



## A PROVA ILÍCITA SOB À LUZ DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Ana Laura ALTOMAR<sup>1</sup>

**RESUMO:** O presente artigo dispõe sobre a admissibilidade das provas ilícitas tendo como base e norteamento o princípio da proporcionalidade, haja vista sua responsabilidade pela aprovação destas. Para mais, o artigo também se destina ao estudo sobre as regras gerais, disposições previstas pelo ordenamento, bem como as exceções permitidas pela doutrina.

**Palavras-chave:** Provas ilícitas. Princípios. Meios de provas. Teoria. Conflito.

### 1 INTRODUÇÃO

O artigo trata da prova ilícita e os seus reflexos no ordenamento jurídico brasileiro, deixa explícito a tendência da doutrina em adotar novos posicionamentos e teorias, sempre tendo como base princípios e utilizando destes para fundamentar a utilização delas.

O tema foi escolhido para deixar evidente que em determinadas situações é imprescindível se utilizar das exceções à regra geral, para prezar sempre pelo benefício do réu tendo em vista o valor que as provas possuem e a importância delas em cada processo.

É explícito que o tema ainda causa grande divergência na doutrina, há alguns doutrinadores que defendem a não utilização das provas ilícitas, mas é sempre considerável fundamentar a decisão e adotá-las sempre que necessário, tendo em vista a importante relevância social que o tema possui.

O objetivo principal do artigo é levar informação as pessoas quanto a permissão das provas ilícitas e deixar claro a regra geral e os posicionamentos e dever da doutrina diante desses casos.

---

<sup>1</sup> Discente do 3º ano do curso de Direito do Centro Universitário Antonio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente. E-mail: [analauraaltomar@hotmail.com](mailto:analauraaltomar@hotmail.com).

A metodologia usada foi baseada em artigos, leis, e monografias relacionadas a admissibilidade de provas ilícitas.

## **2 CONCEITO HISTÓRICO DA PROVA ILÍCITA**

A prova ilícita é aquela obtida por meio ilegal, que desrespeita princípios e a própria legislação brasileira. Com o advento da Constituição Federal de 1988, passou a haver a proibição desse tipo de prova.

A mudança de regime adotado, saindo do regime militar, que foi o responsável por inúmeros tipos de violação de direitos, para o surgimento da nova constituição trazia a esperança e a segurança de que esses direitos não fossem mais violados da forma como eram.

Inicialmente, apenas a Constituição tratava da inadmissibilidade das provas, não havia leis que regulamentavam o assunto, a interpretação quanto ao dispositivo era bem restritiva, a doutrina seguia o dispositivo de forma uniforme, sem contradições a Constituição.

Posteriormente houve o surgimento da Lei nº 11.690/08, trouxe um novo entendimento para o art. 157 do Código de Processo Penal, nesse sentido, passou a haver uma nova interpretação para a definição de provas ilícitas.

A divergência na doutrina passou a ocorrer pois a nova redação do artigo tratava apenas das provas obtidas em violação a norma constitucional ou legal, no entanto, não tratava o dispositivo sobre as provas obtidas em lugares reservados para provas ilícitas ou ilegais.

### **2.1 Conceito de Prova**

Existem diversos tipos de provas no ordenamento brasileiro, elas são de suma importância em um processo, justamente em razão da “força” que possuem, é que o legislador precisou restringir a utilização de provas obtidas de forma ilícita para se obter vantagem de “modo ilegal” em um processo.

É claro que a prova é algo muito benéfico para a parte que irá se beneficiar dela, muitas vezes elas provam como os fatos ocorreram verdadeiramente, nesse sentido, cabe ressaltar o ditado popular: “contra fatos, não há argumentos”.

É através desse instituto que o juiz consegue identificar a verdade real do delito e identificar se houve a ocorrência ou não de determinados fatos mencionados pelas provas.

Posto isto, as partes precisam se valer delas para provar dentro de um processo o que elas desejam. Mas, é necessário ser observadas os meios pelos quais essas provas são obtidas, já que determinados meios não serão permitidos no ordenamento brasileiro.

Assim, Nestor Távora (2009, p. 308) conceitua prova:

Prova é tudo aquilo que contribui para a formação do convencimento do magistrado, demonstrando os fatos, atos, ou até mesmo o próprio direito discutido no litígio. Intrínseco no conceito está a sua finalidade, o objetivo, que é a obtenção do convencimento daquele que vai julgar, decidindo a sorte do réu, condenando ou absolvendo.

Nesse sentido, a partir da oferta das provas ao judiciário cabe ao juiz analisar quanto a sua legitimidade e legalidade e por meio delas dar uma decisão a um caso em concreto.

### **2.1.1 Meios de prova**

É através dos meios de prova que o juiz poderá conhecer a verdade real dos fatos diretamente ou indiretamente, é através desse “meio” em que a prova foi obtida, que ela será introduzida no processo.

Segundo Renato Brasileiro (2016, p. 799), os meios são considerados atividades endoprocessual, ou seja, eles só ocorrem dentro do processo:

Dizem respeito, portanto, a uma atividade endoprocessual que se desenvolve perante o juiz, com o conhecimento e a participação das partes, cujo objetivo precípua é a fixação de dados probatórios no processo. Enquanto as fontes de prova são anteriores ao processo e extraprocessuais, os meios de prova somente existem no processo.

Os meios poderão estar previstos em lei, mas também será possível a utilização daqueles meios que não estão previstos no ordenamento, mas são moralmente legais.

Nesse sentido, o Código de Processo Civil afirma:

**Art. 332.** Todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa.

Com a análise do artigo, conclui-se que o fato do meio de prova não estar explicitamente previsto em uma legislação, não faz com que ele não possa ser utilizado dentro de um processo.

Isso pelo fato de que os meios que forem moralmente legítimos, o que significa dizer que eles não são ilícitos, assim, o juiz deverá analisar e se permitir a utilização da prova, deverá fundamentar a sua decisão.

### **2.1.2 Teoria da árvore dos frutos envenenados**

Essa teoria é de origem norte-americana (teoria dos fruits of the poisonous tree), no entanto, o ordenamento brasileiro vem adotando em algumas decisões, a aplicação dessa teoria.

Segundo ela, se houver uma prova ilícita em um processo e haver outras provas que foram obtidas a partir desta (ilícita), elas serão consideradas “contaminadas”, sendo assim, deverão ser desentranhadas do processo assim como a prova ilícita original.

A inadmissibilidade desse tipo de prova é comprovada pelo art. 157, §1º 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.

Ainda, segundo o disposto no art. 573, §1º, do Código de Processo Penal:

**Art. 573.** Os atos, cuja nulidade não tiver sido sanada, na forma dos artigos anteriores, serão renovados ou retificados.

**§1º.** A nulidade de um ato, uma vez declarada, causará a dos atos que dele diretamente dependam ou sejam consequência.

A lógica da aplicação da teoria é sob o manto do princípio da inadmissibilidade das provas ilícitas, nesse sentido, se uma prova ilícita não é permitida, aquelas que se originaram dela também não poderão ser admitidas.

No entanto, existem algumas exceções que devem ser consideradas no sentido de que, em algumas provas, é importante analisar o “nexo de causalidade da prova”, nem sempre ele irá decorrer apenas da ilicitude da prova.

Destarte, fica claro que, cada prova deverá ser analisada pelo juiz em cada caso em concreto, devendo as suas decisões serem fundamentadas, para que as partes possam se beneficiar das provas e até mesmo para facilitar a decisão do juiz no processo.

### **3 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE**

A partir da análise das provas é possível a aplicação de determinados princípios para justificar a utilização ou não das provas ilícitas. É a partir deles que os doutrinadores encontram respaldo para poder tomar uma decisão.

Na criação das normas e na aplicação delas, é necessário que analise determinadas circunstâncias para a criação ou aplicação da norma em um caso em concreto, sendo assim, é imprescindível a análise do princípio da proporcionalidade, para que haja uma equidade na decisão tomada.

Nota-se que o princípio é uma forte base para que se respeite os limites e prioridades estabelecidas pela Constituição Federal e nesse sentido, faz com que o legislador não cometa inconstitucionalidades e injustiças pois o princípio seria o responsável por não deixar que isso acontecesse.

No entanto, na prática, o que ocorre em alguns casos é um abuso do poder legislativo frente a aplicação do princípio, ele não é observado de maneira unanime pelo poder, o que resulta em uma incongruência.

#### **3.1 A prova ilícita e o princípio da proporcionalidade**

A partir desse princípio é que há defesa, de que em determinados casos concretos, observando os direitos sendo tutelados, utilizando a proporcionalidade, será possível a utilização das provas que se originaram a partir de uma prova ilícita.

O princípio poderá ser relativizado naqueles casos graves e de extrema necessidade, devendo prevalecer o princípio em face de direito fundamental contrastando com ele.

É imprescindível admitir que a aplicação do princípio não causa uma divisão ou conflito em face da aplicação do direito ou das garantias. Nesse sentido, Fernando Capez (2016. P. 405):

É preciso lembrar que não existe propriamente conflito entre princípios e garantias constitucionais, já que estes devem harmonizar-se de modo que, em caso de aparente contraste, o mais importante prevaleça. Um exemplo em que seria possível a aplicação desse princípio é o de uma pessoa acusada injustamente, que tenha na interceptação telefônica ilegal o único meio de demonstrar a sua inocência. No dilema entre não se admitir a prova ilícita e privar alguém de sua liberdade injustamente, por certo o sistema se harmonizaria no sentido de excepcionar a vedação da prova, para permitir a absolvição.

Destarte, quando se faz uma ponderação diante de casos concretos, sobre a aplicação ou não do princípio, em determinados casos, sua aplicação é imprescindível e necessária, a maior parte da doutrina vem adotando e defendendo esse posicionamento.

A defesa da aplicação dele se encontra nos direitos assegurados aquele cidadão como o direito à liberdade e a dignidade, não sendo eficaz e nem justo manter um indivíduo preso em razão de provas obtidas por meios ilícitos.

Há uma aparente prevalência do direito individual sobre a coletividade, nesse caso específico, havendo divergência entre o direito em si e a justiça, os doutrinadores devem adotar o mais justo para aquele caso.

Em conformidade com o posicionamento adotado por Eduardo Juan Couture (2013, s.p.):

Teu dever é lutar pelo Direito, mas se um dia encontrares o Direito em conflito com a Justiça, luta pela Justiça.

### **3.2 A Admissibilidades de determinadas provas no ordenamento brasileiro**

É preciso deixar claro que em regra, as provas ilícitas não são permitidas no ordenamento jurídico, isso pelo fato de que realmente o próprio nome deixa claro, uma prova ilícita é aquela que originalmente não é lícita, ou seja, teoricamente elas não poderão ser admitidas no ordenamento.

É possível fazer essa conclusão por meio do art. 5º, LVI da Constituição Federal:

**LVI** - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”, a Constituição é explícita em não admitir esse tipo de prova.

Também é explícito pelo Código de Processo Penal, que reforça o que a Constituição também não admitiu através do art. 157:

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

Segundo Sérgio Luís Barroso (2016, s.p.):

Enquanto a Prova Ilícita, conforme art. 157 do CPP, é aquela que viola uma regra de direito material, à medida que contraria normas constitucionais ou legais e é obtida fora do processo.

No entanto, o Direito precisa estar atento a todas as novas situações que venham a surgir no mundo, infelizmente a legislação não poderá prever exatamente tudo o que vai acontecer, por isso, em determinadas situações é necessário elencar exceções à regra geral, para salvaguardar a vida dos cidadãos e todos os seus direitos.

A primeira exceção é no que tange a prova ilícita em favor do réu. Nesse caso, a liberdade do réu é mais importante do que uma prova obtida por meio ilícito, é claro que ela não poderá ser admitida para prejudicar o réu, mas para beneficiar ela poderá ser possível, observando cada caso em concreto.

O princípio “in dubio pro réu”, será querido pela doutrina, isso ocorre pois em determinadas situações somente será possível provar a inocência de um réu, através de uma prova originalmente ilícita, ou então, a partir de uma prova que foi originada a partir de uma ilícita.

Assim, para provar a inocência de um réu, considerando todos os direitos que possui, a sua condenação seria injusta se não pudesse ser provado a sua inocência por meio de uma prova ilícita, é nesse sentido, que o ordenamento brasileiro permite a utilização das provas nesses casos em específico.

Ainda sobre o mesmo ponto de vista, Fernando Capez afirma (2016, p. 406):

A aceitação do princípio da proporcionalidade pro reo não apresenta maiores dificuldades, pois o princípio que veda as provas obtidas por meios ilícitos não pode ser usado como um escudo destinado a perpetuar condenações injustas. Entre aceitar uma prova vedada, apresentada como único meio de comprovar a inocência de um acusado, e permitir que alguém, sem nenhuma responsabilidade pelo ato imputado, seja privado injustamente de sua liberdade, a primeira opção é, sem dúvida, a mais consentânea com o Estado Democrático de Direito e a proteção da dignidade humana.

Um exemplo clássico é quando a inocência do réu só pode ser provada por meio de uma prova ilícita, nesse caso, é imprescindível utilizá-la para poder garantir a liberdade ao réu.

A segunda exceção consiste em uma prova obtida por meio ilícita, que foi muito importante para o processo, no entanto, aquela mesma prova que foi obtida por um meio ilícito, poderia ser obtida por uma outra fonte que não a ilícita, sendo assim, também será admitida essa prova, isso pelo fato de que ela poderia ser obtida por outro meio, a não ser por aquele ilícito.

De acordo com Eugenio Pacelli (2017, p. 192):

Com isso, nem sempre que estivermos diante de uma prova obtida ilicitamente teremos como consequência a inadmissibilidade de todas aquelas outras provas a ela subseqüentes. Será preciso, no exame cuidadoso de cada situação concreta, avaliar a eventual derivação da ilicitude.

É imprescindível analisar o conceito da palavra “derivação”, pois, através da derivação será possível saber se a prova poderia ser obtida de outra forma.

### **3 CONCLUSÃO**

É imprescindível examinar cada caso em concreto, o juiz deverá analisar os benefícios da admissibilidade ou não, sempre deve prezar pelo benefício do réu, como foi tratado no artigo, a prova ilícita em nenhuma hipótese poderá ser usada para prejudicar o réu.

É necessário sempre ter como base o princípio da proporcionalidade e razoabilidade, isso é importante para poder “equilibrar” as decisões tomadas, ao mesmo tempo, o princípio “limita” a atividade jurisprudencial, para não haver abusos.

Há uma tendência da doutrina em adotar esse posicionamento, mas sempre caberá ao juiz tomar a decisão.

Como foi visto, a prova é muito benéfica, mas é preciso analisar com cautela a presença dela no processo, já que elas são produzidas fora dele, pois elas são tratadas como endoprocessuais.

O direito vem tendo grandes alterações com o decorrer do tempo, a possibilidade de utilização dessas provas é algo que não existia antes, mas que surge para beneficiar aqueles que necessitam.

Destarte, os doutrinadores e juristas sempre devem lutar em favor ao réu, para que todos os direitos e garantias concebidos a ele possam ser observados.

Quanto aos cidadãos, devem lutar para provar a sua inocência e para que contra eles, nenhuma exorbitância seja tomada, estes sempre devem ser os grandes defensores dos seus próprios direitos.

## REFERÊNCIAS

ALENCAR, Rosmar Rodrigues; TÁVORA, Nestor. **Curso de direito processual penal**. 11.ed. rev., atual. e ampl. - Salvador: Juspodivm, 2016.

BARROSO, Sérgio Luiz. 28.set. 2016. Disponível em: <  
<https://sergioluizbarroso.jusbrasil.com.br/artigos/388854425/quais-as-excecoes-que-admitem-o-uso-das-provas-ilicitas-no-processo-penal>> Acesso em: 02 jun. 2020.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 23ª Edição. São Paulo, Editora Saraiva, 2016. [Livro Digital].

CENTRO UNIVERSITÁRIO “ANTONIO EUFRÁSIO DE TOLEDO” de Presidente Prudente. Normalização de apresentação de monografias e trabalhos de conclusão de curso. 2007 – Presidente Prudente, 2007, 110p.

CRISTINA, Anna. 19. nov. 2014. Disponível em: <  
<https://annacgs.jusbrasil.com.br/artigos/152372994/comentario-sobre-a-nova-redacao-do-artigo-157-do-codigo-de-processo-penal>> Acesso em: 02. Jun. 2020.

DE LIMA, Renato Brasileiro. **Manual de Processo Penal**, 4ª Ed. Salvador, Editora Podvim, 2016 [Livro Digital].

GOMES, Luiz Flávio. 19. out. 2009. Disponível em: < <https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/1972597/provas-ilicitas-e-ilegitimas-distincoes-fundamentais>> Acesso em: 02. Jun. 2020.

MORI, Celso Cintra. 11 mar. 2013. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2013-mar-11/celso-mori-haver-equilibrio-entre-formalismo-legalidade-justica> > Acesso em: 02 jun. 2020.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 15ª edição— revista, atualizada e comentada. Rio de Janeiro, Editora Forense, 2016. [Livro Digital].

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal. 21ª edição** – revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Atlas, 2017 [Livro Digital].

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**, 5ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

TÁVORA, Nestor, Rosmar Rodrigues Alencar. **Curso de direito processual penal**. 12ª ed. rev. e atual. Salvador: Ed. JusPodvim, 2017.

TOURINHO FILHO, Fernando da costa. **Processo penal, 35ª edição** – São Paulo: Saraiva. 2013.

ZORZAN, Gilcinéia. Conteúdo Jurídico. 03 set. 2014. Disponível em: < <https://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/40786/a-evolucao-da-prova-ilicita-no-processo-penal-brasileiro> >. Acesso em: 30 mai. 2020.