

**CENTRO UNIVERSITÁRIO CURITIBA
FACULDADE DE DIREITO DE CURITIBA**

DANIELI LISINSKI SANTANA

PROVAS ILÍCITAS E POSSÍVEIS EXCEÇÕES DE ADMISSIBILIDADE

CURITIBA

2021

DANIELI LISINSKI SANTANA

PROVAS ILÍCITAS E POSSÍVEIS EXCEÇÕES DE ADMISSIBILIDADE

**Monografia apresentada como requisito parcial
para à obtenção do grau de Bacharel em Direito,
do Centro Universitário Curitiba.**

Orientador: Prof. Msc. Alexandre Knopfholz.

CURITIBA

2021

DANIELI LISINSKI SANTANA

PROVAS ILÍCITAS E POSSÍVEIS EXCEÇÕES DE ADMISSIBILIDADE

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em
Direito do Centro Universitário Curitiba, pela Banca Examinadora formada pelos
professores:

Orientador: _____

Membro da Banca

Curitiba, de de 2021.

RESUMO

O presente trabalho pretende demonstrar o conceito de provas ilícitas, sua distinção das provas ilegítimas. Analisar e conceituar o princípio da proporcionalidade, o qual tem por intuito delimitar a atividade estatal, a fim de evitar decisões excessivas, seus pressupostos de aplicação, sendo eles: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, bem como, sua aplicação no referido tema. Explorar a teoria dos frutos da árvore envenenada em que versa a respeito das provas derivadas de provas ilícitas e sua possível contaminação, da qual posteriormente surgiu também as teorias da descoberta inevitável e da fonte independente que, ao contrário, apoia a utilização dessas provas, caso cumpram alguns requisitos. Estudar-se-á o posicionamento doutrinário e jurisprudencial referente a admissibilidade de provas ilícitas, bem como, as duas correntes derivadas delas, admissibilidade de provas *pro reo* e a admissibilidade de provas *pro societate*. Respondendo o questionamento, da possível aceitação de provas ilícitas no processo penal brasileiro, demonstrando qual é a corrente predominante e mais aceita pela doutrina e jurisprudência.

Palavra-chave: Provas ilícitas. Admissibilidade. Fruto da árvore envenenada. Admissibilidade *pro reo*. Admissibilidade *pro societate*.

ABSTRACT

The present work intends to demonstrate the concept of illicit evidence, its distinction from illegitimate evidence. Analyze and conceptualize the principle of proportionality, which aims to delimit state activity, in order to avoid excessive decisions, its application assumptions, namely: adequacy, necessity and proportionality in the strict sense, as well as, its application in the referred theme . Explore the theories of the fruit of the poisoned tree in which it deals with the evidence derived from illicit evidence and its possible contamination, from which the theories of the inevitable discovery and the independent source that, on the contrary, supports the use of such evidence, also arose, if meet certain requirements. We will study the doctrinal and jurisprudential position regarding the admissibility of illicit evidence, as well as the two currents derived from them, the admissibility of *pro reo* evidence and the admissibility of *pro societate* evidence. Answering the question, the possible acceptance of illicit evidence in the Brazilian criminal process, demonstrating which current is prevalent and most accepted by the doctrine and jurisprudence.

Keywords: Illegal evidence. Admissibility. Fruit of the poisoned tree. *Pro reo* admissibility. Admissibility *pro societate*.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus, a minha família por todo apoio e carinho, sempre me impulsionando com palavras positivas e ao meu orientador Professor Alexandre Knopfholz pelo auxílio.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	7
2 PROVAS ILÍCITAS	9
2.1 CONCEITO	9
2.2 DISTINÇÃO ENTRE PROVAS ILÍCITAS E ILEGÍTIMAS	11
2.3 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE	12
2.3.1 Adequação	13
2.3.2 Necessidade.....	15
2.3.3 Proporcionalidade em Sentido Estrito	16
2.4 TEORIA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA	16
2.5 TEORIA DA DESCOBERTA INEVITÁVEL	20
2.6 TEORIA DA FONTE INDEPENDENTE.....	22
3 POSSÍVEIS EXCEÇÕES DE ADMISSIBILIDADE DAS PROVAS ILÍCITAS	27
3.1 ADMISSIBILIDADE DE PROVA ILÍCITA <i>PRO REO</i>	29
3.2 ADMISSIBILIDADE DE PROVAS ILÍCITAS <i>PRO SOCIETATE</i>	38
4 CONCLUSÃO	48
REFERÊNCIAS.....	51

1 INTRODUÇÃO

O Processo Penal, tem como finalidade a apuração de crimes, buscando sempre a verdade real dos fatos narrados. Para isso utiliza-se de provas, para a reconstrução fática do delito.

Através do sistema de apreciação de provas permite-se ao juiz realizar uma retrospectiva dos fatos ao sentenciar. Devido a tamanha importância no desfecho final do processo, a legislação traçou limitações na produção das provas.

Mesmo sendo de grande importância a busca da verdade real, ela deve sempre respeitar o devido processo legal, sem violar direitos e garantias fundamentais.

Dentre essas limitações, encontramos a inadmissibilidade da utilização de provas ilícitas, proibição essa que visa proteger certos interesses garantidos constitucionalmente, bem como, limitar a atuação abusiva do estado.

Entretanto, no caso concreto encontra-se inúmeras situações em que se levanta o questionamento da possível admissibilidade de tais provas, trazendo exceções a regra geral, baseando-se em teorias e doutrinas.

Com o intuito de apresentar um trabalho estruturado e conexo, primeiramente analisaremos a conceituação de provas ilícitas e sua distinção das provas ilegítimas, pois ambas não se confundem, sendo as ilícitas a ilegitimamente produzida e as ilegítimas aquelas proibidas pelo direito processual.

Esclarecido o conceito de provas ilícitas, e sua distinção das provas ilegítimas, será explorado o princípio da proporcionalidade e seus pressupostos de aplicação que são: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Para então adentrarmos nas teorias que versam sobre a admissibilidade das provas ilícitas, iniciando com a teoria dos frutos da árvore envenenada, que versa sobre a contaminação das provas derivadas de uma prova ilícita, onde será analisado o contexto histórico da teoria, sua aplicação na jurisprudência brasileira, e as críticas feitas a teoria, que deram abertura para o surgimento das teorias da descoberta inevitável e da fonte independente.

Examinando a teoria da descoberta inevitável e a teoria da fonte independente, apresentaremos o posicionamento doutrinário e jurisprudencial em relação a ambas as teorias, que buscam retirar a ilicitude da prova, visando tornar lícita sua utilização.

Desse modo, chegaremos ao capítulo principal tema do trabalho, provas ilícitas e as possíveis exceções de admissibilidade, dividido em duas correntes: admissibilidade de provas ilícitas *pro reo* e admissibilidade de provas ilícitas *pro societate*.

Por fim, concluir-se-á, a presente, opinando sobre qual corrente e teoria pode ser efetivamente aplicada, para admissibilidade das provas ilícitas no processo penal brasileiro.

2 PROVAS ILÍCITAS

2.1 CONCEITO

O direito a prova no processo penal é amplo, porém, como os demais direitos fundamentais, não é irrestrito, possuindo vedações em sua aplicação, chamando-as de provas ilícitas.

A terminologia prova ilícita advém do latim, sendo prova “*probatio*” que significa demonstrar, reconhecer, forma de juízo, e ilícito “*illicitus*”, que sob o significado restrito quer dizer proibido por lei, sob um aspecto amplo tem o sentido de ser contrário à moral, aos bons costumes e aos princípios gerais de direito.¹

Norberto Avena, define provas ilícitas como:

Seguindo a orientação clássica, sempre entendemos como ilícitas as provas obtidas mediante violação de normas que possuem conteúdo material (assecuratório de direitos), sendo necessário, ainda, que, essa violação acarrete, direta ou indiretamente, a ofensa a garantia ou princípio constitucional.²

De igual modo, Machado as conceitua:

A prova ilícita é produzida em confronto com direitos fundamentais, garantidos formalmente nas Constituições democráticas. Na verdade, são aquelas cujos meios agridem as chamadas liberdades fundamentais, que compõe o núcleo ético dos Estados Democráticos de Direito.³

Mesmo sendo uma das finalidades do processo, a descoberta da verdade real, ela não pode ser feita a qualquer preço, devendo sempre respeitar o ideal de um processo justo, que não viole os demais direitos e garantias fundamentais.

Paulo Rangel explica essa limitação:

O fundamento dessa limitação está em que a lei considera certos interesses de maior valor do que a simples prova de um fato, mesmo que seja ilícito. Pois os princípios constitucionais de proteção e garantia da pessoa humana

¹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual De Processo Penal e Execução Penal**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 84.

² AVENA, Norberto. **Processo Penal**. 12. ed. São Paulo: Método, 2020. p. 510.

³ MACHADO, Antônio Alberto Machado. **Curso de Processo Penal**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 481.

independem que a procura da verdade utilize-se de meios e expedientes condenáveis.⁴

Depara-se então com o princípio da liberdade de provas, em que o magistrado é livre para investigar e apurar os fatos, porém sempre limitado ao devido processo legal, visando a manutenção do Estado Democrático de Direito.⁵

Seria desarrazoado, o processo criminal, que busca apurar ilícitos, se utilizar de meios probatórios ilícitos, violando assim normas jurídicas e direitos, comprometendo toda a legitimidade processual, pois estaria o próprio Estado, praticando um ilícito.⁶

O termo foi utilizado pela Constituição Brasileira de 1988, onde dispõe o artigo 5º, LVI, que “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”, coincidindo assim com o enunciado do artigo 157 do Código de Processo Penal “são inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais”.

Em comento as previsões legais supra citadas, Pacelli diz:

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.⁷

Com isso, o legislador também nos trás o princípio da liberdade da prova, reafirmando que embora o juiz tenha autonomia para investigar os fatos, as investigações devem limitar-se a um princípio ético na busca e produção das mesmas.⁸

Podendo assim classificar o termo provas ilícitas, como, provas das quais a obtenção se dá por meios considerados ilegais pelas normas constitucionais ou legais.⁹

⁴ RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 459.

⁵ RANGEL, 2013, p. 462.

⁶ LIMA, Renato Brasileiro. **Manual de Processo Penal**. 7. ed. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 641.

⁷ PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2020. p. 265.

⁸ RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2020. p. 428.

⁹ AVENA, 2020, p. 510.

2.2 DISTINÇÃO ENTRE PROVAS ILÍCITAS E ILEGÍTIMAS

Apesar da expressa proibição de utilização das provas ilícitas, não há um conceito em lei que as defina, diante disso, a doutrina buscou conceitua-la. E com a definição de provas ilícitas, surgiu então a distinção entre provas ilícitas e ilegítimas, pois ambas não se confundem.

Segundo Torquato Avolio¹⁰, “prova ilegítima é aquela cuja colheita estaria ferindo normas de direito processual”, pois o código de processo penal, determina explicitamente sua exclusão, sendo limitada pelos moldes processuais, com sanção para sua violação, podendo gerar nulidade.

Aury Lopes Jr. define as provas ilegítimas como:

[...] quando ocorre a violação de uma regra de direito processual penal no momento da sua produção em juízo, no processo. A proibição tem natureza exclusivamente processual, quando for imposta em função de interesses atinentes à lógica e à finalidade do processo. Exemplo: juntada fora do prazo, prova unilateralmente produzida (como o são as declarações escritas e sem contraditório) etc.¹¹

Rangel exemplifica, “é aquela proibida pelo direito processual (depoimento do padre contra sua vontade)”¹². O ilegítimo envolve o ilegitimamente produzido, ferindo o direito processual, pelo fornecimento indevido de prova ao processo. E em regra é praticado no curso do processo, como é exemplo, documento exibido em plenário do Júri, expressamente proibido pelo artigo 479, *caput*, do Código de Processo Penal, ou a confissão feita em substituição ao exame de corpo de delito, quando deixar vestígios, divergindo do disposto no artigo 158 do mesmo diploma legal.

Já as provas ilícitas, ou ilicitamente obtidas, segundo Avolio¹³ é “a prova colhida com infração a normas ou princípios de direito material, sobretudo constitucionais”, pois se trata de direitos e garantias assegurados pela constituição.

O ilícito é o ilegalmente colhido, que fere o direito material, com a captação da prova indevida, geralmente colhida em momento anterior ou concomitante ao processo, mas sempre externamente. Temos como exemplo o caso de

¹⁰ AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas Ilícitas: Interpretações Telefônicas, Ambientais e Gravações Clandestinas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 11.

¹¹ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 18. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. p. 174.

¹² RANGEL, 2013, p. 466.

¹³ AVOLIO, loc. cit.

interceptação telefônica e da captação de imagens e sons, sem autorização judicial.¹⁴

Paulo Rangel conceitua:

[...] a prova ilícita é a violadora do direito material. Seja porque a norma proíbe aquele tipo de prova (tortura, por exemplo), seja porque permite, mas desde que se cumpra com o que a norma exige (mandado de busca e apreensão para ingressar no domicílio).¹⁵

Entretanto, pode haver exceção a regra quanto a produção externa ao processo. Nos casos em que, por exemplo, o magistrado obtém a confissão do réu em seu interrogatório, sem prévia advertência formal quanto ao direito ao silêncio, sendo essa uma prova ilícita produzida no curso do processo.

Ainda, há a possibilidade de existência conjunta de provas obtidas por meios ilícitos e ilegítimos, contextualizando, quando uma apreensão domiciliar é cumprida pela autoridade policial, sem prévia autorização ou flagrante delito. Com isso, o crime praticado seria de abuso de autoridade, em relação ao direito material e descumprimento aos requisitos processuais na realização da apreensão domiciliar.

2.3 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Com a evolução constitucional os princípios conquistaram o “status” de normas jurídicas, pois todo o sistema normativo é orientado por eles, sendo eles expressos ou implícitos.

O princípio da proporcionalidade, encontra-se implicitamente previsto na Constituição da República de 1988, podendo ser extraído do conjunto das normas constitucionais.

Ele nada mais é do que uma proteção do indivíduo, limitando as intervenções estatais desnecessárias e excessivas, que possam vir a causar dano ao cidadão e ao interesse público. Postulando sob todos os aspectos da atuação estatal, inclusive na produção normativa, sendo o mesmo essencial para racionalidade do Estado Democrático de Direito.

Visando o cumprimento e aplicação do princípio da proporcionalidade, a doutrina e jurisprudência delinearam pressupostos e requisitos para sua aplicação,

¹⁴ LOPES JR., op. cit., p. 174.

¹⁵ RANGEL, 2013, p. 466.

estes são adequação, necessidade e a proporcionalidade, como aborda Torquato Avolio:

No que se refere o princípio da proporcionalidade em sentido estrito, “significa que uma lei restritiva, mesmo que adequada e necessária, pode ser institucional quanto adote ‘cargas coativas’ de direitos, liberdades e garantias ‘desmedidas’, ‘desajustadas’, ‘excessivas’ ou ‘desproporcionais’ em relação aos resultados obtidos.”¹⁶

A proporcionalidade é de grande valia, quando no caso concreto o magistrado se depara com conflitos entre princípios constitucionais, e deve optar pela alternativa mais benéfica e justa, trazendo equilíbrio entre a intenção do legislador na criação da norma e sua efetiva aplicação.

Pacelli leciona acerca do tema:

O critério hermenêutico mais utilizado para resolver eventuais conflitos ou tensões entre princípios constitucionais igualmente relevantes baseia-se na chamada ponderação de bens e/ou interesses, presente até mesmo nas opções mais corriqueiras da vida cotidiana. O exame normalmente realizado em tais situações destina-se a permitir a aplicação, no caso concreto, da proteção mais adequada possível a um dos direitos em risco, e da maneira menos gravosa ao(s) outro(s). Fala-se, então, em proporcionalidade.¹⁷

Ainda no ano de 1764, Beccaria já defendia a aplicação proporcionalidade como uma estratégia de grande sabedoria:

Entre as penas, e na maneira de aplicá-las proporcionalmente aos delitos, é mister, pois, escolher os meios que devem causar no espírito público a impressão mais eficaz e mais durável, e, ao mesmo tempo, menos cruel no corpo do culpado.¹⁸

Em relação as provas ilícitas, o princípio da proporcionalidade advém de uma construção jurisprudencial alemã, chamado também pelos norte-americanos de princípio da razoabilidade, em que devesse sopesar os valores ameaçados diante do delito praticado e os valores violados pela produção da prova ilícita.¹⁹

2.3.1 Adequação

¹⁶ AVOLIO, 2015, p. 11.

¹⁷ PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2018. p. 383.

¹⁸ BECCARIA, Cesare Bonesana. **Dos Delitos e das Penas**. Tradução de Paulo M. Oliveira. São Paulo: EDIPRO, 2013. p. 85.

¹⁹ MACHADO, 2014, p. 483.

O primeiro pressuposto para aplicação do princípio da proporcionalidade é a adequação, ou também chamado de princípio da idoneidade ou da conformidade. Baseando-se no interesse coletivo, analisando qual seria o meio mais adequado para atingir o fim pretendido. Averiguando a existência de justificativa plausível para um possível ataque a um direito fundamental, que se justifique, tendo em vista a consecução do resultado pretendido.²⁰

Daniel Sarmento define:

O subprincípio da adequação preconiza que a medida administrativa ou legislativa emanada do Poder Público deve ser apta para o atingimento dos fins que a inspiraram. Trata-se, em síntese, da aferição da idoneidade do ato para a consecução da finalidade perseguida pelo Estado. A análise cinge-se, assim, à existência de uma relação congruente entre meio e fim na medida examinada.²¹

Regis Prado, também leciona acerca do tema:

Pela adequação ou idoneidade, a sanção penal deve ser um instrumento capaz, apto ou adequado à consecução da finalidade pretendida pelo legislador (adequação do meio ao fim). Além da aptidão da pena para a garantia do bem jurídico, a idoneidade implica que ela seja “qualitativamente adequada para conseguir a finalidade” e que ademais seja de factível realização por meio de normas processuais e de execução penal.²²

Denota-se que apenas a análise da norma não basta, se faz indispensável à análise fática, pois sem ela não há consonância com a realidade extrínseca.

Os critérios para avaliação da adequação são: quantitativo, qualitativo e aplicação. O qualitativo, onde os meios utilizados sejam aptos para alcançar o objetivo de forma idônea. O quantitativo, atenta-se para duração e intensidade do meio escolhido, em relação ao fim pretendido. E por fim, no âmbito da aplicação, com a individualização do sujeito e proibição de extensão indevida de sua aplicação.²³

Sendo assim, para que um meio seja adequado, basta que seja eficaz na concretização do objetivo final, Humberto Ávila nos apresenta dois exemplos:

²⁰ LIMA, 2019, p. 89.

²¹ SARMENTO, Daniel. **A Ponderação de Interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2003. p. 87.

²² PRADO, Luiz Regis. **Bem Jurídico Penal e a Constituição**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 8.

²³ LIMA, op. cit., p. 90.

[...] nas hipóteses em que o Poder Público está atuando para uma generalidade de casos – por exemplo, quando edita atos normativos – a medida será adequada se, abstrata e geralmente, servir de instrumento para a promoção do fim. Tratando-se, porém, de atos meramente individuais – por exemplo, atos administrativos – a medida será adequada se, concreta e individualmente, funcionar como meio para a promoção do fim. Em qualquer das duas hipóteses a adequação deverá ser avaliada no momento da escolha do meio pelo Poder Público, e não em momento posterior, quando essa escolha é avaliada pelo julgador. Isso porque a qualidade da avaliação e da projeção – e, portanto, a atuação da Administração – deve ser averiguada de acordo com as circunstâncias existentes no momento dessa atuação. É imperioso lembrar que o exame da proporcionalidade exige do aplicador uma análise em que preponderam juízos do tipo probabilístico e indutivo.²⁴

2.3.2 Necessidade

O segundo pressuposto, é o da necessidade ou também conhecido como da exibilidade, alternativa menos gravosa, subsidiariedade, ou da proibição do excesso.

Regis Prado o conceitua como “O requisito da necessidade significa que o meio escolhido é indispensável, necessário, para atingir o fim proposto, na falta de outro menos gravoso e de igual eficácia”²⁵.

Para esse requisito, não se pode ser desproporcional, entende-se que para atingir o fim proposto, o Estado deve optar pela opção menos gravosa ao sujeito, que gere o menor número possível de consequências negativas a ele.

Advém da proibição do excesso, com a busca de meios alternativos, para que se preserve os direitos e liberdades do indivíduo, com medidas menos gravosas. Deve o magistrado ao sentenciar, indagar a opção menos gravosa, de menor espaço de tempo, que logre o mesmo resultado, aponta Beccaria:

Ora, o magistrado, que também faz parte da sociedade, não pode com justiça infligir a outro membro dessa sociedade uma pena que não seja estatuída pela lei; e, do momento em que o juiz é mais severo do que a lei, ele é injusto, pois acrescenta um castigo novo ao que já está determinado. Segue-se que nenhum magistrado pode, mesmo sob o pretexto do bem público, aumentar a pena pronunciada contra o crime de um cidadão.²⁶

As penas que ultrapassem a necessidade se tornaram injustas, devendo no julgamento sempre ser indagado se o meio escolhido foi o menos gravoso.

²⁴ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 190.

²⁵ PRADO, 2015, p. 8.

²⁶ BECCARIA, 2013, p. 29.

2.3.3 Proporcionalidade em Sentido Estrito

O terceiro pressuposto é o da proporcionalidade em sentido estrito, que seria um sopesar entre o ônus imposto e o benefício trazido, verificando se há justificativa para o direito restringido.

Ricardo Maurício conceitua da seguinte forma:

A proporcionalidade em sentido estrito é examinada diante da comparação entre a importância da realização do fim e a intensidade da restrição aos direitos fundamentais. O julgamento daquilo que será considerado como vantagem e daquilo que será considerado como desvantagem depende do exame teleológico e axiológico do hermeneuta, em face das circunstâncias da lide e da apuração do binômio utilitário do custo-benefício, sempre com vistas para a salvaguarda da dignidade da pessoa humana.²⁷

Regis Prado, também disserta sobre essa temática:

O princípio da proporcionalidade, em sentido estrito, exige um liame axiológico e, portanto, graduável, entre o fato praticado e a cominação legal/consequência jurídica, ficando evidente a proibição de qualquer excesso. Esse princípio pode ser considerado como proporcionalidade abstrata (fase legislativa) e concreta (fase judicial): a primeira deve ser entendida como “proporção entre a gravidade do injusto e a gravidade da pena que lhe é cominada – dirige-se ao legislador; a segunda, como a necessidade de proporção entre a gravidade do fato concreto praticado e a pena aplicada ao seu autor – dirige-se ao juiz.”²⁸

Seria a verificação do custo-benefício, entre os danos causados e resultados a serem obtidos, podendo ser analisado com base no contexto histórico, econômico, cultural, social etc., onde o dano causado deve ser compensado pelo resultado obtido.

Equilibrando sempre, o interesse do indivíduo, com a manutenção dos direitos e liberdade, e o interesse estatal com medidas restritivas, pelo interesse coletivo, analisando-se quais princípios podem ser privilegiados e quais deverão sofrer restrições, utilizando-se sempre a ponderação.

2.4 TEORIA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA

²⁷ SOARES, Ricardo Maurício Freire. **Hermenêutica e Interpretação Jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 149.

²⁸ PRADO, 2015, p. 8.

Adentrando em um aspecto mais abrangente, falar-se-á das provas por derivação, conhecidas pela Teoria dos frutos da árvore envenenada, que advém da Suprema Corte norte-americana – *fruits of the poisonous tree* – segundo a qual, o vício da planta se transmite a todos os seus frutos.

Teoria essa ligada ao caso SILVERTHORNE LUMBER CO vs. US, em 1920, onde a Suprema Corte, inadmitiu uma prova derivada de informação obtida por uma busca ilegal. Acreditava-se que com essa regra de exclusão, desincentivaria a polícia a praticar apreensões de forma ilegal.²⁹

O ponto alto da teoria foi atingido, quando no caso MIRANDA vs. ARIZONA, de 1966, a Suprema Corte firmou entendimento de que, a declaração feita pelo réu aos policiais, não seria válida, caso o declarante não seja informado de que: tem o direito de permanecer calado, que tudo o que disser poderá ser usado contra ele, que tem direito a defensor próprio ou nomeado pelo Estado. Sendo a ausência de formalidade o suficiente para nulidade das informações obtidas pelos policiais a partir dela.³⁰

No Brasil, inicialmente a teoria não foi adotada pelo STF, mas no ano de 1996, o Pleno do Supremo Tribunal Federal, adotou à teoria, firmando entendimento, como se vê:

O Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, assentou entendimento no sentido de que, sem a edição de lei definidora das hipóteses e da forma indicada no art. 5º, inc. XII, da Constituição, não pode o Juiz autorizar a interceptação de comunicação telefônica para fins de investigação criminal. Assentou, ainda, que a ilicitude da interceptação telefônica - à falta da lei que, nos termos do referido dispositivo, venha a discipliná-la e viabilizá-la - contamina outros elementos probatórios eventualmente coligidos, oriundos, direta ou indiretamente, das informações obtidas na escuta. Habeas corpus concedido.³¹

Um dos fundamentos legais utilizados para fundamentar a teoria era o artigo 573, § 1.º, do CPP, dispondo que “A nulidade de um ato, uma vez declarada, causará a dos atos que dele diretamente dependam ou sejam consequência.”,

²⁹ AVOLIO, 2015, p. 11.

³⁰ LIMA, 2019, p. 646.

³¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 73.351/SP**. Informativo STF nº 30. Primeira Turma. Relator: Min. Ilmar Galvão. Publicado em: 19/03/1999. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo142.htm>>. Acesso em: 18 abr. 2021.

portanto, a ilicitude reconhecida contaminaria as demais que dela diretamente dependessem.³²

Outrossim, utilizou-se o artigo 157, § 1.º, do CPP, que versa sobre a derivação da prova: “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”³³.

O assunto gera grandes dúvidas, pois exemplificando, uma confissão obtida por meio de tortura, onde o indiciado aponta onde está a droga escondida, que vem posteriormente a ser apreendida, regularmente agora, até qual ponto essa prova é realmente lícita, mesmo se derivando de um ato ilícito.

Encontra-se ainda, alguns posicionamentos do Supremo Tribunal Federal entendendo que a prova está afetada pelo vício da ilicitude da derivação, como se vê no Informativo 855 de 2017:

[...] fórmula autoritária do 'male captum, bene retentum'. Doutrina. Precedentes. A QUESTÃO DA DOUTRINA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA ('FRUITS OF THE POISONOUS TREE'): A QUESTÃO DA ILICITUDE POR DERIVAÇÃO. – Ninguém pode ser investigado, denunciado ou condenado com base, unicamente, em provas ilícitas, quer se trate de ilicitude originária, quer se cuide de ilicitude por derivação. Qualquer novo dado probatório, ainda que produzido, de modo válido, em momento subsequente, não pode apoiar-se, não pode ter fundamento causal nem derivar de prova comprometida pela mácula da ilicitude originária. – A exclusão da prova originariamente ilícita – ou daquela afetada pelo vício da ilicitude por derivação – representa um dos meios mais expressivos destinados a conferir efetividade à garantia do 'due process of law' e a tornar mais intensa, pelo banimento da prova ilicitamente obtida, a tutela constitucional que preserva os direitos e prerrogativas que assistem a qualquer acusado em sede processual penal. Doutrina. Precedentes. – A doutrina da ilicitude por derivação (teoria dos 'frutos da árvore envenenada') repudia, por constitucionalmente inadmissíveis, os meios probatórios que, não obstante produzidos.³⁴

Como visto, o termo derivação gera inúmeras controvérsias, não podendo ser facilmente definido, Pacelli disserta sobre o assunto:

³² BRASIL. **Código de Processo Penal**. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 14 abr. 2021.

³³ BRASIL. **Código de Processo Penal**. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 14 abr. 2021.

³⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Informativo de Jurisprudência nº 855. **Supremo Tribunal Federal**, 03 de março de 2017. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo855.htm>>. Acesso em: 18 abr. 2021.

Impõe-se, porém, observar que, no plano prático, algumas dificuldades poderão surgir, sobretudo em razão de não se apresentar tão simples assim a definição de derivação. A dificuldade a que ora nos referimos em relação a definição da palavra derivação não é, evidentemente, de origem semântica. Ela se fará presente na identificação concreta de se tratar de prova efetivamente derivada da ilícita. Busca-se então o apontado “nexo de causalidade da prova.”³⁵

Alguns doutrinadores como Aury Lopes Junior, criticam arduamente a primeira parte do § 1 do artigo 157 do CPP, que versa sobre a derivação, para ele a redação é ruim, contraditória e mistura conceitos:

A redação do art. 157 é muito ruim, contraditória e mistura conceitos. Inicia o § 1º afirmando que são inadmissíveis as provas derivadas, o que está correto e consagra o princípio da contaminação. Mas erra ao dizer que são inadmissíveis as provas derivadas, “salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade”. Ora, se não existe nexo de causalidade, obviamente não há contaminação porque não existe derivação! Redação infeliz.³⁶

Com o desenvolvimento da teoria dos frutos da árvore envenenada, questionamentos como esse começaram a se tornar comuns, havendo forte reação da Suprema Corte norte-americana, contra a rigidez da regra de exclusão, bem como no Supremo Tribunal Federal, começou a abrir-se campos para discussão, cogitando possibilidades como: pode ocorrer que a prova encontrada posteriormente, sempre estivesse ali, dependendo apenas de uma diligência para encontra-la, ou, que conclua-se que o conhecimento da existência de uma prova poderia se dar sem o ato ilícito.³⁷

Surgindo então novas teorias, como a teoria da fonte independente e a teoria da descoberta inevitável, como no julgado de relatoria do então ministro à época Ilmar Galvão:

Habeas corpus. Prova Ilícita. Escuta Telefônica. Fruits of the poisonous tree. Não acolhimento. Não cabe anular-se a decisão condenatória com base na decisão condenatória na alegação de haver a prisão em flagrante resultado de informação obtida por meio de censura telefônica deferida judicialmente. É que a interceptação telefônica – prova tida por ilícita até edição da Lei n. 9.296, de 24.7.96, e que contaminava as demais provas que dela se originavam – não foi a prova exclusiva que desencadeou o procedimento penal, mas somente veio a corroborar as outras lícitamente obtidas pela

³⁵ PACELLI, 2018, p. 373.

³⁶ LOPES JR., 2021, p. 177.

³⁷ PACELLI, loc. cit.

*equipe de investigação policial. Habeas corpus indeferido. Unânime.*³⁸ [grifo do autor]

Com isso, as teorias da fonte independente e da descoberta inevitável começam a ser citadas nas doutrinas e tribunais.

2.5 TEORIA DA DESCOBERTA INEVITÁVEL

A Teoria da Descoberta Inevitável, também chamada de exceção da fonte hipotética independente, diz que caso comprovado que a prova derivada e outra ilícita, seria produzida de qualquer jeito, independente da ilícita originária, está deve ser considerada válida.³⁹

O Supremo Tribunal Federal a conceitua como:

Consiste em uma exceção à teoria dos frutos da árvore envenenada e está prevista no art. 157, § 2º, do CPP. Diz-se que a prova decorrente de uma violação constitucional pode ser aceita quando se demonstrar que o elemento probatório colhido ilicitamente seria inevitavelmente descoberto por outros meios legais.⁴⁰

Porém não basta apenas a suposição que a prova já iria ser produzidas, deve existir elementos probatórios o suficiente para comprovar a inevitável descoberta. A teoria também advém de uma aplicação da Suprema Corte norte-americana, no caso *NIX v. Williams II*, em 1984, onde a partir de uma declaração obtida ilegalmente do acusado, a polícia localizou o corpo da vítima de um homicídio. Em que apesar da declaração ilegítima, demonstrou-se, que no caso concreto, seria obtida de qualquer maneira, pois um grupo de duzentos voluntários, já estavam em busca do corpo da vítima.⁴¹

Foi assim então que a Suprema Corte, considerou que a teoria da árvore envenenada não impediria a legalidade da prova, se ela fosse descoberta

³⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 74.599/SP**. Primeira Turma. Relator: Min. Ilmar Galvão. Julgado em: 3/12/1996. Publicado em: 7/2/1997. p. 1340. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur109697/false>>. Acesso em: 18 abr. 2021.

³⁹ LIMA, 2019, p. 650.

⁴⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Vocabulário Jurídico (Tesauro). Teoria Da Descoberta Inevitável. **Supremo Tribunal Federal**, [s.i.]. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarTesauro.asp?txtPesquisaLivre=TEORIA%20DA%20DESCOBERTA%20INEVIT%C3%81VEL>>. Acesso em: 14 abr. 2021.

⁴¹ PRADO, Alessandra Rapacci Mascarenhas. Teoria da Descoberta Inevitável: Quando a ilicitude da prova é útil ao devido processo legal. **Revista de Criminologias e Políticas Criminais**, Brasília, v. 3, n. 1, p. 42-59, Jan/Jun. 2017. p. 52.

inevitavelmente através de investigações lícitas, sem qualquer relação com a obtenção contaminada.

Observa-se que não há nexos de causalidade entre a declaração obtida pelos policiais e o corpo encontrado, pois a busca já estava em andamento.

A prova não poderia ser admitida se, a partir da declaração feita pelo acusado, só após as buscas se iniciassem, nesse caso não haveria a chamada “descoberta inevitável”.

Nestor Távora, discorre sobre o assunto:

A evidente dificuldade é que caberá ao magistrado, analisando as circunstâncias do caso concreto, definir se realmente a inevitabilidade da descoberta existia, ou se a prova ilícita trouxe, de alguma maneira, um fator contributivo para descortinar as demais provas que surgiram. Se houve contribuição efetiva, o vínculo de contaminação estará integralizado. Ademais, não acreditamos que bastaria o simples fato de a prova derivada poder ser descoberta de outra maneira para a ilicitude estar afastada. Uma conclusão de tal ordem é por demais indeterminada, podendo levar a um aproveitamento da prova derivada de uma ilícita quase sempre, pois outras possibilidades para descobrir a prova quase sempre existem, e a discussão jurídica se resolveria em especulação. O que se deve demonstrar, de forma cabal, é que o encontro dos demais elementos probatórios era uma questão insofismável, em face da interligação entre outras provas, ou por fruto de investigações ou fontes de produção autônomas.⁴²

Fernando Carpez define a teoria como:

Descoberta inevitável, portanto, é aquela em que todos os procedimentos válidos já estão iniciados e o encontro é mera questão de tempo, sendo a prova ilícita produzida paralelamente desnecessária. Ao contrário, se a prova autônoma nada havia produzido, quando teve início a prova ilícita, neste caso, não se aplica a regra de admissibilidade prevista na nova lei.⁴³

A legislação não versa expressamente sobre a teoria, mas pode extrair-se por analogia do artigo 157, § 1º e 2º, do Código de Processo Penal: “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”⁴⁴.

Para Norberto Avena,

⁴² TÁVORA, Nestor. **Processo Penal II: Provas - questões e processos incidentes**. Coleção saberes do Direito. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 26

⁴³ CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 27. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 398.

⁴⁴ BRASIL. **Código de Processo Penal**. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 14 abr. 2021.

Na descoberta inevitável, ao tempo da ilegalidade que resulta na produção da prova considerada ilícita por derivação, já está presente, no plano fático-jurídico, a situação que faz com que se conclua que tal prova, de qualquer maneira, viria aos autos da investigação ou do processo de forma lícita.

No HC 91.867/PA, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, analisada a licitude da prova produzida no inquérito policial, alegada a violação dos registros telefônicos dos réus, sem autorização judicial, onde os policiais, após a prisão em flagrante, analisou os últimos registros telefônico dos aparelhos celulares apreendidos. Na ocasião, julgou-se que conforme o art. 6 do CPP, é dever da autoridade policial de proceder à coleta do material probatório da prática do ato infracional. Que não haveria o que se falar em prova ilícita, pois com base na teoria da descoberta inevitável, pois o magistrado de primeiro grau, reputando necessária a produção de prova, de forma fundamentada, determinou a interceptação telefônica dos investigados. Com isso, de qualquer maneira, chegar-se-ia a prova oriunda dos registros telefônicos.⁴⁵

2.6 TEORIA DA FONTE INDEPENDENTE

A Teoria da Fonte Independente advém do termo “*independent source doctrine*”, versa sobre a existência de uma prova com duas fontes, uma lícita e outra ilícita. Analisando-se a possibilidade de afastar a ilícita e admitir a prova lícita, de forma autônoma.

Como conceitua Norberto Avena, a fonte independente é: “o desaparecimento da relação de exclusividade entre a prova ilícita anterior e a que desta decorreu, em face de uma nova prova posteriormente surgida”⁴⁶.

Também exemplifica:

Considerando que uma testemunha “João”, ouvida na fase de inquérito e arrolada pelo Ministério Público na denúncia, seja impugnada pela defesa sob o fundamento que foi descoberta no curso do inquérito em razão de uma interceptação telefônica desautorizada. Aceita a impugnação pelo Juiz, dita testemunha vem a ser excluída. Considere-se, porém, que diante a instrução processual, o nome de João venha a ser referido por outra testemunha, esta lícitamente arrolada. Nada impede, neste caso que o juiz

⁴⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 91.867/PA**. Segunda Turma. Relator: Min. Gilmar Mendes. Julgado em: 24/04/2012. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur214794/false>>. Acesso em: 18 abr. 2021.

⁴⁶ AVENA, 2020, p. 516.

proceda á oitiva de João, cujo nome, agora, surgiu de uma fonte completamente independente, sem nenhuma relação de causa e efeito com a interceptação telefônica clandestina antes realizada.⁴⁷

Essa teoria como as demais, foram utilizadas na Suprema Corte Norte-Americana, no caso *Murray vs. United States*, no ano de 1988, onde policiais adentraram ilegalmente em uma residência, em que havia suspeita da prática de tráfico ilícito de drogas, e com isso confirmaram suas suspeitas. Logo após, requereram um mandado de busca e apreensão, fundamentado pela suspeita de tráfico ilícito de drogas, como se não tivessem confirmado a suspeita, entrando no local. O mandado foi concedido, e de posse do mesmo, adentraram novamente a residência realizando a busca e apreendendo as drogas que lá haviam.⁴⁸

A Corte entendeu que a prova era válida, e que não estava contaminada, pois no caso o mandado de busca para justificar a segunda entrada seria obtido de qualquer forma, apenas com as suspeitas. A fonte era independente e pré-constituída em relação a primeira entrada ilegal.

Paulo Rangel, conceitua a teoria da fonte independente como:

*Fonte independente de prova (FIP) é aquela que foi obtida sem qualquer relação, direta ou indireta, com a prova ilícita. Trata-se de um meio de prova que tem vida própria, autônoma, lícita e que não é contaminada e nem contamina qualquer outra fonte de prova, exatamente pela sua licitude.*⁴⁹ [grifo do autor]

A legislação brasileira, menciona a fonte independente no artigo 157, § 1º e 2º, do Código de Processo Penal:

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

§2º **Considera-se fonte independente** aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova.⁵⁰ [grifou-se]

Analisando a segunda parte do parágrafo primeiro, Lopes Jr. considera a redação dúbia e que o legislador pode ter sinalizado para abertura de um conceito:

⁴⁷ Idem.

⁴⁸ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade**. 4. ed. São Paulo: Lumen Juris, 2009. v.1. p. 586.

⁴⁹ RANGEL, 2013, p. 475.

⁵⁰ BRASIL. **Código de Processo Penal**. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 14 abr. 2021.

A seguir o artigo diz – a contrario sensu – que são admissíveis as provas “derivadas (que) puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras”. Para muitos, seria a consagração da teoria norte-americana da “fonte independente” (independent source). A redação também é dúbia, pois, se a fonte é independente, não há derivação. Sem embargo, o legislador parece ter ido além: ao considerar que uma prova derivada de outra ilícita pode ser admitida, desde que obtida por fonte independente, parece sinalizar para uma abertura do conceito, estabelecendo a aceitação de uma prova derivada, desde que – em tese – pudesse ser obtida por uma fonte independente.⁵¹

No Supremo Tribunal Federal o tema já é recorrente, com diversas decisões nesse mesmo sentido, de que é exemplo o Habeas Corpus n. 378.374 – MG, de relatoria da Ministra Maria Thereza de Assis Moura, como se vê:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. DESCABIMENTO. PROCESSO PENAL. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO. TRÁFICO DE DROGAS. EXTRAÇÃO DE FOTO DO APARELHO CELULAR. AUSÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL PARA O ACESSO AOS DADOS. DIREITOS FUNDAMENTAIS À INTIMIDADE E À PRIVACIDADE. NULIDADE DA PROVA. DEPOIMENTO DE TESTEMUNHA. PRISÃO EM FLAGRANTE. FONTES INDEPENDENTES. CONDENAÇÃO FUNDADA EM PROVAS AUTÔNOMAS. FLAGRANTE ILEGALIDADE NÃO EVIDENCIADA. WRIT NÃO CONHECIDO. 1. Conforme entendimento recentemente adotado no STJ, é ilícito, como regra, o acesso a dados mantidos em aparelho celular diretamente por autoridades policiais, sem prévia autorização judicial. 2. Hipótese em que não restou demonstrada nenhuma razão que justificasse, em caráter excepcional, o imediato acesso aos dados contidos no aparelho, restando desproporcionalmente restringidos os direitos fundamentais à intimidade e à privacidade da titular do dispositivo (CF, art. 5º, X). Reconhecida a nulidade do acesso aos dados do celular, deve ser desconsiderada, como prova, a fotografia dele extraída. 3. A nulidade deve ser, em princípio, estendida às provas, supostamente lícitas e admissíveis, obtidas a partir daquela colhida de forma ilícita, por força da teoria dos frutos da árvore envenenada (fruits of the poisonous tree), de origem norte-americana, consagrada no art. 5º, inciso LVI, da Constituição Federal. 4. A regra de exclusão (exclusionary rule) das provas derivadas das ilícitas comporta, na jurisprudência da Suprema Corte dos EUA, diversas exceções, tendo sido recepcionadas no ordenamento jurídico brasileiro, no art. 157, §§ 1º e 2º do CPP, ao menos duas delas: a) fonte independente e b) descoberta inevitável. 5. No caso concreto, após o acesso ilegítimo a dados contidos no celular da testemunha, esta prestou voluntariamente informações às autoridades policiais, as quais, diligenciando prontamente ao local indicado, prenderam o paciente em flagrante, na posse ilegal de arma de fogo e de drogas. 6. A manifestação voluntária da testemunha consubstancia, na linha da jurisprudência pátria, fonte independente, de modo que as provas assim obtidas apresentam-se como autônomas, não restando evidenciado nexo causal com a ilicitude originária. 7. Ausência de ilegalidade flagrante. Writ não conhecido.⁵²

⁵¹ LOPES JR., 2021, p. 177.

⁵² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 378.374**. Sexta Turma. Relatora: Min. Maria Thereza de Assis Moura. Julgado em: 14/03/2017. Disponível em:

Trata-se de um habeas corpus impetrado pela Defensoria Pública, visando o reconhecimento da prova ilícita e o a contaminação das demais provas dos autos por derivação.

No caso, policiais militares em patrulhamento de rotina, avistaram dois sujeitos em atitude suspeita, sendo um deles menor de idade. Um deles empreendeu fuga, deixando o adolescente para trás. Questionada o que ficou, sobre a pessoa que fugiu, disse que não saberia identifica-lo, realizando a revista pessoal a policial encontrou um celular com fotos em que ele segurava uma arma, indagado sobre a arma, o adolescente informou que a arma pertencia a uma gangue de tráfico de drogas indicando onde era feita a prática de tráfico, com isso os agentes militares apreenderam o sujeito que empreendeu fuga, encontrando a arma da foto e drogas. O Delegado por sua vez, requereu a realização de perícia dos celulares em específico das mensagens de texto, conversas de whatsapp, imagens, o que indica que mesmo enviando em envelope lacrado os celulares, teve acesso ao conteúdo deles anteriormente.

A Ilustre Ministra em seu voto, abordou com grande sabedoria o tema, considerando ilícita apenas a perícia realizada no celular, mencionando-se a teoria da fonte independente já utilizada na jurisprudência brasileira, afirmando que a noção de autonomia da prova já foi criada pela jurisprudência, considerando as demais provas independentes, os elementos probatórios como o depoimento de testemunhas, completamente autônomo da apreensão considerada nula. A manifestação do adolescente fez como que deixasse de estar evidenciado o nexo causal com o indevido acesso ao dados do telefone celular. Não conhecendo o Habeas Corpus.

A teoria também foi aplicada no Recurso Fiscal n. 9303-008.694, do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, em que se discutia a licitude da prova, tendo sido alegando que a prova foi gerada apenas após interceptação telefônica, entretanto, extrai-se do voto do Relator, que as provas seriam obtidas de qualquer forma, independente da interceptação:

A toda evidência, a despeito do fato de que parte das provas colacionadas aos autos tenham efetivamente sido obtidas com base em pesquisas e

consultas aos sistemas da Secretaria da Receita Federal, sem qualquer vínculo com o que fora apreendido nas dependências dos contribuinte, o fato é que todos os elementos de prova que instruem o presente processo notadamente **poderiam ser obtidos independentemente dos mandados de busca e apreensão** que terminaram por dar ensejo à decretação da nulidade de todo arcabouço probatório contido nos autos, bastando, para tanto que a Fiscalização Federal, com apoio ou não de força policial, **seguisse os procedimentos autorizados em Lei. Significa dizer, seguisse os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação do Órgão.**⁵³ [grifou-se]

Aplicando assim, a teoria da fonte independente, determinando o retorno dos autos ao colegiado, para nova análise da questão de mérito considerando que a foi prejudicada pela decisão em relação a nulidade das provas.

Nas palavras de Beccaria:

Quando as provas independem umas das outras, ou seja, quando os indícios se provam por si mesmos, quanto maiores forem as provas aduzidas mais aumentará a probabilidade do fato, pois a falsidade de um das provas não influi sobre a outra.⁵⁴

Com isso, resta claro, que a prova poderá ser considerada lícita, se cumprido os trâmites de praxe, próprios da investigação, tornando-a capaz de conduzir ao fato objeto da prova.⁵⁵

⁵³ BRASIL. Ministério da Fazenda. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais. Câmara Superior de Recursos Fiscais. **Acórdão nº 9303-008.694**. 3º Turma. Relator: Andrada Marcio Canudo Natal. Sessão em: 12 de junho de 2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/fisco-usar-provas-derivadas-provas.pdf>>. Acesso em: 20 abr. 2021.

⁵⁴ BECCARIA, Cesare Bonesana. **Dos Delitos e das Penas**. Tradução de José Cretella Jr. e Agnes Cretella. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 56.

⁵⁵ AVENA, 2020, p. 516.

3 POSSÍVEIS EXCEÇÕES DE ADMISSIBILIDADE DAS PROVAS ILÍCITAS

Mesmo que, não absoluto o direito da admissibilidade das provas, deve-se trabalhar em um regime de inclusão, admitindo todos os meios de provas requeridos pela parte, salvaguardado aqueles vetados em lei.⁵⁶

Como já comentado anteriormente, as provas ilícitas, também compreendidas pelas provas ilegais, são aquelas cujo a lei veda sua utilização. Entretanto, apesar dessa proibição a doutrina e a jurisprudência vêm há algum tempo analisando a possível consideração dessa utilização em alguns casos específicos, através da aplicação de princípios constitucionais.

O Código Penal brasileiro, prevê, que em determinadas situações a ilicitude da conduta poderá ser afastada, pelo o que denomina a doutrina como causas de justificação, levando-se em consideração, o estado de necessidade, a legítima defesa, o estrito cumprimento do dever legal e exercício regular do direito.

Sendo assim, o agente que motivado pelas causas de justificação, atingir determinada inviolabilidade alheia para o fim de obter prova de inocência, sua ou de terceiros, poderá ser afastada a ilicitude da ação.⁵⁷

O questionamento que surge, é se seria possível o afastamento da ilicitude da obtenção da prova, podendo ela ser novamente introduzida e valorada no processo.

A inadmissibilidade de provas ilícitas advém de uma prevenção para que direitos não sejam violados, que a busca pela verdade não ultrapasse direitos como, à intimidade, à privacidade, à imagem, e outros, sejam por violação de domicílio, de correspondência, de comunicação telefônica, ou outros métodos.

Fernando Capez, disserta acerca do tema:

[...] não é 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 intromissão 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. Os interesses que se colocam em posição antagônica precisam ser cotejados, para escolha de qual deva ser sacrificado.”⁵⁸

⁵⁶ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 6. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 10.

⁵⁷ PACELLI, 2018, p. 379.

⁵⁸ CAPEZ, 2020, p. 388.

A ilicitude encontra-se na violação de direitos previstos na Constituição da República, entretanto a mesma norma que estabelece a inviolabilidade do domicílio, autoriza a entrada em situações de flagrante delito prevalecendo a intenção de preservar bens jurídicos pela ordem pública, independente da vontade e consentimento do que se encontra de posse da residência.

Sendo assim, mesmo que o delito esteja sendo praticado pelo proprietário do imóvel, no interior da residência, qualquer cidadão está autorizado a adentrar para proteção de bens jurídicos como a vida, liberdade sexual, patrimônio e etc, a prova produzida no ato, será lícita.

Não se poderá alegar que por estar no interior de sua residência possui, por exemplo, o direito de estuprar alguém ou matar, por estar protegido pela inviolabilidade de domicílio. Essa inviolabilidade existirá somente dentro dos limites da própria lei, ou seja, a lei não protege violações praticadas contra ela mesma.

Mas é evidente que, se faz necessário à clara ocorrência do flagrante, para que a diligência não seja feita de forma arbitrária e abusiva pelos policiais, esse é um risco que o Legislador preferiu correr, deixando assim a análise do caso concreto para o judiciário.

Com o caso concreto, inúmeras situações talvez não esperadas pelo Legislador, surgem, onde a proteção de um direito implicará na não tutela de outro.

Fazendo-se necessário uma ponderação entre bens e/ou interesses, para que na aplicação do caso concreto, se de a proteção mais adequada a um dos direitos em risco, falando-se então de proporcionalidade.⁵⁹

Segundo Pacelli, o princípio da proporcionalidade já vem sendo utilizado em outros países da Europa, como a Alemanha, com o aproveitamento de provas obtidas ilicitamente.⁶⁰

Na França e na Inglaterra esse aproveitamento é fundamentado em lei, onde punisse apenas o responsável pela produção da prova, mas não deixando de utilizá-la no processo. Essa visão, entretanto, não é tão aceita pelos doutrinadores brasileiros, pois correria o risco de um incentivo da prática de ilegalidades, devido a baixa expectativa de punição dos produtores da prova, pois a prova estaria sendo utilizada para seus próprios interesses de acusação.

⁵⁹ PACELLI, 2018, p. 383.

⁶⁰ Idem.

Já para o direito Norte-americano, a regra geral é da inadmissibilidade da prova quando produzida por agentes públicos, no intuito de conter os atos do poder público, com o princípio da razoabilidade. Utilizando-se de outros princípios para afastamento da ilicitude, como por exemplo, da boa-fé na obtenção da prova.

Na doutrina brasileira o ponto controvertido está no questionamento de quais as hipóteses de admissibilidade, de um lado a corrente majoritária que acredita ser admissível apenas *pro reo*, em benefício do acusado, e de outro lado à utilização na *pro societate*, em benefício da sociedade.

3.1 ADMISSIBILIDADE DE PROVA ILÍCITA *PRO REO*

Apesar da regra geral ser a inadmissibilidade da prova ilícita, é incorreto afirmar que ela jamais, em hipótese alguma poderá ser utilizada. Com a aplicação do princípio da proporcionalidade, abre-se campo para análise e dosimetria dos princípios que se chocam no caso concreto.

Na visão de Pacelli, a prova de inocência do réu deve ser utilizada em qualquer condição, pois seria inexplicável condenar alguém que o próprio Estado considera inocente.

A prova de inocência do réu deve *sempre ser aproveitada*, em quaisquer circunstâncias. Em um Estado de Direito não há como se conceber a ideia da condenação de alguém que o próprio Estado acredita ser *inocente*. Em tal situação, a jurisdição, enquanto Poder Público, seria, por assim dizer, uma contradição em seus termos.⁶¹

Ainda ressalta que o aproveitamento das provas ilícitas em favor da defesa, constitui-se um critério objetivo de proporcionalidade, dado que:

- a) a violação de direitos na busca da prova da inocência poderá ser levada à conta do *estado de necessidade*, excludente geral da ilicitude (não só penal!)
- b) o princípio da inadmissibilidade da prova ilícita constitui-se em garantia individual expressa, não podendo ser utilizado contra quem é o seu primitivo e originário titular.⁶²

Sob a ótica de que nenhum direito reconhecido na Constituição pode revestir-se de caráter absoluto, aplicando o princípio do sopesamento, Norberto Avena⁶³

⁶¹ PACELLI, 2018, p. 385.

⁶² Idem.

⁶³ AVENA, 2020, p. 519.

analisa o caso em que, imagina-se, uma prova obtida mediante interceptação telefônica não autorizada judicialmente, violando a intimidade do sujeito em total desconformidade com o disposto no artigo 5, XII, da Constituição, a seguir:

[...] é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.⁶⁴

Mas, a mencionada interceptação, é capaz de provar a total inocência do acusado. Estando de um lado o flagrante ilícito e de outro o caput do mesmo dispositivo que garante o direito à liberdade, a seguir:

Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à **liberdade**, à igualdade, à segurança e à propriedade.⁶⁵ [grifou-se]

Colocando na balança, fica desarrazoado não preponderar o direito à liberdade e presunção de inocência ante o direito de punir, diante a hipótese de sofrer uma condenação injusta, por crime que não cometeu, causando dano gravoso, por não admitir a prova ilícita.

Nucci, também analisa a inviolabilidade de correspondências:

Segundo pensamos, nenhum direito ou garantia fundamental é absoluto. Fosse sim haveríamos de impedir, terminantemente, que o diretor de um presídio violasse a correspondência dirigida a um preso, ainda que se tratasse de ardiloso plano de fuga, pois a “inviolabilidade de correspondência” seria taxativa e não comportaria exceção alguma na Constituição Federal.⁶⁶

Situações como da abertura de cartas dos prisioneiros não são tão arduamente discutidas, mas pode se dizer, que aqui o próprio estado já realiza um sopesamento de princípios. No ato de abrir as correspondências, para evitar qualquer conluio para fuga, garantindo a segurança dos demais ali presentes, fica claro que a preservação da segurança e vida dos demais está em primeiro lugar, não sendo razoável o ente que pratica tal ação, proibi-la.

⁶⁴ BRASIL. **Constituição Da República Federativa Do Brasil De 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 14 abr. 2021.

⁶⁵ BRASIL. **Constituição Da República Federativa Do Brasil De 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 14 abr. 2021.

⁶⁶ NUCCI, 2010, p. 522

Renato Marcão, traz exemplo semelhante:

E se alguém for acusado da prática de crime determinado e só conseguir provar sua inocência valendo-se de meio não permitido no ordenamento? Exemplo: acusado da prática de homicídio que intercepta ilicitamente uma correspondência em que o verdadeiro autor do crime confessa com riqueza de detalhes a execução do delito.⁶⁷

No caso em questão, há uma disputa travada entre o direito de sigilo das correspondências, ligado ao direito à intimidade ou privacidade e por outro lado o direito de liberdade, ambos constitucionalmente garantidos, mas fica claro que o último deve prevalecer.

Para essa análise, ampara-se no princípio da dignidade da pessoa humana, previsto no artigo 1º, inciso III, da Constituição da República, que não autoriza decisão diversa, do que se prevaleça o direito de liberdade, com a decorrente aceitação da prova ilícita.

Não pode o Estado concordar na punição do sujeito, que, comprovadamente é inocente, fato que acarretaria na automática impunidade do verdadeiro culpado.

Considerando que, o acusado depreenda-se de meios ilícitos, com o intuito de se defender, a ação não seria ilícita amparada pela legítima defesa ou estado de necessidade, não podendo considerar-se a ilicitude da prova.

No mesmo sentido Nestor Távora diz:

Dessa maneira, a prova ilícita poderia ser utilizada em favor da inocência, de sorte a evitar-se uma limitação na utilização de prova que, mesmo produzi- da ao arrepio da lei, cumpra o papel de inibir condenação descabida. Devem-se avaliar, portanto, a sua real utilidade para a persecução penal e o grau de contribuição para revelar a inocência, além do bem jurídico violado para a obtenção da prova. O balanceamento deve ser checado não só na conclusão solar de que a proibição da prova ilícita não deve prosperar diante de uma possível condenação injusta, mas também nos meios utilizados para obtenção desta prova, bem como o prejuízo provocado por eles.⁶⁸

O doutrinador entende que o princípio da proporcionalidade deve ser invocado para preservação dos interesses do acusado, visto que, nesse caso a violação legal na produção da prova se justificaria para a manutenção do status de inocência.⁶⁹

⁶⁷ MARCÃO, Renato. **Curso de Processo Penal**. 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 611.

⁶⁸ TÁVORA, 2012. p. 29.

⁶⁹ Idem.

Trazendo para realidade brasileira, onde a infraestrutura de delegacias e presídios são precárias, afetando não apenas as condições físicas, mas psíquicas do acusado, seria de desumano obrigar o cidadão inocente pagar por crime que não cometeu, para observar apenas a regra geral sem a avaliação do caso concreto.

Como mencionado anteriormente, o Legislador estipulando princípios constitucionais, preferiu correr o risco deixando para que o julgamento do caso concreto conte com a discricionariedade do juiz, prevendo assim, mesmo que se tente abranger todas as situações possíveis e imagináveis, seria impossível encontrar apenas na norma todas as respostas, para as inúmeras variações de casos concretos.

Ademais, os julgamentos se baseiam em uma constituição do ano de 1988, já a sociedade que aplica essa norma, diante da incrível velocidade de modificação, pode se dizer que toda lei já nasce velha.

A realidade vivenciada em 1988, já não é a mesma encontrada nos dias atuais, e incrivelmente o legislador possa ter previsto isso antemão, deixando bases para os julgamentos que nunca mudará, como a dignidade da pessoa humana, o direito a legítima defesa, o possível estado de necessidade, mas abrindo espaço para o debate conforme o caso, para eventuais exceções.

Legitimando a aplicação da doutrina, e como percebesse, no caso em tela, é quase unânime no entendimento de admissibilidade de provas ilícitas, em benefício do acusado, o chamado *pro reo*.

Nesse contexto, analisa-se além do direito processual em si, mas também as teses do direito penal, a qual nos estabelece as excludentes de culpabilidade, antijuridicidade.

Aury Lopes Jr. aborda o tema:

Ademais, deve-se recordar que o réu estaria, quando da obtenção (ilícita) da prova, acorbertado pelas excludentes da legítima defesa ou estado de necessidade, conforme o caso. Também é perfeitamente sustentável a tese da inexigibilidade de conduta diversa (excluindo a culpabilidade). Tais excludentes afastariam a ilicitude da conduta e da própria prova, legitimando seu uso no processo.⁷⁰

Relembrando, a capacidade de culpabilidade é revestida de três pré-requisitos, para considerar tal conduta culposa: refere-se ao fato de ser possível ou

⁷⁰ LOPES JR., 2009, p. 582.

não a aplicação da pena de um fato típico e antijurídico, consciência da ilicitude e exigibilidade de conduta conforme o direito, ou a **exigibilidade de conduta diversa**, sendo que, a ausência de qualquer destes elementos é o suficiente para impedir a aplicação da sanção penal. [grifou-se]

Damásio de Jesus diz:

Adotada a culpabilidade normativa, não há culpabilidade todas as vezes que, tendo em vista as circunstâncias do caso concreto, não se possa exigir do sujeito uma conduta diversa daquela por ele cometida. Assim, a exigibilidade de comportamento diverso constitui um dos elementos da culpabilidade, enquanto a não exigibilidade constitui a razão de exclusão de culpabilidade.⁷¹

Em tal situação, não há como se exigir conduta diversa do réu, a não ser a de buscar todos os meios de prova possíveis, para provar que não cometeu o crime de qual está sendo acusado.

Rangel apoia tal teoria:

Nesse sentido, surge em doutrina a teoria da excludente de ilicitude, capitaneada pelo mestre Afrânio Silva Jardim, à qual nos filiamos, onde a conduta do réu é amparada pelo direito e, portanto, não pode ser chamada de ilícita. O réu, interceptando uma ligação telefônica, sem ordem judicial, com espoco de demonstrar sua inocência, estaria agindo de acordo com o direito, em verdadeiro estado de necessidade justificante.⁷²

Portanto sua conduta, em obter a prova ilícita, em estado de necessidade, está inclusa no rol das causas de excludente de antijuridicidade, excluída a antijuridicidade, não há o que se falar em culpabilidade, sendo elencada tal conduta no artigo 23 do Código Penal:

Art. 23 - Não há crime quando o agente pratica o fato:

I - em estado de necessidade;

II - em legítima defesa;

III - em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito.⁷³ [grifou-se]

Renato Marcão, de igual modo diz:

É defensável, na hipótese, a inexigibilidade de conduta diversa por parte do acusado, ou até mesmo estado de necessidade, de modo a reconhecer ter

⁷¹ JESUS, Damásio de. **Direito Penal**. Parte Geral. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 1. p. 527.

⁷² RANGEL, 2013, p. 477.

⁷³ BRASIL. **Código Penal**. Decreto-lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 14 abr. 2021.

agido acobertado por causa de exclusão da antijuridicidade e, portanto, lícitamente.⁷⁴

Estando presente a excludente de ilicitude, retira-se então, a ilicitude da prova produzida.

Portanto, pode ser admissível a prova ilícita pro reo, averiguando minuciosamente os direitos e princípios que serão preservados ou violados. Sendo assim, não significa que o acusado terá “carta branca” para produção de toda e qualquer prova, não se admite por exemplo, a prova obtida mediante tortura, Avena exemplifica:

Seguindo-se este raciocínio, seria possível utilizar em favor do réu, sendo o único meio de inocentá-lo, uma prova obtida mediante tortura? Não, pois essa prova não possui o mínimo de credibilidade. A situação difere da interceptação telefônica clandestina pelo fato de que um diálogo telefônico registrado por terceiro, ainda que sem ordem judicial, embora seja um meio ilícito de prova e apesar de sua captação constituir crime, é passível de ser considerado verdadeiro, podendo o juiz utilizá-lo em prol do réu. Bem diferente é a prova obtida mediante tortura, que, angariada mediante o sofrimento alheio, não permitirá ao julgador, em hipótese nenhuma, por razões óbvias, presumi-lo verdadeiro.⁷⁵

A tortura fere inúmeros direitos, o da dignidade da pessoa humana, integridade moral e física, pois situações em extremas de tortura, podem chegar a levar a óbito, sendo assim, pelo próprio princípio da proporcionalidade, é uma conduta totalmente repudiável e inadmissível.

Em junho de 2008, a nova redação da Lei 11.690/2008 ao artigo 157, caput do Código de Processo Penal, teve grande peso na base desse entendimento, sistematizando um conjunto de regras, que já era aplicado por força jurisprudencial no Brasil.

Mesmo que a reforma tenha prestigiado critérios meramente formais, das inadmissibilidades, começa-se a observar o caso concreto e a aplicação da teoria da árvore envenenada, por consequência as teorias da fonte independente, da proporcionalidade, oferecendo ao investigado, maior segurança na invocação das teorias.

Além, deve-se atentar para um detalhe importante, a prova ilícita, não é uma prova falsa, mas sim, verdadeira obtida apenas por meio considerados ilícitos, não legítimos.

⁷⁴ MARCÃO, 2018, p. 611.

⁷⁵ AVENA, 2020, p. 519.

Imagine-se que uma pessoa acusada de tráfico de drogas, produz prova ilícita para comprovar sua inocência, forjando uma interceptação telefônica, que o inocentaria, cabe ao juiz examinar a veracidade da prova e do conjunto probatório, essa prova não é admitida.

Jamais admitir-se-á uma prova falsa, as possibilidades de admissibilidade englobam apenas de provas viciadas, vício esse presente na sua obtenção ou produção, mas com conteúdo verossímil.⁷⁶

No mesmo quadro das possíveis admissibilidades, nos deparamos com artigo 233, parágrafo único, do Código de Processo Penal, exceção descrita expressamente pelo legislador:

Art. 233. As cartas particulares, interceptadas ou obtidas por meios criminosos, não serão admitidas em juízo.
Parágrafo único. As cartas poderão ser exibidas em juízo pelo respectivo destinatário, para a defesa de seu direito, ainda que não haja consentimento do signatário.⁷⁷ [grifou-se]

No artigo em comento, o legislador antecipa-se e ressalva que nas situações que o destinatário (o que receberá) da carta para defesa de direito seu, é reconhecida a violação à privacidade do signatário (o que enviou), nada mais sendo do que uma admissibilidade pro reo, onde a violação estaria justificada, pela necessidade de tutelar outro direito situado no mesmo plano daquele então violado.⁷⁸

Além das cartas, conversas em que um dos interlocutores realiza a gravação, para defender seu direito, vêm sendo admitida pelo Supremo Tribunal Federal, sendo de repercussão geral e noticiado pelo portal do STF:

STF reconhece repercussão geral e reafirma ser possível aproveitar gravação como prova. Os ministros do Supremo Tribunal Federal (STF) reconheceram a repercussão geral, dando provimento ao Recurso Extraordinário (RE) 583937, interposto pela Defensoria Pública do Rio de Janeiro contra o Ministério Público estadual. A matéria envolve o uso de gravação por um dos interlocutores que a aproveitou como prova. O STF, por maioria dos votos, anulou o processo desde o indeferimento da prova

⁷⁶ ÁVILA, Thiago André Pierobom de. **Provas ilícitas e proporcionalidade:** uma análise da colisão entre os princípios da proteção penal eficiente e da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos. 2006. 295 f. Dissertação (Mestrado em Direito)-Universidade de Brasília, Brasília, 2006. p. 206. Disponível em: <<https://repositorio.unb.br/handle/10482/3103>>. Acesso em: 20 abr. 2021.

⁷⁷ BRASIL. **Código de Processo Penal.** Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 14 abr. 2021.

⁷⁸ PACELLI, Eugênio. FISCHER, Douglas. **Comentários ao Código de Processo Penal e sua Jurisprudência.** 12. ed. São Paulo: Atlas, 2020. p. 533.

pela primeira instância. “Nós já tivemos oportunidade de decidir a questão longamente no RE 402717”, disse o relator Cezar Peluso, que juntou a jurisprudência da Corte sobre o tema, no mesmo sentido, ou seja, de que a gravação pode ser usada como prova, no caso do registro de áudio de uma conversa feito por um dos interlocutores. Segundo o relator, a possibilidade de um dos interlocutores gravar a conversa e utilizá-la como prova em juízo tem o efeito de evitar uma acusação contra o próprio autor da gravação. Já o ministro Marco Aurélio ficou vencido. “Entendo que essa gravação camuflada não se coaduna com ares realmente constitucionais consideradas a prova e também a boa-fé que deve haver entre aqueles que mantêm, de alguma forma, um contato e que mantêm um diálogo”, afirmou o ministro, ao desprover o recurso.⁷⁹ [grifo do autor]

O Recurso Extraordinário citado de n. 583937, trata-se originariamente de ação penal por crime de desacato, onde durante a audiência de instrução teria o réu menosprezado e desprezado o Juiz de Direito, titular da 2ª Vara Criminal de São Gonçalo.

Testemunhas alegaram que o acusado agiu com deboche, levantando-se, falando em alto tom com o Magistrado e mesmo após advertência, recusou-se a retomar sua postura. Entretanto, o réu alega que foi surpreendido pela ausência do Membro da Defensoria na audiência, que na época estava em greve, sendo nomeado defensor dativo, que o réu insistiu para redesignação do feito, visto que não conhecia o profissional podendo ter sua defesa técnica comprometida, não se conformando com a situação, gerando desentendimento com o Juiz que presidia a audiência.

Proferida a sentença, foi condenado nos termos da denúncia a 1 (um) ano de detenção, em regime aberto, substituída a pena por restritiva de direitos.

Acontece que na ocasião, do desentendimento, o acusado gravou a audiência, requerendo a juntada da gravação como prova nos autos, em sede de apelação, suscitando o princípio da imparcialidade do Juiz.

O tribunal negou o recurso, alegando que tratava-se de apenas uma análise comportamental e que a prova produzida era ilícita, mantendo a sentença por seus próprios fundamentos.

Inconformado o acusado interpôs recurso extraordinário pela violação do princípio da ampla defesa no indeferimento do pedido de juntada da gravação,

⁷⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Notícias STF. STF reconhece repercussão geral e reafirma ser possível aproveitar gravação como prova. **Supremo Tribunal Federal**, 19 de nov. 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=116314>>. Acesso em: 14 abr. 2021.

não admitido pelo tribunal, mas que em agravo de instrumento foi dado provimento, convertendo-se em recurso extraordinário.

No recurso da defensoria, foi alegada a tese tema da presente monográfica, de que, mesmo que a prova estivesse viciada pela ilicitude de sua produção o princípio da ampla defesa afastaria qualquer argumentação de imprestabilidade da prova, sendo que, o indeferimento da degravação caracterizaria cerceamento de defesa e do contraditório, pois era o único meio de defesa do acusado.

Foram arrolados como testemunha de acusação, a vítima (o juiz), membro do ministério público e, a serventuária da Justiça, restando como única testemunha de defesa, o advogado dativo que se utilizou da prerrogativa da não obrigatoriedade de depor.

O Ministro relator do caso Cezar Peluso, em seu voto entendeu que tratava-se de matéria de repercussão geral, que o próprio já havia proferido julgamento nos seguintes termos:

Como longamente já sustentei alhures, não há ilicitude alguma no uso de gravação de conversação telefônica feita por um dos interlocutores sem conhecimento do outro, com a intenção de produzir prova do intercurso, sobretudo para defesa própria em procedimento criminal, se não pese, contra tal divulgação, alguma específica razão jurídica, de sigilo nem de reserva, como a que, por exemplo, decorra de relações profissionais ou ministeriais, de particular tutela da intimidade, ou doutro valor jurídico superior. **A gravação aí é clandestina, mas não ilícita, nem ilícito é seu uso, em particular como meio de prova.** A matéria em nada se entende como disposto no art. 5, XII, da Constituição da República, o qual apenas protege o sigilo de comunicações telefônicas, na medida em que as põe a salvo da ciência não autorizada de terceiro, em relação ao que se configura, por definição mesma, interceptação ilícita. Esta, na acepção jurídica, vizinha à etimológica, na qual há idéia de que subtração (< *interceptus* < *intercipere* < *inter* + *capere*), está no alto de quem furtivamente, toma conhecimento do teor de comunicação privada da qual não é partícipe ou interlocutor. **A reprovabilidade jurídica da interceptação vem do seu sentido radical de intromissão,** que operada sem anuência dos interlocutores, excludente de injuridicidade, nem autorização judicial na forma da lei, rompe o sigilo da situação comunicativa, considerada como proprium dos respectivos sujeitos, que, salvas as exceções legais, sobre ela detêm disponibilidade exclusiva, como expressão dos direitos fundamentais de intimidade e liberdade. Talvez conviesse observar que tal reprovabilidade se prenda na origem, à vulnerabilidade material relativa, de que se revestem os canais de comunicação mediada, como o telefone, o telégrafo e as correspondências, perante o caráter restritivo ou reservado que, em tese, esses instrumentos tecnológicos propõem às expectativas dos usuários interlocutores. Há, em interlocutores, que o sistema jurídico tem de assegurar em respeito à intimidade (*primcy*) dos interlocutores. Noutras palavras, porque estes devam confiar em garantias jurídicas da reserva natural, mas não absoluta, esperada do uso desses meios de comunicação, é que de regra o ordenamento reprime a interceptação, enquanto ingerência indevida de terceiro que devassa situação comunicativa reservada, porque alheia. **Ora, quem revela conversa da qual foi partícipe, como emissor ou receptor,**

não intercepta, apenas dispõe do que também é seu e, portanto, não subtrai, como se fora terceiro, o sigilo à comunicação, a menos que esta seja recoberta por absoluta indisponibilidade legal proveniente de obrigação jurídica heterônoma, ditada pela particular natureza da relação pessoal vigente entre os interlocutores, ou por exigência de valores jurídicos transcendentais.⁸⁰ [grifou-se]

O relator do julgado ainda, menciona em sua decisão, outros julgados da Corte, em que admite-se a prova produzida por um dos interlocutores da conversa, salienta ainda que tais decisões bastariam para subsistência da decisão impugnada.

Reconheceu a existência de repercussão geral, reafirmando a jurisprudência firmada pela Corte, dando provimento ao recurso, anulando o processo desde o indeferimento da prova, agora considerada admissível e readmitida ao processo.

O Ministro Marco Aurélio, manifestou-se em sentido contrário, entendendo que a admissibilidade estaria em campo contrário à boa-fé, sob sua visão seria inconcebível. Seu voto foi vencido, por maioria.⁸¹

O caso acima exposto, fica explícito que não se trata apenas de um posicionamento doutrinário ou não, o debate e a preocupação da aplicação do direito no caso concreto, faz com que o judiciário ofereça ao cidadão maior confiança de que independente da posição social, seus direitos serão resguardados de forma igualitária.

Pode se dizer que tais decisões, trazem um encorajamento maior na busca de uma sociedade justa e igualitária, em que as exceções processuais não possuem o intuito de burlar o processo, mas sim, de adequá-lo a realidade amparando todos que a ele recorrerem.

Se faz possível o julgamento da admissibilidade da prova, devido ao princípio da proporcionalidade como visto anteriormente, sendo admitidas as provas ilícitas *pro reo*, surgindo um novo questionamento, quanto a possibilidade da mesma aplicação *pro societate*.

3.2 ADMISSIBILIDADE DE PROVAS ILÍCITAS *PRO SOCIETATE*

⁸⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 402.717**. Relator: Min. Cesar Peluso. 2 Turma. Publicado em: 13/02/2009. p. 507-515. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur87079/false>>. Acesso em: 18 abr. 2021.

⁸¹ Idem.

Com a admissibilidade *pro reo*, levanta-se a questão da mesma possibilidade ser aplicada *pro societate*, ou seja, em favor da sociedade, consequentemente contra o réu.

Se, por um lado a doutrina é quase unanime na utilização em favor do réu, há várias controvérsias quanto a utilização em favor da sociedade, a maioria doutrinária e jurisprudencial tende a não aceitar tal posicionamento.

Os doutrinadores afirmam que a teoria *pro societate* para o oferecimento da denúncia penal, não é compatível com o Estado Democrático de Direito, que em dúvida não autoriza a acusação o oferecimento da denúncia.⁸²

O Ministério Público antes de órgão acusatório, é o órgão fiscalizador da lei, que deve buscar manter a ordem jurídica preservando os direitos individuais e sociais indisponíveis.

Não poderia colocar alguém no banco dos réus, manchando a imagem, fundamentado na dúvida, ameaçando a liberdade de ir e vir, impedindo o exercício de determinados direitos civis e políticos, com uma acusação penal infundada.

Paulo Rangel aborda o assunto, diz que a dúvida em questão advém do material frágil da acusação, fragilidade a qual, é exclusivamente culpa do próprio Estado, que não logrou êxito em cumprir o seu papel de investigação.

Veja o leitor que estamos trabalhando com dúvida, ou seja, se deve ou não haver denúncia diante daquele material frágil constante do inquérito policial. E é frágil não por culpa do investigado, mas sim do Estado que, não importa a razão, não logrou êxito nas suas investigações.⁸³

O ônus da prova no processo penal, cabe ao estado, representado no ato pelo Ministério Público, conforme disposto no artigo 156, *caput*, 1ª parte, do Código de Processo Penal “a prova da alegação incumbirá a quem fizer [...]”⁸⁴.

Badaró disserta acerca do assunto:

Justamente por isso não se admite no processo penal brasileiro uma presunção relativa em favor da acusação. Diante da presunção de inocência, a regra de julgamento que vigora no processo penal é *in dubio pro reo*. Isso significa que todo o ônus da prova incumbe ao Ministério Público ou ao querelante. Inverter o ônus da prova significaria adotar a regra oposta: *in dubio pro societate*, ou, expresso em outros termos, *in dubio contra reum*. Como a presunção de inocência tem hierarquia

⁸² RANGEL, 2019, p. 95.

⁸³ Idem.

⁸⁴ BRASIL. **Código de Processo Penal**. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 14 abr. 2021.

constitucional, não pode ser alterada por nenhuma lei, que seria inconstitucional.⁸⁵

Sendo assim, aquele que afirma, acusa, cabe a ele provar a existência do fato imputado, tanto de sua autoria, como a tipicidade da conduta, elementos subjetivos de dolo ou culpa, existência de circunstâncias agravantes e qualificadoras.⁸⁶

Diferente do réu, o estado tem a seu dispor diversos mecanismos, de investigação, pessoas preparadas exclusivamente para tal situação, conta com sistemas de elevado número de informações, difícil é crer que mesmo diante de tantas vantagens de “armas”, não consiga de forma lícita encontrar prova que sustente sua acusação, e se encontrada tamanha dificuldade, a hipótese é que na verdade lhe faltam requisitos legais para tal acusação.

Os processos investigatórios, buscam a verdade real, o inquérito policial, antecessor a ação penal, busca indícios suficientes de autoria do crime, para que o Ministério Público avalie se é necessário ou não o oferecimento da denúncia, não sendo obrigatório seu oferecimento, ademais, pode considerar-se uma vitória cada inquérito arquivado, não, cada denúncia oferecida, objetivo da lei é reprimir a conduta ilícita, não incentiva-la.

Lopes Junior, sob a mesma ótica diz:

Existe uma infundada resistência em admitir a possibilidade de uma extinção imediata do feito ou mesmo uma sentença absolutória antecipada. Nada justifica, por exemplo, manter-se um processo penal quando vislumbra uma **prescrição pela provável pena a ser aplicada**, ou ainda quando a prova é absolutamente insuficiente (e o inquérito já um indicativo de que dali nada mais poderá ser extraído).⁸⁷ [grifou-se]

Rangel afirma não haver nenhum dispositivo legal que autoriza o chamado princípio *in dubio pro societate*, que coloca o réu sob o argumento de que na instrução o Ministério Público provará os fatos que alegou, é, em suas palavras, “achincalhar com os direitos e garantias individuais, desestabilizando a ordem jurídica com sérios comprometimentos ao Estado Democrático de Direito”, pois no ato de oferecer a denúncia já deve estar convicto que as provas existem, sem

⁸⁵ BADARÓ, 2020, p. 10.

⁸⁶ AVENA, 2019, p. 453.

⁸⁷ LOPES JR., 2009, p. 30.

submeter alguém a qual não encontra-se indícios de autoria mínimos, a passar pelos transtornos processuais.⁸⁸

A coação existente no processo criminal, é justificada quando de alguma maneira demonstra-se útil, caso contrário, não trás nenhum argumento que à justifique, se tornando mero instrumento de estigmatização, onde se não se processa com intuito de realmente condenar os que praticam delitos, mas apenas pelo fato de estar processando, e o resultado que advir é mero bônus.

Carnelutti compara com uma cerimônia fúnebre tal situação, afirmando que não podemos aceitar que, em dúvida, “o MP coloque os pés nas costas do réu e o empurre para a cerimônia fúnebre que é o processo penal, tornando-o um acusado, para que, no futuro, torne-se ele um sepultado vivo”.⁸⁹

Norberto Avena, analisa sob outro aspecto a utilização da prova ilícita *pro societate*, trazendo a possibilidade em que, um agente policial, infiltra-se em uma organização criminosa que pratica tráfico ilícito de drogas, e valendo-se da confiança que adquiriu pelo comandante da associação criminosa, tal confiança que possibilitou seu acesso à dependências residência do mesmo, consegue registrar através de um equipamento eletrônico escondido, provas que comprovam seu envolvimento em diversos crimes.⁹⁰

Entende que tal prova, violaria a intimidade, confrontando direito constitucional, mas não vê razão plausível para não admissibilidade da prova, a qual acarretaria na prisão de uma peça fundamental na criminalidade, sob a ótica que então estaria preservando e assegurando o interesse público maior, evitando a disseminação do uso de drogas por ele fornecidas.

Trás outro exemplo, agora envolvendo crime hediondo, aquele inafiançável, insuscetível de graça, anistia ou indulto, um homicídio. Imaginando-se que, durante a noite, sem prévia ordem judicial, apreende-se uma arma no interior de uma residência, tal apreensão após o exame de balística e datiloscópico, resulta no teste positivo quanto sua utilização na autoria do crime de homicídio.⁹¹

Indiscutível a existência de ilicitude na forma em que o objeto foi apreendido, mas indaga se a prova deveria ser realmente desprezada, permanecendo impune o caso, na visão de Avena, inexistindo outro meio de prova, capaz de elucidar a

⁸⁸ RANGEL, 2019, p. 95.

⁸⁹ CARNELUTTI, Francesco. *Las Miserias Del Proceso Penal*. Buenos Aires: EJE, 1959. p. 112.

⁹⁰ AVENA, 2019, p. 473.

⁹¹ Idem.

verdade real, deve ser utilizada a prova, ainda que produzida contra o réu e em desacordo com a constituição.

Defende a tese de que, quando tratar de crime de “mal coletivo”, mesmo contrapondo a orientação majoritária, pode preponderar-se a justificativa de necessidade de proteção à segurança coletiva.

Temerosa é tal visão, pois com a admissibilidade das provas ilícitas *pro societate*, se acrescentaria mais um poder ao Estado, ente que já é revestido de autoridade, ficando vulnerável para possibilidade de decisões arbitrárias por parte de seus representantes.

Machado, analisa a tentativa de aplicação da proporcionalidade *pro societate*:

A proibição dela, na verdade, constitui uma garantia constitucional do indivíduo e, por isso, nem mesmo o princípio da proporcionalidade, com toda a carga de razoabilidade e de bom senso que ele encerra, poderá se sobrepor a um direito fundamental, qual seja, o direito de não ser acusado com base em provas ilícitas. Os direitos fundamentais, não custa ressaltar, são a base da democracia, e por esse motivo não se pode institucionalizar a violação deles, nem mesmo em nome da efetividade do direito penal, da segurança pública, ou de uma pretensa defesa social.⁹²

No mesmo sentido, Nestor Távora diz:

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.⁹³

Sobrepondo os interesses públicos aos direitos individuais, colocando em um ringue o interesse público *versus* o interesse privado, esse entendimento coloca a sociedade como superior ao sujeito, desconsiderando o fato que ela só é o todo, se o individual existir, Renato Brasileiro analisa o posicionamento dos tribunais, nesse sentido:

A leitura da jurisprudência dos Tribunais Superiores pátrios não autoriza conclusão afirmativa quanto à tese da admissibilidade das provas ilícitas *pro societate* com base no princípio da proporcionalidade. Prevalece o entendimento de que admitir-se a possibilidade de o direito à prova prevalecer sobre as liberdades públicas, indiscriminadamente, é criar um

⁹² MACHADO, 2014, p. 483.

⁹³ TÁVORA, 2012, p.29.

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 à criminalidade, tomando letra morta o disposto no art. 5º, LVI, da Constituição Federal.⁹⁴

A tentativa da aplicação do princípio da proporcionalidade *pro societate*, como capa de uma condenação, trás uma aplicação a fim de exilar o cidadão de sua própria pátria, baseando-se no seu suposto grau de periculosidade, o tratando como inimigo do estado e não como cidadão.⁹⁵

Machado ainda nos trás um exemplo interessante, onde a prova ilícita é produzida pelo réu, sendo assim, admitida ao processo para o uso em próprio benefício, não poderá ser usada em prejuízo do corréu.

Note-se, porém, que a prova ilícita produzida pelo réu pode ser utilizada em seu próprio benefício, mas não poderá ser utilizada em prejuízo, por exemplo, de um corréu, pois em relação a este último prevalece o princípio constitucional da vedação da prova ilícita. É que essa vedação é dirigida especificamente ao Estado, e não ao particular, portanto, o Estado não poderia valer-se da prova ilícita que beneficiou um réu para sustentar a condenação do outro acusado. Assim, num único processo, pode dar-se a situação curiosa de uma mesma prova ilícita servir para absolver um réu, mas não servir para condenar o outro.⁹⁶

O Ministro Celso de Mello, recentemente abordou a temática *pro societate*, a proferir seu voto em um Habeas Corpus, o qual era relator. Tratava-se de uma denúncia pela suposta prática de homicídio qualificado, em que a sentença baseou-se exclusivamente em elementos coligados em sede de inquérito policial, sem inquirição das testemunhas em audiência de instrução e julgamento, ficando claro o conflito entre poder acusatório do Estado de um lado e a pretensão de liberdade do acusado de outro.⁹⁷

Em seu voto, o ministro ressalva que o STF ao apreciar a presunção de inocência, tem reiteradamente advertido que as acusações penais não se presumem

⁹⁴ LIMA, 2019, p. 664.

⁹⁵ TÁVORA, 2012, p.30.

⁹⁶ MACHADO, 2014, p. 484.

⁹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 180.144**. 2ª Turma. Relator: Min. José Celso de Mello Filho. Julgado em: 10/10/2020. Publicado em: 22/10/2020. Disponível em: <<https://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9b00000178e88cdfa3b853e12a&docguid=10b9000801a7311ebaa89ed546de9ff95&hitguid=10b9000801a7311ebaa89ed546de9ff95&spos=1&epos=1&td=233&context=23&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=true&isFromMultiSumm=true&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 19 abr. 2021.

provadas, motivo pelo qual a presunção de inocência atua como limitação ao poder do Estado, recaindo sobre o órgão acusatório, de modo muito mais intenso. Portanto, cabe ao Ministério Público provar de forma inequívoca, plena, para além de qualquer dúvida razoável a culpabilidade do acusado e dos fatos constitutivos da imputação penal.⁹⁸

A Ministra Cármen Lúcia, em voto recente, apresentou sua visão a respeito do *in dubio pro societate*:

Como já afirmei anteriormente, penso que há uma lógica confusa e equivocada ocasionada pelo suposto “princípio *in dubio pro societate*”, que, além de não encontrar qualquer amparo constitucional ou legal, acarreta o completo desvirtuamento das premissas racionais de valoração da prova. Além de desfocar o debate e não apresentar base normativa, o *in dubio pro societate* desvirtua por completo o sistema bifásico do procedimento do júri brasileiro, esvaziando a função da decisão de pronúncia.⁹⁹

Outro julgado de grade importância para o tema, é o Recurso Extraordinário 251445/GO, de relatoria do Ministro Celso Mello, onde a Suprema Corte preferiu tutelar o direito à intimidade do acusado.¹⁰⁰

Tratava-se de um dentista que em seu consultório guardava material pornográfico envolvendo menores, material que ele mesmo produzia, até que uma das vítimas contou aos pais, que desesperados pediram ajuda a amigos. Foi então que um deles, adentrou no consultório sem autorização e furtou o conteúdo que posteriormente foi considerado ilícito, pois atentou contra a intimidade.

PROVA ILÍCITA. MATERIAL FOTOGRÁFICO QUE COMPROVARIA A PRÁTICA DELITUOSA (LEI Nº 8.069/90, ART. 241). FOTOS QUE FORAM FURTADAS DO CONSULTÓRIO PROFISSIONAL DO RÉU E QUE, ENTREGUES À POLÍCIA PELO AUTOR DO FURTO, FORAM UTILIZADAS CONTRA O ACUSADO, PARA INCRIMINÁ-LO. INADMISSIBILIDADE (CF, ART. 5º, LVI).¹⁰¹

Pode parecer espantoso que diante das provas de um crime tão bárbaro não se admita a prova, entretanto o Ilustre julgador foi sábio nesse sentido, ao apreciar o

⁹⁸ Idem.

⁹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 179.201**. 2ª Turma. Relatora: Min. Cármen Lúcia. Julgado em: 20/10/2020. Publicado em: 17/11/2020. Disponível em: <<https://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/delivery/document>>. Acesso em: 19 abr 2021.

¹⁰⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 251445/GO**. Relator: Min. Celso De Mello. Publicado em: 21/07/2000. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14825705/recurso-extraordinario-re-251445-go-stf>>. Acesso em: 18 abr. 2021

¹⁰¹ Idem.

recurso, conheceu em parte, determinando a restauração da sentença de primeiro grau, na busca da realidade no que se refere aos crimes de estupro e atentado violento ao pudor, promovendo a reavaliação fática do caso.

A não admissibilidade da prova, não significou que escaparia impune o autor do delito, mas que será julgado, dentro dos trâmites legais, a conduta reprovável do réu, não exclui seu direito ao devido processo legal.

Com isso, o relator limitou-se a examinar exclusivamente o ponto controverso da questão, o reconhecimento da ilicitude da prova fotográfica, derivada da prática de um furto, e assim julgou:

A cláusula constitucional do due process of law – que se destina a garantir a pessoa do acusado contra ações eventualmente abusivas do Poder Público – tem, no dogma da inadmissibilidade das provas ilícitas, uma de suas projeções concretizadoras mais expressivas, na medida em que o réu tem o impostergável direito de não ser denunciado, de não ser julgado e de não ser condenado com apoio em elementos instrutórios obtidos ou produzidos de forma incompatível com os limites impostos, pelo ordenamento jurídico, ao poder persecutório e ao poder investigatório do Estado. A absoluta invalidade da prova ilícita infirma-lhe, de modo radical, a eficácia demonstrativa dos fatos e eventos cuja realidade material ela pretende evidenciar. Trata-se de consequência que deriva, necessariamente, da garantia constitucional que tutela a situação jurídica dos acusados em juízo penal e que exclui, de modo peremptório, a possibilidade de uso, em sede processual, da prova – de qualquer prova – cuja ilicitude venha a ser reconhecida pelo Poder Judiciário. A prova ilícita é prova inidônea. Mais do que isso, prova ilícita é prova imprestável. Publique-se.¹⁰²

Imagine-se, que hipoteticamente a decisão fosse aplicada em sentido contrário, admitindo a prova e condenando o réu, estaria o Estado de certa forma admitindo condutas como a do furto realizado, voltando a era do “olho por olho, dente por dente”, instigando que se faça justiça com as próprias mãos, se fosse apto a realizar tal julgamento, podendo a partir de sua livre convicção condenar aquele que por assim julgar justo.

Sob esse aspecto, não seria necessário todo o judiciário, o tempo despendido para análise de leis, de estudos, de toda uma estrutura capaz de julgar com imparcialidade, sem trazer ao caso suas emoções e convicções próprias, mas seguindo um ordenamento jurídico que busca independente da pessoa julgar de forma igualitária.

¹⁰² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 251445/GO**. Relator: Min. Celso De Mello. Publicado em: 21/07/2000. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14825705/recurso-extraordinario-re-251445-go-stf>>. Acesso em: 18 abr. 2021.

Por sua vez, Pacelli discorda de tal entendimento. Acredita que no caso em tela, a Suprema Corte perdeu grande oportunidade de aplicar o princípio da proporcionalidade, acredita que a vedação não cumpriu seu propósito final.¹⁰³

Para o doutrinador, a grande função da inadmissibilidade de provas ilícitas, além das concepções éticas, pretende inibir a prática ilegal por parte dos órgãos responsáveis pela produção da prova, missão essa não alcançada na sua visão, pois quem produziu a prova foi um particular e não o estado, sujeito que não se dedica a produção de provas habitualmente.

Afirma ainda que:

Nesse quadro, o exame de cabimento do juízo de proporcionalidade deve passar também não só pela identificação de uma tensão ou conflito entre os princípios constitucionais relativos à efetiva proteção de direitos fundamentais (do réu e da vítima), mas pela elaboração de critérios objetivos, tanto quanto possíveis, em que a escolha por um dos princípios possa não implicar o sacrifício integral do outro.¹⁰⁴

Percebe-se mesmo que considerada majoritário o entendimento da doutrina no sentido da não admissibilidade, começa iniciar-se movimentos no sentido contrário, que acreditam que em casos considerados “mais graves”, deve colocar-se em pauta possível admissibilidade.

Não apenas a doutrina possui entendimento para ambos os lados, mas a jurisprudência também, como se observa no *Habeas Corpus* 3.982 julgado pelo Superior Tribunal de Justiça, que utilizou-se do princípio da proporcionalidade, justificando a inadmissibilidade da prova ilícita:

Constitucional e Processo Penal. Habeas Corpus. Escuta telefônica com ordem judicial. Réu condenado por formação de quadrilha armada, que se acha cumprindo pena em penitenciária, não tem como invocar direitos fundamentais próprios do homem livre para trancar ação penal (corrupção ativa) ou destruir gravação feita pela polícia. O inciso LVI do artigo 5º da Constituição, que fala ‘são inadmissíveis as provas obtidas por meio ilícito’, não tem conotação absoluta. Há sempre um substrato ético a orientar o exegeta na busca de valores maiores na construção da sociedade. A própria Constituição Federal Brasileira, que é dirigente e programática, oferece ao juiz, através da ‘atualização constitucional’ (verfassungsaktualisierung), base para o entendimento de que a cláusula constitucional invocada é relativa. A jurisprudência norte-americana, mencionada em precedente do Supremo Tribunal Federal, não é tranqüila. Sempre é invocável o princípio da ‘Razoabilidade’ (Reasonableness). O

¹⁰³ PACELLI, 2018, p. 386.

¹⁰⁴ Ibid., p. 387.

'princípio da exclusão das provas ilicitamente obtidas' (Exclusionary Rule) também lá pede temperamentos. Ordem denegada.¹⁰⁵

Denota-se, a partir dos julgados acima colacionados, que diferente da admissibilidade *pro reo* que praticamente por unanimidade o entendimento é para aceitação, na admissibilidade *pro societate* ainda encontramos inúmeros casos divergentes.

Sendo instável tal teoria, e que por diversos aspectos causa temor na sua aplicação, para que não se crie precipitadamente conceitos criminais baseados na urgência de julgamento de delitos de alta reprovação social, deixando de observar-se a grandiosa força constitucional dos direitos fundamentais, que não podem ser facilmente desconsiderados.

¹⁰⁵ Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 3.982/RJ**. Sexta Turma. Relator: Ministro Adhemar Maciel. Data do Julgamento: 05/02/1995. Data da Publicação: 26.02.1996. p. 4084. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/548539/habeas-corpus-hc-3982-rj-1995-0053161-5/inteiro-teor-100320270>>. Acesso em 14 abr. 2021.

4 CONCLUSÃO

Recapitulando, no início desse trabalho abordamos o conceito de provas ilícitas, visto que não há um conceito expresso na legislação, a doutrina procurou conceitua-las.

O termo provas ilícitas advém do latim, sendo as provas das quais a obtenção se dá por meios considerados ilegais e pelas normas constitucionais e legais, proibição essa que visa proteger os direitos fundamentais, com a limitação ao direito de produção de provas para que aquele que apura ilícitos, o Estado, não os cometa também.

Essa proibição está prevista no artigo 5º, LVI, da Constituição Federal e no artigo 157 do Código de Processo Penal.

Ao falar de provas ilícitas, encontramos a distinção entre ilícitas e ilegítimas, sendo a ilícita aquela que fere o direito material violando direitos e garantias constitucionais, e a ilegítima aquela que fere o direito processual, que foi ilegitimamente produzida e apresentada no processo, e podem eventualmente ser produzidas em conjunto.

Ainda, analisamos o princípio da proporcionalidade, que pode ser extraído implicitamente do conjunto das normas constitucionais, cujo qual delimita a atividade estatal evitando decisões excessivas e descabidas, bem como, pode auxiliar o magistrado ao sentenciar, utilizando-se da ponderação tornando a decisão mais justa e adequada ao caso concreto.

Para aplicação do princípio da proporcionalidade, três pressupostos e requisitos, são eles: da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. O pressuposto da adequação versa sobre a análise do meio mais adequado para o alcance do fim pretendido, qualitativamente e quantitativamente. O da necessidade onde se evita a desproporcionalidade, buscando a opção que gere o menor número de consequências negativas ao sujeito. E o da Proporcionalidade em sentido estrito que é um sopesar entre o ônus e o bônus da ação, buscando justificativa para o dano causado diante do resultado obtido.

Posteriormente, na análise do sistema de admissibilidade das provas, nos deparamos com algumas teorias, inicialmente com a teoria dos frutos da árvore envenenada que se iniciou na Suprema Corte Americana, segundo a qual o vício da planta se transmite a todos os seus frutos, para essa teoria prova derivada de uma

ilícita está contaminada pela ilicitude da mesma, a teoria foi inclusive utilizada em alguns julgados brasileiros, mas com o decorrer do tempo, encontramos divergência de posicionamento ao que se refere a essa derivação contaminada.

Como exposto, sempre encontramos duas opiniões sobre a teoria, uma que concorda em banir dos processos as provas derivadas, e outra que acredita que a derivação é uma terminologia contraditória. Sem uma conceituação específica na legislação.

Surgindo então duas teorias, que vão em sentido contrário à dos frutos da árvore envenenada, as teorias da descoberta inevitável e da fonte independente.

A teoria da descoberta inevitável, fala sobre aquela prova que seria descoberta mesmo sem a existência de uma prova ilícita conexa a ela, portanto, chegando a conclusão que a prova ilícita conexa seria desnecessária, não será sendo razoável seu desentranhamento dos autos, pois a prova seria encontrada de forma autônoma livre de qualquer ilicitude proveniente da conexa. Apresentou-se o caso *NIX vs. Williams II*, marcante para essa teoria, onde sabiamente a Suprema Corte norte-americana admitiu-a. Na legislação brasileira, extraímos por analogia do artigo 157 §§ 1º e 2º, do Código de Processo Penal, já foi inclusive conceituada pelo Supremo Tribunal Federal e utilizada em julgados do mesmo.

Já a teoria da fonte independente, é aquela obtida sem relação direta da ilícita, onde encontra-se duas fontes distintas para a mesma prova, também marcada por um julgamento da Suprema Corte norte-americana, o caso *Murray vs. United States*. De igual modo se extrai do artigo 157, §§ 1º e 2º do Código de Processo Penal, e é recorrentemente aplicada pelo Supremo Tribunal Federal.

Em todas as teorias encontramos pensamentos doutrinários e jurisprudenciais opostos, porém, acredita-se que as teorias da descoberta inevitável e da fonte independente estão criando forças, possibilitando suas alegações perante os tribunais.

Finalizando com o tema central dessa monografia, provas ilícitas e as possíveis exceções de admissibilidade, foi necessário a análise das teorias e princípio supra citados, para a conclusão de que, é possível a admissibilidade das provas ilícitas *pro reo*, aquela que é produzida e utilizada a favor do réu, como sua única alternativa de prova, realizando a dosimetria de princípios através do princípio da proporcionalidade, entende-se que tal prova deve ser sempre admitida, visto que, o Estado não pode condenar o sujeito que ele mesmo conclui ser inocente. A

produção dessa prova estará fundamentada pelo estado de necessidade previsto no artigo 23, I, do Código de Processo Penal, consequentemente, contemplada pela excludente de ilicitude. Essa corrente já foi aceita e aplicada em julgamentos do Supremo Tribunal Federal, bem como, é praticamente unanime a concordância dos doutrinadores brasileiros.

Por fim, concluindo-se que é possível a admissibilidade das provas ilícitas *pro reo*, levanta-se o questionamento da admissibilidade *pro societate*, ou seja, em favor da sociedade, onde o Estado em seu órgão acusatório utiliza-se de tal meio visando a condenação. Há grande controvérsia na sua utilização sendo a minoria dos doutrinadores que concordam com tal corrente, pois, entende-se que o Estado diferente do acusado possui incontáveis meios privilegiados para produção de prova, inclusive é originariamente incumbido de tal ônus, não encontrando fundamentos plausíveis para as violações que essa ação causaria. Desta forma, acredita-se que a corrente é inconstitucional e sua utilização trata-se de mero interesse de punir sem a devida observação dos direitos e garantias individuais.

REFERÊNCIAS

AVENA, Norberto. **Processo Penal**. 12. ed. São Paulo: Método, 2020.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

ÁVILA, Thiago André Pierobom de. **Provas ilícitas e proporcionalidade**: uma análise da colisão entre os princípios da proteção penal eficiente e da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos. 2006. 295 f. Dissertação (Mestrado em Direito)-Universidade de Brasília, Brasília, 2006. Disponível em: <<https://repositorio.unb.br/handle/10482/3103>>. Acesso em: 20 abr. 2021.

AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas Ilícitas**: Interpretações Telefônicas, Ambientais e Gravações Clandestinas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 6. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

BECCARIA, Cesare Bonesana. **Dos Delitos e das Penas**. Tradução de Paulo M. Oliveira. São Paulo: EDIPRO, 2013.

_____. **Dos Delitos e das Penas**. Tradução de José Cretella Jr. e Agnes Cretella. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

BRASIL. **Código de Processo Penal**. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 14 abr. 2021.

_____. **Código Penal**. Decreto-lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 14 abr. 2021.

_____. **Constituição Da República Federativa Do Brasil De 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 14 abr. 2021.

_____. Ministério da Fazenda. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais. Câmara Superior de Recursos Fiscais. **Acórdão nº 9303-008.694**. 3º Turma. Relator: Andrada Marcio Canudo Natal. Sessão em: 12 de junho de 2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/fisco-usar-provas-derivadas-provas.pdf>>. Acesso em: 20 abr. 2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 3.982/RJ**. Sexta Turma. Relator: Ministro Adhemar Maciel. Data do Julgamento: 05/02/1995. Data da Publicação: 26.02.1996. p. 4084. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/548539/habeas-corpus-hc-3982-rj-1995-0053161-5/inteiro-teor-100320270>>. Acesso em 14 abr. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 179.201**. 2ª Turma. Relatora: Min. Cármen Lúcia. Julgado em: 20/10/2020. Publicado em: 17/11/2020. Disponível em: <<https://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/delivery/document>>. Acesso em: 19 abr. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 180.144**. 2ª Turma. Relator: Min. José Celso de Mello Filho. Julgado em: 10/10/2020. Publicado em: 22/10/2020. Disponível em: <<https://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9b00000178e88cdfa3b853e12a&docguid=i0b9000801a7311ebaa89ed546de9ff95&hitguid=i0b9000801a7311ebaa89ed546de9ff95&spos=1&epos=1&td=233&context=23&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=true&isFromMultiSumm=true&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 19 abr. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 378.374**. Sexta Turma. Relatora: Min. Maria Thereza de Assis Moura. Julgado em: 14/03/2017. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/450539619/habeas-corpus-hc-378374-mg-2016-0296595-7>> - acesso 18/04/2021>. Acesso em: 18 abr. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 73.351/SP**. Informativo STF nº 30. Primeira Turma. Relator: Min. Ilmar Galvão. Publicado em: 19/03/1999. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo142.htm>>. Acesso em: 18 abr. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 74.599/SP**. Primeira Turma. Relator: Min. Ilmar Galvão. Julgado em: 3/12/1996. Publicado em: 7/2/1997. p. 1340. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur109697/false>>. Acesso em: 18 abr. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 91.867/PA**. Segunda Turma. Relator: Min. Gilmar Mendes. Julgado em: 24/04/2012. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur214794/false>>. Acesso em: 18 abr. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. Informativo de Jurisprudência nº 855. **Supremo Tribunal Federal**, 03 de março de 2017. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo855.htm>>. Acesso em: 18 abr. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. Notícias STF. STF reconhece repercussão geral e reafirma ser possível aproveitar gravação como prova. **Supremo Tribunal Federal**, 19 de nov. 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=116314>>. Acesso em: 14 abr. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 402.717**. 2 Turma. Relator: Min. Cesar Peluso. Publicado em: 13/02/2009. p. 507-515. Disponível em:

<<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur87079/false>>. Acesso em: 18 abr. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 251445/GO**. Relator: Min. Celso De Mello. Publicado em: 21/07/2000. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14825705/recurso-extraordinario-re-251445-go-stf>>. Acesso em: 18 abr. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. Vocabulário Jurídico (Tesauro). Teoria Da Descoberta Inevitável. **Supremo Tribunal Federal**, [s.i.]. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarTesauro.asp?txtPesquisaLivre=TEORIA%20DA%20DESCOBERTA%20INEVIT%C3%81VEL>>. Acesso em: 14 abr. 2021.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 27. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

CARNELUTTI, Francesco. **Las Miserias Del Proceso Penal**. Buenos Aires: EJE, 1959.

JESUS, Damásio de. **Direito Penal**. Parte Geral. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 1.

LIMA, Renato Brasileiro. **Manual de Processo Penal**. 7. ed. Salvador: JusPodivm, 2019.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade**. 4. ed. São Paulo: Lumen Juris, 2009. v. 1.

_____. **Direito Processual Penal**. 18. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

MACHADO, Antônio Alberto Machado. **Curso de Processo Penal**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MARCÃO, Renato. **Curso de Processo Penal**. 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual De Processo Penal e Execução Penal**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

_____. **Curso de Processo Penal**. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

PACELLI, Eugênio. FISCHER, Douglas. **Comentários ao Código de Processo Penal e sua Jurisprudência**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

PRADO, Alessandra Rapacci Mascarenhas. Teoria da Descoberta Inevitável: Quando a ilicitude da prova é útil ao devido processo legal. **Revista de Criminologias e Políticas Criminais**, Brasília, v. 3, n. 1, p. 42-59, Jan/Jun. 2017.

PRADO, Luiz Regis. **Bem Jurídico Penal e a Constituição**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

_____. **Direito Processual Penal**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

SARMENTO, Daniel. **A Ponderação de Interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2003.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. **Hermenêutica e Interpretação Jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2010.

TÁVORA, Nestor. **Processo Penal II: Provas - questões e processos incidentes**. Coleção saberes do Direito. São Paulo: Saraiva, 2012.