

# A TEORIA GERAL DA PROVA NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO E SUA INADMISSIBILIDADE OBTIDA POR MEIO DE ILÍCITO

Thayane Caroline Sobral MIGUEL<sup>1</sup>  
Marcus Vinicius Feltrin AQUOTTI<sup>2</sup>

**RESUMO:** O presente artigo traz como ênfase a priori todo o aspecto de prova disposto na persecução penal brasileira, como seu conceito, finalidade, objeto, sujeito, sistema de valoração, os meios de prova, fases de elaboração e princípios que regem a produção de provas, além de esclarecer quem possui o ônus de provar. No que diz respeito às provas ilícitas também será tratada como um instituto que tem causado muita polemica, e será esclarecido sobre sua inadmissibilidade e as hipóteses em que poderá ser admitida excluindo sua ilicitude, fazendo sempre um balanço de qual direito fundamental irá prevalecer sobre o caso concreto em análise, sendo o objetivo principal garantir às partes a verdade real sobre os fatos, e influenciar diretamente no livre convencimento motivado do juiz.

**Palavras-chave:** Provas. Princípios. Teoria dos Frutos da árvore envenenada. Fonte Independente. Descobrimto Inevitável. Teoria da Proporcionalidade.

## 1 INTRODUÇÃO

Após reflexões sobre o tema que será discutido em todo o trabalho, vislumbra-se juridicamente todo o posicionamento de grandes doutrinadores, bem como uma grande evolução sobre a busca da verdade real para se provar fatos com maior certeza.

Ao mencionar a palavra “prova” surge inúmeros pensamentos a respeito de seu conceito, que será exposto os principais e uma reflexão sobre cada um, só que é importante salientar que todos esses conceitos chegam a mesma ideia, além disso, será evidenciado, o destinatário dessa prova, o objeto, finalidade,

---

<sup>1</sup> Discente do 4º ano do curso de Direito do Centro Universitário “Antônio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente. thayane\_sobral25@hotmail.com

<sup>2</sup> Professor Orientador e docente do curso de Direito do Centro Universitário “Antônio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente. marcusvinicius@toledoprudente.edu.br

os princípios norteadores, bem como as fases de elaboração e quem possui esse ônus, ou melhor a faculdade de provar.

Os meios de provas é um assunto que tem gerado grande discussão, já que aqueles expostos no código de processo penal não são taxativos, onde se permite outros desde que não seja contrario a ordem legal, e que respeite acima de tudo os direitos fundamentais de cada individuo, após apresenta os sistemas de valoração que sofreram evoluções a respeito, sendo hoje o sistema adotado pelo ordenamento jurídico pátrio o sistema da Persuasão Racional.

Ademais, há um conflito e um choque de opiniões diferentes a respeito da inadmissibilidade das provas ilícitas, sendo essa a regra geral adotada, após foi surgindo institutos, ou melhor, teorias que contornam essa máxima, e que será exibido, lembrando que será sempre colocada em xeque a proporcionalidade bem como a razoabilidade quando se chocar valores morais, e direitos fundamentais frente a frente, fazendo o magistrado um análise casuística.

Portanto, o presente trabalho tem como principal enfoque toda a essência da prova, além do mais quando ela poderá ou não ser admitida levando em conta sua licitude, expondo os motivos do qual esta foi considerado impropria, onde o processo probatório é elemento essencial para descobrimento da autoria e materialidade do delito, influenciando de forma direta no livre convencimento motivado do juiz.

Desta forma, tratar se do instituto “prova” é ser objeto de diversos posicionamentos, porém será exposto de forma clara os predominantes e a norma jurídica vigente que versa sobre.

## **2 A PROVA E SEUS ASPECTOS IMPORTANTES NA PERSECUÇÃO PENAL**

### **2.1 Conceito**

Ao longo dos anos, o instituto da prova vem se aperfeiçoando, além do que, é um dos assuntos mais importantes do direito processual penal, pois são

através destas que é possível analisar e ter certeza sobre o cometimento de um delito, sendo alvo sua autoria e materialidade.

É importante frisar que, um dos meios de prova mais utilizados com o advento da Lei 9.296/96 é a ferramenta da interceptação telefônica, devido ao próprio desenvolvimento dos meios de comunicação, que fica de fácil identificação o autor do fato criminoso, porém devem ser respeitadas as regras dispostas por esta legislação infraconstitucional, sendo vista como uma medida excepcional, podendo ser utilizada em casos específicos autorizados legalmente, além do mais possui procedimento adequado.

Quando está diante desse instituto jurídico chamado Provas, surgem inúmeros posicionamentos, tentando definir da maneira mais certa e adequada, até porque se trata de um tema de alta complexidade, então grandes doutrinadores com uma tarefa árdua passaram a conceituar, baseado nos seus estudos e interpretações próprias, veja:

Para Nucci (2014), o conceito de prova se baseia no ato de confrontação de teses, por meio de experiência, dialogo, exposição de fatos, que tem como finalidade persuadir o juiz para que este tome sua decisão de maneira justa e adequada.

O termo prova origina-se do latim- probatio-, que significa ensaio, verificação, inspeção, exame, argumento, razão, ou confirmação. Dele deriva o verbo provar-probare-, significando ensaiar, verificar, examinar, reconhecer por experiência, aprovar, estar satisfeito com algo, persuadir alguém a alguma coisa ou demonstrar. (NUCCI, 2014, p. 359)

Já Capez (2013) com seu conhecimento acerca do instituto, define prova como um conjunto de atos processuais, que tem como finalidade a comprovação de certo delito, influenciando no livre convencimento motivado do magistrado.

Do latim probatio, é o conjunto de atos praticados pelas partes, pelo juiz (CPP, arts.156 I e II, com redação determinada pela lei n.11.690/2008, 209 e 234) e por terceiros(p.ex., peritos), destinados a levar ao magistrado a convicção acerca da existência ou inexistência de um fato, da falsidade ou veracidade de uma afirmação. Trata-se, portanto, de todo e qualquer meio de percepção empregado pelo homem com a finalidade de comprovar a verdade de uma alegação. (CAPEZ, 2013, p. 372)

Távora e Alencar (2013) também conceituam prova como um elemento probatório que expõe os fatos em busca da verdade, contribuindo para que o juiz ao analisá-las profira sua decisão de forma fundamentada, e sempre priorizando a justiça.

A demonstração da verdade dos fatos, é feita por intermédio da utilização probatória, e a prova é tudo aquilo que contribuiu para a formação do convencimento do magistrado, demonstrando os fatos, atos, ou até mesmo o próprio direito discutido no litígio. (TÁVORA; ALENCAR, 2013, p. 388)

Contudo, há de concluir que o juiz não conhece os fatos apenas o direito, onde quem irá demonstra-los são as partes trazidas em juízo que irão desenvolver toda a atividade probatória, além disso, terceiros também poderão influenciar na sua decisão, como por exemplo, o perito, dando uma condição ao magistrado para que ele chegue mais perto do que realmente aconteceu, ou seja, há uma busca efetiva pela verdade real proferindo uma sentença justa e fundamentada, com base no que foram produzidos durante todo o processo, respeitando acima de tudo o contraditório e ampla defesa, princípios estes que são postulados da constituição cidadã.

## **2.2 Sujeito da Prova**

Para Aranha (1994), o sujeito no qual a prova recai, seria aquele individuo capacitado por lei onde promana a prova, e em determinada situação irá participar da produção probatória influenciando diretamente no livre convencimento motivado do juiz.

## **2.3 Finalidade**

A principal finalidade da prova no âmbito penal seria convencer o juiz sobre um fato que se tornou litigioso no processo, além disso, este irá valorar cada

prova obtida ao decorrer da instrução através do exercício do contraditório probatório e é com base nos elementos supramencionados e em sua motivação que o magistrado irá proferir sua decisão.

## **2.4 Objeto**

O objeto da prova seria os fatos que devem ser demonstrados, que irão influenciar diretamente para que o juiz profira uma sentença. É necessário salientar que nem todos os fatos são importantes para a discussão da causa, apenas aqueles que influenciam de forma significativa e que contêm alguma relação com o litígio debatido, devendo ser excluídos aqueles que não possuem qualquer relação.

O ordenamento jurídico dispensa de forma pragmática algumas situações que independem de produção de provas, Mirabete (2006) cita:

- A) Os fatos notórios, que são fatos de conhecimento público, de grande repercussão, que ninguém pode alegar ignorância;
- B) Fatos Axiomáticos são fatos que por sua obviedade do mundo real não precisam ser provados;
- C) Fato Negativo: seria um fato que não ocorreu;
- D) Fato Presumido por lei: a própria lei declara a existência do fato, dispensando a produção de provas.

## **2.5 Sistema Jurídico de Valoração das Provas**

Há três principais sistemas adotados pela doutrina, cada um está ligado a uma fase histórica do judiciário, delimitando o poder do juiz para valoração das provas, autores como Mirabete (2006) e Nucci (2014) salientam:

### **2.5.1 Sistema da prova tarifada ou também chamado de prova legal**

Esse sistema tinha como fonte estritamente a lei. O judiciário por ser um regime antigo e por sofrer uma grande desconfiança, não possuía grandes poderes sendo submisso ao legislativo e judiciário.

Cada prova possui uma valoração taxada pela legislação, o juiz não possui liberdade para valorar a prova, e para julgar procedente ou improcedente a ação bastava somar as pontuações obtidas por cada uma das partes, ficando totalmente adstrito ao critério fixado em lei, e restringindo os poderes do magistrado, reproduzindo o que esta na lei, vigorando um legalismo estrito.

### **2.5.2 Sistema da íntima convicção do juiz**

A lei neste caso nada diz sobre o valor de cada prova produzida, o poder judiciário ganha forças, e o magistrado passa a analisar e valorar a prova baseada na sua íntima convicção. Suas decisões são sigilosas e desmotivadas, sendo um elemento de poder absoluto, não estabelecendo qualquer limite normativo ou científico, sendo mero subjetivismo e voluntarismo.

### **2.5.3 Sistema da persuasão racional**

É um sistema misto adotado pelo Processo penal Brasileiro, onde encontra amparo na Constituição Federal em seu Art.93 IX. Ademais, é baseado no princípio do livre convencimento motivado do juiz, sendo um postulado que impõe um dever de motivação das decisões, analisando as provas colhidas no processo e expondo seu embasamento legal.

Deve haver uma fundamentação adequada, explicando porque tal prova convenceu de certa maneira, com base na ciência do direito, jurisprudência, ordem jurídica vigente e limites da lide. Sendo assim, o juiz jamais poderá decidir da forma que bem entender, devendo sempre se pautar nas provas trazidas dentro da persecução penal.

## 2.6 Meios de Prova

Os meios de prova seriam as ações de determinado indivíduo ou os objetos que visam demonstrar a verdade sobre determinado fato criminoso, ou seja, comprovar a autoria e materialidade de algum ilícito.

As provas em espécie elencadas pelo Código de Processo Penal são estas: Exame de corpo e delito e demais perícias, Interrogatório do acusado, Confissão, Perguntas ao ofendido, Prova Testemunhal, reconhecimento de pessoas e coisas, Acareação, Prova Documental e a Busca e Apreensão. Porém este rol não é taxativo, onde se admite outros meios de provas desde que autorizados pelo direito, além do que, com a tecnologia que avança cada vez mais, exige que outras espécies de prova sejam arroladas, como foi à criação da Lei 9.296/96 que dispõe sobre os meios eletrônicos de captação da prova, lembrando que deve sempre haver um controle de legalidade e principalmente para não ofender princípios e garantidas constitucionais.

É necessário salientar que, vige no ordenamento jurídico o princípio da liberdade probatória, onde as partes tem amplo acesso para produzir e recolher provas que acharem relevante para julgamento da lide desde que sejam obtidas por meios lícitos, ou seja, meio aceitável pelo direito, influenciando diretamente no livre convencimento motivado do juiz.

No entanto, essa liberdade probatória não é absoluta, sendo limitada, onde se vislumbra no art.155 §1º do CPP, que normatiza: “Somente quanto ao estado das pessoas serão observadas as restrições estabelecidas na lei civil”. Nesse caso, tem um exemplo evidente de limitação aos meios de prova, sendo que no caso de casamento, morte, menoridade, maior de 70 anos, o grau de parentesco,

etc., deverá ser provado com as determinadas certidões. Como, para se provar que o acusado era menor de idade ao tempo do evento criminoso para atenuar sua pena, deverá ser comprovada sua idade com a devida certidão de nascimento.

Ademais, há uma busca muito grande sobre obter a verdade real, que seria exatamente obtida dos meios de provas, através de confrontações, argumentações, diálogos, debates, sendo produto do contraditório e ampla defesa como da comunicação entre indivíduos, e ao final da maneira que a prova é extraída terá um resultado.

## **2.6 Princípios Gerais da Prova**

É de grande importância estudar os princípios que regem a teoria geral da prova, pois se houver conflito em relação à aplicação desse instituto utilizam-se eles para sanar qualquer dúvida existente, Mirabete (2006) e Capez (2013) dispõem:

### **2.6.1 Princípio da auto responsabilidade das partes**

Este princípio aduz que a produção probatória é de total responsabilidade das partes, onde tudo o que for alegado durante o processo deve ser provado.

### **2.6.2 Princípio da audiência contraditória**

É uma derivação do princípio da isonomia, igualdade processual ou paridade de armas, tem como ideia principal que toda prova deve ser confrontada pelas partes, passando pelo crivo do contraditório, e o juiz que tem o dever de manter um equilíbrio processual, e a partir disso proferir o julgamento da causa.

### **2.6.3 Princípio da aquisição ou comunhão**

A prova quando produzida em juízo, pertencem ao juiz, e não as partes, assumindo um viés republicano, priorizando o interesse da justiça e auxiliando na convicção do magistrado.

### **2.6.4 Princípio da oralidade**

Significa que as provas devem ser feita de forma oral, não podendo ser pré-constituída, sendo verbalizada diante do órgão julgador, que a partir do contato humano, terá uma decisão mais humanizada do processo.

### **2.6.5 Princípio da concentração da Prova**

Decorre da economia processual, a ideia é concentrar o maior numero de atos probatórios para ganhar tempo, e obter um resultado mais rápido, ou seja, há uma junção de provas em uma audiência.

### **2.6.6 Princípio da publicidade**

A regra sempre foi à publicidade ampla onde toda prova caracteriza informações públicas para o juiz, partes e até para a sociedade, obtendo conhecimento sobre determinado processo, sendo um pressuposto do contraditório

debatido em juízo, para que a parte conteste é necessária tomar ciência do que a outra alegou.

No entanto, temos a publicidade restrita, que também pode ser utilizada quando produzida a prova, são aquelas destinadas a processo que correm a segredo de justiça, como por exemplo, o art. 1º da lei 9.296/96 que aduz sobre a interceptação telefônica.

### **2.6.7 Princípio do livre convencimento motivado**

O Magistrado tem total autonomia de valorar as provas trazidas pelas partes no decorrer da instrução criminal, porém deve haver uma simetria entre o que foi confrontado pelas partes e o que o juiz decidiu, sempre julgando de forma justa, expondo sempre a sua fundamentação.

## **2.7 Fases de Elaboração da Prova**

Távora e Alencar (2013) normatizam que para elaboração da prova é necessário o seguinte passo a passo:

### **2.7.1 Fase de preposição da prova**

Acontece no curso da instrução penal, e é nesse momento que as partes vão delimitar quais provas irão produzir, analisando qual estratégia deve ser utilizada para o convencimento do juiz, lembrando que tudo o que for alegado deve exercer o ônus de provar.

### **2.7.2 Fase de admissão da prova**

O juiz é responsável pelo controle de legalidade, então se vale disso aqui nessa fase, onde irá fazer uma análise de quais provas solicitadas pelas partes são pertinentes trazer em juízo.

### **2.7.3 Fase de produção da prova**

Esta etapa a prova é produzida, aplicando o contraditório, ou seja, há uma confrontação de teses, composto por diversos atos processuais, levando a legitimidade democrática, e a partir disto, auxilia no livre convencimento do magistrado.

### **2.7.4 Fase de valoração da prova**

Diante das provas trazidas nos autos, o juiz irá valora-las expondo quais fatos influenciaram para que este profira sua sentença, julgando o mérito da ação, fundamentando sua decisão, e reportando a autoria e materialidade do delito, individualizando assim a pena.

## **2.8 Ônus da Prova**

O ônus da prova, também chamado de “*onus probandi*”, é um encargo facultativo que as partes, autor e réu possuem para provar aquilo que se alega durante o processo, sendo uma atividade, ou melhor, uma opção.

É importante diferenciar ônus de obrigação, quando se refere à obrigação, é um dever que o individuo possui, pois se este não fizer violará expressamente a lei e prejudicará a parte contraria da relação existente. Já quando se refere a ônus, o individuo possui uma faculdade, ele que decide se irá ou não provar, porém se este optar por não, sofrerá os prejuízos correspondentes, mas não prejudicará a parte contraria.

Ademais, o ônus é um instituto processual que as partes possuem para provar os fatos imputador por elas, através de meio lícitos admitidos em direito, e é através deste que formam o livre convencimento motivado do juiz.

De acordo com o Art. 156 CPP, “A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício”. Então, quando se trata da pretensão do autor cabe a ele provar a existência do fato constitutivo, quando se refere o réu, ou melhor, ao ônus para a defesa recairá sobre fatos constitutivos, modificativos o extintivos do direito do autor podendo mitigar a pena e até excluir a responsabilidade penal.

Quando se refere ao Ministério Público é mais oneroso, porque este depende de um juízo categórico de certeza quanto à imputação do delito que foi narrado na denuncia, devendo demonstrar a existência do fato criminoso e a culpa do agente que o cometeu, além disso, deve seguir toda a legislação quando atua.

Lembrando que é necessário destaque que o juiz não possui o ônus de provar, para evitar assim o ativismo judicial, justamente por ser o destinatário da prova, pois se fizer estará pré condenando o réu, rompendo totalmente com sua imparcialidade, até porque seu poder instrutório é delimitado.

### **3 DAS PROVAS OBTIDAS POR MEIO ILICITO**

#### **3.1 Prova Ilícita X Prova Ilegítima**

Quando se busca a verdade dos fatos, limitados ao contraditório e ampla defesa, tem se os meios ideais de provas que estão normatizados nos artigos 158 a 250 CPP, entretanto, esse rol como já dito anteriormente é

exemplificativo, pois é permitido os demais meios probatórios não fixados em lei, porem deve ser sempre admitidos em direito.

O processo ocorre nos limites da lei, conseqüentemente a produção de provas também, além do que, se o instrumento para coibir ilícitos permitisse meios ardis para obtenção de prova, estaria diante de um paradoxo não lógico, como encarar provas ilícitas em um instrumento criado para obtenção de justiça.

Então a liberdade probatória não é absoluta onde as partes de um processo, não podem ser valer de provas ilícitas para provar determinado fato, encontrando amparo constitucional no art. 5º LVI, que aduz que são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos, além do que também ganha normatização infraconstitucional no art. 157 CPP, que dispõe “São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais”.

Então toda vez que violar normas de direito material e processual, direitos dos cidadãos, ou melhor, determinar à autoridade a produção probatória por arbitrariedade, sem fundamento nenhum, estará diante de prova que não é admissível pelo ordenamento jurídico, a partir disso, a doutrina começou a diferenciar a prova ilegítima da prova ilícita, considerando que são institutos diferentes.

Entende-se por prova ilegítima toda aquela que quando for produzida violar uma norma de natureza processual, então se trata de uma violação procedimental, ou seja, violação do rito probatório, só podendo ocorrer no curso da ação penal. Além do que, essa prova se convalida, podendo ser refeita em acordo com a legalidade.

O Código de Processo Penal no Art. 564 veda a utilização de provas ilegítimas, veja:

Art. 564. A nulidade ocorrerá nos seguintes casos:

I - por incompetência, suspeição ou suborno do juiz;

II - por ilegitimidade de parte;

III - por falta das fórmulas ou dos termos seguintes:

a) a denúncia ou a queixa e a representação e, nos processos de contravenções penais, a portaria ou o auto de prisão em flagrante;

b) o exame do corpo de delito nos crimes que deixam vestígios, ressalvado o disposto no Art. 167;

c) a nomeação de defensor ao réu presente, que o não tiver, ou ao ausente, e de curador ao menor de 21 anos;

- d) a intervenção do Ministério Público em todos os termos da ação por ele intentada e nos da intentada pela parte ofendida, quando se tratar de crime de ação pública;
  - e) a citação do réu para ver-se processar, o seu interrogatório, quando presente, e os prazos concedidos à acusação e à defesa;
  - f) a sentença de pronúncia, o libelo e a entrega da respectiva cópia, com o rol de testemunhas, nos processos perante o Tribunal do Júri;
  - g) a intimação do réu para a sessão de julgamento, pelo Tribunal do Júri, quando a lei não permitir o julgamento à revelia;
  - h) a intimação das testemunhas arroladas no libelo e na contrariedade, nos termos estabelecidos pela lei;
  - i) a presença pelo menos de 15 jurados para a constituição do júri;
  - j) o sorteio dos jurados do conselho de sentença em número legal e sua incomunicabilidade;
  - k) os quesitos e as respectivas respostas;
  - l) a acusação e a defesa, na sessão de julgamento;
  - m) a sentença;
  - n) o recurso de ofício, nos casos em que a lei o tenha estabelecido;
  - o) a intimação, nas condições estabelecidas pela lei, para ciência de sentenças e despachos de que caiba recurso;
  - p) no Supremo Tribunal Federal e nos Tribunais de Apelação, o quorum legal para o julgamento;
- IV - por omissão de formalidade que constitua elemento essencial do ato.  
Parágrafo único. Ocorrerá ainda a nulidade, por deficiência dos quesitos ou das suas respostas, e contradição entre estas.

Este artigo dispõe sobre as etapas, e procedimentos a serem seguidos durante o processo, se não forem ocorre uma violação, e a prova será considerada ilegítima. Como exemplo de prova ilegítima, pode-se mencionar quando a confissão é feita em substituição do exame de corpo e delito onde o crime deixou vestígios disposta no art. 158 CPP.

A prova ilícita é aquela que viola direito material, ou seja, um bem jurídico tutelado pela ordem jurídica, sendo a informação direta de produto do crime, não podendo ser sanável, gerando uma nulidade absoluta, neste caso então não há o que se falar em fazer justiça.

Os exemplos de prova ilícita são as confissões de um crime obtida por meio de tortura, sabendo que isto é vedado, além disso, não será considerada lícita a prova obtida por interceptação telefônica nas hipóteses em que a lei 9.296/96 não autorizar.

Em conclusão, as provas obtidas por meios ilícitos podem violar tanto normas, como os costumes, a moral e também os princípios sustentados pelo direito brasileiro, ademais, essa proibição não diz apenas respeito ao valor que a prova recebe, mas também a total remoção desta do processo em juízo.

### **3.2 Provas ilícitas por derivação (Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada- *Fruits Of The Poisonous Tree*)**

A prova ilícita por derivação tem normatização no art. 157 CPP, onde dispõe que a ilicitude se propaga no processo em razão do nexo de causalidade e efeito entre os atos processuais.

Os doutrinadores Silva (2010) e Távora; Alencar (2013) salienta que a Teoria dos Frutos da Arvore Envenenada nasceu no direito norte-americano “*fruits of the poisonous tree*”, que disciplina que uma prova seria a árvore, obtida por meio ilícito tornará ilícita todas as demais prova que dela surgir diretamente, sendo então os frutos, estando ligado com o principio da consequencialidade. Assim por exemplo, uma confissão obtida por meio de tortura, e dela decorre a busca e apreensão, então esta busca e apreensão esta contaminada, pois decorreu de uma prova originária ilícita, e se propagou pelas demais provas decorrentes.

Essa teoria adentrou ao ordenamento jurídico brasileiro, e a partir disso toda vez que surgir uma prova obtida ilicitamente deve analisar toda a extensão de dano que pode causar, e o nexo de causalidade existente entre a prova originária e sua consequente, devendo desentranhar do processo.

É necessário salientar que tanto a doutrina, jurisprudência, como todas as leis do direito brasileiro não admite prova ilícita, justamente porque tem como objetivo a proteção do réu, impedindo que a acusação viole os direitos fundamentais do individuo, trazendo segurança jurídica ao sistema. A única exceção que vai de encontro com a teoria dos frutos da arvore envenenada é pro réu, ou seja, quando for essa prova ilícita o elemento único e essencial para constar a inocência do acusado, a partir disso, toda vez que se refere a esse instituto deve ser analisado com muita cautela.

No entanto, deve lembrar que essa teoria derivada do direito americano sofre limitações, podendo ser admitida nos casos da fonte ser independente (*independent source*) e na situação de descobrimento inevitável ou encontro fortuito de provas (*inevitable discovery*).

### 3.2.1 Fonte independente (*independent source*)

Essa é uma teoria coexistente, onde há a ruptura do nexo de causalidade, tem uma via persecutória paralela, ou seja, independente que não tem ligação com a prova ilícita produzida, não havendo o que se falar em teoria dos frutos da árvore envenenada, não existe contaminação, mesmo que ambas chegam ao mesmo ponto.

Além disso, o próprio Código de Processo Penal admite essa teoria quando normatiza o art. 157 §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.”

Portanto, o ordenamento jurídico, a maioria da doutrina e até há posicionamento nos tribunais que admite a fonte independente, e não fere nenhum princípio de ordem constitucional, já que não possui ligação nenhuma com a prova ilícita produzida, visto que corre uma investigação paralela sendo capaz de provar a autoria e materialidade do delito.

Silva (2010) para simplificar essa teoria, supõe como exemplo que em uma interceptação telefônica ilegal descobre o destino da droga que está sendo procurada, a apreensão desta será ilícita, já que derivou de prova não admitida pelo ordenamento pátrio, devendo ser desentranhada do processo, no entanto, corre paralelamente a essa interceptação uma via investigatória que não possui nenhum nexo causal com a prova originária, como por exemplo, prova documental, testemunhal, apreensão lícita, etc., que de forma fatal consegue descobrir e se faz o carregamento da droga, podendo observar que é uma fonte independente não sendo contaminada e não será tirada dos autos.

Portanto, já é o entendimento passível no Supremo Tribunal Federal que quando a prova for independente e lícita poderá ser admitida perfeitamente no processo mesmo que gere a condenação do acusado.

### 3.2.2 Descobrimento inevitável (*inevitable discovery*)

O descobrimento inevitável também é um instituto aceito, onde se rompe o nexo de causalidade pelo advento de uma prova nova de origem lícita que de qualquer maneira esclarece o delito, ou seja, de qualquer forma a prova derivada seria descoberta, o que torna sem efeito a prova obtida ilicitamente.

Então esta prova seria descoberta através de atos investigatórios lícitos, que não seriam contaminados por prova ilícita, como exemplo Távora e Alencar (2013) cita uma testemunha que foi descoberta por meio de interceptação telefônica sem autorização judicial e faz declarações sobre certo delito, porém não se pode ver como prova de origem ilegal, já que essa testemunha seria descoberta inevitavelmente através de outras pessoas, que a indicaria.

O que deve ficar evidente é que até há nexo de causalidade, mas este é quebrado quando se descobre uma prova inevitavelmente, ou seja, de todo o jeito essa iria se incorporar aos autos, mesmo tendo surgindo uma prova ilícita, o que não se pode deixar é que esta última macule com seu vício a que foi descoberta posteriormente, a análise feita pelo magistrado depende do caso concreto tratado, já que deve ter muita cautela ao analisar, sabendo diferir se terá contaminação pela prova ilícita, ou será um descobrimento inevitável.

O Art. 157 §1º CPP dispõe sobre essa teoria supramencionada, e trazendo a possibilidade que a prova derivada de uma ilícita seja produzida, mas por uma fonte independente, para não haver contaminação, ser aproveitada nos autos e descobrir de forma cabal todo o fato criminoso que ocorreu.

### **3.3 Teoria da Proporcionalidade**

É sábio que os direitos fundamentais dos cidadãos não são absolutos, sendo uma garantia constitucional disposta na Magna Carta em seu art. 5º §2º que normatiza: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

Então, de acordo com esse trecho supramencionado do ordenamento jurídico vigente, os direitos fundamentais poderão ser relativizados, um exemplo disso, é o direito à vida, que é um direito supremo, e que em alguns casos previstos em lei, poderá ocorrer sua violação.

Portando, haverá situações em que permitirão a possibilidade de utilização de prova ilícita, sendo que isso foi derivado do direito alemão ganhando efetividade no direito brasileiro, onde irá estar em conflito à legalidade probatória X o estado de liberdade do réu, em que fique comprovado que este é inocente, sendo necessário a aplicação do princípio da proporcionalidade.

Silva (2010) dispõe que o balanço desses direitos citados em conflitos é feito com base em subprincípios: sendo a necessidade, adequação e proporcionalidade. Será um meio necessário quando este for exceção, não cabendo outro meio em análise para ser utilizado, além do mais, será adequado quando ficar comprovado essa adequação para obtenção do resultado, e proporcional quando feito uma ponderação de valores garantidos e podendo ser sacrificado um desses.

Dessa maneira, poderá ser utilizada a prova ilícita nos casos que irá ficar comprovado a inocência do réu, para não se ter uma condenação injusta, devendo sempre avaliar a utilização dessa prova e a comprovação de que não existiu o crime, havendo desproporção no caso em concreto não poderá ser esta utilizada.

No entanto, o princípio da proporcionalidade deveria ser utilizado em *ultima ratio*, em situações extraordinárias, ou seja, quando não existir outro meio de prova a não ser o ilícito que fique comprovado que o acusado é inocente, não cometendo nenhum delito, sendo injusto este ser condenado, havendo uma preponderância a liberdade do indivíduo do que a inadmissibilidade de provas ilícitas.

O magistrado deve fazer uma análise com muita cautela ao permitir provas ilícitas no processo, sendo uma excepcionalidade apenas, fazendo um juízo de ponderação entre normas, princípios que esta sendo tutelados e os que possivelmente poderão ser violados, sendo permitido para o benefício do réu, não sendo justo o estado condenar alguém que possui um meio mesmo que ilícito de comprovar a sua inocência.

Além do mais, possui uma teoria admitida em direito que sustenta a exclusão da prova ilícita, onde aparentemente, a prova é ilegal, devendo ser desentranhada do processo, porém o indivíduo está amparado por alguma causa de excludente de ilicitude, sendo legítima defesa, estado de necessidade, estrito cumprimento do dever legal e exercício regular de um direito, sendo medidas que justificam essa utilização ilegal. Um exemplo dessa situação é pessoa agredida que esta sendo vítima de um crime pode gravar ilicitamente sua ocorrência para que ela possa se defender posteriormente, demonstrando que agiu em legítima defesa.

#### **4 CONCLUSÃO**

Ao longo do todo o artigo foi apresentado um panorama da teoria geral das provas no processo penal brasileiro, primeiro se partiu de uma premissa do conceito do que seria prova, trazendo o posicionamento de grandes doutrinadores bem como sua finalidade, sendo sua principal fundamentar a sentença influenciando no livre convencimento motivado do juiz, logo após quem seria o sujeito que participa da produção probatória, bem como o objeto, que advém de fatos juridicamente relevantes para o julgamento da causa.

Além disso, houve um grande avanço em relação aos sistemas de valoração da prova, como foi supramencionado esses sofreram mudanças, predominando atualmente o sistema da persuasão racional, no qual o juiz é livre para a valoração das provas trazidas em juízo, portanto deve sempre fundamentar sua decisões e expor o embasamento legal, uma outra grande transformação foi a permissão de outros meios de prova que não apenas os dispostos no ordenamento jurídico vigente, vigorando a liberdade probatória entre as partes, mas esta sofre uma limitação, onde mesmo que essa liberdade seja ampla deve sempre respeitar os direitos e garantias constitucionais, sendo vedado a produção de prova ilícita.

É importante dispor quando se refere a esse tema sobre os princípios que são vetores, pois quando houver conflitos de direitos fundamentais como acontecem frequentemente estes devem ser usados para sana-los, além do que, quando se refere a provas é necessário também expor suas fases de elaboração,

onde serve para amadurecê-la para o magistrado utiliza-la em sua decisão, sendo quatro fases citadas acima: fase de preposição da prova, fase de admissão, fase de produção e por ultimo a fase de valoração, onde é através dessas etapas que se busca a verdade real para o esclarecimento de fatos.

Foi esclarecido também sobre um aspecto amplo sobre o ônus da prova, quando se faz referencia a isto, deve sempre ter em mente que este é um encargo facultativo atribuído às partes, para estas provarem o que foi alegado.

No que tange às provas obtidas por meios ilícitos, primeiramente foi diferenciado provas ilícitas de provas ilegítimas, como se sabe, o artigo 157 CPP proíbe expressamente a inadmissibilidade dessas provas pelo ordenamento jurídico pátrio, sendo denominada como prova ilícita por derivação ou também chamada de teoria dos frutos envenenados da arvore envenenada, essa ilicitude se propaga no processo em razão do nexos de causalidade, porém há teorias decorrentes a respeito desse instituto sendo a teoria da fonte independente, do descobrimento inevitável e a por fim a teoria da proporcionalidade.

Quando se refere a teoria da fonte independente, o nexos de causalidade é rompido devido a uma investigação persecutória paralela a ilícita, já o descobrimento inevitável o nexos causal esta presente, só que o surgimento de uma nova prova esclarece que inevitavelmente chegaria a aquele determinado resultado tornando sem efeito a prova ilícita, já a teoria da proporcionalidade decorre do postulado normativo do devido processo substancial ponderando valores constitucionais, onde se tem em colisão a aceitabilidade de provas ilícitas X violação dos direitos fundamentais, e se for sempre pro réu, ou seja, para beneficiar o réu, impedindo que este seja condenado de forma injusta utiliza-se essa ultima teoria.

Diante de todo o exposto, vislumbra-se uma grande evolução, transformação nesse instituto das provas, e por ser um tema de alta complexidade que se busca a comprovação de autoria e materialidade do delito gera inúmeras discussões, tanto por parte dos doutrinadores como por parte da jurisprudência, principalmente quando entra em confronto direitos e garantias fundamentais trazidos pela constituição, onde o juiz deve analisar todo o contexto probatório, fundamentar e motivar sua decisão para o julgamento do processo.

## 5 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. **Da prova no processo penal** . 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.
- BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Ônus da prova no processo penal**. São Paulo: Editoria Revista dos Tribunais, 2003.
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988.
- BRASIL. Código de Processo Penal (1941). **Código de processo penal**.
- CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- GRINOVER, Ada Pellegrini; FERANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As nulidades no processo penal**. 10. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.
- MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo penal**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2006.
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**.13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.
- SILVA, César Dario Mariano da. **Provas Ilícitas**: princípio da proporcionalidade, interceptação e gravação telefônica, busca e apreensão, sigilo e segredo, confissão, Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) e sigilo. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2010.
- TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2013.