

## PROVAS ILÍCITAS POR DERIVAÇÃO

Fernanda Natsumi Demori BONIOLI<sup>1</sup>  
Marcelo Agamenon Goes de SOUZA<sup>2</sup>

**RESUMO:** O presente artigo tem como objetivo o estudo da produção das provas no processo penal, especialmente na questão das provas obtidas por meio ilícitos e das provas que em si são lícitas, mas que derivam de ilícitas, ou seja, das provas ilícitas por derivação. Para isso o artigo propõe-se a analisar o que constitui a prova, seu objeto, sua classificação, chegando-se a questão da admissibilidade ou não da prova ilícita e da ilícita por derivação.

**Palavras-chave:** Prova. Produção de provas. Inadmissibilidade da prova ilícita. Provas ilícitas por derivação.

### 1. INTRODUÇÃO

A prova é o organismo usado para buscar a verdade real no processo. Provar é ter certeza sobre algo ou um fato.

Explica Leandro Cadenas Prado que com a produção de provas durante o processo, busca-se mostrar a verdade dos fatos para que o julgador possa bem resolver a questão posta. (2006, pág. 3).

É notória a importância da prova para o processo, de modo que o estudo sobre a sua produção se mostra relevante, pois mostrará a finalidade prova, bem como suas limitações, já que, apesar de ser uma garantia constitucional, o direito à prova não é absoluto, pois sofre restrições no tocante a admissibilidade ou não das provas obtidas por meios ilícitos.

O presente artigo primeiramente aborda as considerações iniciais sobre a prova, conceituando-a, definindo seu objeto e a classificando.

---

<sup>1</sup> Aluna do 7º Termo do curso de Direito das Faculdades Integradas “Antonio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente. E-mail: fernanda.demori@unitoledo.br

<sup>2</sup> Docente do curso de Direito das Faculdades Integradas “Antonio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente. Possui Mestrado em Direito Constitucional pela ITE de Bauru e pela UNOESTE de Presidente Prudente e orientador do artigo.

Adentrando na garantia constitucional do direito à prova, onde é necessário das às partes a oportunidade de produzir provas no processo para que alcance a verdade real dos fatos.

Nesse contexto, chega-se à questão da inadmissibilidade da prova ilícita, prevista no artigo 5º, inciso LVI da Constituição Federal, onde se fez uma abordagem sobre a diferença entre prova Ilícita e prova Ilegítima.

O dispositivo acima citado gerou muitas discussões na doutrina e jurisprudência, tendo em vista que surgem princípios, como o da proporcionalidade, que procuram relativizar, sopesar valores. E a doutrina passa então a dar uma maior flexibilidade ao tema.

A partir da vedação constitucional à prova ilícita, chegamos à questão principal do presente artigo, qual seja: as provas derivadas das ilícitas, que são aquelas provas que em si são lícitas, porém, decorrem de provas ilícitas.

Define Fernando Capez as chamadas provas ilícitas por derivação são aquelas em si mesmas lícitas, mas produzidas a partir de outra ilegalmente obtida. (2011, pág. 348).

A controvérsia é se essas provas podem ou não serem utilizadas no processo? Se por derivarem de provas ilícitas, estariam também contaminadas pela ilicitude?

Toda a problemática da prova ilícita ainda gera profundas discussões, ocasionando colisões jurisprudenciais e doutrinárias, motivo pelo qual se faz interessante e muito importante à escolha deste tema para ser abordado no presente trabalho.

## **2. PROVA, NOÇÕES GERAIS: CONCEITO, OBJETO E CLASSIFICAÇÃO:**

A prova, em uma primeira observação, é o instrumento pelo qual se forma a convicção do juiz a respeito dos fatos.

Originando-se do latim *probatio*, significa o conjunto de atos praticados pelas partes, pelo juiz e por terceiros. São atos que buscam conduzir ao juiz a certeza sobre a existência ou inexistência de fatos.

Através da prova, tem-se a finalidade de chegar à verdade no processo.

Segundo Fernando Capez (2008, pág. 344) a prova tem como objeto toda circunstância, fato ou alegação referente ao litígio sobre os quais pesa incerteza, e que precisam ser demonstrados perante o deslinde da causa.

Importante esclarecer que os fatos objetos da prova são aqueles que necessitam de comprovação, sobre os quais pairam dúvidas e que são pertinentes e relevantes ao processo.

Desse modo, os fatos notórios e evidentes, não devem ser objeto da prova, assim como as presunções legais e os fatos inúteis.

Os notórios e evidentes não serão objeto pois estão pautados na certeza. Já as presunções legais derivam da lei. E os fatos inúteis, que podem ser verdadeiros ou falsos, não interferem na solução da lide, na verificação da verdade.

No tocante à sua classificação, as provas podem ser divididas a partir dos seguintes critérios: objetivo, subjetivo e formal.

No que se refere ao objeto, a prova pode ser direta e indireta. Será direta quando se reportar-se ao fato a ser provado, como por exemplo: no crime de falsificação de documento, a exibição do falsificado; ou o exame de corpo de delito feito diretamente na vítima.

Já a prova indireta é aquela que faz relação à outros fatos, que poderão levar a um raciocínio lógico dedutivo.

Quanto ao critério subjetivo, a prova pode ser real ou pessoal. As primeiras incidem sobre uma coisa, como por exemplo, sobre o instrumento do crime. As pessoais referem-se sobre a pessoa humana.

Analisando a prova sob o critério forma, ela pode ser testemunhal, documental ou material. Será testemunhal quando nascerem de depoimentos de pessoas que conhecem os fatos do processo.

Já a prova documental se observa através de documentos, como um recibo escrito.

A prova material por sua vez, é obtida por meios científicos, através da química, física, como por exemplo: exames.

## **2.1 DIREITO A PROVA**

Passamos neste momento a uma análise mais ampla da Prova.

Pois bem, tendo em vista que o Estado detém o monopólio da prestação jurisdicional, nasce o chamado Direito de Ação, que é fundamental e está previsto na Constituição Federal de 1988.

Através do processo, o Estado busca apurar a verdade dos fatos, e a prova é o instrumento para que o processo atinja a sua finalidade, qual seja, a descoberta da verdade.

Tem-se que do direito de ação, nasce também o direito à ampla defesa e ao contraditório, também fundamentais.

É preciso dar às partes a oportunidade de produzir provas a fim de demonstrarem a existência ou inexistência dos fatos. O direito ao contraditório manifesta-se na oportunidade que as partes têm de requerer a produção de provas.

O processo sem prova, não será útil, pois, não se chegará ao fim a que se destina, que é a verdade.

Nesse sentido, a doutrina entende que a prova possui fundamento constitucional, pois está implicitamente inserida no princípio do contraditório e no direito de ação, descritos na Magna Carta.

Todavia, apesar de ser assegurado constitucionalmente, o direito à prova não é absoluto, pois irá sofrer restrições em algumas situações.

O inciso LVI, do artigo 5º da CF/88 refere-se às provas ilícitas e a sua inadmissibilidade no processo.<sup>3</sup>

Nesse sentido, as limitações ao direito à prova ocorrem quando esta afronta as principais garantias asseguradas no rol do artigo 5º.

A partir disso, nascem as discussões a cerca da possibilidade de se admitir ou não o uso das provas ilícitas no Processo Penal frente à relativização de princípios e valores ao caso em concreto.

### **2.1.1 A (IN)ADMISSIBILIDADE DAS PROVAS ILÍCITAS**

Antes de adentrar efetivamente na questão das provas ilícitas e ilegítimas, vamos a uma noção geral e ampla sobre a Prova Proibida.

No nosso sistema processual penal, prevalece o princípio da verdade real, ou seja, da busca pela verdadeira realidade dos fatos.

---

<sup>3</sup> Art. 5º (...)

LVI – são inadmissíveis no processo, as provas obtidas por meios ilícitos;

Ocorre que o meio para se chegar à verdade real é a produção de provas.

E, como já fora exposto acima, a produção de provas apesar de fundamental, sofre limitações.

Nossa Magna Carta, descreve em seu artigo 5º, inciso LVI que são inadmissíveis no processo as provas obtidas por meios ilícitos.

Ademais, o artigo 157 do Código de Processo Penal, também prescreve a inadmissibilidade das provas e ainda que essas deverão ser desentranhadas do processo.

Assim, há restrições à liberdade probatórias, sendo proibidas ou ilegais aquelas provas obtidas por meios que a Constituição Federal veda.

Genericamente Aranha conceitua a prova proibida (2006, pág. 50):

(...) é toda aquela que é defesa, impedida mediante uma sanção, impedida que se faça pelo direito. A que deve ser conservada à distância pelo ordenamento jurídico. Por ser proibida, ofende, molesta, opõe-se ao direito.

Entende-se que a prova proibida é um gênero, do qual são espécies as provas ilícitas e as provas ilegítimas.

A prova será ilegítima quando afrontar uma norma de natureza processual. Será no momento da sua produção no processo que surgirá a ilegalidade.

Já a prova ilícita é aquela que foi produzida ou obtida em afronta as normas de direito material. Esclarece Fernando Capez que serão ilícitas todas as provas produzidas mediante a prática de crime ou contravenção, as que violem normas de Direito Civil, Comercial ou Administrativo, bem como aquelas que afrontem princípios constitucionais. (CAPEZ, 2011, pág. 348).

Aqui, a violação acontece no momento da colheita da prova.

Portanto, se for violado direito material ou princípio constitucional, a prova é ilícita. E se violada a norma processual, a prova é ilegítima.

Apesar do texto constitucional e da lei processual penal inadmitirem a utilização da prova ilícita, o tema ainda gera muitas discussões na jurisprudência e na doutrina.

Tendo a última apresentado cinco teorias a respeito do assunto, as quais serão expostas a seguir.

## **2.2 PELA INADMISSIBILIDADE DA PROVA ILÍCITA**

A maioria da doutrina pugna pela inadmissibilidade prova ilícita no processo. Sendo que três das cinco correntes doutrinárias são pela sua proibição.

### **2.2.1 TEORIA DA UNIDADE**

Para esta primeira teoria, segundo explica Adalberto José Q. T. de Camargo Aranha (2006, pág. 64), o direito é um todo unitário, formando um universo, e não composto por compartimentos estanques, por áreas separadas e irreduzíveis.

Assim, a prova ilícita contaminaria todo o direito, e não somente algumas partes.

### **2.2.2 TEORIA DA MORALIDADE**

Baseada no princípio da moralidade dos atos praticados pelo estado, a segunda teoria pela inadmissibilidade as provas ilícitas entende que o estado deve combater o crime, mas não se pode aceitar que o estado use métodos ilícitos ou condenáveis para perseguir o crime.

Dessa forma, significa que o estado deve combater o crime e os criminosos mas sempre observando as garantias fundamentais, através de atos respaldados pela moralidade e através de princípios.

### **2.2.3 TEORIA DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS**

Por fim, posiciona-se que a prova ilícita é inadmissível porque esta ofende a Constituição, por violar os direitos e garantias fundamentais do indivíduo, gerando sua inconstitucionalidade.

## 2.3 PELA ADMISSIBILIDADE DA PROVA ILÍCITA

Uma única teoria admite a prova ilícita, partindo do pressuposto de que só podem ser inadmitidas as provas que violam uma norma processual, ou seja, apenas as prova ilegítimas.

Isso porque para os adeptos dessa corrente, quando se viola uma norma material, há uma sanção específica, e não será o afastamento do processo.

Como explica novamente Aranha (2006, pág. 63):

Vale dizer: na prova ilícita reconhece-se a ofensa ao direito material, devendo ser aplicada ao ofensor a sanção correspondente, a penalidade adequada; todavia, não pode ser afastada do processo, pois neste só podem ser rejeitadas as ofensas com sanção especificamente processual.

Conclui-se, que para esta corrente, a prova ilícita só será inadmitida se for ilegítima, ou seja, se violar uma norma processual.

## 2.4 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Uma última teoria visa alcançar um ponto de equilíbrio na questão da prova ilícita, baseada no Princípio da Proporcionalidade, que nos Estados Unidos é chamado de Teoria da Razoabilidade.

Menciona Sebastián Borges de Albuquerque Mello (2007, pág. 204):

O princípio da proporcionalidade, ligado aos Direitos Fundamentais, possui, para Larenz, uma relação estreita com a ideia de justiça, tanto no exercício dos direitos como na imposição de deveres e ônus. Serve para estabelecer o equilíbrio de interesses contrapostos, tendo base a linha do menor prejuízo possível. Isso significa, a grosso modo, que se busca a justa medida na relação entre os homens entre si e das coisas submetidas à sua disposição. Tal princípio busca alcançar um ponto de equilíbrio entre os valores violados por uma prova ilícita, e o interesse de punir o indivíduo ou a asseguuração de seus direitos e garantias fundamentais.

Pela teoria do Princípio da Proporcionalidade, a prova ilícita pode ser admitida relativizando-se e sopesando os valores em jogo.

Através do princípio da proporcionalidade se analisará se o bem violado por meio da obtenção da prova ilícita é maior ou menor que o bem jurídico que se visa tutelar.

Por exemplo, absolver ou não um inocente que é acusado de um crime quando a prova que se tem a seu favor é uma gravação clandestina?

Conclui-se que para esta teoria, de forma excepcional pode-se usar a prova ilícita, levando-se em conta e sopesando-se os valores em contradição e em debate.

Diante de tudo o que acima foi exposto, da utilização do princípio da proporcionalidade para sopesar valores, a doutrina é majoritária no entendimento que a prova ilícita deve ser aceita quando em favor do réu, pois nesse caso, a ilicitude seria eliminada por causas excludentes de ilicitude, como por exemplo, a legítima defesa.

Assim, sopesados os valores em jogo e demonstrando a importância e necessidade da prova ilícita, como por exemplo, a única prova a favor do réu, buscando sua inocência, essa prova pode ser admitida.

### **3. PROVAS ILÍCITAS POR DERIVAÇÃO**

Esclarece Luis Francisco Torquato Avolio (1999, pág. 73) que prova ilícita por derivação concerne às hipóteses em que a prova foi obtida de forma lícita, mas a partir da informação extraída de uma prova obtida por meio ilícito.

Um exemplo do que seria uma prova ilícita por derivação é o caso da confissão extorquida mediante tortura.

O ponto em questão é que, como acima explanado, de acordo com a Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso LVI e o Código de Processo Penal, em seu artigo 157, são inadmissíveis em nosso ordenamento as provas obtidas por meios ilícitos, devendo estas serem desentranhas dos autos do processo.

O que resta saber é se essas provas ilícitas por derivação podem ou não serem admitidas no processo.

Surge então a discussão se diante de uma violação a um direito material ou norma processual a fim de produzir uma prova, deve ser somente esta

desentranhada dos autos, ou se aquelas que surgiram em razão dessa prova obtida por meio ilícito, também está contaminada.

A partir de tal questionamento surge a Teoria da Árvore dos Frutos Envenenados (*fruits of poisonous tree*), reconhecida pela Suprema Corte norte-americana, segundo a qual o vício da planta se transmite a todos os seus frutos.

O que basicamente significa dizer que as provas que decorrem de uma prova ilícita também serão ilícitas.

Ou seja, por essa teoria, o vício contido em uma prova também contaminará as demais provas que dela decorrerem.

No Brasil, a doutrina e a jurisprudência não chegaram a uma posição unânime sobre o tema.

Grinover, Scarance e Magalhães entendem que as provas decorrentes de uma prova ilícita, serão também ilícitas, ou seja, estarão também contaminadas, como discorrem no treco a seguir (2009, pág. 128):

Na posição mais sensível às garantias da pessoa humana, e conseqüentemente mais intransigente com os princípios e normas constitucionais, a ilicitude da obtenção da prova transmite-se às provas derivadas, que são, assim, igualmente banidas do processo.”

Este é o posicionamento majoritário, portanto, tanto para a doutrina quanto para a jurisprudência, as provas ilícitas por derivação são também inadmissíveis no ordenamento jurídico brasileiro.

Primeiro porque a Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso LVI prescreve isso. Outro fundamento está no artigo 573, § 1º do Código de Processo Penal, que prescreve que uma vez declarada a nulidade de um ato, todos os subsequentes que dependa, ou seja, consequência desse também serão nulos.

Porém, existem outros posicionamentos, que entendem que a inadmissibilidade da prova ilícita por derivação não é absoluta, e que esta pode ser admitida em algumas situações.

A primeira situação de admissibilidade da prova ilícita por derivação seria quando a relação entre esta e àquela obtida ilicitamente for tão pequena, tão ínfima, que não gerará causa e efeito, é chamada Fonte Independente.

A outra situação passível de admissão da prova ilícita é quando mesmo sendo decorrente de uma prova ilícita, esta prova derivada poderia ser obtida de outra forma, independentemente.

Portanto, pode se dizer que as provas ilícitas por derivação serão aceitas nos casos acima citados.

Com isso, a Lei 11.609/2008, veio excepcionar duas situações em que será admitida a prova derivada da ilícita, mais precisamente com a nova redação do artigo 157 do Código de Processo Penal:

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

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

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

Resumindo, de acordo com César Dario Mariano da Silva (artigo da internet – “Provas Ilícitas”) o § 1º permite a prova derivada da ilícita quando não evidenciado, ou demonstrado nexo de causalidade entre a prova ilícita e a derivada da primeira. Não existiria nessa hipótese a derivação propriamente dita, tendo em vista que não foi comprovado o nexo de causalidade entre uma prova e outra, assim, não sendo comprovada a derivação de uma prova tida como lícita de outra tida como ilícita, não haveria a contaminação e esta poderia ser admitida no processo.

Já o § 2º admite a prova ilícita por derivação quanto esta puder ser obtida por uma fonte independente da ilícita. Ou seja, quando resta evidente que a prova derivada da ilícita poderia ser obtida por meio autônomo. É quando a fonte por si só puder conduzir ao fato objeto da prova.

Diante de todo o exposto acima, chegamos a conclusão de que o nosso ordenamento adota a teoria da Árvore dos frutos envenenados, que não admite a utilização das provas derivadas das ilícitas. Porém, isso não é totalmente absoluto, há uma flexibilidade, pois o próprio legislador permite a prova ilícita por derivação em dois casos.

Cumprе esclarecer que é sempre necessário que haja uma ponderação, sob a luz do Princípio da Proporcionalidade, como já fora explicado em

momento anterior. Pois, é preciso analisar que nenhum princípio tem caráter absoluto, e que um pode ceder ou entrar em harmonia com outro, quando estiverem em choque direitos iguais ou de maior valia.

#### 4. CONCLUSÃO

Conclui-se que apesar da Constituição Federal e do Código de Processo Penal vedarem expressamente as provas ilícitas e as provas ilícitas por derivação, deve-se ter em mente que nenhum princípio, nenhum direito ou garantia fundamental são absolutos.

É necessário que diante do caso em concreto seja realizada uma análise do bem jurídico que se busca proteger, se este é maior que o bem violado pela prova ilícita.

Assim, também acerca da prova ilícita por derivação é mister se faça uma ponderação, uma análise do caso para saber se esta deve ou não ser admitida no processo, pois como já vimos, apesar da lei vedar sua admissibilidade, ela também abre exceções, descrevendo situações em que a prova derivada da ilícita pode ser admitida.

#### 4. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas Ilícitas**: interceptações telefônicas e gravações clandestinas. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. **Da prova no processo penal**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 18ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

GRINOVER, Ada Pellegrini; SCARANCE FERNANDES, Antonio; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As nulidades no processo penal**. 11 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

PRADO, Leandro Cadenas. **Provas Ilícitas no Processo Penal**: Teoria e Interpretação dos Tribunais Superiores. Niterói, RJ:Impetus, 2006. ISBN 85-7626-179-0.

SCHIMITT, Ricardo Augusto. **Princípios Penais Constitucionais: Direito e Processo Penal à Luz da Constituição Federal.** Capítulo VII: O princípio da proporcionalidade no direito penal. MELLO, Sebastián Borges de Albuquerque. Podivm, 2007.

Disponível em: [http://www.apmp.com.br/juridico/artigos/docs/2008/provas\\_ilicitas.doc](http://www.apmp.com.br/juridico/artigos/docs/2008/provas_ilicitas.doc)  
Acessado em 07 de maio de 2012.

Disponível em: <http://www.viajus.com.br/viajus.php?pagina=artigos&id=3708>  
Acessado em 30 de abril de 2012.