

**POSSIBILIDADES DOUTRINÁRIAS DE APRECIACÃO DE PROVAS ILÍCITAS NO  
PROCESSO PENAL BRASILEIRO: APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA  
PROPORCIONALIDADE**

**DOCTRINARIAN POSSIBILITIES OF APPRECIATION OF ILLEGAL PROOF IN  
BRAZILIAN CRIMINAL PROCESS LAW: APPLICATION OF  
PROPORTIONALITY PRINCIPLE**

Willan Alikuri Pereira<sup>1</sup>

**RESUMO**

O presente artigo teve por escopo estudar as possibilidades doutrinárias de apreciação de provas ilícitas no processo penal brasileiro sob a aplicação do princípio da proporcionalidade. Os objetivos específicos foram explicitar um panorama doutrinário sobre as provas no processo penal brasileiro; a explanação acerca da prova ilícita no processo penal brasileiro, teoria dos frutos da árvore envenenada e suas exceções e, por fim, a exposição sobre as possibilidades doutrinárias de aceitação da prova ilícita no processo penal pátrio, tendo por base o princípio da proporcionalidade. Partiu-se da hipótese de que a aceitação das provas ilícitas no processo penal brasileiro não poderia ocorrer, dada a previsão expressa na Constituição Federal. Entretanto, concluiu-se que a acolhimento de provas ilícitas no processo penal brasileiro em favor do réu é amplamente aceito pela doutrina, restando incontroverso, enquanto a aceitação desse tipo de evidência em favor da sociedade é combatida pela doutrina majoritária, restando muito excepcional a sua ocorrência em situações de extrema magnitude a fim de resguardar o interesse do cidadão por vida, liberdade e segurança.

**PALAVRAS-CHAVE:** Provas ilícitas; *Pro reo*; *Pro societate*; Proporcionalidade.

**ABSTRACT**

This article has for objective to study the doctrinal possibilities of acceptance of illegal evidences in Brazilian criminal legal process under application of proportionality principle. The specific objectives were to show a doctrine overview about evidences in Brazilian criminal process; to explain about illegal evidences in Brazilian criminal process, the fruit of poisonous tree theory and its exceptions, and, in the end, to discuss about the doctrinal possibilities concerning the acceptance of illegal evidences in Brazilian criminal process, under the application of proportionality principle. The hypothesis was that illegal proof could not be accepted by Brazilian criminal process Law, due to the text of the Constitution. However, the conclusion reached is that the doctrine agrees with the acceptance of illegal evidences *pro reo* in the Brazilian criminal process, while the acceptance of this kind of evidence *pro societate* is denied by most of the doctrine, remaining the acceptance of this kind of proof in very specific situations, to protect the civilian's right to life, liberty and security.

**KEYWORDS:** Illegal evidences; *Pro reo*; *Pro societate*; Proportionality.

---

<sup>1</sup> Graduado em Direito pela Faculdade Anhanguera do Rio Grande. Pós-graduado em Direito Penal e Processo Penal pela LFG (Universidade Anhanguera - Uniderp). Advogado - OAB/RS 101.811.

## INTRODUÇÃO

É indiscutível a importância das provas no processo penal. Elementos probatórios que sejam produzidos por partes, juiz ou terceiros visam levar ao conhecimento do julgador elementos para que este forme sua convicção, seja de condenar um réu ou de inocentá-lo. O Código de Processo Penal tem amplo rol de provas em espécie, sendo aceitos no processo os meios de prova inominados, ou seja, não constantes no diploma processual penal.

Na temática probatória surge a questão das provas obtidas por meio ilícito. A Constituição Federal em seu art. 5º, LVI, reputa inadmissíveis, no processo, as provas havidas por meio ilícito. Embora haja divisão doutrinária do que seja uma prova ilícita e ilegítima, o art. 157, CPP, com redação dada pela Lei 11.690/08, dá o mesmo destino para ambas: o seu desentranhamento do processo. Mas será que todas as provas ilícitas são inadmissíveis? Em outras palavras (e refinando a pergunta) existe(m) caso(s) onde a prova ilícita é perfeitamente admissível no processo penal brasileiro sob o princípio da proporcionalidade?

Nesse sentido, este artigo objetiva estudar as possibilidades doutrinárias de apreciação de provas ilícitas no processo penal pátrio aplicando-se o princípio da proporcionalidade, tanto em favor do réu (*pro reo*) como em favor da sociedade (*pro societate*). Partiu-se da hipótese de que a prova ilícita não pode ser aceita no processo penal pátrio dada a previsão expressa na Constituição Federal nesse sentido.

O artigo será dividido em três partes (correspondendo aos objetivos específicos do trabalho): a primeira tratará da prova no processo penal brasileiro; a segunda versará das provas ilícitas no processo penal brasileiro sob a visão da doutrina; e a terceira exporá lições doutrinárias sobre a admissão de provas ilícitas no processo penal pátrio atingindo o principal questionamento deste trabalho.

## 1 PROVAS NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

O termo prova vem do latim (*probatio*), sendo definida como o conjunto de atos que podem ser praticados pelo juiz, pelas partes ou por terceiros com a finalidade de levar ao magistrado a convicção sobre a verdade ou não de uma afirmação ou fato (Capez, 2012). Nesse sentido, a prova serve para convencer o juiz sobre os elementos essenciais para o julgamento de uma ação, o que demonstra sua enorme importância para o processo. Elenca a doutrina que a prova tem três acepções: a) como atividade probatória; b) como resultado; e c) como meio.

A doutrina classifica, principalmente, a prova, no tocante ao objeto, em *direta* (faz alusão direta ao fato) ou *indireta* (alcança o fato por meio de raciocínio lógico dedutivo); em virtude do efeito, a prova pode ser *plena* (formadora de certeza ao julgador) ou *indiciária* (restringindo-se a mera probabilidade do fato); quanto ao sujeito, a prova é classificada como *real* (consistente em coisa que não seja a pessoa, confirmando a afirmação) ou *pessoal* (afirmações de pessoas humanas, como testemunha, perícia, etc.); em relação a *forma*, a prova pode ser testemunhal, documental ou material.

No tocante à apreciação das provas, tem-se três sistemas: a) o da íntima convicção (não adotado, em regra, em nosso ordenamento jurídico); b) o da prova tarifada (estabelecendo o diploma legal valor entre as provas, não adotado pelo CPP, mas a doutrina aponta para resquícios deste sistema presentes no diploma processual) e c) o da persuasão racional do juiz (regra do nosso ordenamento jurídico, exigindo que as decisões sejam fundamentadas, sob pena de nulidade).

O CPP tem amplo rol de provas em espécie que são (1) Exames de corpo de delito e perícias em geral (Art. 158 a art. 184, CPP); (2) Interrogatório do acusado (art. 185 a art. 196, CPP); (3) Confissão (art. 197 a art. 200, CPP); (4) Declarações do ofendido (art. 201, CPP); (5) Testemunhas (art. 202 a art. 225, CPP); (6) Reconhecimento de pessoas e coisas (art. 226 a 228, CPP); (7) Acareação (art. 229 a 230, CPP); (8) Documentos (art. 231 a 238); (9) Indícios (art. 239, CPP); (10) busca e apreensão (art. 240 a 250, CPP). Entretanto, o rol de provas do Código de Processo Penal é apenas exemplificativo de modo que se admitem as provas inominadas, ou seja, não constantes no aludido diploma legal.

Objetivou-se expor aqui aspectos gerais da prova no processo penal brasileiro. A próxima tarefa será a de relatar sobre as provas ilícitas no processo penal brasileiro sob a luz da doutrina.

## **2 PROVAS ILÍCITAS NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO: LIÇÕES DOUTRINÁRIAS.**

Feito um panorama sobre as provas no processo penal brasileiro, passamos a expor sobre as posições doutrinárias acerca da admissibilidade ou não das provas ilícitas no Processo Penal brasileiro, mas antes disso precisamos entender o conceito de prova ilegal no Processo Penal, tema do próximo subtítulo.

### **2.1 Provas Ilícitas, Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada e suas exceções**

A doutrina traz a prova ilícita (também aludida como proibida ou vedada) como sendo gênero da qual são espécies as provas ilícitas *stricto sensu* (também chamadas de ilegais) e as provas ilegítimas. As provas ilícitas *stricto sensu* (ilegais) compreendem aquelas obtidas com violação de regra de direito material, enquanto as ilegítimas referem-se às provas obtidas com violação de uma regra processual penal. Capez (2012) exemplifica a prova ilegítima com o depoimento prestado em violação ao sigilo profissional (art. 207, CPP)<sup>2</sup>, além de explicar a prova ilícita *stricto sensu* supondo aquela produzida mediante crime (tortura, por exemplo) ou contravenção penal.

O tratamento dado a este tipo de prova pela Constituição Federal está no art. 5º, inciso LVI, explicitando que “*são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos*”. Consoante este entendimento está o art. 157, *caput* do CPP, com redação atual dada pela Lei 11690/08, segundo o qual, “*são inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais*”. Prevalece o entendimento, nas palavras de Nucci (2015b, pág. 49) de “serem ilícitas são todas as provas obtidas com violação a normas constitucionais ou legais (normas penais ou processuais penais)”. Em outras palavras, tanto a prova ilegítima como a prova considerada ilícita *stricto sensu* devem ter o mesmo destino, ou seja, o seu desentranhamento do processo, dada a sua inadmissibilidade. Existe diferença, entretanto, no tratamento da prova ilícita *stricto sensu* e da prova ilegítima. Enquanto a primeira não pode ser repetida, devendo ser desentranhada processo, a segunda pode ser repetida, desde que se respeite a regra de direito processual para coleta da prova.

De igual forma, o mesmo artigo em seu parágrafo primeiro (art. 157, § 1º, CPP) considera também como ilícita a prova que derivar de outra obtida com violação às disposições processuais ou regras de direito material. Trata-se da adoção da “teoria dos frutos da árvore envenenada” (*fruit of the poisonous tree*), oriunda do ordenamento jurídico norteamericano, que trata das provas ilícitas por derivação. Nas palavras de Lima trata-se de (2017, pág. 625):

(...) meios probatórios que, não obstante produzidos, validamente, em momento posterior, encontram-se afetados pelo vício da ilicitude originária, que a eles se transmite, contaminando-os, por efeito da repercussão causal.

---

<sup>2</sup> Art. 207, CPP: São proibidas de depor as pessoas que, em razão de função, ministério, ofício ou profissão, devam guardar segredo, salvo se, desobrigadas pela parte interessada, quiserem dar o seu testemunho.

Em outras palavras, a prova derivada (“fruto”) é “contaminada” pela ilicitude da prova que a gerou (“árvore”). O exemplo dado por Nucci (2015b) acerca deste tipo de prova é a localização de uma testemunha através de uma escuta telefônica não autorizada, pois tal conduta caracteriza crime de acordo com o art. 10 da Lei 9.296/96<sup>3</sup>. Por conseguinte, a prova testemunhal havida foi “contaminada” pela escuta telefônica ilícita devendo, nessa hipótese, ambas as provas serem desentranhadas do processo, haja vista as disposições constitucionais e processuais penais a respeito da matéria. Portanto, o procedimento processual adotado em relação à prova ilícita por derivação é o mesmo de qualquer outra prova considerada ilícita.

O mesmo art. 157 do CPP traz ressalvas à teoria dos frutos da árvore envenenada, não sendo consideradas provas ilícitas **quando não houver nexo de causalidade entre a prova ilícita e a derivada**, no caso de **fonte independente** (*independent source limitation*) e a **descoberta inevitável** (*inevitable discovery limitation*, art. 157, § 2º CPP). A **falta de nexo de causalidade** trata da ausência de ligação entre a prova ilícita e a derivada. Assim sendo, não há falar em “contaminação” da prova pela ilicitude da evidência que deu origem a esta, por falta de relação de causa e efeito entre elas. A *fonte independente*<sup>4</sup> ocorre quando uma mesma prova foi descoberta por mais de uma fonte. Por exemplo, várias diligências provocadas por partes, procuradores, etc. encontram a mesma prova e alguma(s) dessas diligências macula(m) a prova com ilicitude. Se uma das fontes desta prova for lícita, a evidência encontrada será aproveitada e devidamente aceita e válida no processo. A *descoberta inevitável*<sup>5</sup> trata de uma prova derivada de uma ilícita, mas que “segundo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou da instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova”<sup>6</sup>. Em outras palavras, a prova é derivada de ilícita, mas pelo trâmite do processo seria atingida de qualquer modo. Nas palavras de Ticami (2016, pág. 115-116)

[...] não obstante, sua admissibilidade dependerá de elevada plausibilidade de se chegar na prova durante o curso casual hipotético, ou seja, exige-se alto grau de probabilidade da descoberta e não meros elementos especulativos ou simples conjunturas, de modo que seja verificada com atenção na realidade fática (concreta e casuística) dos autos se havia investigação paralela apta a revelar aquela prova.

---

<sup>3</sup> Art. 10, Lei 9296/96: Constitui crime realizar interceptação de comunicações telefônicas, de informática ou telemática, ou quebrar segredo da Justiça, sem autorização judicial ou com objetivos não autorizados em lei.

Pena: reclusão, de dois a quatro anos, e multa.

<sup>4</sup> Tem origem no direito norteamericano, no precedente judicial *Bynum v. US* (1960).

<sup>5</sup> Tem origem no direito norteamericano, no precedente judicial *Nix v. Williams* (1984).

<sup>6</sup> Art. 157, §2º, CPP.

Evidencia-se, portanto, a necessidade de cautela no tratamento da exceção da descoberta inevitável da prova ilícita, sob pena de tolerar-se a prova ilícita em praticamente qualquer caso, o que evidentemente é uma ação contra o mandamento constitucional de não aceitar no processo provas consideradas ilícitas.

Tratou-se, aqui, das principais exceções à ilicitude das provas elencadas pela doutrina. Vamos examinar outras limitações à ilicitude das provas.

## 2.2 Outras exceções à Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada

A doutrina versa também sobre outras exceções à aplicação da teoria dos frutos da árvore envenenada, também oriundas do direito norte-americano, sem precedentes no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça ou sem aplicação no processo penal brasileiro, razão pela qual não serão aprofundadas neste artigo. Trata-se da limitação da *mancha purgada*, da *exceção da boa-fé*; da *teoria do risco*; da *limitação da destruição da mentira do imputado*; da *doutrina da visão aberta*; da *teoria do encontro fortuito de provas (serendipidade)*; da *limitação da renúncia do interessado*; da *limitação da infração constitucional alheia*; da *limitação da infração constitucional por pessoas que não fazem parte do órgão policial*<sup>7</sup>.

É aplicável, porém, no direito brasileiro a teoria do encontro fortuito de provas (serendipidade), a qual trata dos casos onde a autoridade policial cumprindo diligência devidamente autorizada na apuração de um delito, encontra, de maneira imprevista, provas relativas a outro crime que não constava na diligência executada. Para que a prova descoberta fortuitamente seja válida, não deve haver desvio de finalidade nem abuso de autoridade na realização da diligência (Lima, 2017). Há especificidades sobre tal teoria no tocante à Lei de Interceptação Telefônica (julgado do STF<sup>8</sup>). Também há peculiaridades sobre a teoria do encontro fortuito de provas no tocante ao escritório de advocacia, por conta do sigilo conferido aos documentos de clientes<sup>9</sup>. Entretanto, existe exceção (art. 7º, § 6º da Lei 8096/94) a essa

---

<sup>7</sup> Para aprofundamento em tais exceções a aplicação da teoria dos frutos da árvore envenenada, recomendamos a obra de LIMA, Roberto Brasileiro. *Manual de Processo Penal*. 5ª Ed. Salvador: JusPodivm, Pág. 631-639.

<sup>8</sup> O STF manifestou-se no HC 83.515/RS sobre a possibilidade de informações e provas coletadas serem usadas para denúncia em crimes puníveis com detenção, desde que estes sejam conexos àqueles que serviram de base para a interceptação; Frise-se que o art. 2º, III, da L9296/96 não admite a interceptação telefônica em infração penal punida, no máximo, com pena de detenção.

<sup>9</sup> Art. 7º, II, L8906/94: São direitos do advogado:

(...)

II – a inviolabilidade de seu escritório ou local de trabalho, bem como de seus instrumentos de trabalho, de sua correspondência escrita, eletrônica, telefônica e telemática, desde que relativas ao exercício da advocacia;

regra quando a autoridade judiciária decretar a quebra da inviolabilidade em relação ao escritório no caso de indícios de autoria e materialidade da prática de crime por parte do advogado. Tal decisão deverá ser motivada, com mandado de busca e apreensão específico e pormenorizado, a ser cumprido na presença de representante da OAB, vedada a utilização de documentos e objetos dos clientes do advogado averiguado e instrumentos de trabalho com informação sobre os mesmos. Há uma exceção a esta inviolabilidade citada (art. 7º, § 7º da Lei 8096/94), ocorrendo quando o cliente do advogado em questão estiver sendo formalmente investigado como partícipe ou coautor do mesmo crime que ensejou a quebra da inviolabilidade.

Assim, trataremos nesta parte sobre a prova ilícita, a teoria dos frutos da árvore envenenada e suas exceções elencadas pela doutrina. O próximo passo é verificar na doutrina os ensinamentos acerca das provas ilícitas no processo penal brasileiro, tema do próximo tópico.

### **3 LIÇÕES DA DOUTRINA SOBRE A ADMISSÃO DE PROVAS ILÍCITAS NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO**

Após ter exposto brevemente sobre as provas no processo penal brasileiro, provas ilícitas, teoria dos frutos da árvore envenenada e suas limitações, passamos a enfrentar o principal questionamento deste trabalho, ou seja, expor as possibilidades doutrinárias de apreciação de provas ilícitas no processo penal brasileiro mediante aplicação do princípio da proporcionalidade.

Conforme dito, a regra constitucional não admite as provas ilícitas, devendo as mesmas serem desentranhadas do processo. Entretanto, apesar do comando da Constituição Federal, a doutrina elenca as correntes acerca da admissão de provas ilícitas no processo penal brasileiro. Trata-se da (1) *plena admissão da prova ilícita no processo penal*; (2) *inadmissibilidade absoluta da prova ilícita no processo penal*; (3) *admissibilidade da prova ilícita através do princípio da proporcionalidade*; (4) *admissibilidade da prova ilícita através do princípio da proporcionalidade pro reo*. Vamos examiná-las no próximo item.

#### **3.1. Correntes sobre a admissão de provas ilícitas no processo penal brasileiro**

Para a corrente pela *admissão da prova ilícita no processo penal*, tal prova deveria ser aceita desde que não houvesse proibição desse tipo de evidência pelas regras processuais,

desprezando, assim, qualquer violação de direito material. A corrente de admissão de prova ilícita não encontra abrigo na jurisprudência pátria.

Existe também a corrente pela *inadmissibilidade absoluta da prova ilícita no processo penal*, ou seja, não seriam admitidas evidências havidas por meio ilícito em nenhum caso. Tal posição doutrinária deriva da leitura *ipsis litteris* do art. 5º, LVI da Constituição Federal, ou seja, o inciso do art. 5º que inadmite no processo as provas ilícitas e manda desentranhá-las. Além disso, no ensinamento de Nucci (2015b, pág. 51) acerca da disposição processual sobre o tema, “o critério legislativo foi claro no art. 157 do Código de Processo Penal. Inexiste proporcionalidade. Provas ilícitas são desprezadas e, com elas, todas as derivadas”. Contudo, considerando esses argumentos, pergunta-se: em nenhum caso a inadmissibilidade processual de provas ilícitas deve ser relativizada? E se uma prova ilícita for a única a evidenciar que um réu não colaborou com a infração penal? Deve-se condená-lo injustamente apenas para obedecer ao comando constitucional de não aceitar provas ilícitas? Assim, fica claro que a crítica a esta posição doutrinária diz respeito à falta de flexibilidade na proibição de provas ilícitas.

Outro posicionamento com relação às provas ilícitas no processo penal defende a *sua admissão através do princípio da proporcionalidade*, de forma que a prova ilícita poderia ser aceita no processo em casos excepcionais em favor do réu ou da sociedade. Haveria, assim, uma mitigação na proibição de provas ilícitas no processo por conta de conflito de princípios constitucionais. No caso da acusação, os princípios a ser destacados poderiam ser a defesa do patrimônio, defesa da vida, etc.; enquanto para a defesa, o princípio a ser defendido seria a liberdade do réu.

Acerca disso, explana Capez (2012, pág. 367):

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.

Sobre a aplicação do princípio da proporcionalidade, exemplifica Nucci (2015b, pág. 51):

Para apurar a prática de um homicídio, invade-se um domicílio, sem mandado judicial, apreendendo-se provas. Estas são consideradas ilícitas, mas o crime é grave, tratando-se de delito contra a vida. Por isso, mantém-se a condenação do homicida, com base em provas ilícitas. No mesmo cenário, se o crime fosse um furto (menos grave), as provas ilícitas seriam desprezadas e o agente, absolvido.



Acerca do assunto, Lopes Jr (2014, pág. 611) critica a aplicação do aludido princípio, pois “o próprio conceito de proporcionalidade é constantemente manipulado e serve a qualquer senhor”. O autor considera um retrocesso o uso deste conceito jurídico indeterminado com o afã de impor restrições de direitos fundamentais (ainda mais um tão precioso quanto a liberdade!). Em outras palavras, fica ao bel prazer do juiz condenar alguém com base em prova ilícita sob a alegação de que “o crime é grave” ou há “prevalência do interesse público”.

Não bastasse o argumento acima, é irônico aceitar que o Estado exerça o *jus puniendi* com base em uma prova obtida por meio ilícito (crime ou contravenção penal), porque, nesse caso, comete-se um delito para obtenção da evidência visando punir outra infração penal (!). Nessa linha, argumenta Nucci (2015a, pág. 451):

Os agentes do Estado não podem delinquir para obter provas, ainda que voltadas à apuração de crime grave. Se o fizerem, devem ser punidos como qualquer outro delinqüente. E o resultado obtido precisa ser ignorado pelo Estado-juiz. Somente assim, as autoridades aprenderão o valor sublime dos direitos individuais, pairando acima do interesse público de aplicação da lei penal.

Convém ressaltar, porém, que a doutrina não aceita a aplicação do princípio da proporcionalidade para provas ilícitas obtidas mediante tortura. Nas palavras de Lima (2017, pág. 643):

[os elementos probatórios] colhidos mediante o constrangimento de alguém com emprego de violência ou grave ameaça, causando-lhe sofrimento físico ou mental, tais elementos probatórios não poderão ser levados em consideração pelo magistrado, porquanto impossível aferir a veracidade (ou não) do conteúdo das declarações de tal pessoa.

Sobre o mesmo tema, expõe Capez (2012, pág. 371) que para a prova ilícita deve ser aplicado o princípio da proporcionalidade, ressalvada “apenas a prática da tortura, que, por afrontar normas de direito natural, anteriores e superiores às próprias constituições jamais pode ser admitida, seja para que fim for”.

Assim, ainda discorrendo sobre as posições acerca da aplicação do princípio da proporcionalidade para a aceitação de provas ilícitas, qual a opinião da doutrina sobre sua aplicação *pro reo* e *pro societate*?

### **3.2. Admissão de provas ilícitas no processo penal brasileiro *pro reo***

O tratamento excepcional de apreciar as provas ilícitas quando em favor do réu (*pro reo*), tendo por base o princípio da proporcionalidade é aceito pela doutrina. Conforme explicita Capez (2012, pág. 369):

[...] a aceitação do princípio 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.

Com outras palavras, expõe Lima (2017, pág. 642):

Entende-se que o direito de defesa (CF, art. 5º, LV) e o princípio da presunção de inocência (CF, art. 5º, LVII) devem preponderar no confronto com o direito de punir. De fato, seria inadmissível que alguém fosse condenado injustamente pelo simples fato de sua inocência ter sido comprovada por meio de uma prova obtida por meios ilícitos.

Nucci (2015a, pág. 451) assevera que

[...] havendo produção de prova ilícita, demonstrativa da inocência do réu, deve-se utilizá-la, em nome do interesse maior de preservação da Justiça criminal equilibrada, que não privilegia o meio, em detrimento do resultado ao cuidar da vida de um inocente.

Opinando sobre a corrente pela admissibilidade da prova ilícita através do princípio da proporcionalidade *pro reo* afirma Lopes Jr (2014, pág. 613) que:

[...] é a mais adequada ao processo penal e ao conteúdo de sua instrumentalidade, na medida em que o processo penal é um instrumento o serviço da máxima eficácia dos direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição.

Entretanto, vale lembrar que a apreciação de prova ilícita *pro reo* tendo por base o princípio da proporcionalidade não exclui a possibilidade de puni-lo por tê-la produzido. Isso porque a prova ilícita pode ser produzida mediante crime ou contravenção penal e, nesse caso, pode haver a punição em processo autônomo, a menos que o produtor de tal evidência demonstre que no caso concreto ocorreu alguma das hipóteses excludentes de ilicitude ou de culpabilidade.

Ressalte-se que a mesma prova usada em favor do acusado não pode servir de evidência para punir um terceiro, justamente por se tratar de prova ilícita. A aceitação da prova ocorreu de maneira excepcional para inocentar o réu, mas a regra constitucional é a sua não apreciação e, conseqüentemente, o seu desentranhamento do processo.

Assim, passamos ao próximo questionamento: a admissão de provas ilícitas no processo penal brasileiro em favor da sociedade.

### 3.3. Admissão de provas ilícitas no processo penal brasileiro *pro societate*

Quanto tema, parte da doutrina acredita que, sob o princípio da proporcionalidade, da mesma forma que a prova ilícita pode ser apreciada de maneira excepcional em benefício do réu, a evidência havida por meio ilícito poderia ser aceita em favor da sociedade. É o que expõe Fernandes (2002, pág. 87-88):

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.

Não é este o entendimento da jurisprudência dos Tribunais Superiores. Sobre isso, Lima (2017, pág. 644-645) afirma que:

Prevalece o entendimento de que admitir-se a possibilidade de o direito à prova prevalecer sobre as liberdades públicas, indiscriminadamente, é criar um perigoso precedente em detrimento da preservação de direitos e garantias individuais: não seria mais possível estabelecer-se qualquer vedação probatória, pois todas as provas, mesmo que ilícitas, poderiam ser admitidas no processo, em prol da busca da verdade e do combate a criminalidade, tornando letra morta o disposto no art. 5º, LVI da Constituição Federal.

Nucci (2015a, pág. 450) expõe a posição de ser contrário ao uso do princípio da proporcionalidade na apreciação das provas ilícitas, exceto se isso for aplicado em benefício do réu. O argumento é de que:

O capítulo dos direitos e garantias individuais, no contexto penal e processual penal, recheia-se de garantismo, voltando ao combate à prepotência e abuso do Estado, mas não ao contrário. Não existem várias normas clamando pela punição de criminosos, a qualquer custo, em nome da segurança pública.

Completa o autor (2015a, pág. 451) “respeitados os termos expressos nos incisos do art. 5º [CF], dentre os quais o da vedação a produção de provas ilícitas, pode-se garantir a punição justa”.

Já a crítica de Lopes Jr. (2014) foi explicitada acima (na parte “*Correntes sobre a admissão de provas ilícitas no processo penal brasileiro*”) e tratou do perigo da discricionariedade de o juiz aplicar a proporcionalidade, conceito que pode ser manipulado e assim, perpetrar violações aos direitos fundamentais das pessoas.

Opinando sobre o acolhimento de prova ilícita pelo princípio da proporcionalidade *pro societate*, Távora e Alencar (2013, pág. 401) dizem que:

A nosso ver, é uma contradição em termos, pois se é sabido que algumas modalidades de atividade criminosa exigem um aparato de produção probatória mais eficiente, como a realização de interceptação telefônica, a quebra de sigilos, a infiltração de agentes etc., estas ferramentas devem ser utilizadas nos estritos limites da lei. Não se justifica a quebra de garantias constitucionais, num Estado fora da lei, na busca do combate ao crime.

Mesmo nos julgados onde a aceitação de provas ilícitas baseada no princípio da proporcionalidade em desfavor do réu<sup>10</sup>, percebe-se que tal medida deve ser extremamente excepcional. Távora (2013) expõe pensamento nessa mesma linha. Exemplifica Capez, no caso de uma poderosa rede de narcotráfico internacional que seria destinatária de uma carta escrita por um preso, correspondência essa que foi apreendida de maneira ilícita. O autor (2012, pág. 370) questiona:

Seria mais importante proteger o direito do preso ao sigilo de sua correspondência epistolar, do qual serve para planejar crimes, do que desbaratar uma poderosa rede de distribuição de drogas que ceifa milhões de vidas de crianças e jovens? Certamente não.

Por fim, Capez (2012, pág. 371) ao fazer um panorama acerca do assunto, afirma que “a tendência, entretanto, tanto da doutrina quanto da jurisprudência é a de aceitar somente *pro reo* a proporcionalidade”.

Conclui-se, portanto, que a aceitação da prova ilícita com base no princípio da proporcionalidade é muito controversa, com a maioria da doutrina inclinando-se para não aceitação; parte da doutrina ressalva situações de extrema magnitude a fim de resguardar o interesse do cidadão pela vida, liberdade e segurança, caso em que a evidência obtida por meio ilícito deve ser aceita em favor da sociedade no processo penal brasileiro. Ressalte-se que mesmo quando aceita, o princípio da proporcionalidade para acolher a prova ilícita *pro societate* não pode ser aplicado em todos os casos, pois agir dessa forma seria ignorar a proibição constitucional das provas ilícitas, além de legitimar o aceite de evidências produzidas com ilícitos penais e com violação às regras processuais e direitos fundamentais.

## CONCLUSÃO

---

<sup>10</sup> Cite-se como exemplo: STF, HC 70.814-5, rel. Min. Celso de Mello, DJU, 24 jun. 1994, p. 16649.

O presente artigo teve por escopo estudar as possibilidades doutrinárias de apreciação de provas ilícitas no processo penal brasileiro sob a aplicação do princípio da proporcionalidade.

Para tal fim, buscou-se a realização de revisão bibliográfica da doutrina mostrando um panorama sobre as provas no processo penal brasileiro. Procedeu-se a explanação acerca da prova ilícita no processo penal brasileiro, o acolhimento teoria dos frutos da árvore envenenada e suas exceções e, por último a exposição sobre as possibilidades doutrinárias de aceitação da prova ilícita no processo penal pátrio, tendo por base o princípio da proporcionalidade.

Partiu-se, assim, da hipótese de que as provas ilícitas não seriam aceitas no processo penal pátrio, hipótese que restou superada, pois concluiu-se que o acolhimento de provas ilícitas no processo penal brasileiro balizado no princípio da proporcionalidade em favor do réu é amplamente aceito pela doutrina, restando praticamente incontroverso, já que a proibição de provas ilícitas não pode (nem deve!) ser usada para condenar alguém injustamente.

De outro giro, a aceitação desse tipo de evidência lastreado no princípio da proporcionalidade em favor da sociedade é combatida pela doutrina exposta, ressaltando situações muito excepcionais com extrema magnitude a fim de resguardar o interesse do cidadão pela vida, liberdade e segurança.

No tocante a trabalhos futuros acerca do tema, sugerem-se mais buscas doutrinárias e jurisprudenciais sobre o assunto, seja para averiguar mudanças no entendimento doutrinário aqui exposto ou aferir mudanças no entendimento dos julgados dos tribunais.

## REFERÊNCIAS

ALENCAR, Rosmar Rodrigues; TÁVORA, Nestor. *Curso de Direito Processual Penal*. 8ª ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2013.

ALMEIDA, M. C; BRIDI, C. N; COLAÇO, M. R; KUSS, J. C.; SANCHES, C. Provas ilícitas e sua utilização no processo penal com base no princípio da proporcionalidade. *Revista Extensão em Foco*, vol. 4, nº 1, p. 109-120, 2016.

BRASIL. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm)>. Acesso em: Dezembro de 2017.

\_\_\_\_\_. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)>. Acesso em: Dezembro de 2017.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

FREITAS, D. B. *Provas ilícitas e/ou ilegítimas no processo penal*. Disponível em: <[http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=11336](http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11336)>. Acesso em: Dezembro de 2017.

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

GRECO FILHO, Vicente. *Manual de Processo Penal*. 9ª ed. rev e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

LOPES Jr, Aury. *Direito Processual Penal*. 11ª edição. São Paulo: Saraiva, 2014.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*. 5ª ed. rev. ampliada e atualizada. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Princípios constitucionais penais e processuais penais*. 4ª Ed. rev., atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

\_\_\_\_\_. *Provas no Processo Penal*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 18ª ed rev. e atual. De acordo com as leis nº 12830, 12850 e 12878, todas de 2013. São Paulo: Atlas, 2014.

OLIVEIRA, Flávio Cardoso de. Direito Processual Penal (pp. 252-292). In: FIGUEIREDO, Simone Diogo Carvalho (coord.). *Teoria Unificada: Primeira Fase*. 3ª ed. Coleção OAB nacional. São Paulo: Saraiva, 2012.

QUAREZEMIN, B. B. *As provas ilícitas no processo penal e a teoria dos frutos da árvore envenenada*. Disponível em: <[http://ambitojuridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=19007](http://ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=19007)>. Acesso em: Dezembro de 2017.

TICAMI, Danilo Dias. Aspectos basilares da Teoria Geral da Prova no Processo Penal. (pp. 94-117). In: FELIX, Yuri et. al. *Processo Penal Constitucional*. Valinhos: 2016.