado dentro do processo, em outras palavras, seria o ato de convencer o juiz acerca dos fatos. Em seguida, o meio de prova seria todos

os instrumentos que estariam ao alcance das partes para que se busque a verdade dos fatos. No sistema processual penal brasileiro, todos os meios de provas são permitidos, desde que sejam lícitas. Por fim, quanto ao resultado da prova, esta se refere ao resultado final do que foi colhido, ou seja, a formação do convencimento do juiz acerca de uma verdade dos fatos.

Nucci, sobre tal assunto, discorre:

Há, fundamentalmente, três sentidos para o termo prova: a) ato de provar: é o processo pelo qual se verifica a exatidão ou a verdade do fato alegado pela parte no processo (ex.:fase probatória); b) *meio*: trata-se do instrumento pelo qual se demonstra a verdade de algo (ex.:prova testemunhal); c) *resultado da ação de provar*: é o produto extraído da análise dos instrumentos de provas oferecidos, demonstrando a verdade de um fato. (NUCCI, 2014, p.299)

Por mais que não seja possível se chegar a uma verdade irrefutável sobre o ocorrido, sempre é possível se chegar a uma verdade da qual todas ou a maioria das provas apontam, sendo o suficiente para fazer o juiz formar uma convicção certa. Quando um juiz chega a uma sentença, no fim da instrução probatória, ele demonstra a sua convicção e o convencimento sobre qual verdade dos fatos as provas lhe apontaram.

Quanto a finalidade das provas, no processo penal, ela é bastante definida. Como já discutido no ponto anterior, a prova se trata do recolhimento de elementos que possam comprovar os fatos de uma situação debatida dentro do processo e das alegações feitas pelas partes. A partir dessa premissa, a finalidade da prova no processo penal, trata-se, primordialmente, de formar o convencimento do juiz sobre o que é afirmado dentro da instrução criminal.

De acordo com Norberto Avena:

No processo penal, a produção da prova objetiva auxiliar na formação do convencimento do juiz quanto a 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. (AVENA, 2014, p.441)

No mesmo entendimento, Renato Brasileiro:

A finalidade da prova é a formação da convicção do órgão julgador. Na verdade, por meio da atividade probatória desenvolvida ao longo do processo, objetiva-se a reconstrução dos fatos investigados na fase

extraprocessual, buscando a maior coincidência possível com a realidade histórica. (BRASILEIRO, 2016, p.576)

Assim, de acordo com os autores, as provas produzidas em juízo não se destinam as partes do processo, mas, ao juiz, o responsável pelo julgamento da demanda. As partes não precisam ser convencidas, afinal, elas estavam presentes no momento dos fatos e são elas que expõem sobre o ocorrido, portanto, elas necessitam demonstrar que aquilo que afirmam ter acontecido é a verdade. Quem necessita ser convencido é o juiz, responsável pela sentença definitiva de procedência ou improcedência, e que não se encontrava no momento dos fatos. Portanto, as provas são dirigidas ao juiz, com o objetivo da formação de sua convicção sobre a verdade de algo. Dessa maneira, a finalidade da prova é a reconstrução mais aproximada da realidade do ocorrido, para formação do convencimento do órgão julgador.

## 2.2 Do objeto da prova no processo penal.

O objeto da prova são os fatos da qual o juiz deve tomar conhecimento para a efetiva resolução do processo. Não somente os fatos, mas, toda alegação produzida dentro do processo penal, da qual se tenha dúvidas da sua certeza e inteireza. O objeto da prova no processo penal é o que deve ser demonstrado ao juiz, para que este tenha conhecimento. Quando uma alegação sobre um fato ocorrido é feita dentro da instrução probatória, se há dúvidas acerca de tal alegação, o objeto da prova será justamente a busca da confirmação de tal alegação. Quando ocorre um delito, o juiz necessita ter conhecimento dos fatos que produziu tal delito. Dessa forma, são esses fatos que serão objeto de provas dentro de uma instrução probatória.

Assim, corrobora Fernando Capez quando afirma que o: “objeto da prova é toda circunstância, fato ou alegação referente ao litígio sobre os quais pesa incerteza, e que precisam ser demonstrados perante o juiz para o deslinde da causa” (CAPEZ, 2016, p.398).

NUCCI (p. 357, 2016) também discorre que “o réu defende-se dos fatos, e não da tipificação jurídica dada a estes”.

Dessa forma, dentro do processo penal, o réu, no seu direito de defesa, não vai provar que é a tipificação jurídica da qual está sendo julgado que está incorreta, mas, tentará provar que os fatos que se adequaram na tipificação jurídica é que não aconteceram ou estão incorretos. É como diz o famoso brocardo latim *mihi factum, dabo tibi ius* (me dá os fatos, e eu te darei o direito). Assim, as partes demonstram os fatos comprovadamente e o juiz decide qual tipificação jurídica se amolda naqueles fatos. No entanto, além de dizer os fatos, tais fatos precisam ser provados, para que assim o juiz os adeque juridicamente de maneira correta.

Conquanto, é necessário apontar que há alguns fatos alegados em juízo que não necessitam de provas. É o caso dos fatos notórios, os fatos axiomáticos e as presunções legais.

Os fatos notórios, em termos simples, são aqueles fatos em que todos possuem conhecimento deles; são os fatos nacionalmente conhecidos e atuais, não podendo, entretanto, serem referentes a uma comunidade específica. Exemplo de fatos notórios são os feriados nacionais, como bem pontua Fernando Capez:

Fatos notórios (aplica-se o principio *notorium non eget probatione*, ou seja, o notório não necessita de prova). É o caso da verdade sabida: por exemplo, não precisamos provar que no dia 7 de setembro comemora-se a Independência, ou que a água molha e o fogo queima. Fatos notórios são aqueles cujo conhecimento faz parte da cultura de uma sociedade. (CAPEZ, 2016, p.361)

Quanto aos fatos axiomáticos, são aqueles considerados evidentes, pela própria intuição, possuindo uma certeza irrefutável acerca deles. São fatos que não possuem discussão sobre a sua veracidade, pois, é óbvio a sua existência. Novamente, Fernando Capez aponta que:

*Fatos axiomáticos ou intuitivos*: aqueles que são evidentes. A evidência nada mais é do que um grau de certeza que se tem do conhecimento sobre algo. Nesses casos, se o fato é evidente, a convicção já está formada; logo, não carece de prova. Por exemplo, no caso de morte violenta, quando as lesões externas forem de tal monta que tornarem evidente a causa da morte, será dispensado o exame de corpo de delito interno (CPP, art. 162, parágrafo único). (CAPEZ, 2016, p.361)

Por fim, têm-se as presunções legais que não precisam ser provadas, porque, a sua certeza provém da lei. Sua convicção e veracidade são presumidas porque está previsto em lei. Porém, elas podem ser divididas em presunções

absolutas, que são as que não admitem prova em contrário, e as presunções relativas, da qual é possível a apresentação da prova em contrário. Avena tão bem define:

*Presunções legais:* são juízos de certeza que decorrem da lei. Classificam-se em absolutas (presunção *jure et de jure*) ou *relativas* (presunções *juris tantum*). As primeiras não aceitam prova em contrário, sendo exemplo a condição de inimputável do indivíduo menor de dezoito anos. Já as segundas admitem a produção de prova em sentido oposto, como a presunção de imputabilidade de maior de dezoito anos, que pode ser descaracterizada a partir de laudo de insanidade mental apontando que o indivíduo não possui discernimento. (AVENA, 2014, p.442)

Para finalizar, é preciso apontar que, diferentemente do processo civil, que dispensa a produção de provas para confirmar um fato incontroverso, que são fatos dos quais não são contestados no andamento da instrução criminal, no processo penal não é dispensada a produção de provas quando existente um fato incontroverso. O próprio juiz, amparado pelo Código de Processo Penal pode determinar a realização de diligências para dirimir dúvidas acerca de um ponto relevante. Dessa forma, o fato incontroverso não tem o condão de dispensar a produção de provas para confirmá-lo. Norberto Avena é que bem ressalta:

Consideram-se incontroversos os fatos incontestes, ou seja, que não foram refutados ou impugnados pelas partes. Estes, ao contrário do que ocorre no processo civil (art. 334, III, do CPC), não dispensam a prova, podendo o juiz, inclusive, a teor do art. 156, II, do CPP, determinar, no curso da instrução ou antes de proferir de sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante. (AVENA, 2014, p.442)

Enfim, como os fatos são os principais pontos a serem discutidos e reestruturados dentro de um processo criminal, para que se chegue à conclusão de serem reais ou não, são eles os objetos das provas produzidas na instrução probatória. No entanto, os fatos notórios, os fatos axiológicos e as presunções legais absolutas são categorias que dispensam a produção de provas, por sua veracidade já ser comprovada pela própria explicitação na lei.

### 2.3 Meios de prova no processo penal

Os meios de provas no processo penal se tratam de todos os instrumentos, todos os recursos disponíveis e utilizados na instrução criminal, para a finalidade de revelar a verdade real dos fatos, como bem pontuou Fernando Capez:

Em primeiro lugar, a título de esclarecimento, convém salientar que o meio de prova compreende tudo quando possa servir, direta ou indiretamente, à demonstração da verdade que se busca no processo. Assim, temos: a prova documental, a pericial, a testemunhal, etc. (CAPEZ, 2016, p.394)

Assim como Marcus Vinícius Gonçalves que definiu meios de provas como “mecanismos que podem ser usados no processo para investigação e demonstração dos fatos. São os tipos genéricos de provas que se admitem no processo” (GONÇALVES, 2016, p.394).

Conquanto, como no Direito Processual Penal Brasileiro vigora a liberdade probatória, ou seja, são livres todos os meios de provas, estes meios podem ser típicos (nominados) ou atípicos (inominados). Os meios de provas típicos são aqueles previstos em lei, mais especificamente no rol dos artigos 158 a 250, do CPP, e os meios de provas atípicos são aqueles que não estão previstos no ordenamento jurídico.

Nessa vênua, escreve Nucci:

A busca da demonstração da verdade nos faz assumir uma vertente libertária na produção probatória. O CPP não traz de forma exaustiva todos os meios de prova admissíveis. Podemos, nesse viés, utilizar as provas nominadas, que são aquelas disciplinadas na legislação, trazidas nos arts. 158 a 250, do CPP, e também as inominadas, é dizer, aquelas ainda não normatizadas (atípicas). (NUCCI, 2016, p.359)

Assim, o CPP não se preocupou em elencar exaustivamente um rol taxativo de meios de provas, visto que no sistema processual penal brasileiro, há uma liberdade probatória, sendo possível às partes ou até mesmo ao juiz, de ofício, requisitar a produção de provas por um meio não previsto em lei. Portanto, o rol elencado nos Arts. 158 a 250, do CPP, trata-se de um rol meramente exemplificativo, sendo possível a utilização de outros meios que não previstos nesse rol, desde que, porém, esse tal meio não contrarie o ordenamento.

Do mesmo modo, aduz Leonardo Barreto Moreira Alves:

Nesse trilhar, impende registrar que o CPP, atento ao princípio da busca da verdade real, não apresenta um rol taxativo dos meios de prova lícitos. As

provas disciplinadas nos artigos 158 a 250 do Codex se tratam simplesmente dos meios de prova típicos ou nominados. Mas, além deles, existem os meios de prova atípicos ou inominados, que são aqueles não previstos em lei. (ALVES, 2016, p.333)

Desse modo, devido ao princípio da busca da verdade real que rege o sistema processual penal, é possível a utilização de qualquer meio de prova, que seja capaz de demonstrar a verdade dos fatos e formar o convencimento do juiz, para que, no fim, ele seja capaz de julgar em consonância com o que foi demonstrado. Não podem as partes ficar adstritas a um rol taxativo, quando é possível encontrar a verdade dos fatos por outros meios. Tais limitações, se houvesse, prejudicariam a essência do objetivo da instrução criminal, que seria a busca da verdade e da justiça no caso concreto.

Em consonância, Fernando Capez:

Como é sabido, vigora no direito processual penal o princípio da verdade real, de tal sorte que não há de se cogitar qualquer espécie de limitação a prova, sob pena de frustrar o interesse estatal na justa aplicação da lei. Tanto é verdade essa afirmação que a doutrina e a jurisprudência são unânimes em assentir que os meios de provas elencados no Código de Processo Penal são meramente exemplificativos, sendo perfeitamente possível a produção de outras provas, distintas daquelas ali enumeradas. (CAPEZ, 2016, p.359)

No entanto, tal liberdade probatória não é absoluta, visto que sofre algumas limitações, mesmo que tal limitação possa prejudicar na busca da verdade real, em alguns casos. Nessa linha, a primeira limitação probatória é a prevista no art. 155, parágrafo único, do CPP, que assevera que “somente quanto ao estado das pessoas, serão observadas as restrições estabelecidas na lei civil” (BRASIL, 2016). Em seguida, a segunda limitação é justamente as provas obtidas por meio ilícitos, prevista tanto no art. 5º, inciso LVI, da Constituição Federal, como no Art. 157, *caput*, visto que tais provas ilícitas são proibidas de serem utilizadas por contrariarem o ordenamento jurídico e também por prejudicar a moral e os bons costumes.

Assim, assevera Guilherme de Sousa Nucci:

Os meios de provas podem ser lícitos - que são admitidos pelo ordenamento jurídico - ou ilícitos - contrários ao ordenamento. Somente os primeiros devem ser levados em conta pelo juiz. 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 direito. (NUCCI, 2014, p.2014)

Destarte, os meios de provas, entendido como todo instrumento ou recurso disponível e capaz de ser utilizado dentro do processo, com o intuito de demonstrar a verdade dos fatos, são regidos pela liberdade probatória, que admite a execução de qualquer meio de prova no processo, desde que seja lícito e não contrarie a moral e os bons costumes.

#### 2.4 Ônus da prova no processo penal

O ônus da prova é um encargo da qual as partes possuem de produzir provas, para a finalidade da formação da convicção do juiz. Portanto, por se tratar de um encargo, a parte não está obrigada a produzir provas. A formação de provas pela parte, para o fim do convencimento do juiz, dessa forma, não se trata de uma obrigatoriedade, mas, de uma possibilidade ou de uma facultatividade das partes.

Nessa linha, se a defesa, por exemplo, deixa de produzir provas, ela não sofrerá nenhuma punição e tampouco, a sua falta de apresentação de provas, afirmará a concordância da parte com as alegações da parte contrária. Do mesmo modo, se a acusação faz uma alegação, porém, não apresenta provas para coadunar com aquela alegação, não significará que o alegado se trata de uma inverdade. No entanto, as consequências advindas pela falta de realização de tal ato processual pode ser a falta de benefícios da qual a produção de provas poderia oferecer a parte que deixou de fazer e eventual perda da causa, pela inconsistência das alegações. Ainda assim, a falta de produção de provas pelas partes não é uma atitude que fere o ordenamento jurídico, visto que a lei apenas possibilita e faculta tal ônus.

Fernando Capez discorre sobre isso:

A principal diferença entre obrigação e ônus reside na obrigatoriedade. Enquanto na obrigação a parte tem o dever de praticar o ato, sob pena de violar a lei, no ônus o adimplemento é facultativo, de modo que o seu não cumprimento não significa atuação contrária ao direito. Neste último caso, contudo, embora não tendo afrontado o ordenamento legal, a parte arcará com o prejuízo decorrente de sua inação ou deixará de obter a vantagem que adviria de sua atuação. (CAPEZ, 2016, p.395)

Assim, mostra-se que, apesar da parte renunciar a seu direito de provas, não apresentando provas para fortalecer as suas alegações dispostas na ação, ela não sofrerá nenhuma consequência, visto que a prova se trata de um encargo e não uma obrigação. Porém, sem a apresentação de provas, a sua alegação poderá se tornar fraca, sendo mais plausível ao juiz julgar a favor daquele que, na instrução probatória, colhe elementos de provas para demonstrar a verdade de suas alegações do que àquele que não o faz.

Do mesmo modo, Távora e Alencar:

A demonstração probatória é uma faculdade, assumindo a parte omissa as consequências de sua inatividade, facilitando a atividade judicial no momento da decisão, já que aquele que não foi exitoso em provar, provavelmente não terá reconhecido o direito pretendido. (TÁVORA; ALENCAR, 2016, p.374)

Nessa linha, Fernando Capez, afirma que: “o ônus da prova é, pois, o encargo que têm os litigantes de provar, pelos meios admissíveis, a verdade dos fatos” (CAPEZ, 206, p396), ou seja, o ônus da prova é uma facultatividade das partes de apresentarem provas para demonstrar as alegações formuladas e formar o convencimento do juiz, sobre qual é a verdade dos fatos.

Nesse diapasão, o art. 156, 1º parte, do Código de Processo Penal, estabelece que “a prova da alegação incumbirá a quem a fizer” (BRASIL, 2016).

Dessa forma, em regra, o ônus da prova é da acusação, visto que é o autor da ação penal, quando alega, na peça inicial da ação, ser o réu culpado de algum delito. Assim, a acusação tem o encargo de provar sobre a materialidade (existência do delito), a autoria, o dolo ou culpa e de circunstâncias que possam agravar a pena.

Em seguida, o ônus da defesa é exceção, principalmente, levando-se em conta o princípio da presunção de inocência, que se trata do princípio que, de acordo com o art. 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, estabelece que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” (BRASIL, 1988). Assim, a defesa, excepcionalmente, possui o ônus da prova de apresentar aquilo que desconstrua as alegações da acusação, qual seja, provas de excludentes de ilicitude, de culpabilidade, causas de extinção da punibilidade (art. 107, do CP) e de circunstâncias que mitiguem a pena.

Em consonância, Norberto Avena escreve:

Portanto, a prova cabe àquele que afirma determinado ato, fato ou circunstância, seja a acusação ou a defesa, não sendo verdade que somente o autor da ação penal tenha esta incumbência. Tudo dependerá da natureza da alegação. Neste contexto, à acusação caberá provar a existência do fato imputado e sua autoria, a tipicidade da conduta, os elementos subjetivos de dolo ou culpa, a existência de circunstâncias agravantes e qualificadoras. Já à defesa, por outro lado, incumbirá a prova de eventuais causas excludentes de ilicitude, de culpabilidade e de tipicidade, circunstâncias atenuantes, minorantes e privilegiadoras que tenha alegado. (AVENA, 2014, p.449)

No entanto, em razão do princípio da presunção de inocência e, conseqüentemente, do injusto princípio do *in dubio pro reo*, da qual postula que, em caso de dúvida, deve-se decidir em prol do réu, quando alcançar o fim da instrução probatória, se o juiz ainda estiver em dúvida da materialidade ou da autoria, ele deverá sentenciar em benefício do réu, inocentando-o. Ainda que o réu, no decorrer da instrução probatória, não tenha apresentado qualquer prova para coadunar com suas alegações, o juiz, no momento da sentença, se ainda tiver qualquer dúvida e não tiver formado o seu convencimento da imputação feita ao réu, deverá sentenciar e absolvê-lo.

De mesma forma, Távora e Alencar:

É necessário que enxerguemos o ônus da prova em matéria penal á 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. (TÁVORA; ALENCAR, 2016, p. 374)

Diante disso, o réu que não colher provas para fortalecer os fatos apresentados no processo, poderá, ainda assim, ser julgado inocente se o juiz, ao fim da instrução probatória, ainda estiver em dúvida em relação a ponto controvertido, sendo tal situação uma consequência do princípio da presunção de inocência e do *in dubio pro reo*.

Assim como Denise Neves Abade também alega que:

Como consequência da presunção de inocência, o ônus da prova recai sobre a acusação. Qualquer dúvida sobre os fatos levados ao processo deve levar à absolvição. Dessa forma, o processo penal deve visar à verificação da existência dos fatos imputados. (ABADE, 2016, p.233)

Dessa forma, como o ônus da prova é da acusação, que deve demonstrar elementos probatórios acerca da materialidade e da autoria, não deve o juiz, no

momento da sentença, se ainda estiver em dúvida sobre os fatos demonstrados durante o processo, julgar culpado o réu. O juiz, no momento da sentença, se for julgar ser o réu culpado, deve ter certeza dos fatos imputados ao acusado.

Por fim, é necessário apreciar sobre a questão da iniciativa probatória do juiz, permitida pelo o art. 156, incisos I e II, do CPP, que determina,

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; (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)

II - determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008) (BRASIL, 2016)

Assim, apesar do sistema processual penal brasileiro ser um sistema acusatório na gestão das provas, já que, de acordo com Leonardo Barreto Moreira Alves: “são as partes os agentes responsáveis pela instrução probatória” (ALVES, 2016, p.333), em prol do princípio da busca da verdade real, o juiz possui poderes instrutórios quanto a produção de provas, nos dois casos mencionados pela lei.

A primeira hipótese de produção de provas pelo juiz é o caso das provas antecipadas, que ocorre antes mesmo do início da ação penal. A lei possibilita ao juiz ordenar a produção de provas antecipadas, que sejam consideradas urgentes e relevantes, de acordo com a proporcionalidade, a necessidade e adequação. No entanto, a literalidade da lei dá uma vasta abertura ao juiz de liberdade probatória, já que os requisitos permissivos de tal atitude têm certa vagueza em seus significados, podendo ser utilizados de maneira arbitrária. Além do mais, uma atuação forte do juiz na investigação policial, além de ferir o princípio acusatório do sistema processual penal, poderá influir também na imparcialidade do juiz, quando do decorrer do processo. Dessa forma, é preciso ter certa cautela quanto à atuação do juiz na produção de provas anterior ao início da ação, sendo necessária uma interpretação mais restritiva do art. 156, I, CPP.

Do mesmo modo, Norberto Avena:

Neste viés, pensamos que o art. 156, I, do CPP, pela abrangência de sua redação e pela amplitude da faculdade que confere ao magistrado, não admite interpretação literal, requerendo, isto sim, uma exegese que o torne compatível tanto com o sistema acusatório preconizado na Lei Maior. quanto com a verdade real que constitui o objetivo do processo penal.

Seguindo essa linha de raciocínio, não se pode, efetivamente, vislumbrar no dispositivo um permissivo para que o juiz, em qualquer tempo e segundo o seu arbítrio próprio, realize atos de investigação sob o rótulo de produção antecipada de prova, determinando, por exemplo, de ofício, uma interpretação telefônica a partir da simples notícia publicada na imprensa quanto ao envolvimento de certo indivíduo na prática de crimes contra a administração pública, pois estaria o magistrado, neste caso, abdicando da imparcialidade que lhe é imposta pela Constituição e exercendo funções próprias da polícia judiciária e do Ministério Público. (AVENA, 2016, p.450)

A segunda hipótese da qual o magistrado tem o permissivo de exercer a instrução probatória se faz acertada, visto que torna a possibilidade de um julgamento mais justo e uma maneira do juiz procurar formar seu convencimento. Ocorre no caso de quando em dúvida de um ponto controvertido, o juiz tem a possibilidade de ordenar a realização de diligências para que se esclareça tal ponto. Até mesmo quando a instrução probatória tiver chegado ao fim e o juiz tiver em dúvida e não estiver com sua convicção formada, ele pode ordenar a realização de diligências para que o ponto controvertido seja esclarecido ou que sua convicção da verdade real seja formada. Somente depois disso, o juiz, se ainda não estiver convencido da verdade real ou não tiver chegado a qualquer conclusão, mesmo depois da produção de provas ordenada por ele, poderá sentenciar em prol do réu, absolvendo-o, já que a verdade dos fatos não ficou esclarecida.

Na mesma linha de entendimento, Leonardo Barreto Moreira Alves:

Com relação ao disposto no art. 156, inciso II, do CPP, é de se destacar que se o juiz não está satisfeito com as provas produzidas pelas partes, antes de decidir e eventualmente aplicar o princípio do *in dubio pro reo*, deverá determinar a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante da causa; apenas se, após a produção destas diligências, persistir alguma dúvida é que será possível a aplicação do princípio anteriormente mencionado. (ALVES, 2016, p.332)

Dessa forma, o ônus da prova no processo penal, entendido como um encargo das partes para apresentar provas, de acordo com o CPP, é de quem alega, ou seja, em vista do princípio da presunção da inocência e do *in dubio pro reo*, em regra, o ônus da prova é da acusação, sendo ônus da defesa casos excepcionais. Excepcional também, em prol do sistema acusatório seguido pelo o processo penal, é a possibilidade do juiz de, em alguns casos, de ofício, ordenar a produção de provas, sendo estes casos previstos nos incisos I e II, do art. 156, do CPP.

## 2.5 Sistemas de avaliação de provas no processo penal

A importância do estudo do sistema de avaliação de provas para análise da questão da aceitação das provas ilícitas em prol da sociedade se faz pelo o fato de que o sistema de avaliação de provas adotado pelo direito brasileiro, ou seja, o convencimento motivado do juiz, influirá quando o juiz estiver diante de uma prova ilícita que, em alguns casos, deveria ser aceita. Quando da análise do juiz, ele poderá motivar sua sentença, para naquele caso, aceitar tal prova ilícita, em favor da acusação.

Diante disso, far-se-á necessário uma abordagem rápida acerca dos três sistemas de avaliação do magistrado das provas obtidas nos autos. Porém, primeiramente, é preciso destacar que o sistema de avaliação de provas se refere ao destinatário direto das provas, qual seja, o juiz. O juiz, como destinatário direto da produção de provas, é que terá o condão de analisar como as provas apresentadas ao decorrer do processo influirão na sua sentença final. Dessa forma, é o sistema de avaliação de provas que ditará para o juiz a maneira como ele deve se comportar ao apreciar as provas diante dele.

Bem como disse, Távora e Alencar:

A gestão de provas e a respectiva apreciação pela autoridade judicial sofrem variações a depender do sistema adotado. As regras de valoração da prova demonstram a transparência no ato de julgar, revelando o porquê do convencimento que deu ensejo ao provimento jurisdicional, funcionando como fator de conformação das partes e de fiscalização do órgão judicante. (TÁVORA; ALENCAR, 2016, p.378)

Nessa esteia, são três os sistemas de avaliação de provas: o sistema da íntima convicção ou livre convicção ou certeza moral do juiz; o sistema da certeza moral do legislador, das regras legais ou da prova tarifada e, por fim, o sistema do livre convencimento motivado ou persuasão racional.

O primeiro deles, o sistema da íntima convicção ou livre convicção ou certeza moral do juiz, de acordo com Vicente Greco Filho: “tem o juiz ampla liberdade de decidir, convencendo-se da verdade dos fatos segundo critérios de valoração íntima, independente do que consta dos autos ou de uma fundamentação de seu convencimento” (FILHO, 2014,p. 302).

Assim, nesse sistema de avaliação, o juiz não tem obrigatoriedade de motivar a sua decisão, nem justificar acerca do por que as provas constantes dos autos formaram o seu convencimento da maneira que decidiu. É um convencimento íntimo do juiz, da qual ele pode julgar como acredita ser verdade, independentemente da verdade real que as provas dos autos apontem. Tal sistema de avaliação só é aceito no Tribunal de Júri, a qual os jurados decidem com sua íntima convicção, sem a necessidade de justificar suas decisões.

Já em relação ao sistema da prova legal, é o sistema que é contrário ao sistema apresentado anteriormente, visto que no sistema da prova legal as provas possuem pesos e valores, ou seja, o juiz não tem qualquer liberdade para apreciar as provas e sua decisão está totalmente vinculada naquela prova que tem o peso e o valor maior. A única tarefa do juiz é computar e julgar, sendo, assim, um sistema extremamente rígido e, muitas vezes, injusto, visto que a prova de maior valor, muitas vezes, pode ser a que não demonstra a verdade real dos fatos. Tal sistema, no entanto, não é aceito pelo o direito processual penal brasileiro.

Do mesmo modo, Vicente Greco Filho:

Segundo o sistema da prova legal, que é exatamente o oposto do sistema anterior, cada prova tem seu peso e seu valor, ficando o juiz vinculado dosimetricamente às provas apresentadas, cabendo-lhe, apenas, computar o que foi apresentado. No plano histórico, o sistema da prova legal representou a reação extremada ao sistema da convicção íntima, que era evidentemente instrumento de arbítrio, porque de nada adiantava a prova consistente e produzida corretamente se, depois, podia o juiz decidir *secundum conscientiam*. É do sistema da prova legal o brocardo *testis unus testis nullius* (uma só testemunha não tem valor) e tantos outros que limitavam o convencimento do juiz. (FILHO, 2012, p. 303)

Dessa maneira, o sistema da prova legal, por ser tão rígido, era considerado o extremo da livre convicção do juiz, já que, diferentemente da livre convicção, o sistema da prova legal se baseia no peso e no valor que cada prova possui, não existindo, por parte do juiz, um “poder” de avaliar as provas segundo a sua convicção.

Por fim, o último sistema de avaliação de provas é o do livre convencimento motivado, sendo o sistema adotado no Brasil, por força do art. 93, inciso IX da Constituição Federal, que exige a motivação das decisões judiciais, e do art. 155, *caput*, do CPP, que prescreve que:

[...] 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, ressalvas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas. (BRASIL, 2016)

Dessa forma, o sistema do livre convencimento motivado dá liberdade para o juiz na apreciação de provas. Porém, diferentemente do sistema da intima convicção, o magistrado, no momento da sentença, deverá motivar, detalhadamente, a sua apreciação sobre cada prova, vinculando-o às provas constantes no auto, para demonstrar o porquê de sua convicção ter se desenvolvido para o resultado manifestado na fatídica sentença que proferiu.

De maneira clara, Fernando Capez:

Equilibra-se entre os dois extremos acima mencionados. O juiz tem liberdade para formar a sua convicção, não estando preso a qualquer critério legal de prefixação de valores probatórios. No entanto, essa liberdade não é absoluta, sendo necessária a devida fundamentação. O Juiz, portanto, decide livremente de acordo com a sua consciência, devendo, contudo, explicitar motivadamente as razões de sua opção e obedecer a certos balizamentos legais, ainda que flexíveis. (CAPEZ, 2016, p.438)

Enfim, o estudo do sistema de avaliação das provas é importante, porque explica a maneira como o juiz deve se comportar quando da formação de sua convicção, no momento da apreciação das provas. Como já dito, o sistema adotado pelo o processo penal brasileiro, dá liberdade ao juiz no momento de sua apreciação, sendo, no entanto, necessário a sua motivação, para evitar arbítrios no momento da análise das provas, existentes em sistemas como o da intima convicção.

### **3 DAS PROVAS ILÍCITAS NO PROCESSO PENAL**

Após uma explanação geral acerca dos pontos mais relevantes sobre o instituto de provas, far-se-á um estudo mais específico acerca das provas ilícitas e sua inadmissibilidade dentro do processo penal Brasileiro.

Entendendo-se as situações das quais as provas ilícitas são inadmitidas, ficará mais plausível a abordagem das situações das quais as provas ilícitas poderão ser admitidas em prol da sociedade (ou da acusação).

Por isso, necessário se faz explicar sobre o conceito de provas ilícitas e sua distinção doutrinária das provas ilegais, assim como a vedação dessas provas dentro do processo penal. Do mesmo modo, se faz importante uma abordagem sobre as provas ilícitas por derivação (ou a teoria da árvore dos frutos envenenados) e sobre as atenuações da inadmissibilidade dessas mesmas provas derivadas, adotadas pelo Código de Processo Penal e aceitas pela jurisprudência e doutrinas brasileiras.

### 3.1 Distinção doutrinária entre prova ilícita e prova ilegítima e o conceito de provas ilícitas

O direito de prova, como todo e qualquer princípio, não é absoluto, existindo algumas limitações quanto a sua utilização em algumas hipóteses. Tal limitação vem estampada na Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, inciso LVI, ao expressar que “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos” (BRASIL, 1988). Dessa forma, apesar do direito de prova que o indivíduo possui dentro do processo, ele está limitado nesse direito pela inadmissibilidade das provas ilícitas, não podendo, assim, utilizá-las para formar o convencimento do juiz.

Nas palavras de Marcelo Novelino:

Nos termos da Constituição de 1988, são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos (CF, art. 5º, LVI). Criada com a finalidade de evitar futuras violações aos direitos fundamentais, a norma impede que a prova conseguida ilicitamente seja juntada aos autos do processo, sendo irrelevante indagar se o ato ilícito do qual se originou o dado probatório questionado foi praticado por particular ou agente público. (NOVELINO, 2014, p.540)

Apesar da maneira geral da qual a Constituição considera inadmissíveis as provas ilícitas, não fazendo qualquer distinção delas, a doutrina e a jurisprudência, em sua maioria, trazem uma diferença entre provas ilegais, provas ilegítimas e provas ilícitas. As provas ilegais seria o gênero, do qual as provas ilegítimas e as

provas ilícitas seriam a espécie, sendo ambas proibidas de serem utilizadas dentro do processo.

De acordo com Alexandre de Moraes:

As provas ilícitas não se confundem com as provas ilegais e as ilegítimas. Enquanto, conforme já analisado, as *provas ilícitas* são aquelas obtidas com infringência ao direito material, as provas ilegítimas são as obtidas com desrespeito ao direito processual. Por sua vez, as *provas ilegais* seriam o gênero do qual as espécies são as provas as provas ilícitas e as ilegítimas, pois configuram-se pela obtenção com violação de natureza material ou processual ao ordenamento jurídico. (MORAIS, 2016, p.190)

Assim, mais especificamente, as provas ilegítimas seriam todas aquelas provas que, ao serem produzidas, são contraditórias a uma norma de direito processual, ferindo, de alguma forma, o princípio do devido processo legal. A prova ilegítima se refere àquela prova que se produz contrariando um comportamento que a lei prescreve que deve ser feito para o ato processual de colheita de provas, mas, o indivíduo não obedece. Exemplo de prova ilegítima é o caso do laudo pericial feito por apenas um perito não oficial, quando o Código de Processo Penal, no art. 159, §1º, expressamente prescreve a necessidade de dois peritos.

Nesses mesmos termos, Fernando Capez:

*Prova ilegítima.* Quando a norma afrontada tiver natureza processual, a prova vedada será chamada de ilegítima. Assim, será considerada prova ilegítima: o documento exibido em plenário do Júri, com desobediência ao disposto no art. 479, *caput* (CPP); o depoimento prestado com violação a regra proibitiva do art. 207 (CPP) (sigilo profissional) etc. (CAPEZ, 2016, p. 401)

Quanto à prova ilícita, no entanto, ela não se caracteriza por, quando produzida, infringir uma norma de natureza processual, mas, se caracteriza por, quando produzida, infringir uma norma de natureza material. Nessa linha de raciocínio, a prova ilícita se perfaz quando uma garantia constitucional ou legal é contrariada, ou quando a prova é produzida com o cometimento de crime ou contravenção penal. Exemplo clássico de prova ilícita é o caso da interceptação telefônica realizada sem a autorização judicial, visto que, neste caso, a prova produzida contradiz a garantia do direito de privacidade do cidadão, prevista na Constituição Federal.

Para melhor entendimento, Ana Flávia Messa explica:

Em sentido amplo, prova ilícita é a proibida pela moral, pelos bons costumes e princípios gerais do direito; em sentido restrito, é a proibida em lei. Violar direito material é violar a forma de obter a prova (escuta telefônica não autorizada, por exemplo). Violar o direito processual é violar a forma de introduzir a prova no processo (prova da morte da vítima pela simples confissão do réu). (MESSA, 204, p. 459)

Em sintonia, a prova ilícita, em sentido geral, é aquela produzida contrariando os costumes, a moral e os princípios gerais do direito. Já em sentido estrito é quando ela é produzida contrariando a lei, seja contrariando quanto a sua forma de ser produzida (direito material), seja quanto a sua forma de ser demonstrada no processo (direito processual), como destacou a autora.

Do mesmo modo, Fernando Capez explica:

Prova ilícita. Quando a prova for vedada, em virtude de ter sido produzida com afronta a normas de direito material, será chamada de ilícita. Dessa modo, serão ilícitas todas as provas produzidas mediante a prática de crime ou contravenção, as que violem normas de direito Civil, Comercial ou Administrativo. Tais provas não serão admitidas no processo penal. Assim, 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 diante. (CAPEZ, 2016, p. 401)

Assim, o autor define a prova ilícita com base nas distinções feitas pela doutrina, acreditando ser a prova ilícita àquelas que ferem direito material, seja norma material de qualquer ramo de direito.

No entanto, apesar de tal distinção das provas ilegais feita pela doutrina, a Constituição Federal, no seu art. 5º, não seguiu essa distinção, considerando como prova ilícita toda prova que contraria norma de natureza processual ou norma de direito material, sendo um princípio constitucional ou não. Muito mais, o Código de Processo Penal reforçou tal entendimento, também não adotando a distinção doutrinária das provas ilegais. Tanto que no teor do art. 157, do Código de Processo Penal, depois do advento da Lei. n. 11.690, é expresso que “são inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais” (BRASIL, 2016). Assim, na última parte do artigo, o código de processo penal expressa que provas ilícitas são tanto as provas que violam as normas constitucionais, como as legais, sendo estas de natureza material ou processual.

Do mesmo modo, Edilson Mougenot Bonfim aponta:

Com a nova redação do art. 157, caput, do CPP, ao mencionar a violação de normas constitucionais, o legislador tratou sob o mesmo páleo as provas ilícitas e ilegítimas, não mais as distinguindo como fazia a doutrina. Portanto, a violação às normas constitucionais nada mais é do que a violação de direito constitucional material e processual. Já no tocante à violação de normas legais, entende-se por caracterizada como as provas que violam as normas de direito infraconstitucional material. Permaneceriam, ainda, as provas ilegítimas, que seriam aquelas violadoras das normas de direito infraconstitucional processual. (BONFIM, 2012, p.320)

Defende-se, assim, que o Art. 157, caput, CPP, ao especificar a violação de normas constitucionais, demonstrou que as provas ilícitas e ilegítimas estão sob o mesmo status, não havendo distinção entre elas quanto ao seu tratamento de inadmissibilidade. A violação a direito constitucional abrange tanto o direito material, quanto o direito processual, sendo as duas consideradas provas ilícitas. Do mesmo modo, refere-se às normas legais, que contradizem normas infraconstitucionais, sendo elas de cunho material ou processual.

Em consonância, Fredie Didier, Paula Sarno e Rafael Alexandria abordam o seguinte:

A classificação, contudo, é artificial, porque não considera que a ilicitude é categorial geral do Direito, não se referindo apenas à violação de regras de direito material, mas à violação de regras jurídicas de uma forma geral. Não bastasse isso, a classificação parece-nos inútil, porque pouco importa qual a natureza jurídica da norma violada: a prova, de todo jeito, será proibida no processo. (DIDIER; SARNO; ALEXANDRIA, 2015, p. 96)

Portanto, de acordo com o autor, quando é falado sobre a ilicitude das provas contradizer normas de direito, não se deve restringir apenas às normas de direito material, mas, ao todo, ou seja, com a inclusão também de contradição às normas de direito processual. Além do mais, a distinção entre prova ilícita e prova ilegítima se faz inócua, visto que, independentemente do nome que leva, nenhuma das duas poderá ser aceita dentro do processo.

Dessa forma, o conceito de provas ilícitas, de acordo com o exposto na Constituição Federal e no Código de Processo Penal, e nas palavras de Edilson Mougenot Bonfim:

Em suma, as provas ilícitas seriam as violadoras de normas de direito constitucional material e processual, bem como a de norma legal de direito

infraconstitucional material. Não obstante, parte da doutrina entende que o art. 157 do CPP unificou o tratamento quanto às provas, denominando-as ilícitas tanto aquelas violadoras de norma de disposições materiais quanto processuais. (BONFIM, 2012, p.320)

Assim, a jurisprudência e a doutrina, de maneira didática, distinguem as provas ilícitas das provas ilegítimas, sendo aquelas às que contradizem normas de natureza material e estas as que contradizem as normas de direito processual. No entanto, a maioria da doutrina defende que nem a Constituição Federal e nem o Código de Processo Penal seguiram tal distinção, considerando provas ilícitas como as provas que são obtidas por meios que ferem normas constitucionais de natureza legal e processual, como também normas infraconstitucionais de natureza legal e processual.

### 3.2 Da inadmissibilidade das provas ilícitas no processo penal

O art. 5º, Inciso LVI, da Constituição Federal, é expresso quando prescreve que: “São inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos” (BRASIL, 2016). Em tal passagem, a Constituição é bem clara quanto à proibição da utilização das provas ilícitas em processos de toda natureza.

Assim, a limitação do direito de provas das partes não se encontra somente no processo penal, mas, nos processos de toda natureza. Do mesmo modo entende Uadi Lammego Bulos quando escreve que: “conforme o princípio da proibição da prova ilícita é inadmissível, nos processos civil, penal, administrativo, o uso de meios probatórios contrários aos requisitos formais e materiais de validade das normas jurídicas” (BULLOS, 2015, p.699).

Portanto, o direito de prova, uma garantia constitucional das partes, se torna limitada quando é proibida pela Constituição a utilização de provas ilícitas dentro do acervo probatório. Não é que a Constituição Federal esteja proibindo ou limitando o ato de produzir provas, mas, proíbe que, se uma prova foi obtida por um meio ilícito, esta prova não poderá ser usada dentro do processo, para convencer o juiz no seu julgamento.

Do mesmo modo, Marinoni e ss., explicam:

Essa constatação, embora simples, é extremamente importante para a compreensão do tema das provas ilícitas. O art. 5º, LVI, da CF não veda a violação do direito material para a obtenção de provas – pois isso já está proibido por outras normas -, mas proibiu que tais provas tenham eficácia no processo. (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015, p.319)

Assim, se, por exemplo, uma interceptação telefônica é feita de maneira clandestina, sendo produzida a partir daí uma prova que possa comprovar um fato, mesmo que os responsáveis pela interceptação telefônica sejam punidos pelos seus atos, ainda assim, a prova obtida por meio da violação da privacidade não será utilizada dentro do processo.

Ademais, sendo o direito a prova uma garantia constitucional e a verdade real do processo uma das persecuções buscadas pela tutela jurisdicional, é questionável porque a mesma Constituição que garantiu o direito de prova aos indivíduos, também prescreveu essa limitação tão absoluta a um direito que ela mesma previu.

Visto disso, a maioria da doutrina admite que a vedação das provas ilícitas dentro do processo é de extrema importância, já que tal limitação evita situações que possam ferir garantias constitucionais e direitos fundamentais do cidadão. Muito mais, a busca pela verdade real não é motivo suficiente para permitir um direito à prova ilimitado, que venha a prejudicar os indivíduos, ferindo as suas garantias constitucionais, através de atitudes arbitrais do Estado, prejudicando até mesmo a própria persecução penal. Dessa forma, é notável que a busca pela verdade real no processo é limitada quando a Constituição Federal veda a utilização de provas obtidas por meios ilícitos para formação da convicção do juiz.

Defende Paulo Rangel o seguinte:

O direito à prova encontra limites nos direitos e garantias constitucionais, pois já dissemos acima (cf. item 1.3, *supra*) que a busca da verdade processual não passa por cima das liberdades públicas, e estas não são absolutas. Não. O juiz, embora tenha que dar a cada um o que é seu (ao pobre a pobreza e ao rico a riqueza), encontra limites à liberdade da prova. (RANGEL, 2015, p.473)

Desse modo, a inadmissibilidade de provas ilícitas do processo surge como um meio de freio para os exageros e os arbítrios que os institutos do Estado possam cometer, ferindo garantias constitucionais e o próprio direito, com o intuito de se obter, a todo custo, a verdade real dos fatos. É o caso, por exemplo, de uma confissão mediante tortura, quando a Constituição, expressamente, no art. 5º, veda

a tortura dentro do sistema brasileiro. Para proteger essas garantias foi que a Constituição Federal trouxe no seu bojo a proibição das provas ilícitas.

Da mesma maneira, Távora e Alencar expressam que:

Seria impensável uma persecução criminal ilimitada, sem parâmetros, onde os fins justificassem os meios, inclusive na admissão de provas ilícitas. O Estado precisa ser sancionado quando viola a lei. Assegurar a imprestabilidade das provas colhidas em desrespeito à legislação é frear o arbítrio, blindando as garantias constitucionais, e eliminando aqueles que trapaceiam, desrespeitando as regras do jogo. (TÁVORA ;ALENCAR, 2016, p. 360)

Fortalece-se, assim, o entendimento de que a proibição das provas ilícitas no processo penal é uma maneira de se assegurar de que, no momento de colheita de provas, as autoridades não se utilizaram de subterfúgios ameaçadores de garantias constitucionais para obter as provas. Quando isso acontece, não deve o Estado ficar inerte, devendo punir o culpado da violação, e a inadmissibilidade das provas ilícitas é um desses freios de proteção das garantias.

Do mesmo modo, Eugênio Pacelli entende o seguinte: (p. 364, 2014),

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 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. (PACELLI, 2014, p. 364)

Já no Processo Penal, a proibição da admissibilidade das provas ilícitas encontra respaldo em seu art. 157, do Código de Processo Penal, com a modificação da Lei n. 11.690/08 onde diz que “são inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais” (BRASIL, 2016).

Pelo o artigo mencionado, é possível perceber que, no processo penal, quando obtidas provas ilícitas, estas não provocarão a nulidade, mas, apenas o direito, para as partes, de exclusão daquela prova ilícita do acervo probatório. Assim, no processo penal, quando o juiz se depara com uma prova ilícita, ele não vai decretar a sua nulidade, porém, vai decretar o seu desentranhamento dos autos, qual seja, a sua exclusão, não podendo o magistrado utilizá-la para motivar sua

sentença. É como se a prova ilícita, uma vez excluída do acervo probatório, não importando a verdade dos fatos que ela demonstre, deixasse de existir no momento da sentença, sendo proibido o juiz valer-se dela para formação de seu convencimento.

Para melhor entendimento, Renato Brasileiro explana sua opinião:

Portanto, pode-se dizer que, no ordenamento pátrio, por mais relevantes que sejam os fatos apurados por meio de provas obtidas por meios ilícitos, estas não podem ser admitidas no processo. Se, mesmo assim, uma prova ilícita for juntada no processo, surge o direito de exclusão, a ser materializado através do desentranhamento da referida prova dos autos. (BRASILEIRO, 2016, p.611)

Á vista disso, tendo a parte o direito de exclusão da prova ilícita dos autos do processo, o questionamento é em qual momento deve-se ter a análise desse desentranhamento da prova ilegal.

Por a inadmissibilidade de provas ilícitas se tratar de uma garantia constitucional, a parte tem o direito de, a qualquer tempo, quando verificada a presença de uma prova ilícita, obter, por parte do juiz, uma decisão que determine sobre a ilicitude ou não da prova, sempre com a necessidade de ouvir-se ambas as partes. Caso o juiz decida pela a ilicitude, deverá ordenar o desentranhamento das provas ilícitas dos autos. Ainda, o próprio juiz, *de officio*, quando reconhece a ilicitude de uma prova, deverá decretar o seu desentranhamento dos autos.

No mesmo teor, Norberto Avena:

Como se vê, o Código de Processo Penal passou a contemplar, expressamente, o direito das partes a obtenção, antes da fase sentencial, de um pronunciamento judicial acerca da ilicitude ou não de prova acostada aos autos, estabelecendo, ainda, na hipótese de reconhecimento dessa ilicitude, a retirada obrigatória dos autos da prova considerada inadmissível. (AVENA, 2014, p. 461)

No entanto, caso ocorra à preclusão da decisão de desentranhamento, o art. 157, §3º, do Código de Processo Penal, prevê que “preclusa a decisão de desentranhamento da prova declarada inadmissível, esta será inutilizada por decisão judicial, facultando as partes acompanhar o incidente” (BRASIL, 2016).

Dessa forma, se passado o momento de arguição da prova ilícita antes da sentença, o juiz, no momento de sentenciar, se reconhecer a prova ilícita, deverá inutilizá-la, não podendo ele usá-la como meio de argumento para formação de sua

convicção, devendo ambas as partes terem a faculdade de acompanhar tais atos. É preciso esclarecer, no entanto, que a inutilização da prova ilícita não se refere a sua destruição, como defende alguns autores, mas, apenas sua exclusão do acervo probatório, já que o questionamento sobre a ilicitude da mesma pode ser objeto de análise em outros momentos processuais.

Na mesma esteia Vicente Greco Filho:

O que o juiz penal decide é se a prova pode, ou não, ser utilizada naquele processo e em face de determinado réu, recusando sua utilização se a obtenção for ilícita. Não quer dizer que mereça ser picotada ou anátema do fogo. O que deve fazer, então, o juiz quando houver arguição de ilicitude na obtenção de prova? Deve dar oportunidade para as partes se manifestarem, determinar provas se necessário, que poderão ser realizadas em apartado se vierem a perturbar o andamento do processo e decidir. Se a decisão for pela ilicitude e desentranhamento, a prova deverá ficar preservada em cartório até o trânsito em julgado da sentença, porque o tribunal, em grau de apelação, poderá querer examiná-la e poderá rever a declaração de ilicitude. (FILHO, 2014, p. 362)

A questão é que a declaração de ilicitude de uma prova e a sua exclusão de um processo se trata de uma decisão sensível por parte do juiz. O juiz precisa ser cauteloso quando for analisar a ilicitude da prova, visto que, se decidir erroneamente, pode cometer um injusto penal. Uma prova com dúvida de sua ilicitude comprova a verdade de determinados fatos, dessa forma, a sua exclusão ou a sua continuidade dentro de um processo deve ser feita com bastante análise e também com a possibilidade de manifestação das partes sobre o fato.

Do mesmo modo, entende Távora e Alencar, o seguinte:

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 realiza-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. (TÁVORA; ALENCAR, 2016, p. 362)

Assim, em consonância com o pensamento, o juiz pode reconhecer uma prova ilícita, sendo que ela não era, e dessa forma absolver um indivíduo que era culpado. Da mesma forma, poderá considerar que uma prova não é ilícita, deixando-o no acervo probatório, e julgar com base nela, condenando uma pessoa inocente. Dessa forma, uma decisão errada sobre a ilicitude da prova pode ocasionar uma

injustiça contínua dentro do processo. Por isso, não se deve permitir a destruição da prova, após a sua preclusão, para que haja oportunidade das partes de tê-la analisada de novo, em âmbito do tribunal, como preliminar de apelação.

Por fim, quanto a possibilidade de a questão da ilicitude da prova ser analisada após o trânsito em julgado, a maioria da doutrina defende a possibilidade, como Renato Brasileiro defende na seguinte afirmação:

Caso tenha havido o trânsito em julgado de sentença condenatória ou absolutória imprópria lastreada em provas obtidas por meios ilícitos, dois caminhos são possíveis: a primeira possibilidade é o ajuizamento de revisão criminal; a segunda é a impetração de *habeas corpus*, mas desde que haja risco concreto à liberdade de locomoção, e desde que não haja necessidade de dilação probatória a fim de se comprovar a ilicitude da prova. (BRASILEIRO, 2015, p. 612)

Em conclusão, a questão da ilicitude de prova e seu desentranhamento dos autos do processo podem ser analisados até depois do trânsito em julgado de sentença condenatória, por meio de revisão criminal ou até mesmo de *habeas corpus*.

### 3.3 Teoria dos frutos da árvore envenenada (provas por derivação)

O Código de Processo Penal vai além da Constituição Federal quanto a proibição da admissibilidade das provas ilícitas dentro do processo penal. Além de se preocupar com o meio ilícito de como a prova foi obtida, configurado no *caput*, do art. 157, o Código de Processo Penal também se preocupa com a proibição da prova ilícita, dependendo de sua origem, quando, no §1º, expressa que “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” (BRASIL, 2016).

Tal regramento é a expressão de que o Direito Processual Penal Brasileiro passou a adotar a Teoria das Frutas da Árvore Envenenada (*Fruits Of The Poisonous Tree*), como bem define Vicente Greco Filho quando explica que: “O §1º adotou a teoria do direito anglo-americano no sentido de que ‘a árvore má não pode produzir bons frutos’, estendendo a ilegalidade às provas derivadas” (FILHO, 2011, p.286)

Dessa forma, a Teoria das Frutas da Árvore Envenenada, teorizada pelos juristas americanos, proíbe a utilização de provas que, apesar de o meio de obtenção serem lícitas, em sua origem são ilícitas, porque provieram de uma prova que foi resultado de um meio ilícito.

No mesmo entendimento, Fernando Capez aborda:

A doutrina e a jurisprudência, em regra, tendem também a repelir as chamadas provas ilícitas por derivação, que são aquelas em si lícitas, mas 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, propiciando a sua regular apreensão. Esta última prova, a despeito de ser regular, estaria contaminada pelo vício na origem. (CAPEZ, 2016, p.402)

Assim, pode-se utilizar como exemplo clássico de tal prova a situação de quando a polícia, sem mandado judicial, intercepta uma ligação e capta a informação de um caminhão que transporte drogas. Dessa maneira, lícitamente, eles interceptam o caminhão e capturam a droga, de acordo com o procedimento da lei. Apesar de a droga ter sido obtida por um meio lícito, em sua origem ela é ilícita, visto que provenho de uma informação resultante de uma interceptação telefônica ilegal. A informação obtida pela interceptação é a prova ilícita originária, enquanto a droga capturada é a prova ilícita derivada.

Também existe o entendimento de Daniel Assumpção Amorim:

Advém dessa corrente a teoria dos frutos da árvore envenenada (*fruits of the poisonous tree*), não se admitindo provas sem nenhuma ilicitude que tenham sido produzidas como desdobramento de uma prova obtida de forma ilícita. Os adeptos dessa tese defendem, por exemplo, que eventual testemunho de sujeito que tenha sido mencionado em fita gravada clandestinamente deverá ser desconsiderado, ainda que a prova seja lícita em seu meio e na forma de sua obtenção, já que derivada da prova obtida ilicitamente. (AMORIM, 2015, p. 509)

Entende-se, assim, porque se chama de prova derivada, visto que, em sua obtenção a prova não é ilícita, mas, na sua origem, por derivação, a prova se contamina com a ilicitude da prova originária, também não podendo ser aceita dentro do acervo probatório como prova idônea a provar as verdades dos fatos. Nessa linha de raciocínio, considera-se que toda prova que se apoia na prova ilícita originária para existir dentro do processo é uma prova ilícita por derivação, devendo ser excluída do acervo probatório. Nesse entendimento, uma prova posterior só

pode ser considerada ilícita por derivação quando há um nexos causal entre a prova ilícita originária anterior e a prova derivada posterior. É preciso ter essa relação de causalidade para que uma prova seja decretada ilícita em consequência de outra.

Nos ensinamentos de Edilson Mogenot Bonfim:

Referida doutrina sustenta-se em um argumento relacional , ou seja, para se considerar uma determinada prova como fruto de uma árvore envenenada, deve-se estabelecer uma conexão entre ambos os extremos da cadeia lógica: dessa forma, deve-se esclarecer quando a primeira ilegalidade é condição sine qua non e motor da obtenção posterior das provas derivadas, que não teriam sido obtidas não fosse a existência de referida ilegalidade originária . Estabelecida a relação, decreta-se a ilicitude. (BONFIM, 2011, p. 322)

Nesse adendo, conclui-se que é preciso ter cautela quanto á decretação da ilicitude de uma prova por derivação, visto que, dentro da teoria dos frutos da árvore envenenada, há certa limitação quanto ao reconhecimento da prova ilícita, que se configurará com a existência ou não de causalidade entre uma prova ilícita originária e outra prova posterior.

### 3.4 Teorias de atenuação da exclusão das provas ilícitas derivadas adotadas no Brasil

Como se verifica, as provas por derivação são todas àquelas provenientes de uma prova ilícita anterior. Porém, não é toda prova posterior à ilícita que deve ser considerada ilícita derivada, visto que há necessidade de ter uma relação de causalidade entre as duas. Dessa forma, para limitar a vedação das provas ilícitas por derivação, a doutrina e a jurisprudência, amparadas pelo Código de Processo Penal, trouxeram a teoria da fonte independente e a teoria da descoberta inevitável.

#### 3.4.1 Da teoria da fonte independente

O artigo 157, do Código de Processo Penal, no seu §1º, apesar de ter proibido a utilização de provas ilícitas por derivação, também previu momentos em que não se caracterizaria tais provas ilícitas por derivação, quando expressa que “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” (BRASIL, 2016).

A segunda parte do parágrafo 1º, qual seja, “quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras”, se refere à regra do *independent source limitation* ou Teoria da Fonte Independente, teoria adotada pela corte americana, ao qual o STF também passou a adotá-la. Desta feita, após a alteração do Código de Processo Penal, pela Lei nº. 11.690, a teoria da fonte independente passou a ser expressamente prevista no art. 157, §1º, parte final. Assim, um caso concreto, do qual o Supremo Tribunal Federal adotou a teoria norte americana da fonte independente foi no julgado em que recebeu a denúncia no chamado Caso mensalão:

SÉTIMA PRELIMINAR. DADOS DE EMPRÉSTIMO FORNECIDOS PELO BANCO CENTRAL. PEDIDO DIRETO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. ILEGALIDADE. AUSÊNCIA. REQUISIÇÃO FEITA PELA CPMI DOS CORREIOS. POSTERIOR AUTORIZAÇÃO DE COMPARTILHAMENTO COM O MINISTÉRIO PÚBLICO PARA INSTRUÇÃO DO INQUÉRITO. LEGALIDADE. Não procede a alegação feita pelo 5º acusado de que os dados relativos aos supostos empréstimos bancários contraídos com as duas instituições financeiras envolvidas teriam sido colhidos de modo ilegal, pois o Banco Central teria atendido diretamente a pedido do Procurador-Geral da República sem que houvesse autorização judicial. Tais dados constam de relatórios de fiscalização do Banco Central, que foram requisitados pela CPMI dos Correios. No âmbito deste Inquérito, o Presidente do Supremo Tribunal Federal determinou o "compartilhamento de todas as informações bancárias já obtidas pela CPMI dos Correios" para análise em conjunto com os dados constantes destes autos. Por último, o próprio Relator do Inquérito, em decisão datada de 30 de agosto de 2005, decretou o afastamento do sigilo bancário, desde janeiro de 1998, de todas as contas mantidas pelo 5º acusado e "demais pessoas físicas e jurídicas que com ele cooperam, ou por ele são controladas. Preliminar rejeitada. (STF – Inq: 2245 MG, Relator: JOAQUIM BARBOSA, Data de Julgamento: 27/08/2007, Tribunal Pleno, Data da Publicação: Dje-139 DIVULG 08-11-2007 PUBLIC 09-11-2007 DJ 09-11-2007 PP-00038 EMENT Vol-02298-01 PP-00001)

A partir daí, é necessário compreender do que se trata a teoria da fonte independente que o art. 157, §1ª, parte final, se refere.

A Teoria da Fonte Independente é uma atenuação da prova ilícita derivada. Ela é caracterizada quando uma prova que, aparentemente pode ter vindo de uma prova ilícita precedente, foi obtida, na verdade, por uma fonte autônoma e independente que não se vinculou a uma prova ilícita.

Para melhor entendimento, nas palavras de Renato Brasileiro:

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 decorada prova originariamente ilícita, com esta não mantendo vínculo casual, tais dados probatórios são admissíveis, porque não contaminados pela mácula da ilicitude originária. (BRASILEIRO, 2016, p. 614)

Dessa forma, para uma prova posterior a prova ilícita ser admissível como uma prova lícita, é necessário a comprovação de que tal dado probatório, apesar de poder ter sido encontrada pela prova ilícita, poderia ter sido encontrada por uma fonte autônoma, independentemente da existência ou não da prova ilícita anterior.

Nessa linha de entendimento, Pacelli explica:

Em primeiro lugar, pode ocorrer que a prova posteriormente obtida já estivesse, desde o início, realizada pelos agentes da persecução penal. Pode ocorrer, de fato, que seja possível concluir que o conhecimento da existência de tais provas se daria sem o auxílio da informação ilicitamente obtida. Aí, ao que se vê, a hipótese seria da aplicação da “fonte independente”, isto é, de meio prova sem qualquer relação fática com aquela ilicitamente obtida. (PACELLI, 2014, p. 364)

Assim, nessa linha de raciocínio, é preciso comprovar que tal prova posterior não possui uma relação de causalidade, não possui um vínculo com a prova ilícita precedente. Por isso o nome da teoria ser chamada de fonte independente, visto que, apesar de, aparentemente, a prova posterior poder ter sido originada de uma prova ilícita precedente, ela foi originada de uma fonte independente da prova ilícita, que já estava ao alcance do trâmite normal da persecução criminal.

Ainda, nas palavras de Nucci, exemplifica no seguinte trecho:

Imagine-se que, por escuta clandestina, logo ilegal, obtém-se a localização de um documento incriminador em relação ao indiciado. Ocorre que, uma testemunha, depondo regularmente, também indicou á polícia o lugar onde se encontrava o referido documento. Na verdade, se esse documento fosse apreendido unicamente pela informação surgida na escuta, seria prova ilícita por derivação e inadmissível no processo. Porém, tendo em vista que ele teve fonte independente, vale dizer, seria encontrado do mesmo modo, mesmo que a escuta não tivesse sido feita, pode ser acolhido como prova lícita. (NUCCI, 2014, p.302)

Portanto, em linhas gerais, o que se pode entender é que por mais que uma prova ilícita indicasse a prova posterior, esta seria encontrada de qualquer maneira por outra fonte lícita, independentemente da existência da prova ilícita que a indicou.

Se a prova posterior foi encontrada pelo trâmite lícito, mesmo que a prova ilícita a tivesse indicado, o dado probatório seria considerado lícito e, portanto, admissível dentro do processo, desde que não houvesse relação de causalidade com a prova ilícita.

### **3.4.2. Teoria da descoberta inevitável**

A teoria da descoberta inevitável, assim como a Teoria da Fonte Independente, é fruto da teoria do fruto da árvore envenenada, adotada pela Suprema Corte Americana. Apesar da divergência doutrinária acerca do regramento desta ela se encontra esculpida no Art. 157, §2º, do CPP, que transcreve que “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” (BRASIL, 2016).

Afora a citação de fonte independente no parágrafo, a maioria da doutrina considera que a nomenclatura exposta no parágrafo foi um erro do legislador, sendo o conceito exposto pelo o parágrafo 2º mais atinente ao conceito de descoberta inevitável do que a de fonte independente, que já se encontra exposta no paragrafo 1º.

Como bem expressa tal entendimento, em seu artigo, o Juiz Márcio Luiz Coelho de Freitas, quando prescreve que:

De qualquer forma, mesmo a despeito da pequena confusão conceitual feita pelo legislador, ambas as teorias são perfeitamente aplicáveis no nosso ordenamento, a descoberta inevitável por estar expressamente prevista no § 2º do art. 157 e a fonte independente por dizer respeito à própria existência de nexos causal, requisito para a configuração da ilicitude por derivação expressamente previsto no § 1º do art. 157. (FREITAS, 2010, p.01)

Dessa forma, apesar do erro do legislador em colocar o termo “fonte independente” no artigo definição da teoria da descoberta inevitável, as duas teorias, por estarem previstas no Código de Processo Penal, são aplicadas no Direito Processual Penal Brasileiro.

Assim como Renato Brasileiro explica no seguinte trecho:

É verdade que o legislador não se refere de maneira expressa à teoria da descoberta inevitável. Porém, como dito acima, seu conteúdo pode ser extraído do art. 157, §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 à fonte independente, pois o conceito por ele trazido é da limitação da descoberta inevitável. (BRASILEIRO, 2016, p. 617)

Com esse esclarecimento, é necessário entender-se sobre o que se refere à descoberta inevitável.

Como já dito, a Teoria da Descoberta Inevitável é muito similar ao conceito da Teoria da Fonte Independente, sendo diferenciada por um elemento: a existência da relação de causalidade entre a prova ilícita anterior e a prova posterior.

Dessa forma assevera Alexandre Cebrian Araújo Reis, que:

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 (art. 157, § 2º). A lei atribui validade à prova derivada da ação ilícita quando, embora existindo nexos causal entre ambas, trate-se de hipótese de descoberta inevitável (*inevitable discovery exception* do direito norteamericano). Essa exceção deve ser acolhida quando evidenciado que a rotina da investigação levaria à obtenção legal da prova que, circunstancialmente, foi alcançada por meios ilícitos. (REIS, 2016, p.327)

Assim, a Teoria da Descoberta Inevitável se configura quando uma prova posterior à ilícita, ainda que possua a relação de causalidade entre ela e a prova ilícita, deverá poder ser mantida dentro do acervo probatório porque, independentemente da existência da prova ilícita ou não, ela viria a ser descoberta inevitavelmente pelo o caminho que a persecução penal estaria guiando.

Também, no mesmo entendimento, Renato Brasileiro reflete:

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. (BRASILEIRO, 2016, p. 617)

De qualquer maneira, tal teoria, apesar da vinculação que a prova posterior tem com a prova ilícita, é um dos casos em que uma prova derivada de uma ilícita não será excluída do acervo probatório e será utilizada como prova, pela justificativa de que pelos trâmites normais e legais da persecução penal tal prova seria descoberta de todo jeito. Nesse entendimento, a única diferença entre a Teoria da

Fonte Independente e a Teoria da descoberta inevitável é a existência da causalidade ou não entre as provas, mas, as duas são teorias de atenuação da exclusão do acervo probatório de prova ilícita derivada, aceitas pelos os tribunais brasileiros.

Do mesmo modo, é o entendimento de Marinoni, et. al. quando afirma que:

Na exceção do descobrimento inevitável, a segunda prova é aceita como derivada, mas admite-se que ela possa produzir efeitos em razão de que a sua descoberta seria naturalmente trazida por uma outra prova. Quebra-se o nexo de antijuridicidade com base na ideia de que o descobrimento seria inevitável. Porém, na exceção do descobrimento provavelmente independente, a segunda prova não é admitida como derivada, mas como uma prova provavelmente independente, e, assim, despida de nexo causal com a prova ilícita. (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015, p. 162)

Em poucas palavras, a Teoria da Descoberta Inevitável é quando uma prova posterior à ilícita, por mais que tenha um nexo de causalidade com esta, poderá ser utilizada como prova válida, já que se comprovou que a prova posterior seria descoberta de toda maneira, através de trâmites legais, rompendo-se a ilicitude da prova.

#### **4 AS POSSIBILIDADES DA ADMISSÃO DAS PROVAS ILÍCITAS NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO.**

Por fim, far-se-á uma abordagem das possibilidades de admissibilidade das provas ilícitas no processo penal brasileiro ou hipóteses da qual tais provas deveriam ser aceitas, em nome de um interesse coletivo maior.

Para isso, é necessário o estudo das duas principais fundamentações para que, em alguns casos, seja considerada a utilização de prova ilícita *pro societate*, qual seja, o princípio da verdade real, um dos maiores objetivos a serem alcançados dentro de uma persecução penal, e a Teoria da proporcionalidade, teoria esta que já fundamenta a aceitação de provas ilícitas *pro reo*, aceitas pelos tribunais brasileiros.

4.1 Uma análise do princípio da verdade real e sua conexão com a admissibilidade de provas ilícitas.

O princípio da verdade real (verdade material ou substancial), dentro do processo penal, deve ser tratado de uma maneira diferenciada dos outros tipos de processo, visto que, devido à intervenção mínima do direito penal na vida dos indivíduos, se envolve com garantias constitucionais mais valorizadas, como a liberdade, a vida, a integridade física e muitas outras que, se agredidas, devem obter a repreensão do Estado, a partir da aplicação do direito penal.

No mesmo entendimento, Norberto Avena explica:

Por muito tempo afirmou-se que na esfera penal a investigação dos fatos trilhava caminho em diverso do que é estabelecido para esfera civil. Entendia-se que nesta última vigorava apenas o princípio da verdade formal, o que possibilitava ao juiz contentar-se com o resultado das manifestações formuladas pelas partes e limitar sua análise aos fatos por elas debatidos. Fundamentava-se este raciocínio na circunstância de que, na órbita penal, os bens em discussão seriam bem mais relevantes do que os discutidos na esfera cível, já que estão em jogo a liberdade e o *jus puniendi* do Estado. (AVENA, 2014, p.59)

É por isso que, no processo penal, a verdade não deve ser meramente formal, como é no direito processual civil, em sua maioria, em que são suficientes apenas as alegações constantes nos autos. No direito processual penal, o juiz deve instruir a persecução criminal de uma maneira que o faça chegar o mais próximo da realidade e obter uma verdade material, demonstrada e provada. Por essa razão, o art. 156, I e II, do CPP dispõe ao juiz poderes instrutórios.

Do mesmo modo, Leonardo Barreto Moreira Alves explica:

Já no processo penal, em que prevalecem direitos indisponíveis, notadamente a liberdade, há a necessidade de busca da verdade real ou material dos fatos, a verdade do mundo real, a verdade objetiva, daí porque o juiz passa a ter maior iniciativa probatória como se vê do teor do art. 156, incisos I e II, do CPP, com a redação dada pela Lei nº. 11.690/08, que permite ao magistrado ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas, urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida (inciso I), assim como determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante (inciso II). (ALVES, 2016, p.66)

Ademais, um dos objetivos do processo penal e da própria persecução criminal, é alcançar a verdade real de um determinado fato. Diante da verdade real demonstrada no decorrer do processo, não com apenas suposições e alegações, mas com provas, o juiz será capaz de sentenciar de maneira mais justa, aplicando o

direito penal da maneira que mais se relaciona com a verdade dos fatos. Assim como corrobora Alexandre Cebrian Araújo Reis quando afirma que: “o processo penal busca desvendar como os fatos efetivamente se passaram, não admitindo ficções e presunções processuais, diferentemente do que ocorre no processo civil” (REIS, 2016, p.110).

Dessa maneira, para se chegar à verdade real dos fatos, dentro do processo penal, é necessária a colheita de provas que evidencie tudo aquilo que está sendo alegado dentro da persecução criminal, sendo o objetivo da prova justamente ajudar o magistrado na sua convicção da verdade real dos fatos. Assim, quando uma prova demonstra a verdade mais aproximada da realidade o juiz deve se orientar por tais provas para sentenciar.

Na mesma linha de raciocínio estão as palavras de Edilson Mougenot Bonfim:

Toda a atividade processual, em especial a produção da prova, deve conduzir ao descobrimento dos fatos conforme se passaram na realidade. O conjunto instrutório deve refletir, no maior grau de fidelidade possível, os acontecimentos pertinentes aos fatos investigados. (BONFIM, 2011, p.80)

Entretanto, o Princípio da Verdade Real, assim como todos os outros princípios, não é absoluto, sendo limitado, justamente, pela proibição da utilização da prova ilícita *pro societate*, mesmo que, em alguns casos, a prova ilícita demonstre uma Verdade Real que venha a prejudicar todo um interesse coletivo.

Portanto, nota-se que, em alguns casos, mesmo que uma prova ilícita demonstre uma verdade real que venha prejudicar todo um interesse coletivo, a prova ilícita não será aceita em vista de ter prejudicado uma garantia constitucional de algum indivíduo, mesmo tal garantia constitucional sendo a mais mínima interventiva possível, como é o caso da violação da privacidade.

Do mesmo, entende André Felipe Torquarto Leão:

Pela sua própria definição, fica claro que o Princípio da Verdade Real encontra-se em frontal oposição ao Princípio da Inadmissibilidade das Provas Ilícitas. Se o Magistrado, após analisar determinado material probatório trazido aos autos, consistente em interceptação telefônica realizada sem autorização, por exemplo, deixa de condenar o indivíduo acusado apenas pelo fato de ter sido aquele material obtido ilicitamente, ainda que o mesmo demonstre com clareza a veracidade das alegações acusatórias, estará o julgador abdicando da verdade material em prol da intimidade do acusado. (LEÃO, 2014, p.01)

Dessa maneira, até mesmo em casos em que o interesse coletivo é mais importante que o interesse individual, a proibição da prova ilícita se sobrepõe a verdade real dos fatos, objetivo perseguido pela persecução criminal. Em hipóteses como estas, o direito processual penal acaba deixando impune alguns violadores da lei, que põe risco a toda uma coletividade. Como demonstrado pelo autor, uma prova ilícita pode ser excluída do processo, mesmo que demonstre com clareza a verdade das alegações feitas, só pelo motivo de ter sido conseguida por uma interceptação telefônica ilegal, ignorando, assim, a verdade real dos fatos.

Ademais, assevera MARinoni, et. al.:

Diante disso, é inegável que houve uma opção pelo direito material em detrimento do direito á descoberta da verdade. A questão, porém, é saber se essa opção exclui uma posterior ponderação – agora pelo juiz – entre o direito que se pretende fazer através da prova ilícita e o direito material violado. (MARINONI, et. al. 2015, p.320)

Assim, é preciso saber se, por mais que tenha tido uma preferência do ordenamento pela inadmissibilidade das provas ilícitas á verdade real, em alguns casos, deveria existir uma ponderação de interesses, para que se preserve a verdade real dos fatos mais do que a proibição das provas ilícitas. Essa ponderação de interesses se configurará através da teoria da proporcionalidade, instituto que será analisado a seguir.

#### 4.2 Uma visão geral da teoria da proporcionalidade.

Quando se fala em inadmissibilidade de provas ilícitas, sabe-se que tal proibição tem fundamento por ser uma forma de limitação na persecução probatória, para evitar exageros ou arbítrios estatais que possam ferir garantias constitucionais ou que possam vir a ser um crime. De maneira racional, tal limitação estar correta, visto que, se não a houvesse, várias atrocidades poderiam ocorrer na intenção da busca da verdade real de um já delito ocorrido. Porém, tal limitação não deveria ser absoluta, visto que, em alguns casos, a verdade real dos fatos demonstrada por uma prova ilícita e a garantias que estas ferem são muito mais relevantes, naquela situação, do que as garantias que a prova ilícita prejudica.

Do mesmo modo, entende Edilson Mougenot Bonfim

Assim, a busca da verdade real ganha amplitude no moderno processo penal, uma vez que a inadmissibilidade absoluta de provas obtidas por meios ilícitos, conquanto notável garantia constitucional-processual, afronta o princípio do livre convencimento do juiz, na medida em que obriga o magistrado a desconsiderar a realidade, ou seja, a busca da verdade real. (BONFIM, 2011, p.325)

A partir desse pensamento, surge a teoria da proporcionalidade ou a teoria da razoabilidade, de origem alemã. No processo penal, a Teoria da Proporcionalidade se trata de uma forma de sopesamento dos valores de uma situação específica.

No mesmo pensamento, Leonardo Barreto Moreira Alves assevera:

Essa teoria, como criada na Alemanha, visa essencialmente equilibrar os direitos individuais com os interesses da sociedade, daí porque rejeita a vedação irrestrita do uso da prova ilícita. Desse modo, se a prova é ilícita seria preciso ponderar os interesses em jogo para avaliar a possibilidade de sua utilização. (ALVES, 2016, p.337)

Assim, através da teoria da proporcionalidade, far-se-á uma ponderação de interesses da situação. Quando se está diante de um caso, onde é existente uma prova ilícita, por mais que a Constituição Federal e o Código de Processo Penal proíbam sua utilização, em algumas situações, será necessário analisar o interesse predominante *in concreto* para se verificar se realmente a prova ilícita deverá ser afastada.

Também concorda Távora e Alencar:

A proporcionalidade ganhou desenvoltura e disciplina na jurisprudência e doutrina alemãs, adaptado ao Direito judicial estadunidense como teoria da proporcionalidade (*balancing test*), funcionando como regra de exclusão à inadmissibilidade das provas ilícitas, quando, sopesando o concreto, chegue-se à conclusão que a exclusão da prova ilícita levaria à absoluta perplexidade e evidente injustiça. (TÁVORA; ALENCAR, 2016, p.851)

Dessa forma, dentro de um processo penal, quando uma prova ilícita é produzida, um conflito entre garantias e direitos emerge, principalmente, entre a verdade real dos fatos, que pode envolver interesse coletivo ou interesse individual do réu, e as garantias constitucionais infringidas pela colheita da prova ilícita. Em regra, se reconhecida à ilicitude da prova, esta deve ser descartada do processo, o

que, de alguma forma, prejudica a verdade real. Excepcionalmente, deveria se ter uma análise do caso concreto, para, pela Teoria da Proporcionalidade, se ter um balanceamento dos interesses, sendo necessário considerar o mais relevante, como já ocorre nas provas ilícitas *pro reo*.

Do mesmo modo, Fernandes sucinta o seguinte:

Em suma, a norma constitucional que veda a utilização no processo de prova obtida por meio ilícito deve ser analisada à luz do princípio da proporcionalidade, devendo o juiz, em cada caso, sopesar se outra norma, também constitucional, de ordem processual ou material, não supera em valor aquela que estaria sendo violada. (FERNANDES, 2002, p.87-88)

Portanto, em alguns casos, de fato, é necessária essa limitação e exclusão da prova ilícita do processo, devido a relevância do direito fundamental contrariado. Porém, em outros casos, é muito importante, através da teoria da proporcionalidade, realizar uma ponderação desses interesses em conflitos para que não sejam preservados os interesses errôneos.

De forma equânime, Edilson Mougenot Bonfim concorda:

Na hipótese de um conflito de princípios (*vide* capítulo sobre o “princípio proporcionalidade”), em um caso concreto, um dos métodos mais utilizados pela moderna hermenêutica para o correto solucionamento do impasse é o chamado “princípio da proporcionalidade”, que pode revestir-se de variante mais ou menos aperfeiçoadas (“balanço de princípios”), “princípio da razoabilidade” etc.). (BONFIM, 2011, p.324)

É como o caso da prova ilícita *pro reo* que deve ser considerada por, no caso concreto, colocar a liberdade do indivíduo em risco e por contrariar a presunção de inocência. Também é de extrema necessidade ter-se essa ponderação de interesses quando a prova ilícita é *pro societate*, visto que, em alguns casos, a verdade real demonstrada por aquela prova contém um interesse coletivo muito mais predominante do que a garantia ou direito do qual a prova ilícita infringiu, não devendo, nesses casos, a prova ilícita se enquadrar na regra geral de exclusão.

Dessa forma, é muito importante delimitar tais situações, visto que são hipóteses da qual a prova ilícita poderá ser aceita, já que a verdade real dos fatos proveniente dela demonstra um interesse muito mais relevante. Por isso, é de grande necessidade estabelecer as situações da qual a prova ilícita deveria prevalecer.

4.3 A teoria da proporcionalidade e as possibilidades de utilização da prova ilícita no processo penal.

Por mais que a proibição das provas ilícitas no processo penal seja uma garantia constitucional, até mesmo está, atualmente, vêm sendo atenuada, visto a aplicação da teoria da proporcionalidade. Dessa forma, a seguir, serão analisadas as possibilidades da qual a prova ilícita poderia ser utilizada dentro do processo penal, com fundamento na teoria da proporcionalidade.

Em primeiro lugar, será analisada a possibilidade mais aceita pelos tribunais brasileiros, a prova ilícita *pro reo*. Em seguida, por fim, será estudada a possibilidade e a fundamentação para que, assim como a prova ilícita *pro reo*, a prova ilícita *pro societate*, em consonância com a teoria da proporcionalidade, também passe a ser aplicada pelos tribunais, em alguns casos.

#### 4.3.1 A teoria da proporcionalidade e a utilização da prova ilícita *pro reo*

Em dias de hoje, começa a surgir certa mitigação da proibição de provas ilícitas dentro do processo penal, com a aceitação tranquila dos tribunais e da doutrina pela admissibilidade das provas ilícitas *pro reo*, com fundamento na teoria da proporcionalidade.

Em igual opinião, Ada Pellegrini, et. al. expressam:

Não deixa de ser, em última análise, manifestação da proporcionalidade a posição praticamente unânime que reconhece a possibilidade de utilização, no processo penal, da prova favorável ao acusado, ainda que colhida com infringência a direitos fundamentais seus ou de terceiros. (PELEGRINI, et. al. 2015, p. 116)

Portanto, é preciso esclarecer que, de acordo com AVENA: “[...] essa situação não se trata de considerar *lícita* a prova *ilícita* apenas porque usada em favor do réu. Persiste sua natureza ilícita, sendo apenas considerada como fator de convicção do juiz no intuito de evitar uma injustiça” (AVENA, 2014, p. 466). Dessa forma, como observa o autor, a hipótese de aceitação de uma prova ilícita que beneficie um réu é, de fato, uma possibilidade de exceção da regra de

inadmissibilidade de provas ilícitas, com fundamento na aplicação da teoria da proporcionalidade.

Como já visto, a teoria da proporcionalidade é uma teoria que vai ponderar, em um caso concreto, interesses em conflitos, para que, no fim, decida-se qual deverá prevalecer. É exatamente o que vai acontecer no processo quando este vier perscrutado com uma prova ilícita *pro reo*. A prova ilícita *pro reo* se refere às provas que, ao decorrer do processo, mesmo que obtidas por meios ilícitos, venham a demonstrar a inocência do indivíduo. Dessa forma, em tais situações, haverá conflitos de garantias constitucionais, como a garantia da liberdade do acusado e sua presunção de inocência com a garantia da qual a prova ilícita, na situação em concreto, contrariou.

De acordo com Ana Flávia Messa:

A teoria da proporcionalidade, da razoabilidade ou do interesse predominante, originária do Direito Processual Penal alemão, é a que prega o equilíbrio entre os direitos individuais e os interesses da sociedade. Será admitida a prova ilícita para legítima defesa dos direitos fundamentais e para provar a inocência de um acusado. (MESSA, 2014, p.459)

Por isso que, nessas circunstâncias, é utilizada a teoria da proporcionalidade para a aceitação da prova ilícita, visto que deve haver, entre essas garantias, uma ponderação de qual deve ser considerada. Se uma prova obtida por meio ilícito comprova que o indivíduo é inocente, não há cabimento para a exclusão de tal prova, em vista de que o que mais se está em risco é um dos bens mais preciosos protegidos pela Constituição Federal: a liberdade e a presunção de inocência. Dessa forma, nessas situações, é essa garantia que deve ser protegida pelo Estado.

Do mesmo modo, Norberto Avena entende:

Apesar dessa proibição constitucionalmente determinada, a doutrina e a jurisprudência majoritárias há longo tempo tem considerado 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, 2014, p.465)

Assim, seria injusto o indivíduo ter a sua liberdade em risco, pela a não aceitação da prova ilícita, quando a garantia ferida por ela, em comparação a liberdade de ir e vir de um cidadão, quando colocada em ponderação, é menos relevante.

É o que manifesta, também em Távora e Alencar:

O conflito entre bens jurídicos tutelados pelo ordenamento leva o interprete a dar prevalência àquele bem de maior relevância. Nesta linha, se de um lado está o jus puniendi estatal e a legalidade na produção probatória, e o do outro o status libertatis do réu, que objetiva demonstrar a inocência, este último bem deve prevalecer, sendo a prova utilizada, mesmo que ilícita, em seu benefício. (TÁVORA; ALENCAR, 2016, p.1608)

Um exemplo clássico é o caso de uma interceptação telefônica ilegal, realizada por um indivíduo que está sendo réu em determinada ação penal. Com a interceptação, o indivíduo consegue a confissão do interceptado no cometimento do crime do qual está sendo acusado. No caso concreto, há um conflito entre a liberdade do indivíduo e o direito á intimidade da outra parte. Assim, utilizando-se da teoria da proporcionalidade e fazendo uma ponderação entre os dois, pelo senso comum, chega-se ao resultado de que a liberdade do indivíduo, *in concreto*, é mais importante e deve prevalecer. Não seria justo se ter a restrição da liberdade em troca do direito á intimidade, pela inadmissibilidade da prova ilícita, visto que isto se resultaria em uma condenação injusta, ferindo, ainda, o principal objetivo do processo penal, que á busca pela verdade real dos fatos.

Fernando Capez tão bem explicita:

A aceitação do principio da proporcionalidade *pro reo* não apresenta maiores dificuldades, pois o princípio que veda as provas obtidas por meios ilícitos não pode ser usado como um escudo destinado a perpetuar condenações injustas. 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 de sua liberdade, a primeira opção é, sem dúvida, a mais consentânea com o Estado Democrático de Direito e a proteção da dignidade da pessoa humana. (CAPEZ, 2016, p. 405)

Por aqui, nota-se que as provas ilícitas *pro reo* abrem uma possibilidade de admissibilidade de provas ilícitas quando direitos constitucionais são colocados frente a frente e, em nome da verdade e da justiça, o direito constitucional mais relevante, na situação *in concreto*, prevalece. Por isso, por essa mesma

fundamentação, é que a admissibilidade das provas ilícitas não devem se restringir somente nos casos de beneficiar o réu, mas, em outras diversas situações, devem também serem aceitas quando beneficiam a sociedade.

#### **4.3.2. A teoria da proporcionalidade e a possibilidade de admissibilidade de provas ilícitas *pro societate***

Diferentemente da aceitação quase unânime da doutrina e da jurisprudência de provas ilícitas que possam beneficiar o réu, as provas ilícitas *pro societate* (ou seja, a que seria contra o réu) não possuem uma aceitação ampla de sua utilização, existindo poucos doutrinadores que acreditam ser um equívoco tal regra ser absoluta, em evidentes casos que desafiariam a segurança e a proteção de uma comunidade.

De acordo com Távora e Alencar:

Entendemos que o princípio da proporcionalidade deve ser invocado, na sua essência, para preservar os interesses do acusado. Nesse sentido, não há discrepância doutrinária ou jurisprudencial (concepção da prova ilícita utilizada *pro reo*). Na ponderação axiológica, a violação legal para produção probatória, quando estritamente necessária, só se justifica para manutenção do *status* inocência. (TÁVORA; ALENCAR, 2016, p. 370)

Portanto, é possível perceber que a regra da inadmissibilidade de provas ilícitas não é absoluta, podendo ser quebrada em algumas situações, como no caso da descoberta inevitável (art. 157, §2<sup>a</sup>, CPP) e, principalmente, na hipótese de provas ilícitas *pro reo*, que vai ter sua aceitação com fundamento na teoria da proporcionalidade. O questionamento que se faz é se tais provas ilícitas, com o mesmo fundamento na teoria da proporcionalidade, poderiam ser utilizadas em benefício da sociedade, em situações excepcionais.

De acordo com Denise Aves Abade:

A doutrina aceita uma única hipótese de *aceitação de prova vedada* (tanto ilícita como ilegítima): quando a prova ilicitamente ou ilegitimamente obtida serve para *beneficiar determinado acusado* (prova ilícita *pro reo*). Admite-se essa aceitação em razão da aplicação do *critério da proporcionalidade* no exercício do direito de defesa, quando a utilização de prova obtida ilicitamente for a única forma de provar a inocência da réu. Pondera-se que entre a proibição do uso da prova ilícita e o princípio da inocência, deve prevalecer o último. Por outro lado, a mesma flexibilização não é aceita *pro societate*. (ABADE, 2014, p. 227)

A maioria da doutrina não aceita a possibilidade de utilização das provas ilícitas *pro societate*, pois acreditam que, quando a Constituição Federal, em seu art. 5º, LVI, fortalecido pelo o art. 157, do CPP, consagrou a inadmissibilidade das provas ilícitas ela já estava fazendo um critério de ponderação, colocando a defesa dos direitos fundamentais acima do direito de descoberta da verdade.

Nas palavras de Marinoni:

O postulado da proporcionalidade é pacificamente admitida no direito brasileiro, embora muitas vezes tenha a sua aplicação impugnada diante da norma constitucional que proíbe as provas ilícitas. O argumento é o de que a Constituição Federal já fez a ponderação entre a preservação do direito material e o direito á descoberta da verdade. (MARINONI, et. al. 2015, p. 321)

De fato, é necessário ter restrições quanto à atividade de persecução probatória do Estado, visto que é necessário evitar situações arbitrárias e violentas por parte das autoridades quando da colheita de provas. No entanto, tal restrição, no caso de beneficiar a sociedade, não deveria ser tão absoluta, visto que, em algumas hipóteses, tal restrição poderia prejudicar a busca pela verdade real e pôr em risco uma coletividade, pela consequência da impunidade de criminosos perigosos.

Com mais clareza, pode-se analisar o seguinte esclarecimento:

No processo penal, como intuitivo, a aplicação da vedação das provas ilícita, se considerada como garantia absoluta, poderá gerar, por vezes, situações de inegável desproporção, com a proteção conferida ao direito então violado (na produção da prova) em detrimento da proteção do direito da vítima do delito. (PACELLI, 2014, p.375)

Assim, se na hipótese de provas ilícitas *pro reo*, tal regra pode ser excepcionada, não há motivos para a não aceitação de provas ilícitas contra o réu, em situações excepcionais, quando o que se busca é a defesa de todo um interesse coletivo ou a cessação de uma situação de risco atual.

Do mesmo modo, pensa Capez, quando afirma que:

A questão que se coloca é a de saber até que ponto as garantias constitucionais inerentes ao devido processo legal e à preservação da intimidade do acusado podem ser flexibilizadas, diante da ponderação dos valores contrastantes entre indivíduo e sociedade. (CAPEZ, 2016, p.403)

Na mesma linha de raciocínio, alguns autores defendem que em provas ilícitas beneficiadoras da sociedade também se deve aplicar a teoria da proporcionalidade, devendo haver uma flexibilização da inadmissibilidade de provas ilícitas, quando há interesses contrastantes, e a garantia que a verdade real dos fatos que a prova ilícita se apoia é muito mais relevante do que o direito constitucional que a mesma contradiz.

De acordo com Capez:

Entendemos não ser razoável a postura inflexível de se desprezar, sempre, toda e qualquer prova ilícita. 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 princípios 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. (CAPEZ, 2016, p. 404)

Dessa forma, é necessário verificar até que ponto a inadmissibilidade das provas ilícitas, para proteger as garantias de um indivíduo, deve prevalecer sob o direito de proteção de toda uma sociedade. Em alguns casos, é extremamente incompreensível a não aplicação do princípio da proporcionalidade para permitir a utilização da prova ilícita em favor da sociedade.

É como o caso da prova ilícita *pro reo*. Na prova ilícita *pro reo*, quando uma prova ilícita é o único meio de se comprovar que o acusado é inocente, a prova deve ser considerada pelo juiz, independentemente de qual direito constitucional contrariou quando do seu meio de obtenção, visto que o que deve prevalecer é a liberdade e a presunção de inocência do indivíduo, garantias previstas na constituição. O mesmo deve acontecer com a prova ilícita *pro societate*, quando há conflitos de direitos individuais, como o direito à privacidade e intimidade, e direitos coletivos, como o direito de propriedade, de segurança e do patrimônio. No caso concreto, quando tal situação ocorre, deve-se considerar, após aplicação da teoria da proporcionalidade, o direito coletivo se este for o mais relevante.

Assim, de acordo com Fernandes:

Em suma, a norma constitucional que veda a utilização no processo de prova obtida por meio ilícito deve ser analisada à luz do princípio da proporcionalidade, devendo o juiz, em cada caso, sopesar se outra norma, também constitucional, de ordem processual ou material, não supera em valor aquela que estaria sendo violada. (FERNANDES, 202, p. 87-88)

Ademais, é preciso ter certo cuidado. Não se discute aqui que se deve prevalecer, em todas as hipóteses, considerar a prova ilícita em favor da sociedade, visto que, dessa forma, a inadmissibilidade das provas ilícitas se tornaria obsoleta e não protegeria o cidadão dos arbítrios das autoridades. O que se discute aqui é o fato de que os tribunais não deveriam desconsiderar em todas as hipóteses a possibilidade de aplicação da teoria da proporcionalidade, no caso em que a prova ilícita vier a beneficiar a sociedade. Tal teoria deve ser aplicada, em alguns casos extremos e excepcionais, com o objetivo de proteger a sociedade, e não somente a defesa de direitos de um indivíduo, dado como um ofensor regular da lei. Tal teoria deve ser aplicada, principalmente, quando, no caso concreto, não houve, por parte do Estado, uma intenção de encorajamento a outras autoridades para prática da ilegalidade.

No mesmo entendimento, Pacelli explica:

Mas, voltando à questão do aproveitamento da prova ilícita em favor da acusação, diríamos que 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 estamos nos referindo à função de controle da atividade estatal (responsável pela produção da prova) que desempenha a norma do art. 5, LVI, da CF. Assim, quando não se puder falar no incremento ou no estímulo da prática de ilegalidade pelos os agentes produtores da prova, pensamos ser possível, em tese, a aplicação da regra da proporcionalidade. (PACELLI, 2014, p. 376)

Assim, em alguns casos, é mais importante proteger os interesses de toda coletividade, que também tem seus direitos protegidos pela constituição, do que o interesse de um indivíduo ou vários indivíduos que venham a ser bastante perigosos e saiam impunes, somente por causa da inadmissibilidade de uma prova, que apesar de ilícita, comprova a verdade real dos fatos de forma irrefutável e com clareza.

Nas palavras de Denilson Feitosa observa-se o seguinte:

Em situações extremas e excepcionais se pode admitir a utilização de prova ilícita *pro societate*, pois, do contrário, o Estado estaria sendo incentivado a violar direitos fundamentais, o que iria frontalmente contra a própria noção de provas ilícitas, que foram originariamente idealizadas e instituídas exatamente para dissuadir o Estado de violar direitos fundamentais. (FEITOZA, 2006, p. 553)

Portanto, quando os direitos constitucionais que entram em conflito são direitos de privacidade, de intimidade ou direitos que não venham a ameaçar a integridade e a vida de alguns indivíduos, e o direito de proteção da propriedade, de segurança e de vida da sociedade, pelo princípio da proporcionalidade, o que deve prevalecer é àquele que, no caso concreto, se tem como mais importante, mesmo que venha a ser em favor da sociedade.

Como pontua o seguinte ator:

Em outras palavras, o direito à liberdade (no caso da defesa) e o direito à segurança, à proteção da vida, do patrimônio etc. (no caso da acusação) muitas vezes não podem ser restringidas pela prevalência do direito a intimidade (no caso das interceptações telefônicas e das gravações clandestinas) e pelo princípio da proibição das demais provas ilícitas. (CAPEZ, 2016, p. 404)

É o caso, por exemplo, de uma organização criminosa que, durante muito tempo, cometeu vários crimes, mas, as autoridades policiais não possuem qualquer prova concreta para sua condenação. Dessa forma, a organização teve seu sigilo telefônico quebrado, mesmo sem autorização, revelando-se uma prova ilícita, que venha a comprovar a autoria e a materialidade dos crimes cometidos.

Nessa hipótese, seria justo considerar, primeiramente, o direito de intimidade e privacidade de indivíduos que já desconsideram os direitos constitucionais de vários indivíduos do que considerar o direito de segurança de toda uma sociedade? Alguns autores acreditam que não. Acreditam que, diante desses casos extremos e excepcionais, o que deve prevalecer, quando houver uma ponderação de interesses, é a segurança da sociedade, pois em casos como esses, não deve haver a impunidade.

Na mesma posição se encontra Avena, quando discorre que:

Embora concordemos no sentido de que, efetivamente, não se pode atribuir alguém a pecha da condenação quando existem provas, ainda que ilícitas, capa de inocenta-lo, entendemos que, na atualidade, decorrendo a prática do crime, muitas vezes, da ação de organizações altamente especializadas, não se pode radicalizar a incidência do princípio da proporcionalidade a ponto de direcioná-lo, unicamente, aos interesses do réu. (AVENA, 2014, p. 455)

Do mesmo modo ocorre quando um estupro assassino, que matou e estuprou várias pessoas, vai a julgamento e as únicas provas que a acusação

possui são provas ilícitas, produzidas por particulares, parentes da vítima, que apesar de violarem o direito de intimidade do indivíduo, prova, de maneira irrefutável, a culpa do acusado. Assim, o juiz, no momento da sentença, pela ponderação dos interesses, deve considerar a prova ilícita quando esta é o único meio de comprovar a culpa do criminoso. Não deve a inadmissibilidade das provas ilícitas se tornar um escudo para a impunidade de indivíduos perigosos, que ponham em risco a segurança, a propriedade e a vida de toda uma sociedade. É dever do Estado a proteção de todos os indivíduos de uma coletividade. Diante de uma situação assim, é preciso ter cautela e analisar os interesses mais importante, não devendo, todo sempre, considerar mais importante a liberdade de indivíduos escrupulosos do que a segurança e a preservação da paz social de toda uma sociedade.

No mais, Avena concorda quando escreve:

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 quando a autoria do investigado, caracterizando-se como a única prova capaz de permitir o oferecimento de denúncia, pronúncia e, mais tarde, 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 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 CF e ainda que contra o réu. (AVENA, 2014, p. 467)

Em alguns casos, a prova ilícita é colhida pela urgência que se encontra uma situação de risco. Como exemplo, é o caso de uma criança que é raptada por um grupo de criminosos e seu pai, em desespero, quebra o sigilo telefônico de um desses indivíduos, para conseguir encontrar a criança, vindo, através das informações colhidas nessa interceptação, conseguir resgatar a criança e capturar os criminosos. Nessa situação, muitos autores e, inclusive, muitas jurisprudências, consideram que há uma hipótese de legítima defesa ou estado necessidade, que são excludentes de ilicitude, devendo, assim, a prova ser considerada válida para comprovar a materialidade e a autoria do crime.

De acordo com AVENA (p.468, 2014),

Neste caso, há forte posição, adotada, inclusive, no âmbito dos Tribunais Superiores (STF e STJ) no sentido de que poderá a prova ser utilizada

desde que se caracterize hipótese de evidente legítima defesa ou estado de necessidade. Não se estaria, enfim, diante de uma prova ilícita, mas sim de prova lícita, visto que tanto a legítima defesa como o estado de necessidade caracterizam-se como excludentes de ilicitude, afastando, portanto, eventual ilicitude da prova obtida com violação a regras de direito material. (AVENA, 2014, p. 468)

No mais, é necessário entender que cada caso é um caso. O processo penal é o instrumento utilizado pelo o judiciário para comprovar e repreender a prática de condutas mais inadmissíveis por parte dos indivíduos. Pela natureza dos crimes julgados nesse processo, a verdade real deveria ser muito mais considerada do que em outros ramos do direito. Assim, deve-se ter cautela quanto à restrição da inadmissibilidade das provas ilícitas em favor da sociedade, quando, na aplicação do princípio da proporcionalidade, as defesas dos direitos coletivos de uma sociedade valem mais do que a impunidade de um criminoso, e isso só não é aceito porque houve quebra de um direito individual.

Nas palavras do mesmo autor:

Ora, o processo penal é acromático e tem como maior objetivo a descoberta da verdade. Para tanto, é preciso que se reconstituam os fatos de forma a se descobrir como, efetivamente, ocorreram. Nessa construção, a regra, indubitavelmente, deve ser a licitude da prova. Independentemente disto, pensamos, mais uma vez contrapondo a orientação majoritária, que a necessidade de estabelecer-se a prevalência da segurança da sociedade, também prevista no art. 5º, caput, da CF, faz com que deva ser admitida, também contra o réu, a prova ilícita quando o interesse público o exigir, evitando-se, destarte, a impunidade de criminosos. (AVENA, 2014, p. 467)

Por fim, não se fala em tornar uma faculdade do juiz a aplicação ou não da teoria da proporcionalidade, para se beneficiar a sociedade, quando existente uma prova ilícita contrária ao réu. Defende-se que em situações excepcionais e extremas, de irrefutável certeza da culpa de indivíduos, principalmente quando envolve a garantia de direitos de uma coletividade, a inadmissibilidade das provas ilícitas deve ser atenuada. Sendo assim, a prova ilícita, sendo o único meio de prova para comprovar a materialidade e a autoria, deve ser considerada pelo juiz, para não se deixar impunes criminosos perigosos, que coloquem em risco a vida, a segurança, a paz social de uma coletividade inteira. São nessas condições de extrema gravidade e excepcionalidade, em nome da defesa de garantias constitucionais de uma diversidade de indivíduos de uma sociedade, que deve a prova ilícita *pro societate* ser admitida, com fundamento na aplicação do princípio da proporcionalidade.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Foi analisado que o Processo Penal, como um instrumento de se resolver conflitos que surgem na sociedade, principalmente, quando da prática de delitos, se vale do instituto das provas para confirmação das alegações feitas no decorrer da ação penal.

Assim, as provas foi conceituada como instrumento usadas pelas partes para se obter o convencimento do órgão julgador das alegações feitas, tendo como principal finalidade a reconstrução mais aproximada dos acontecimentos de um fato, para ajudar o magistrado na formação de sua convicção da verdade real dos fatos.

Em momento posterior, concluiu-se que o instituto das provas é regido pelo princípio da liberdade probatória. Tal princípio foi abordado como uma forma de dá ampla possibilidade às partes de buscarem, por qualquer meio, as provas para se demonstrar a veridicidade de suas alegações, tornando os meios de provas nos arts. 150 a 250, apenas um rol exemplificativo. Portanto, foi concluído que a limitação dos meios de provas só se encontra quando o meio de prova é ilícito e, como consagrado na Constituição Federal e Código de Prova Penal, a prova provinda de tal meio, não será aceita.

Além disso, foi visto que a prova não é uma obrigação das partes no processo, sendo apenas um encargo, ou seja, uma facultatividade. Dessa forma, concluiu-se que, em regra, o ônus da prova cabe a acusação, quanto a materialidade e a autoria, sendo o ônus da prova da defesa apenas uma excepcionalidade, nos casos em que se queira demonstrar excludentes de ilicitude, de culpabilidade, causas de extinção da punibilidade e de circunstâncias que mitiguem a pena.

Além do mais, foi visto que o juiz possui liberdade probatória nos casos do Art. 156, do CPP, já definidos dentro do trabalho. No entanto, concluiu-se que, no momento da sentença, se o juiz ainda estiver em dúvida acerca de ponto controvertido, ele sempre sentenciará em prol do réu, em consonância com o princípio do *in dubio pro reo*.

Por isso que o sistema de avaliação de provas, ou seja, a maneira como o juiz vai se deixar convencer pelas provas apresentadas, adotado pelo o Código de Processo Penal Brasileiro, é o do livre convencimento motivado. Nesse sistema, foi visto que o juiz poderá apreciar as provas livremente, desde que, no momento da

prolação da sentença, fundamente o motivo pelo qual aquela prova lhe convenceu do resultado a que se chegou.

Ademais, determinou-se que o direito de prova será limitado pela a inadmissibilidade das provas ilícitas, regra prevista tanto no art. 5º, inciso LVI, da CF, quanto no Art. 157, do Código de processo penal.

Entretanto, como visto, tais artigos não tendem a distinguir quanto ao tratamento de provas ilícitas de provas ilegítimas, sendo ambas, de acordo com o CPP e a Constituição Federal, provas que contrariam normas de direito ou garantias de natureza material ou processual, sendo estas constitucionais ou infraconstitucionais, em que as duas serão inadmitidas pelo processo.

Dessa forma, foi concluso que essa inadmissão das provas ilícitas se fundamenta no argumento de proteção das garantias e nos direitos fundamentais dos indivíduos, para evitar abusos e arbítrios por parte das autoridades.

Assim, quando se fala em prova ilícita, o art. 157, do CPP, obriga o seu desentranhamento, ou seja, sua exclusão. Portanto, constatou-se que, quando se fala em desentranhamento, não se fala em destruição da prova, apenas em exclusão do processo, já que a ilicitude de prova poderá ser questionada em outros momentos processuais.

Ademais, o Art. 157, do Código do Processo Penal não se limita a proibir apenas as provas ilícitas em seus meios obtidos, mas, também quanto a sua origem, quando proíbe as provas ilícitas derivadas (Teoria das Frutas da Árvore Envenenada). Ou seja, são provas ilícitas derivadas àquelas que, mesmo coletadas por meios lícitos, na sua origem só foram indicados por resultado de prova ilícita anterior.

Dessa forma, sustentou-se que havendo essa relação de causalidade de uma prova ilícita anterior e uma prova posterior, estará caracterizada a prova ilícita derivada, não podendo, também, esta ser utilizada como motivador do convencimento da convicção do juiz, já que foi “contaminada” pela ilicitude da prova ilícita.

Além disso, debateu-se que a proibição da utilização das provas derivadas possuem atenuações, previstas pelo próprio Código de Processo Penal. Essas atenuações se referem à Teoria da Fonte independente e à Teoria da Descoberta Inevitável.

A Teoria da Fonte Independente é prevista no art. 157, §1º, parte final. Tal teoria afirma que será possível a utilização de uma prova posterior à prova ilícita anterior quando não demonstrar relação de causalidade e puderem ser obtidas por uma fonte independente da prova ilícita. Já a Teoria da Descoberta Inevitável, depois de concluído que a maioria da doutrina concorda que a sua definição se encontra respaldada no art. 157, §2º, afirmando que a colocação do substantivo de fonte independente no paragrafo foi um mero erro do legislador, tal a teoria da descoberta inevitável afirma que a prova derivada possui uma relação de causalidade com a prova ilícita anterior.

Entretanto, demonstrou-se que o que vai permitir utilização dessa prova no processo é a comprovação de que, mesmo com a relação de causalidade com a prova ilícita, a prova iria ser descoberta inevitavelmente pelas autoridades, através trâmites legais e lícitos, independentemente da existência ou não da prova ilícita.

Em momento posterior, foi afirmado que a busca pela verdade real dos fatos é um dos principais objetivos do processo penal, já que, o que se busca com a persecução probatória, é uma reconstrução aproximada da realidade dos fatos. Assim, foi concluído que quando a Constituição e o Código de Processo Penal proibiu a utilização das provas ilícitas, em praticamente todos os casos, tal vedação limitou essa verdade real e demonstrou o desejo de se considerar mais relevante a defesa de direitos e garantias constitucionais do que se ter uma busca da verdade plena.

Assim, foi concluso que, de fato, em certas situações, é importante a defesa das garantias e direitos constitucionais contra a arbitrariedade de autoridade e particulares, que desejam colher, a todo custo, a prova que poderá beneficiá-los. Porém, foi percebido, também, que tal defesa absoluta, que resulta na inadmissibilidade das provas ilícitas, em alguns casos, pode ser prejudicial para direitos coletivos muito mais relevantes que um único direito individual.

Com esse pensamento, foi que surgiu a teoria da proporcionalidade. Assim, foi estudado que, com o intuito de fundamentar a admissibilidade de provas ilícitas, em alguns casos, a teoria da proporcionalidade irá ponderar os interesses em conflitos, para que, no fim, decida-se qual deverá ser preservado.

Dessa forma, foi demonstrado que essa ponderação é o que ocorre quando da admissibilidade de provas ilícitas que sejam favoráveis ao réu. Visualizou-se que essa prova ilícita *pro reo* só poderá ser utilizada pelo juiz, porque comprova a

inocência do acusado, sendo descabida a condenação de um indivíduo só porque a única prova, irrefutável, que comprova sua inocência é ilícita. Por aqui, nota-se a presença da aplicação da teoria da proporcionalidade, já que entram em conflitos o princípio da inocência e a defesa da liberdade do indivíduo e o direito fundamental que a prova ilícita contrariou, sendo concluído, assim, que deve-se prevalecer, quando ocorrer a ponderação dos interesses, adotado pela teoria da proporcionalidade, os interesses do indivíduo inocente. Por isso, as provas ilícitas *pro reo* já são aceitas pela doutrina e jurisprudência.

Porém, o mesmo não ocorre o mesmo com a prova ilícita *pro societate*, sendo esta ainda bastante condenada pela jurisprudência e por parte da doutrina, entendimento, no entanto, que, em alguns casos, concluiu-se ser descabida.

Como já inferido diversas vezes, o direito processual penal brasileiro possui o propósito de alcançar a verdade real dos fatos, para que, através dessa verdade, o juiz seja convencido e sentencie da maneira mais justa. Quando essa verdade real é demonstrada por uma prova ilícita, a regra do processo penal, é desconsiderá-la, não importando a gravidade da situação que a prova demonstre, com exceção da aceitação da prova ilícita *pro reo*.

Assim, foi depreendido que é necessário se ter, caso a caso, através da teoria da proporcionalidade, uma ponderação de interesses em tais situações, mesmo que a prova ilícita seja favorável a sociedade. Em alguns casos de extrema gravidade, quando a prova ilícita demonstra uma verdade irrefutável da culpa de criminosos perigosos, é necessário pôr acima de um direito individual o interesse de toda uma sociedade. Assim como os direitos individuais, como a privacidade e a liberdade são previstas na Constituição Federal, o mesmo ocorre com os direitos coletivos, sendo também necessária a defesa desses.

Dessa forma, chegou-se a conclusão de que se deve ter a admissibilidade das provas ilícitas *pro societate* em casos extremos e excepcionais, como casos em que, pela teoria da proporcionalidade, a defesa de direitos coletivos, contra criminosos, organizações criminosas e indivíduos que coloquem em risco o bem estar e segurança de toda uma sociedade, vale mais que a defesa de um direito único individual, sendo necessária essa admissibilidade para evitar uma sensação de impunidade e insegurança em toda uma coletividade.

## REFERÊNCIAS

ABADE, Denise Neves. **Série Carreiras Federais: Processo Penal**. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: Método, 2014.

ALVES, Leonardo Barreto Moreira. **Coleção Sinopses para Concursos: Processo Penal – Parte Geral**. 6º ed. Salvador: Jus Podvium, 2016.

AVENA, Norberto. **Processo Penal Esquematizado**. 6ºEd. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: Método, 2014.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa Federal. **Vade Mecum Penal** 07º. ed. atual, rev e ampl. – Recife: Armador, 2016.

BONFIM, Edilson Mougnot. **Curso de Processo Penal. 7º Ed**. São Paulo: Saraiva, 2012.

\_\_\_\_\_. Código de Processo Penal (1941). Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941 – **Vade Mecum Penal**- 07. ed. atual, rev. e ampl. – Recife-PE: Armador, 2016.

\_\_\_\_\_. BRASIL. **Supremo Tribunal Federal. Inq: 2245 MG**, Relator: JOAQUIM BARBOSA. Disponível em: <<https://saulomateus.jusbrasil.com.br/artigos/296291857/teorias-atenuantes-das-provas-ilicidas-por-derivacao>>. Acesso em: 13/01/2017.

BRASILEIRO, Renato. **Manual de Processo Penal**. Vol. Único.4ºEd. Salvador: Juspodivm, 2016

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 9º. Ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 23ºEd. São Paulo: Saraiva, 2016.

DIDIER JR, Fredier. BRAGA, Paula Sarno. OLIVEIRA, Rafael Alexandria. **Curso de de Direito Processual Civil: Teoria da Prova, Direito probatório, Decisão, Precedente, Coisa Julgada e Tutela Provisória**. . 10 ed. Salvador: Jus Podivm, 2015.

FERNANDES, Antônio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. 2º Ed. . São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000

FILHO, Vicente Greco. **Manual de Processo Penal**. 9º ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

FREITAS, Márcio Luiz Coelho de. **A prova ilícita por derivação e suas exceções**. Disponível em: <[http://www2.tjam.jus.br/esmam/index.php?option=com\\_content&view=article&id=221:a-prova-ilicita-por-derivacao-e-suas-excecoes&catid=70:artigos-academicos&Itemid=116](http://www2.tjam.jus.br/esmam/index.php?option=com_content&view=article&id=221:a-prova-ilicita-por-derivacao-e-suas-excecoes&catid=70:artigos-academicos&Itemid=116)>. Acesso em 11 de fevereiro de 2017.

GONÇALVES, Marcus Vinicius. **Direito Processual Civil Esquematizado**. 8º Ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

GRINOVER, Ada Pellegrini. FERNANDES, Antônio Scarance. FILHO, Antônio Magalhães Gomes. **As nulidades no processo penal**. 11º Ed. São Paulo: RT, 2009.

LEÃO, André Felipe Torquato. **A vedação das provas ilícitas e a busca da verdade no processo penal**. Disponível em: < <https://jus.com.br/artigos/29976/a-vedacao-das-provas-ilicidas-e-a-busca-da-verdade-no-processo-penal>>. Acesso em 11 de fevereiro de 2017.

MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. **Curso de Processo Civil: Tutela dos Direitos Mediante Procedimento Comum**. Vol. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MESSA, Ana Flávia. **Curso de Direito Processual Penal: Indicado para Concursos Públicos e OAB**. 2º ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 32 ed. São Paulo: Atlas, 2016.

NOVELINO, Marcelo. **Manual de Direito Constitucional**. 9º ed. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: Método, 2014.

NEVES, Daniel Assumpção Amorim. **Manual de Direito Processual Civil**. Vol. Único. 7º Ed. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: Método, 2015.

NUCCI, Guilherme. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 11<sup>o</sup> ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 18<sup>o</sup> Ed. São Paulo: Atlas, 2014.

PACHECO, Denilson Feitoza. **Direito Processual Penal: teoria, crítica e práxis**. 4<sup>o</sup>Ed. Nitéroí: Impetus, 2006.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 23<sup>o</sup>Ed. São Paulo: Atlas, 2015.

REIS, Alexandre Cebrian Araújo. GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito Processual Penal Esquematizado**. 5<sup>o</sup> Ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

TÁVORA, Néstor. ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 11<sup>o</sup>Ed. Salvador: Juspodvium, 2016.