

**UNIVERSIDADE DE TAUBATÉ**

**Bruna Leticia Monteiro**

**RELATIVIZAÇÃO DAS PROVAS ILÍCITAS E DAS PROVAS  
ILÍCITAS POR DERIVAÇÃO NO PROCESSO PENAL**

**Taubaté - SP  
2020**

**Bruna Leticia Monteiro**

**RELATIVIZAÇÃO DAS PROVAS ILÍCITAS E DAS PROVAS  
ILÍCITAS POR DERIVAÇÃO NO PROCESSO PENAL**

Trabalho de Graduação necessário para a  
obtenção do diploma de Bacharel em Direito no  
Departamento de Ciências Jurídicas da  
Universidade de Taubaté.

Orientador: Prof. Daniel Estefano dos Santos

**Taubaté - SP  
2020**

**BRUNA LETICIA MONTEIRO**

**RELATIVIZAÇÃO DAS PROVAS ILÍCITAS E DAS PROVAS ILÍCITAS POR  
DERIVAÇÃO NO PROCESSO PENAL**

**UNIVERSIDADE DE TAUBATÉ, TAUBATÉ, SP**

Data: \_\_\_\_\_

Resultado: \_\_\_\_\_

**BANCA EXAMINADORA**

Prof.: \_\_\_\_\_

Assinatura: \_\_\_\_\_

Prof.: \_\_\_\_\_

Assinatura: \_\_\_\_\_

**Sistema Integrado de Bibliotecas – SIBi Grupo  
Especial de Tratamento da Informação – GE  
Universidade de Taubaté**

M775r Monteiro, Bruna Leticia

Relativização das provas ilícitas e das provas ilícitas por derivação no processo penal / Bruna Leticia Monteiro -- 2020.

49 f.

Monografia (graduação) – Universidade de Taubaté, Departamento de Ciências Jurídicas, 2020.

Orientação: Prof. Daniel Estefano Santos, Departamento de Ciências Jurídicas.

1. Proporcionalidade (Direito). 2. Prova ilícita. 3. Teoria dos frutos da árvore envenenada (Direito). 4. Processo penal – Brasil. I. Universidade de Taubaté. II. Título.

CDU 343(81)

Dedico o presente trabalho à Deus e à minha família por todo auxílio e incentivo durante toda minha jornada universitária.

À Deus por ter me dado sabedoria e forças  
diariamente.

À minha família pelo auxílio e incentivo.

Ao professor Daniel Estefano dos Santos pela  
orientação ao longo da elaboração do presente  
trabalho.

“Tudo tem o seu tempo determinado, e há tempo para todo o propósito debaixo do céu.”

Eclesiastes 3:1

## RESUMO

A presente pesquisa tem como objetivo analisar as provas ilícitas e as provas ilícitas por derivação no processo penal, sendo esta última também conhecida como teoria dos frutos da árvore envenenada (fruits of poisonous tree doctrine). Ao longo da pesquisa será apresentado o conceito de provas e seus princípios, dando ênfase ao princípio da proporcionalidade e sua aplicação para afastar a vedação das provas ilícitas. Será abordado o motivo da utilização das provas ilícitas e das provas ilícitas por derivação serem consideradas inadmissíveis no ordenamento jurídico brasileiro, bem como se todas essas provas serão sempre consideradas inadmissíveis ou se existem hipóteses em que elas poderão ser aproveitadas. Ainda, será exposto a importância da flexibilização da proibição das provas consideradas ilícitas e ilícitas por derivação no processo penal, bem como se é possível a aplicação do princípio da proporcionalidade para que haja essa relativização, sendo certo que segundo alguns doutrinadores o princípio da proporcionalidade possibilita a utilização, no processo penal, da prova ilicitamente produzida.

Palavras-chave: Princípio da proporcionalidade. Provas ilícitas. Teoria dos frutos da árvore envenenada.

## **ABSTRACT**

This research aims to analyze illicit evidence and illicit evidence by derivation in criminal proceedings, the latter being also known as the theory of the fruits of the poisoned tree (fruits of poisonous tree doctrine). Throughout the research, the concept of evidence and its principles will be presented, emphasizing the principle of proportionality and its application to remove the prohibition against illicit evidence. It will be discussed why the use of illicit evidence and illicit evidence by derivation are considered inadmissible in the Brazilian legal system, as well as whether all such evidence will always be considered inadmissible or if there are hypotheses in which they can be used. Still, it will be exposed the importance of easing the prohibition of evidence considered illicit and illicit by derivation in the criminal process, as well as if it is possible to apply the principle of proportionality so that there is this relativization, being certain that according to some indoctrinators the principle of proportionality allows the use, in criminal proceedings, of evidence produced unlawfully.

**Keywords:** Proportionality principle. Illegal evidence. Theory of the fruit of the poisoned tree.

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
Capítulo 1 – PROVAS NO PROCESSO PENAL.....	12
1.1    Conceito .....	12
1.2    Finalidade .....	13
1.3    Classificação .....	14
1.4    Fatos que independem de provas .....	14
1.5    Fatos que dependem de provas .....	15
1.6    Princípios .....	16
1.7    Meios de Provas .....	17
1.8    Ônus da Prova .....	19
Capítulo 2 – PROVAS ILÍCITAS .....	20
2.1    Conceito.....	20
2.2    Classificação.....	21
2.3    Diferença entre princípio, regra e lei .....	23
2.4    Princípio da Proporcionalidade .....	25
2.5    Princípio da Razoabilidade.....	27
Capítulo 3 – PROVAS ILÍCITAS POR DERIVAÇÃO .....	29
3.1    Conceito .....	29
3.2    Surgimento da “Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada”.....	30
3.3    Lei 11.690/08 .....	31
3.4    Definição de fonte independente e descoberta inevitável .....	33
Capítulo 4 – PROVAS ILÍCITAS E O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE .....	34
4.1    As provas ilícitas e o princípio da proporcionalidade .....	34
4.2    Admissibilidade das provas ilícitas a favor do réu .....	40
4.3    Admissibilidade das provas ilícitas a favor da sociedade .....	41
4.4    Provas ilícitas por derivação e o princípio da proporcionalidade .....	44
4.5    O uso das provas ilícitas no processo penal .....	46
CONCLUSÃO .....	47
REFERÊNCIAS .....	49

## INTRODUÇÃO

A presente pesquisa visa analisar as provas ilícitas e as provas ilícitas por derivação no processo penal. Apresentar-se-á se as provas ilícitas e as provas ilícitas por derivação serão sempre inadmissíveis no processo penal ou se há hipóteses em que elas poderão ser utilizadas no processo e como elas poderão ser aproveitadas, e por fim, se é possível aplicar o princípio da proporcionalidade as provas consideradas ilícitas e ilícitas por derivação.

Diante do exposto indagar-se-á se as provas ilícitas e ilícitas por derivação poderão ser utilizadas, e em que hipóteses a inadmissibilidade dessas provas serão relativizadas para poderem ser utilizadas no processo penal sendo aplicado o princípio da proporcionalidade.

Sob tais situações emergem as afirmações de que as provas ilícitas são aquelas obtidas através de um meio ilícito e as provas ilícitas por derivação são aquelas que embora tenham sido produzidas lícitamente se originaram de provas obtidas por meio ilícitos e por esse motivo, em regra, não podem ser utilizadas no processo penal, sendo certo que a própria Constituição Federal veda a utilização no processo das provas obtidas por meio ilícito, abrangendo, portanto, as provas ilícitas por derivação e em razão disso elas, em regra, não poderiam ser utilizadas no processo penal.

Durante muito tempo os tribunais aplicaram a teoria do fruto da árvore envenenada para vedar a utilização das provas ilícitas por derivação no processo penal.

A partir da criação da Lei 11.690/2008, a qual modificou a redação do artigo 157 do Código do Processo Penal, a aplicação das provas ilícitas por derivação tornou-se definitivamente inadmissíveis no processo penal. Assim, as provas ilícitas por derivação passaram a ter vedação expressa no ordenamento jurídico brasileiro.

Entretanto, para alguns doutrinadores, através do princípio da proporcionalidade a inadmissibilidade das provas ilícitas e das provas ilícitas por derivação podem ser relativizadas, mas resta-se a dúvida se este princípio pode ser aplicado tanto a favor do réu, quanto a favor da sociedade, bem como se essa aplicação pode ocorrer em todas as hipóteses ou se há limites para a aplicação do princípio da proporcionalidade.

Logo, a presente pesquisa tem como relevância analisar o conceito das provas ilícitas e das provas ilícitas por derivação, quais são os tipos de provas admissíveis no processo penal e quais são inadmissíveis, bem como será analisado as exceções existente, as flexibilizações a aplicação dessas provas consideradas ilícitas, e em quais hipóteses poderá ser aplicado o

princípio da proporcionalidade, para assim se compreender qual a importância da utilização das provas ilícitas e ilícitas por derivação no processo penal.

## 1 PROVAS NO PROCESSO PENAL

### 1.1 Conceito

O termo prova é originário do latim (*probatio*), que significa exame, argumento, razão, confirmação, sendo, portanto, o elemento que autoriza a conclusão acerca da veracidade de um fato ou circunstância.

A respeito do conceito de provas, afirma Bonfim que “a prova é o instrumento usado pelos sujeitos processuais para comprovar os fatos da causa, isto é, aquelas alegações que são deduzidas pelas partes como fundamento para o exercício da tutela jurisdicional” (BONFIM, 2006, p. 285).

A prova é um conjunto de atos praticados tanto pelas partes quanto pelo juiz e por terceiros, a fim de convencer seu destinatário, sendo este o juiz, através da demonstração da verdade processual, ou seja, irá convencer o magistrado se referido fato realmente existiu.

Afirma Fernando Capez que:

Sem dúvida alguma, o tema referente à prova é o mais importante de toda ciência processual, já que as provas constituem os olhos do processo, o alicerce sobre o qual se ergue toda a dialética processual. Sem provas idôneas e válidas, de nada adianta desenvolverem-se aprofundados debates doutrinários e variadas vertentes jurisprudenciais sobre temas jurídicos, pois a discussão não terá objeto. (CAPEZ, 2010, p. 342)

É por meio das provas que se irá comprovar a verdade de uma alegação e se adquirir a certeza de que realmente houve um ilícito penal e que determinada pessoa é a autora do ilícito.

Sobre as provas no processo penal e a convicção do juiz, Reis alega que:

A convicção do julgador, contudo, não pode repousar em critérios arbitrários, devendo advir, necessariamente, de construção lógica, o que reclama a análise de elementos aptos a transmitir informação relativa a um fato. É a esses elementos que se dá a denominação de prova. Sob essa ótica objetiva, pois, prova é o elemento que autoriza a conclusão acerca da veracidade de um fato ou circunstância. (REIS; GONÇALVES, 2018, p. 263)

Ainda, sobre o conceito de provas, Mirabete aduz que:

Atendendo-se ao resultado obtido, ou ao menos tentando, “provar” é produzir um estado de certeza, na consciência e mente do juiz, para sua convicção, a respeito da existência ou inexistência de um fato, ou da verdade ou falsidade de uma afirmação sobre uma situação de fato, que se considera de interesse para uma decisão judicial ou

a solução de um processo. Levada ao processo, porém, a prova pode ser utilizada por qualquer desses sujeitos: juiz ou partes. É o princípio da comunhão dos meios de prova. Por força desse princípio é que a testemunha arrolada por uma das partes pode ser inquirida também pela outra; que um documento produzido por qualquer delas pode ser invocado pela adversária; e assim por diante. (MIRABETE, 2001, p. 256)

Portanto, a prova é o meio pelo qual se busca a verdade real sobre os fatos do processo, ou seja, é através da prova que busca-se verificar a existência de determinado fato e sua autoria.

## 1.2 Finalidade

As provas são produzidas ao longo do processo de conhecimento, no âmbito do qual a parte mais substancial dos atos é voltada à instrução, ou seja, a produção de provas, e assim instruir o processo com elementos essenciais para o deslinde da causa.

Para Reis a finalidade das provas são:

O objetivo da atividade probatória é convencer seu destinatário: o juiz. Na medida em que não presenciou o fato que é submetido à sua apreciação, é por meio das provas que o juiz poderá reconstruir o momento histórico em questão, para decidir se a infração, de fato, ocorreu e se o réu foi seu autor. (REIS; GONÇALVES, 2018, p. 263)

Pode-se dizer que as provas são a base sobre o qual se realiza todo o processo e se não houver provas idôneas e válidas o processo não terá objeto, devendo o réu ser absolvido por ausência ou insuficiência de provas de autoria ou materialidade do fato.

Afirma Bonfim que:

Como se sabe, a aplicação das normas jurídicas tem por pressuposto a ocorrência de fatos que, sob a incidência dessas normas, resultem na produção de efeitos jurídicos. Toda atividade de determinar o direito aplicável em cada caso concreto, portanto, depende de que o julgador conheça o conjunto dos fatos sobre os quais a norma jurídica deverá incidir. Pode-se dizer, assim, que a prova tem como finalidade permitir que o julgador conheça os fatos sobre os quais fará incidir o direito. Esse, aliás, o objetivo primordial do chamado processo de conhecimento, no âmbito do qual a parte mais substancial dos atos é voltada à instrução – a produção de provas, a fim de iluminar o espírito do julgador e permitir a ele exercer o poder jurisdicional. (BONFIM, 2006, p. 286)

Assim, a finalidade da prova é permitir que o magistrado tenha conhecimento de todos os fatos sobre o qual fará incidir o direito, ou seja, formar a convicção do juiz a respeito da existência ou inexistência dos fatos alegados.

### 1.3 Classificação

As provas podem ser classificadas conforme diversos critérios.

Quanto ao objeto, ou seja, quanto ao fato que se pretende demonstrar, as provas podem ser diretas quando elas demonstram o fato por si só, ou seja, diretamente, como, por exemplo, a confissão, o flagrante e o corpo de delito; ou indiretas quando o fato que se objetiva provar é alcançado através de dedução ou indução, ou seja, por meio de um raciocínio lógico-dedutivo, como, por exemplo, indícios ou um *álibi*.

Quanto ao valor ou efeito, as provas podem ser plena, perfeita ou completa, que são aquelas que geram certeza, que é convincente; ou não plena, imperfeita ou incompleta, aquelas que sozinhas não são suficientes para comprovar a existência do fato, mas representa uma mera probabilidade do fato.

Quanto ao sujeito ou causa, as provas podem ser real quando se origina de uma coisa ou objeto, consiste em algo externo diverso da pessoa, como, por exemplo, extraída dos vestígios deixados pelo crime; ou pessoal, quando originada na manifestação consciente da pessoa humana, como, por exemplo, depoimento, interrogatório e conclusões periciais.

E por fim, quanto à forma ou aparência, as provas podem ser testemunhal, quando obtida através do depoimento prestado por sujeito estranho ao processo; documental, produzidas através de documentos, ou seja, é uma prova escrita ou gravada; e material, obtida por meio de qualquer materialidade, seja ela química, física ou biológica, como, por exemplo, corpo de delito, exames e vistorias.

### 1.4 Fatos que independem de provas

Os fatos que não precisam ser comprovados mediante a apresentação no processo de provas são:

Fatos axiomáticos ou intuitivos, os quais são os fatos evidentes, ou seja, que possuem um grau de certeza, não necessitando de provas.

Sobre os fatos axiomáticos Capez disserta que são:

Aqueles que são evidentes. A evidencia nada mais é do que um grau de certeza que se tem do conhecimento sobre algo. Nesses casos, se o fato é evidente, a convicção já está formada; logo, não carece de prova. Por exemplo, no caso de morte violenta, quando as lesões externas forem de tal monta que tornarem evidente a causa da morte, será dispensado o exame de corpo e delito (CPP, art. 162, parágrafo único). (CAPEZ, 2010, p. 343)

Os fatos notórios também não necessitam de provas, sendo estes aqueles fatos que fazem parte da cultura de determinada sociedade. A respeito dos fatos notórios Capez alega que:

Aplica-se o princípio *notorium non eget probatione*, ou seja, o notório não necessita de prova. É o caso da verdade sabida: por exemplo, não precisamos provar que no dia 7 de setembro comemora-se a Independência, ou que a água molha e o fogo queima. Fatos notórios são aqueles cujo conhecimento faz parte da cultura de uma sociedade. (CAPEZ, 2010, p. 343)

As presunções legais, ou seja, o que está na lei, no ordenamento jurídico, não precisa ser comprovado através de provas. Sobre as presunções legais Capez afirma que:

São conclusões decorrentes da própria lei, ou, ainda, o conhecimento que decorre da ordem normal das coisas, podendo ser absolutas (*juris et de jure*) ou relativas (*juris tantum*). Por exemplo: a acusação não poderá provar que um menor de 18 anos tinha plena capacidade de entender o caráter criminoso do fato, pois a legislação presume sua incapacidade (inimputabilidade) de modo absoluto (*juris et de jure*), sem sequer admitir prova em contrário. Alguém que pratica um crime em estado de embriaguez completa, provocada por ingestão voluntária ou culposa de álcool ou substância entorpecente, não poderá provar que no momento da infração não sabia o que estava fazendo, pois a lei presume sua responsabilidade sem admitir prova em contrário (*actio libera in causa* – a sua ação foi livre na causa). (CAPEZ, 2010, p. 343)

Por fim, os fatos inúteis não precisam ser provados, sendo estes aqueles fatos que não influenciam em nada no caso em concreto. Capez afirma sobre os fatos inúteis que:

São os fatos, verdadeiros ou não, que não influenciam na solução da causa, na apuração da verdade real. Exemplo: a testemunha afirma que o crime se deu em momento próximo ao do jantar, e o juiz quer saber quais os pratos foram servidos durante tal refeição. O mesmo ocorre com os fatos imorais, aqueles que, em razão de ter caráter criminoso, inescrupuloso, ofensivo à ordem pública e aos bons costumes, não podem beneficiar aquele que os pratica. (CAPEZ, 2010, p. 343)

Portanto, nem todos os fatos no processo penal necessitam ser comprovados, sendo certo que alguns fatos são irrelevantes para o desfecho do processo ou outros fatos por si só já evidenciam sua veracidade.

## 1.5 Fatos que dependem de prova

Assim como há fatos que não necessitam ser comprovados, há fatos que somente são considerados verdadeiros após serem apresentados provas que comprovem sua veracidade, sendo certo que os fatos que dependem de provas são todos as demais situações que não estão

elencados entre as hipóteses que independem de provas, ou seja, dependem de provas aqueles fatos que não foram citados no item anterior.

Sobre os fatos que dependem de provas Capez expõe que:

Todos os fatos restantes devem ser provados, inclusive o fato admitido ou aceito (também chamado fato incontroverso, porque admitido pelas partes). Nesse caso, diferentemente do que ocorre no processo civil, existe a necessidade da produção probatória porque o juiz pode questionar o que lhe pareça duvidoso ou suspeito, não estando obrigado à aceitação pura e simples do alegado uniformemente pelas partes. Logo, forçoso é concluir que, se o fato não se inclui entre aqueles que independem de prova, mas, por outro lado, o meio pretendido seja admissível, pertinente, concludente e possível, a prova não poderá ser denegada, sob pena de manifesta ilegalidade, corrigível via correção parcial, dado o *error in procedendo*. (CAPEZ, 2010, p. 344)

Assim, compreende-se que todos os demais fatos necessitam ser provados para auxiliarem na convicção do magistrado e este poder proferir uma sentença correta e justa ao caso que estiver em pauta.

## 1.6 Princípios

As provas no processo penal são regidas por diversos princípios, os quais precisam ser respeitados durante a produção de uma prova, sob pena de nulidade, sendo eles:

- a) Princípio do contraditório ou da audiência bilateral: garante as partes o direito de ter ciência do teor das provas, de presenciar sua produção, podendo se manifestar sobre elas e produzir contraprova, assegurando, assim, o princípio da igualdade de armas.
- b) Princípio da comunhão dos meios de prova ou da aquisição da prova: estabelece que a prova após entranhada aos autos, passa a servir indistintamente ao juízo, ou seja, pode ser utilizada por qualquer das partes, independentemente de qual dos litigantes a introduziu aos autos.
- c) Princípio da imediação ou imediatidade: o magistrado deve ter contato direto com as provas que utilizará para julgar o processo.
- d) Princípio da identidade física do juiz: a decisão do magistrado, em regra, deve ser proferida pelo juiz que teve contato direto com a colheita da prova, conforme aduz o artigo 399, § 2º, do Código de Processo Penal.
- e) Princípio da oralidade: para formar o convencimento do juiz tem preferência a linguagem oral sobre a escrita. Em razão desse princípio os depoimentos das testemunhas são

prestados, em regra, de forma oral, com exceção dos casos excepcionais, previsto no artigo 221, § 1º, do Código de Processo Penal, em que a forma escrita é admitida.

f) Princípio da concentração: exige-se que a atividade probatória seja feita em uma única audiência e caso não seja possível que seja realizada em poucas audiências e não pode haver grandes intervalos entre elas.

g) Princípio da publicidade: além das partes, também acompanham a instrução o público, sendo vedado qualquer atividade secreta, conforme expressa o artigo 93, IX, da Constituição Federal. Quando o caso exigir restrição da presença popular, em razão do interesse social ou da tutela da intimidade, a lei pode estabelecer publicidade restrita dos atos instrutórios, de acordo com o artigo 5º, LX, da Constituição Federal.

De acordo com o Código de Processo Penal, as exceções as regras de publicidade ampla ocorrem quando necessário para preservar a intimidade, vida privada, honra e imagem do ofendido, conforme aduz o artigo 201, § 6º, do Código de Processo Penal, e quando puder resultar escândalo, inconveniente grave ou perigo de perturbação da ordem, nos moldes do artigo 792, § 1º, do Código de Processo Penal.

Ainda, o Código Penal estabelece que as ações em que apuram crimes contra a dignidade sexual será processado sob segredo de justiça, conforme o artigo 234-B, do Código Penal.

h) Princípio do privilégio contra a autoincriminação: o investigado ou acusado possui o direito de deixar de praticar qualquer ato que possa gerar a obtenção de prova em seu desfavor.

i) Princípio da autorresponsabilidade: dá as partes o ônus de produzir prova de suas alegações e terão que arcar com as consequências processuais de eventuais omissões.

j) Princípio da investigação: o magistrado tem que zelar pela obtenção de provas que permitam o esclarecimento do fato que foi submetido a julgamento, mas para a formação de sua convicção ele não está limitado aos elementos trazidos ao processo pelas partes.

## **1.7 Meios de prova**

O código de processo penal expressa alguns meios de provas, como, por exemplo, o exame de corpo de delito, a confissão, o interrogatório do acusado, dentre outros.

Entretanto, a doutrina e a jurisprudência são unânimes em afirmar que esses meios de provas enumerados no código não possuem caráter taxativo, mas exemplificativo, não esgotando, portanto, os meios de provas admitidos no ordenamento jurídico brasileiro.

A respeito dos meios de prova aduz Bonfim que:

Meio de prova é todo fato, documento ou alegação que possa servir, direta ou indiretamente, à busca da verdade real dentro do processo. Em outras palavras, é o instrumento utilizado pelo juiz para formar a sua convicção acerca dos fatos alegados pelas partes. (BONFIM, 2006, p. 289)

Além desses meios de provas legais ou nominados, existem também os meios de provas denominados de inominados, como, por exemplo, as filmagens, arquivos de áudios, as fotografias e a inspeção judicial.

Neste sentido Reis dispõe que:

Embora o Código enumere alguns meios probatórios (como o exame de corpo de delito e outras perícias, o interrogatório do acusado, a confissão, as declarações do ofendido, as testemunhais, o reconhecimento de pessoas ou coisas, a acareação, os documentos, os indícios e a busca e apreensão), é consenso que tal relação não esgota os meios de prova admitidos em nosso ordenamento, já que não tem caráter taxativo, mas exemplificativo.

Além desses meios legais ou nominados, há outros, ditos inominados, como as filmagens (videofonogramas) e arquivos de áudio (fonogramas), as fotografias e a inspeção judicial. (REIS; GONÇALVES, 2018, p. 272)

Ainda, afirma Bonfim que:

Não podemos confundir meio com sujeito ou com objeto de prova. A testemunha, por exemplo, é sujeito, e não meio de prova. Seu depoimento é que constitui meio de prova. O local averiguado é objeto de prova, enquanto sua inspeção é caracterizada como meio de prova. Meio é tudo o que sirva para alcançar uma finalidade, seja o instrumento utilizado, seja o caninho percorrido. (BONFIM, 2006, p. 289)

Portanto, os meios de provas são as formas que se utilizam para auxiliar o magistrado a chegar a uma decisão sobre o ocorrido. Diante disso, Nucci disserta sobre os meios de prova que:

São todos os recursos, diretos ou indiretos, utilizados para alcançar a verdade dos fatos no processo. Na lição de Clariá Olmedo, é o método ou procedimento pelo qual chegam ao espírito do julgador os elementos probatórios, que geram um conhecimento certo ou provável a respeito de um objeto do fato criminoso (*Tratado de derecho procesal penal*, v. 1, p. 448). Os meios de prova podem ser lícitos – que são admitidos pelo ordenamento jurídico – ou ilícitos – contrários ao ordenamento. Somente os primeiros devem ser levados em conta pelo juiz. Em relação aos meios ilícitos, é preciso destacar que eles abrangem não somente os que forem expressamente proibidos por lei, mas também os imorais, antiéticos, atentatórios à dignidade e à liberdade da pessoa humana e aos bons costumes, bem como os contrários aos princípios gerais de direito. (NUCCI, 2014, p. 336-337)

Sobre a limitação dos meios de prova Bonfim afirma que:

No processo penal brasileiro não há limitação dos meios de prova, porque vige o princípio da busca da verdade real. Dessa forma, a investigação deverá ser ampla, com a finalidade de buscar a verdade dos fatos, os indícios de autoria e as circunstâncias do crime. No entanto, o princípio da liberdade probatória não é absoluto, sofrendo algumas exceções. (BONFIM, 2006, p. 289)

Portanto, certo é que tudo aquilo que, direta ou indiretamente, possa ser utilizado para formar a convicção do juiz acerca da ocorrência de um fato é aceito como meio de prova, denominando-se de sistema de liberdade de prova. Entretanto, essa liberdade de prova em busca da verdade real não é ilimitada, pois é considerado inadmissível no processo as provas ilícitas, em razão do princípio da vedação da prova ilícita, o qual possui previsão constitucional, nos moldes do artigo 5º, LVI, da Constituição Federal.

## 1.8 Ônus da prova

Ônus da prova tem relação a obrigação de provar o que está sendo alegado, sendo certo que este ônus é incumbido a quem alega aquele determinado fato, conforme expressa o artigo 156, do Código de Processo Penal.

Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício

I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida;

II – determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante. (BRASIL, 1941)

A respeito do ônus da prova Nucci aduz que:

O termo ônus provém do latim – onus – e significa carga, fardo ou peso. Assim, ônus da prova quer dizer encargo de provar. Ônus não é dever, em sentido formal, pois este não se constitui em obrigação, cujo não cumprimento acarreta uma sanção autônoma. Entretanto, não é demais salientar que as partes interessadas em demonstrar ao juiz a veracidade do alegado possuem o dever processual de fazê-lo. Do contrário, haveria uma sanção processual, consistente em perder a causa. (NUCCI, 2014, p. 340)

Afirma Mirabete que:

Numa perspectiva subjetiva, ônus da prova (*onus probandi*) é a faculdade ou encargo que tem a parte de demonstrar no processo a real ocorrência de um fato que alegou em seu interesse, o qual se apresenta como relevante para o julgamento da pretensão deduzida pelo autor da ação penal. (MIRABETE, 2001, p. 263-264)

Certo é que a regra de que quem alega é que possui o ônus da provar o alegado não é absoluta, pois o juiz poderá alegar de ofício a realização, por exemplo, de diligências sobre pontos relevantes em que ele estiver com dúvidas.

Neste contexto Mirabete afirma que:

A regra de que o ônus da prova da alegação incumbe a quem a fizer não é, aliás, absoluta, pois “o juiz poderá, no curso da instrução ou antes de proferir sentença, determinar, de ofício, diligências para dirimir dúvida sobre o ponto relevante” (art. 156, 2ª parte) ou “ordenar diligências para sanar qualquer nulidade ou suprir falta que prejudique o esclarecimento da verdade” (art. 502, *caput*). Embora o juiz não deva assumir o papel da parte acusadora ou da defesa, permite a lei que, em casos de dúvida, procure esclarecê-la determinando a realização de diligências. Essa possibilidade de o juiz, de ofício, perquirir sobre a verdade reduz consideravelmente o campo das incertezas no processo penal e facilita a busca da verdade real. (MIRABETE, 2001, p. 264-265)

Sobre a responsabilidade do ônus da prova no processo penal Reis disserta que:

Averbe-se que o ônus não pode ser entendido como um dever ou uma obrigação da parte, na medida em que seu descumprimento não lhe acarreta nenhuma sanção. É, portanto, na precisa definição de Afrânio Silva Jardim, “uma faculdade outorgada pela norma para que um sujeito de direito possa agir no sentido de alcançar uma situação favorável no processo”.

O processo penal pátrio, de estrutura acusatória, prestigia a serenidade e a imparcialidade do juiz no tocante às pesquisas probatórias, de modo a desonerar-lhe do encargo de ser o principal responsável pela reunião de informações e vestígios relativos à infração. (REIS; GONÇALVES, 2018, p. 269)

Diante disso, evidente está que o ônus da prova, em regra, compete a quem alega, porém, há casos em que o juiz poderá de ofício ordenar a realização de provas para auxiliá-lo em sua convicção, salientando-se que o ônus da prova não é uma obrigação, haja vista o seu descumprimento não gerar nenhum tipo de sanção.

## 2 PROVAS ILÍCITAS

### 2.1 Conceito

São provas ilícitas aquelas que foram obtidas através de uma violação as normas jurídicas ou princípios constitucionais.

Fernando Capez afirma a respeito das provas ilícitas 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. Tais provas não serão admitidas no processo penal. (CAPEZ, 2010, p. 346)

A respeito da ilicitude da prova alega Bonfim que “será necessário, em cada caso, verificar se o meio de prova usado, ou cuja utilização se pretenda, não fere o ordenamento jurídico ou a esfera do moralmente aceitável” (BONFIM, 2006, p. 292).

Aduz Reis que:

A ilicitude da prova pode decorrer das mais variadas ações: busca domiciliar sem mandado, quando não houver consentimento do morador ou situação de flagrância; violação de sigilo bancário; exercício de ameaças para obtenção de confissão; interceptação de comunicações telefônicas sem autorização judicial; colheita de testemunho em Juízo sem a presença de defensor etc. (REIS; GONÇALVES, 2018, p. 273)

Ainda, neste sentido, Nucci dispõe que:

Em primeiro lugar, tomou-se como gênero a expressão provas ilícitas, do qual surgem as espécies: as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais. Naturalmente, constituem provas ilegais as que afrontam qualquer norma da legislação ordinária, por isso, envolvem tanto as penais quanto as processuais penais. Uma prova conseguida por infração à norma penal (ex.: confissão obtida por tortura) ou alcançada violando-se norma processual penal (ex.: laudo produzido por um só perito não oficial) constitui prova ilícita e deve ser desentranhada dos autos. (NUCCI, 2014, p. 338)

Portanto, as provas obtidas por meios ilícitos não são admitidas no ordenamento jurídico brasileiro, conforme dispõe o artigo 5º, LVI, da Constituição Federal: “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos” (BRASIL, 1988), haja vista elas serem consideradas contrárias aos requisitos de validade exigidos no ordenamento jurídico.

## 2.2 Classificação

A ilicitude da prova pode-se decorrer de variadas ações, sendo as provas ilícitas classificadas conforme a natureza da norma violada.

A prova será ilícita em sentido estrito, quando obtida através de violação de norma legal ou constitucional, de direito material. A obtenção dessa prova viola direito que independe da existência do processo, como, por exemplo, confissão extraída mediante coação moral.

Sobre as provas ilícitas afirma Capez que “quando a prova for vedada, em virtude de ter sido produzida com afronta a normas de direito material, será chamada de ilícita” (CAPEZ, 2010, p. 345).

Ainda, Reis dispõe que a prova ilícita em sentido estrito é:

Denominação empregada para designar a prova obtida por meio de violação de norma, legal ou constitucional, de direito material. Essa nomenclatura é utilizada, portanto, para adjetivar a prova para cuja obtenção violou-se direito que independe da existência do processo. Exs.: extrato de movimentação bancária obtido por meio de indevida violação de sigilo bancário ou confissão extraída mediante coação moral. (REIS; GONÇALVES, 2018, p. 273)

Quando determinada prova é obtida ou introduzida no processo através de violação de norma de natureza processual a prova será ilegítima, como, por exemplo, a exibição em plenário do Tribunal do Júri de prova relacionada ao fato de que a parte contrária não tenha sido avisada com a respectiva antecedência.

Sobre as provas ilegítimas Reis disserta que:

É como se designa a prova obtida ou introduzida na ação por meio de violação de norma de natureza processual. É a prova, portanto, que deriva de comportamento processualmente ilícito. Ex.: exibição, em plenário, do Tribunal de Júri, de prova relativa ao fato de que a parte contrária não tenha sido cientificada com a antecedência necessária (art. 479 do CPP). (REIS; GONÇALVES, 2018, p. 274)

Por fim, há as provas ilícitas por derivação que são aquelas que embora obtida de maneira lícita, tenham derivado de uma prova anteriormente ilícita.

A respeito das provas ilícitas por derivação Bonfim afirma que:

Finalmente, há que se mencionar a figura da prova ilícita por derivação. Trata-se de prova que, conquanto isoladamente considerada possa ser considerada lícita, decorra de informações provenientes da prova ilícita. Nesse caso, nossos tribunais vêm aplicando a teoria dos fruits of the poisonous tree, criada pela Suprema Corte norte-americana. Conforme sugere a expressão inglesa, a teoria é no sentido de que as provas ilícitas por derivação devem ser igualmente desprezadas, pois “contaminadas” pelo vício de ilicitude do meio usado para obtê-las. (BONFIM, 2006, p. 293)

Logo, as provas ilícitas podem ser classificadas em ilícitas em sentido estrito, ilegítimas ou ilícitas por derivação, a depender da natureza da norma jurídica que essa prova estiver infringindo.

### 2.3 Diferença entre princípio, regra e lei

Antes de se adentrar ao conceito de princípio da proporcionalidade necessário se faz entender-se a diferença entre princípios, regras e leis.

Sabe-se que lei é uma norma escrita, criada pelo poder competente, que impõe a todas as pessoas uma obrigação de se submeter a ela, sob pena de sanção.

Segundo Mirabete:

A lei é a única fonte formal imediata, ou direta, do Direito Processual Penal pois é por meio dessa regra jurídica que o Estado impõe a sua vontade. É fonte imediata porque contém em si mesma a norma jurídica processual. Utiliza-se a palavra lei em seu sentido amplo, isto é, como toda disposição emanada de qualquer órgão estatal (Executivo, Legislativo e Judiciário), na esfera de sua própria competência. (MIRABETE, 2001, p. 51)

Já as regras são os modos de proceder-se, é a imposição de forma ou a conduta imposta no texto legal, sendo determinações específicas que estabelecem pressupostos e consequências determinadas, ou seja, as regras são criadas para uma determinada situação.

Os princípios, segundo Nucci “tem vários significados, entre os quais o de momento em que algo tem origem; causa primária, elemento predominante na constituição de um corpo orgânico; preceito, regra ou lei; fonte ou causa de uma ação” (NUCCI, 2014, p. 09).

Para Mirabete:

Os princípios gerais do direito são premissas éticas extraídas da legislação e do ordenamento jurídico em geral. São eles estabelecidos com a consciência ética do povo em determinada civilização, e podem suprir lacunas e omissões da lei, adaptados às circunstâncias do caso concreto. O Direito Processual Penal está sujeito às influências desses princípios, como os referentes à liberdade, à igualdade, ao direito natural etc. É o que estabelece expressamente, aliás, o artigo 3º do Código de Processo Penal, ao considera-lo como fonte suplementar da lei processual. (MIRABETE, 2001, p. 53)

Ainda, a respeito do conceito de princípio afirma Bonfim que:

Para efeito didático e visando o conceito mais condizente com a doutrina brasileira, entendemos os princípios do processo penal ou princípios informativos do processo penal como aquelas normas que, por sua generalidade e abrangência, irradiam-se por todo o ordenamento jurídico, informando e norteando a aplicação e a interpretação das demais normas de direito, ao mesmo tempo em que conferem unidade ao sistema normativo e, em alguns casos, diante da inexistência de regras, resolvendo diretamente os conflitos. (BONFIM, 2006, p. 34)

Além dos princípios que estão previstos diretamente em dispositivos normativos na ordem jurídica, ou seja, os princípios explícitos, há os princípios implícitos, os quais embora

não estejam previstos diretamente na lei, são retirados intelectualmente das proposições normativas da ordem jurídica, bem como existem os princípios constitucionais, alegando Nucci que:

Como se disse, há princípios jurídicos que estão previstos expressamente na lei e com maior razão devem ser seguidos enquanto outros estão implícitos no sistema normativo, mas nem por isso são menos importantes. Existem, ainda, aqueles que estão enumerados na Constituição e chamam-se princípios constitucionais. (NUCCI, 2014, p. 11)

Para Nucci os princípios implícitos são bastantes comuns e a esse respeito ele aduz que:

Não são incomuns os princípios implícitos, regendo importantes assuntos do direito e, nesse prisma, pode-se mencionar, em Direito Penal, o princípio do *nullum crimen sine culpa* (não há crime sem dolo e sem culpa), que fornece uma base sólida para a aplicação das leis penais, fazendo com que o intérprete, em caso de dúvida no processo de concretização da norma, aplicando-a à situação fática surgida, opte por seguir esse princípio informativo da ciência penal. (NUCCI, 2014, p. 10)

Por fim, Nucci afirma sobre os princípios que:

Os princípios gerais do direito, de um modo geral, estão presentes em todo o sistema jurídico-normativo como elementos fundamentais da cultura jurídica humana, enquanto que os princípios constitucionais são os princípios eleitos para figurar na Lei Fundamental de um povo, de forma que possam servir de norte para toda a legislação infraconstitucional, além de informarem a própria aplicação das normas constitucionais. (NUCCI, 2014, p. 11)

Feita a distinção entre lei, princípios e regras oportuno se faz mencionar que uma norma pode ser dividida em regras ou princípios. Diante disso, segundo Bonfim, quando houver conflito de princípios:

Somente saberemos qual deles deverá ser aplicado através de novos métodos hermenêuticos: os critérios de ponderação, razoabilidade ou do chamado “princípio de proporcionalidade”, isto porque os métodos clássicos de interpretação jurídica (literal, lógica teleológica etc) foram concebidos em uma época em que o ordenamento jurídico processual era tido como repositório de “regras”, não sendo concebido naquele tempo, com maior profundidade, o estudo dos princípios. Assim, no caso de os “princípios” serem reputados “regras”, geralmente se aplica uma ou outra delas, por validade, de ordinário recorrendo-se à metodologia hermenêutica clássica. Uma das regras, portanto, sendo cávida, provoca a invalidez de outra, pois as regras são aplicáveis ao modo *all or nothing* (tudo ou nada), enquanto os princípios não são considerados inválidos. (BONFIM, 2006, p. 38)

Portanto, compreende-se que embora a lei seja criada pelo poder competente, e a regra seja determinações específicas para uma determinada situação, os princípios são mais abstratos,

pode coexistir e pode-se dizer que possui uma importância maior que as regras, haja vista fundamentarem todo o ordenamento jurídico.

## **2.4 Princípio da proporcionalidade**

Embora o surgimento do princípio da proporcionalidade remonte à antiguidade, determinado princípio somente conseguiu firma-se durante o período Iluminista.

Não há um conceito claro, uniforme e unânime a respeito da definição do princípio da proporcionalidade, e várias interpretações sobre este princípio utilizam o princípio da razoabilidade ou o princípio do devido processo legal como sinônimo do princípio da proporcionalidade.

Bonfim afirma sobre o princípio da proporcionalidade que:

Esse princípio vem mitigar a proibição absoluta das provas obtidas por meios ilícitos. A fundamentação daqueles que defendem sua existência reside na idéia de que a luta contra a criminalidade, sendo um bem jurídico inegavelmente valioso, justifica, em certas ocasiões, que a utilização de uma prova ilícita seja admissível, desde que haja notória preponderância entre o valor do bem jurídico tutelado em relação aquele que a prova desrespeita. (BONFIM, 2006, p. 301)

Pode-se dizer que foi na Alemanha onde o princípio da proporcionalidade teve raízes mais profunda tanto na doutrina quanto na jurisprudência. Entretanto, somente após a Segunda Guerra Mundial é que o princípio da proporcionalidade atingiu caráter constitucional, sendo aplicado amplamente no Tribunal Constitucional Alemão, embora por muito tempo referido tribunal não tenha utilizado uma interpretação única a respeito do princípio da proporcionalidade.

Na Alemanha o princípio da proporcionalidade somente foi delimitado quando fora estabelecido seus três subprincípios: a adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, elementos esses que devem ser analisados ao aplicar o princípio em questão, e na falta de qualquer um deles ocorreria a impossibilidade da sua aplicação e o ato iria ser considerado desproporcional.

No Brasil o princípio da proporcionalidade não está expressamente na norma constitucional, mas existem algumas teorias que defendem que este princípio está implícito no texto constitucional, havendo teorias que aleguem que o princípio da proporcionalidade deriva do Estado de Direito, outras do princípio da igualdade ou do princípio do devido processo legal.

Assim, embora o princípio da proporcionalidade não esteja expresso na Constituição Federal Brasileira, ele é um princípio implícito respaldado em várias normas constitucionais, como, por exemplo, o princípio da isonomia.

Certo é que na jurisprudência brasileira não há unicidade a respeito da aplicação do princípio da proporcionalidade.

Franco, *apud*, Greco, disserta que:

O princípio da proporcionalidade exige que se faça um juízo de ponderação sobre a relação existente entre o bem que é lesionado ou posto em perigo (gravidade do fato) e o bem de que pode alguém ser privado (gravidade da pena). Toda vez que, nessa relação, houver um desequilíbrio acentuado, estabelece-se, em consequência, inaceitável desproporção. O princípio da proporcionalidade rechaça, portanto, o estabelecimento de cominações legais (proporcionalidade em abstrato) e a imposição de penas (proporcionalidade em concreto) que careçam de relação valorativa com o fato cometido considerado em seu significado global. Tem, em consequência, um duplo destinatário: o poder legislativo (que tem de estabelecer penas proporcionais, em abstrato, à gravidade do delito) e o juiz (as penas que os juízes impõem ao autor do delito têm de ser proporcionadas à sua concreta gravidade). (GRECO, 2016, p. 125)

Ainda, Bonfim afirma sobre o princípio da proporcionalidade que:

Aduz-se, contudo, não ser apenas um “princípio”, tal como estes são tradicionalmente concebidos, mas um princípio mais importante, um “princípio dos princípios”, ou um “superprincípio”, porque, enquanto todos os demais princípios jurídicos são relativos (não absolutos) e admitem flexibilizações ou balanço de valores, o princípio da proporcionalidade é um método interpretativo e de aplicação do direito para a solução do conflito de princípios – metáfora da colisão de princípios – e do balanço dos valores em oposição (ex.: tutela da intimidade em oposição à proteção da segurança pública), não se flexibilizando, configurando-se assim em um princípio absoluto. (BONFIM, 2006, p. 60)

O princípio da proporcionalidade é também conhecido como princípio da proibição do excesso, pois ao se aplicar o princípio da proporcionalidade é vedado que o Estado, ao atuar na posição de acusador ou julgador, pratique, em sua atividade, qualquer excesso, sendo, portanto, necessário que haja moderação.

Sobre o princípio da proibição de excesso aduz Greco:

Por meio do raciocínio da proibição do excesso, dirigido tanto ao legislador quanto ao julgador, procura-se proteger o direito de liberdade dos cidadãos, evitando a punição desnecessária de comportamentos que não possuem a relevância exigida pelo Direito Penal, ou mesmo comportamentos que são penalmente relevantes, mas que foram excessivamente valorados, fazendo com que o legislador cominasse, em abstrato, pena desproporcional à conduta praticada, lesiva a determinado bem jurídico. (GRECO, 2016, p. 127)

Sobre a aplicação do princípio da proporcionalidade pelo Estado, Bonfim disserta que:

A atuação do Estado, portanto, deve ser proporcional, mas uma proporcionalidade, insista-se, obtida através de um método científico. A proporcionalidade, assim, consubstancia-se em três subprincípios, também denominados “teste alemão”, que devem ser concomitante ou sucessivamente atendidos: adequação, necessidade e “proporcionalidade em sentido estrito”. (BONFIM, 2006, p. 62)

A adequação está relacionada a medida apta a alcançar o objetivo visado, ou seja, é uma relação de meio e fim.

Já a necessidade relaciona-se ao fato de que a medida adotada deve representar gravame menos relevante do que o interesse de que visa tutelar, ou seja, deve ter como resultado uma relação custo/benefício que seja benéfica.

E, por fim, a “proporcionalidade em sentido estrito” impõe uma ponderação entre os interesses pautados, de modo que seja possível reconhecer como justificativa a medida utilizada. Sobre a “proporcionalidade em sentido estrito” aduz Bonfim que “a implementação desse princípio relaciona-se ao reconhecimento da prevalência de um interesse sobre o outro” (BONFIM, 2006, p. 63).

Uma outra modalidade do princípio da proporcionalidade diz respeito à proibição de proteção deficiente, a qual está relacionada ao fato de que não se admite que um direito fundamental seja deficientemente protegido, sendo assim, o Estado ao se comprometer pela via constitucional a tutelar bens e valores fundamentais, como, por exemplo, a vida e a liberdade, deve, obrigatoriamente, tutelá-los da melhor forma possível.

Como consequência da violação do princípio da proporcionalidade segundo Bonfim está:

A possibilidade, não somente por parte da parte prejudicada, de sustentar a nulidade do ato judicial (ou inconstitucionalidade da lei aprovada pelo Legislativo) viciado por meio de recursos ordinários, como pré-questionar a violação da Constituição Federal, podendo fundamentar e interpor até mesmo recurso extraordinário, socorrendo-se assim do Supremo Tribunal Federal, como guardião da Constituição Federal. (BONFIM, 2006, p. 64)

Portanto, um ato ou decisão judicial sempre deve respeitar o princípio da proibição de excesso e o princípio da proibição de proteção deficiente, sob pena de nulidade.

## **2.5 Princípio da Razoabilidade**

Diversos doutrinadores alegam que o princípio da proporcionalidade e o princípio da razoabilidade são sinônimos. Diante disso, há várias divergências com relação ao seu conceito e a ligação desses princípios.

Alguns autores utilizam apenas o critério da territorialidade para diferenciar mencionados princípios, haja vista o princípio da proporcionalidade ter surgido na Europa e o princípio da razoabilidade ter origem nos Estados Unidos.

Segundo Barroso, *apud*, Câmara:

O princípio da razoabilidade, com origem no direito anglo-saxão (*Common Law*), como face material da cláusula do *due process of law*, determina que haja uma relação lógica entre o fato (o motivo) e a medida adotada. Isto é, o princípio da razoabilidade enseja a verificação da compatibilidade entre o meio empregado pelo legislador e os fins visados, bem como a aferição da legitimidade dos fins. Para este autor, o princípio da proporcionalidade e o princípio da razoabilidade são sinônimos. (CÂMARA, 2009, p. 61)

Certo é que existem algumas diferenças entre os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

Quanto à origem, como mencionado anteriormente, o princípio da razoabilidade surgiu na jurisprudência norte-americana, diferentemente do princípio da proporcionalidade que teve origem na Europa, sendo aperfeiçoado principalmente pelos alemães.

O princípio da razoabilidade tem fundamento no devido processo legal, já o princípio da proporcionalidade, a doutrina majoritária afirma que fundamenta-se no Estado de Direito.

Pode-se dizer que o conteúdo do princípio da proporcionalidade tem relação com a compatibilidade dos meios com os fins, diferentemente do princípio da razoabilidade, o qual avalia a congruência dos motivos com a finalidade da medida.

Enquanto o princípio da proporcionalidade possui subprincípios (necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito), o princípio da razoabilidade não possui nenhum elemento ou subprincípio.

Para diferenciar os princípios Câmara afirma:

No caso da razoabilidade, a noção do que é razoável é variável conforme o momento histórico e o lugar onde se encontra, com diferentes culturas, religiões, etc. (pode variar de acordo com o senso comum). Já a proporcionalidade pretende dar uma noção mais objetiva, válida de modo perene no tempo e no espaço. (CÂMARA, 2009, p. 62)

Ainda, Câmara alega:

Na proporcionalidade os critérios são pré-definidos (busca-se uma aplicação unificada) e na razoabilidade o conteúdo é mais subjetivo, pois envolve a percepção do bom senso admitido por certa comunidade, que possui seus próprios valores e ideologias que podem ser diferentes de outra comunidade. (CÂMARA, 2009, p. 63)

Diante disso, pode-se concluir que embora parecidos, o princípio da proporcionalidade e o princípio da razoabilidade possui diferenças significativas, buscando o princípio da proporcionalidade solucionar conflitos de direitos fundamentais.

### 3 PROVAS ILÍCITAS POR DERIVAÇÃO

#### 3.1 Conceito

Como já mencionado anteriormente as provas ilícitas são aquelas obtidas através de violação à princípios constitucionais ou preceitos legais de natureza material.

Posto isto, passa-se ao conceito de provas ilícitas por derivação, as quais são aquelas que embora isoladamente consideradas podem ser consideradas lícitas, decorre de informações provenientes de provas ilícitas, tornando-se, assim, ilícitas também.

Capez afirma que as provas ilícitas por derivação são:

Aquelas em si mesmas lícitas, mas produzidas a partir de outra ilegalmente obtida. É o caso da confissão extorquida mediante tortura, que venha a fornecer informações corretas a respeito do lugar onde se encontra o produto do crime, propiciando a sua regular apreensão. Esta última prova, a despeito de ser regular, estaria contaminada pelo vício na origem. (CAPEZ, 2010, p. 346)

As provas ilícitas por derivação são consideradas inadmissíveis no processo penal, não podendo ser aceitas, haja vista estarem contaminadas pelo vício de ilicitude em sua origem, o qual atinge todas as provas obtidas posteriormente.

A esse respeito, Capez aduz “essa categoria de provas ilícitas foi reconhecida pela Suprema Corte norte-americana, com base na teoria dos “frutos da árvore envenenada” – *fruits of the poisonous tree* –, segundo a qual o vício da planta se transmite a todos os seus frutos” (CAPEZ, 2010, p. 347).

Ainda, Reis alega:

Muito antes de o legislador introduzir em nosso ordenamento a proibição de utilização da prova ilícita por derivação, o Supremo Tribunal Federal passou a adotar a teoria dos frutos da árvore envenenada (*fruits of the poisonous tree doctrine*), que preconiza

a imprestabilidade da prova em si mesma lícita, mas cuja obtenção tenha derivado de ação ilícita. (REIS; GONÇALVES, 2018, p. 281)

Em 2008 surgiu a Lei 11.690, a qual passou a definir expressamente a vedação da utilização das provas ilícitas por derivação, as quais até então não possuíam proibição expressa, mas sim uma utilização pelo tribunal da já mencionada teoria dos frutos da árvore envenenada.

Segundo Reis:

A partir da edição da Lei n. 11.690/2008, a lei processual passou a prever, expressamente, a inadmissibilidade da prova ilícita por derivação (art. 157, § 1º, primeira parte, do CPP), em consonância com o então já pacificado entendimento jurisprudencial, de modo a estabelecer que as provas obtidas por meio ilícito contaminam as provas ulteriores que, embora produzidas licitamente, tenham se originado das primeiras. (REIS; GONÇALVES, 2018, p. 281)

Ante todo o exposto, nota-se que as provas ilícitas por derivação embora tenham sido obtidas por meios lícitos, decorreram de informações originadas em provas ilícitas, sendo, portanto, inadmissíveis no processo penal e devem ser desentranhadas do processo.

### 3.2 Surgimento da “Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada”

O Supremo Tribunal Federal, antes de introduzir as provas ilícitas por derivação no ordenamento jurídico brasileiro, já adotava a teoria dos frutos da árvore envenenada, que foi criada pela Suprema Corte norte-americana, a partir do julgamento do caso *Silverthorne Lumber Co v. United States* em 1920, em que a empresa *Silverthorne Lumber Co* tentou sonegar pagamento de tributos federais e para combater a fraude, agente federais de maneira irregular copiaram os livros fiscais da empresa e a partir desses livros obtiveram outras provas da fraude.

Diante disso, a Suprema Corte norte-americana decidiu pela inadmissibilidade dessas provas, haja vista terem sido derivadas de atos ilegais, pois caso as utilizassem estaria encorajando a desrespeitar a 4º Emenda da Constituição Norte-Americana, e a partir disso as cortes americanas passaram a não admitir qualquer prova, ainda que lícita em si mesma, oriunda de práticas ilegais (CAPEZ, 2010, p. 346-353).

Bonfim disserta a respeito da teoria do fruto da árvore envenenada que:

A denominação de teoria ou doutrina “dos frutos da árvore envenenada” – também utilizada no singular, “fruto da árvore envenenada” –, literal tradução do inglês (*fruit of the poisonous tree doctrine*), diz respeito a um conjunto de regras jurisprudenciais nascidas na Suprema Corte norte-americana, segundo as quais as provas obtidas licitamente, mas que sejam derivadas ou sejam consequência do aproveitamento de informação contida em material probatório obtido com violação dos direitos

constitucionais do acusado, estão igualmente viciadas e não podem ser admitidas na fase decisória do processo penal. Vale dizer: tal teoria sustenta que as provas ilícitas por derivação devem igualmente ser desprezadas, pois “contaminadas” pelo vício (veneno) da ilicitude do meio usado para obtê-las. (BONFIM, 2006, p. 293-294)

Neste contexto Capez expressa que:

No Brasil, Grinover, Scarance e Magalhães sustentam que a ilicitude da prova se transmite a tudo o que dela advier, sendo inadmissível as provas ilícitas por derivação, dentro do nosso sistema constitucional: “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 igualmente banidas do processo”. (CAPEZ, 2010, p. 347)

Ainda, a respeito do fruto da árvore envenenada Bonfim ressalta que:

Para se considerar uma determinada prova como fruto de uma árvore envenenada, deve-se estabelecer uma conexão entre ambos os extremos da cadeia lógica; dessa forma, deve-se esclarecer quando a primeira ilegalidade é condição *sine qua non* e motor de obtenção posterior das provas derivadas, que não teriam sido obtidas não fosse a existência de referida ilegalidade originária. Estabelecida a relação, decreta-se sua ilicitude. (BONFIM, 2006, p. 294)

Portanto, a teoria do fruto da árvore envenenada, a qual tem origem norte-americana, durante anos foi utilizada no Brasil, pelos tribunais, para fundamentar suas decisões a respeito da inadmissibilidade das provas ilícitas por derivação no processo penal.

### 3.3 Lei 11.690/08

No Brasil como não havia fundamento legal que regulasse as provas ilícitas por derivação, a solução para os casos práticos brasileiro, em que haviam provas ilícitas por derivação, era buscada em doutrinas e jurisprudência, bem como adotava a teoria dos frutos da árvore envenenada, até que em 2008 entrou em vigor a Lei 11.690 que passou a prever expressamente a inadmissibilidade das provas ilícitas por derivação e modificou a redação do artigo 157 do Código do Processo Penal, dispondo que:

Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação as 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. (BRASIL, 1941)

Portanto, é certo que as provas ilícitas por derivação, que são aquelas provas que embora tenham sido produzidas licitamente se originaram de provas obtidas por meio ilícitos, estão contaminadas e são proibidas de serem utilizadas, devendo ser desentranhadas do processo, conforme expresso no artigo 157, § 1º, do Código de Processo Penal.

Capez afirma que “visando regulamentar o preceito contido no art. 5º, LVI, da Carta Magna, foi editada a Lei n. 11.690/2008, que disciplinou, no art. 157 do Código de Processo Penal, a matéria relativa às provas ilícitas” (CAPEZ, 2010, p. 353).

Ainda, a respeito da criação da Lei 11.690/2008 Capez aduz que:

Em primeiro lugar, a lei, respeitando o comando constitucional, deixou bem clara a inadmissibilidade das provas ilícitas, não distinguindo as provas produzidas com violação das disposições materiais daquelas realizadas em contrariedade às disposições processuais. (CAPEZ, 2010, p. 353)

Capez fez ressalvas a criação da Lei 11.690/2008 e alegou que:

Essa vedação legal não será apta a afastar a incidência do princípio constitucional da proporcionalidade, admitindo-se a prova ilícita sempre que estiverem em jogo interesse de extrema magnitude para o cidadão, como a vida, a liberdade e a segurança. (CAPEZ, 2010, p. 353)

Há duas exceções a essa vedação, que ocorrem quando não evidenciado o nexo de causalidade entre as provas originariamente ilícitas e as obtidas posteriormente por meio lícito, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras.

Neste contexto Capez disserta que:

Em face de sedimentado entendimento doutrinário e jurisprudencial, o art. 157 do CPP albergou a teoria dos frutos da árvore envenenada e trouxe limites a ela, inspirando-se na legislação norte-americana, de forma a se saber quando uma prova é ou não derivada da ilícita, isto é, a lei procurou trazer contornos para o estabelecimento do nexo causal entre uma prova e outra. (CAPEZ, 2010, p. 354)

A respeito do nexo de causalidade aduz Bonfim que:

É possível que tenha havido a ruptura da cadeia causal ou esta se tenha enfraquecido suficientemente em algum momento, de modo a se fazer possível a admissão de determinada prova, porque não alcançada pelo efeito reflexo da ilegalidade praticada originariamente. (BONFIM, 2006, p. 294)

Diante disso, nota-se que a Lei 11.690/2008 modificou o conteúdo do artigo 157, do Código de Processo Penal, haja vista ter fixado importantes pilares para o sistema de avaliação das provas ilícitas, bem como a partir da criação dessa lei passou a se prever expressamente a

inadmissibilidade das provas ilícitas por derivação, no artigo 157, § 1º, do Código de Processo Penal.

### 3.4 Definição de fonte independente e descoberta inevitável

Considera-se fonte independente e descoberta inevitável aquela prova que embora derivada da prova ilícita seria inevitavelmente obtida de qualquer outro modo, através de um meio legítimo, ou o elemento autônomo de informação que, embora derivado da prova ilícita, não teve a ação maculada como causa determinante, como expressa o artigo 157, § 1º, parte final, do Código de Processo Penal.

O artigo 157, § 2º, do Código de Processo Penal conceitua o que se entende por fonte independente: “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”. (BRASIL, 1941)

Reis define como elemento autônomo de informação como sendo:

*A independent source exception* do direito norte-americano. Em tais casos, apenas aparentemente as provas secundárias derivam da ação ilícita pois na verdade, foram alcançadas em decorrência de meios lícitos. (REIS; GONÇALVES, 2018, p. 282)

Segundo Nucci:

A prova originária de fonte independente não se macula pela ilicitude existente em prova correlatada. Imagine-se que, por escuta clandestina, logo ilegal, obtém-se a localização de um documento incriminador em relação ao indiciado. Ocorre que, uma testemunha, depondo regularmente, também indicou à polícia o lugar onde se encontrava o referido documento. Na verdade, se esse documento fosse apreendido unicamente pela informação surgida da escuta seria prova ilícita por derivação e inadmissível no processo. Porém, tendo em vista que ele teve fonte independente, vale dizer, seria encontrado do mesmo modo, mesmo que a escuta não tivesse sido feita, pode ser acolhido como prova lícita. (NUCCI, 2014, p. 339)

Já para definir o que seria uma descoberta inevitável Reis aduz que:

A lei atribui validade à prova derivada da ação ilícita quando, embora existindo nexos causal entre ambas, trate-se de hipóteses de descoberta inevitável (*inevitable discovery exception* do direito norte-americano). Essa exceção deve ser acolhida quando evidenciado que a rotina da investigação levaria à obtenção legal da prova que, circunstancialmente, foi alcançada por meios ilícitos. (REIS; GONÇALVES, 2018, p. 282)

A respeito das exceções sobre a inadmissibilidade das provas ilícitas por derivação mencionadas Reis afirma:

Essas duas exceções, embora similares em relação aos efeitos (validade da prova delas decorrente) e à finalidade (reconduzir a acusação à situação que estaria acaso a ilicitude não estivesse sido praticada), diferenciam-se pela circunstância de que, enquanto a exceção da fonte independente exige que a prova controvertida seja realmente obtida de forma legal, a exceção da descoberta inevitável exige apenas que haja fundada convicção de que a prova, conquanto obtida ilegalmente, seria inevitavelmente descoberta por meios lícitos. (REIS; GONÇALVES, 2018, p. 282-283)

Portanto, considera-se fonte independente toda aquela prova que embora possua uma prova ilícita correlata, seria obtida de outra maneira lícita, ou seja, através de qualquer outro meio lícito. Já a descoberta inevitavelmente, como o próprio nome diz, é aquela que seria inevitavelmente descoberta por meios legais.

## **4 PROVAS ILÍCITAS E O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE**

### **4.1 As provas ilícitas e o princípio da proporcionalidade**

Certo é que no processo penal a apresentação das provas é fundamental, haja vista ela ser utilizada para embasar o convencimento do juiz e serem utilizadas pelo magistrado para fundamentar sua decisão.

Ainda, as provas possuem grande valor, pois elas são instrumentos que irão demonstrar a veracidade dos fatos, sendo certo que a verdade no processo penal tem como objetivo descobrir o autor da infração para que assim o Estado possa punir o verdadeiro culpado pelo ocorrido.

Tourinho Filho, *apud*, Câmara, afirma sobre o princípio da verdade real no processo penal:

A função punitiva do Estado deve ser dirigida aquele que, realmente, tenha cometido uma infração; portanto o Processo Penal deve tender à averiguação e descobrimento da verdade real, da verdade material, como fundamento da sentença. (CÂMARA, 2008, p. 64)

Segundo Capez no princípio da verdade real “o juiz tem o dever de investigar como os fatos se passaram na realidade, não se conformando com a verdade formal constante dos autos” (CAPEZ, 2010, p. 73).

Portanto, nota-se que em razão do princípio da verdade real o juiz não precisa ficar limitado as informações que estão nos autos, mas deve utilizar de diversos meios para conseguir descobrir o que verdadeiramente aconteceu e assim encontrar o real culpado pela infração.

A esse respeito Câmara disserta que:

Diante do princípio da verdade real o juiz não precisa ficar adstrito às informações constantes nos autos, e sim deve utilizar-se de vários elementos para alcançar (o mais próximo possível) os reais acontecimentos do fato para descobrir quem realmente é o culpado pela infração, podendo até aceitar provas contaminadas com vícios de legalidade que trazem, por exemplo, o verdadeiro culpado do fato. (CÂMARA, 2009, p. 64-65)

A possibilidade ou não da utilização das provas ilícitas, é argumento de discussão, pois de acordo com a nova redação do Código de Processo Penal as provas ilícitas deverão ser desentranhadas do processo em razão da existência de vícios no momento de sua obtenção.

Aduz o artigo 157, do Código de Processo Penal que “são inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais” (BRASIL, 1941).

Sobre o desentranhamento dessas provas ilícitas Capez expressa que:

A autorização para a destruição da prova ilícita, por sua vez tem suscitado diversos questionamentos, pois poderá inviabilizar a propositura de uma futura revisão criminal, isto é, a utilização dessa prova a favor do acusado, a fim de buscar a sua inocência. É importante assinalar que a matéria relativa à prova ilícita tem cunho nitidamente constitucional e, muito embora a Carta Magna e o art. 157 do CPP vedem a produção dessa prova, isto não terá o condão de afastar princípios constitucionais como o da proporcionalidade, que autorizam a utilização da prova ilícita sempre que bens de maior magnitude, como a vida e a liberdade do indivíduo, estejam em jogo. Desse modo, constitui medida bastante temerária a inutilização dessa prova, pois ela poderá constituir elemento importante a embasar futura revisão criminal, constituindo, assim, prova para a defesa. (CAPEZ, 2010, p. 354)

Certo é que a Carta Magna embora preveja em seu artigo 5º, LVI, o princípio da inadmissibilidade de provas ilícitas no processo, ela também dispõe diversos princípios e garantias fundamentais que colidem com o mencionado princípio.

Em razão desse conflito de princípios surge a necessidade da aplicação do princípio da proporcionalidade, para que assim possa ser feito uma análise do caso concreto e seja

identificado o princípio mais importante no caso que estiver sendo analisado e desta maneira destacar um princípio em relação aos outros.

Câmara alega a respeito dos princípios constitucionais que:

Entre outros princípios elencados na Constituição o direito à vida é o mais valioso, em seguida vem o direito à dignidade da pessoa humana e o da liberdade, sendo estes bens jurídicos de maior importância no ordenamento jurídico brasileiro, por isso, a Constituição Federal os protege por meio de vários princípios, os quais podem ser destacados: o do devido processo legal, que já engloba o do contraditório e da ampla defesa, o da presunção de inocência, o de legalidade etc. De tal forma, fica claro e evidente que esses princípios (possuem maior valor) se sobrepõem à norma constitucional que proíbe a utilização de prova ilícita (possui menor valor). (CÂMARA, 2009, p. 65)

Nesse contexto, percebe-se que embora a possibilidade do réu usar de uma prova ilícita como a única forma de provar sua inocência possa ferir alguns princípios constitucionais e processuais, quando se analisa quais direitos do ser humano são mais importantes, como, por exemplo, o direito à vida ou o direito à dignidade humana, em face da acusação do Estado, é possível admitir a utilização da prova ilícita no processo penal.

A respeito da origem do princípio da proporcionalidade Capez disserta que:

Foi na Alemanha, no período do pós-guerra, que se desenvolveu a chamada teoria da proporcionalidade (*Verhältnismäßigkeitsprinzip*). De acordo com essa teoria, sempre em caráter excepcional e em casos extremamente graves, tem sido admitida a prova ilícita, baseando-se no princípio do equilíbrio entre os valores contrastantes (admitir uma prova ilícita para um caso de extrema necessidade significa quebrar um princípio geral para atender a uma finalidade excepcional justificável). (CAPEZ, 2010, p. 349)

Diante disso, ao sobrepor um princípio ou norma sobre outro está se utilizando o princípio da proporcionalidade.

Grinover, *apud*, Câmara disserta sobre o princípio da proporcionalidade que:

A teoria, hoje dominante, da inadmissibilidade processual das provas ilícitas, colhidas com infringência a princípios ou normas constitucionais, vem, porém, atenuada por outra tendência, que visa corrigir possíveis distorções a que a rigidez da exclusão poderia levar em casos de excepcional gravidade. Trata-se do denominado *verhältnismässigkeit prinzip* (sic), ou seja, de um critério de proporcionalidade, pelo qual os tribunais da então Alemanha Federal, sempre em caráter excepcional e em casos extremamente graves, têm admitido a prova ilícita, baseando-se no princípio do equilíbrio entre valores fundamentais contrastantes. (CÂMARA, 2009, p. 66)

Compreende-se assim que, conforme o princípio da proporcionalidade, quando houver um conflito entre valores constitucionais, estes serão analisados no caso concreto para se verificar qual irá prevalecer.

Segundo Bonfim:

A concretude do caso, suas especificidades, ditarão a preferência, balizada pela aplicação metodológica do princípio da proporcionalidade e seus subprincípios (“teste alemão”). Isso se deve à visão contemporânea de que a Constituição é um “sistema aberto” de regras e princípios, isto é, sofre o sistema normativo a constante influência de elementos externos, tais como valores culturais, econômicos e sociais, que são extremamente dinâmicos e variáveis. (BONFIM, 2006, p. 297)

Nesse contexto ressalva Bonfim que:

Assim, a busca da verdade real ganha amplitude no moderno processo penal, uma vez que a inadmissibilidade absoluta de provas obtidas por meios ilícitos, conquanto notável garantia constitucional-processual, afronta o princípio do livre convencimento do juiz na medida em que obriga o magistrado a desconsiderar a realidade, ou seja, a busca da verdade real. Por isso, conforme assevera José Roberto dos Santos Bedaque, “não se pode concordar com a absoluta desconsideração das provas ilícitas. Imagine-se a situação do magistrado que, sabendo da existência de provas que permitirão o esclarecimento dos fatos sobre os quais ele deverá decidir, não possa determinar a sua produção. Ou se elas já se encontrarem nos autos, deverá ignorá-las e decidir de forma oposta àquela decorrente da sua convicção?”

Logo, a aplicação do princípio da proporcionalidade se faz necessária para garantir a efetiva tutela dos direitos individuais, conferindo ao juiz a possibilidade de valorar a relevância dos interesses em juízo. (BONFIM, 2006, P. 297-298)

Desta maneira, quando o princípio da inadmissibilidade das provas ilícitas no processo conflitar com outro princípio de maior valor, como, por exemplo, o da liberdade, poderá ignorar-se o princípio da inadmissibilidade das provas ilícitas para se fazer valer o princípio que se sobrepor.

Para Prado, *apud*, Câmara:

Assim, tem como base o equilíbrio, a proporcionalidade entre valores contrastantes. Dessa forma, o princípio da vedação às provas ilícitas não deve ser visto como absoluto, sendo excepcionalmente relevado, sempre que estiver em jogo um valor significativo, podendo um princípio de menor importância ceder a um de maior importância.

Sabe-se que não existe hierarquia entre os princípios. Devem sempre ser analisados no caso concreto, atribuindo-se valor a cada um dos princípios envolvidos. Se existir alguma circunstância mais importante a ser protegida que a vedação ao uso das provas ilícitas, pode-se, aplicando-se este princípio da proporcionalidade, afastar aquela proibição. (CÂMARA, 2009, p. 66-67)

Nesse contexto já existe até julgamento no Superior Tribunal de Justiça a favor da aplicação do princípio da proporcionalidade para a utilização de provas ilícitas:

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 em 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 (verfassungsmäßigkeitsaktualisierung), 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 tranquila. Sempre é invocável o princípio da ‘Razoabilidade’ (Reasonableness). O ‘princípio da exclusão das provas ilicitamente obtidas’ (Exclusionary Rule) também lá pede temperamentos. Ordem denegada (Acórdão da 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, publicado no DJU de 26.02.96, p. 4.084, rel. Adhemar Maciel, autos do HG nº 3982/RJ, v.u.)

Sobre a admissibilidade de provas ilícitas no processo penal Câmara ressalta que:

Além do princípio da proporcionalidade, outro motivo lógico para a aceitação das provas ilícitas é que não seria justo deixar alguém ser condenado por uma infração penal (violação ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, liberdade, presunção de inocência, etc.) quando é possível demonstrar sua inocência através de uma prova ilicitamente (se esta obtenção violar princípios de menor valia). (CÂMARA, 2009, p. 67-68)

Ante todo o exposto, certo é que embora diversas jurisprudências e doutrinas defendam não ser admissível as provas ilícitas no processo penal em razão do princípio da inadmissibilidade das provas ilícitas, diversas correntes estão surgindo admitindo o uso de provas ilícitas no processo, utilizando como base o princípio da proporcionalidade em casos excepcionais onde este princípio sobressair sobre os demais princípios, haja visto nenhum princípio ser absoluto.

A esse respeito Câmara afirma:

Nesse sentido destaca-se o princípio da proporcionalidade como moderador de direitos fundamentais. Os direitos e garantias fundamentais não são absolutos, e pode haver colisão de dois direitos diante de um caso concreto, assim, um direito pode ser relativizado diante de outro com maior peso jurídico. (CÂMARA, 2009, p. 75)

A inadmissibilidade das provas ilícitas no processo é prevista na Constituição Federal, todavia este princípio, assim como todos as demais normas constitucionais, não é absoluto. Portanto, o princípio da inadmissibilidade das provas ilícitas pode ser desconsiderado, utilizando-se o princípio da proporcionalidade, quando houver conflito daquele princípio com outro princípio que esteja protegendo um direito ou garantia fundamental de maior relevância.

Neste contexto Greco Filho, *apud*, Câmara, aduz que:

O texto constitucional parece, contudo, jamais admitir qualquer prova cuja obtenção tenha sido ilícita. Entendo, porém, que a regra não seja absoluta, porque nenhuma regra constitucional é absoluta, uma vez que tem de conviver com outras regras ou princípios também constitucionais. Assim, continuará a ser necessário o confronto ou peso entre os bens jurídicos, desde que constitucionalmente garantidos, a fim de se admitir, ou não, a prova obtida por meio ilícito. (CÂMARA, 2009, p. 76)

Fernandes, *apud*, Câmara, a fim de reforçar a importância da aplicação do princípio da proporcionalidade utiliza como exemplo:

Para evitar a fuga de presos perigosos de um estabelecimento penitenciário, abriu-se as correspondências desses presos, violando o sigilo de correspondência (art. 5º, XII, da CRFB/88), descobrindo-se que, além do plano de fuga, havia um plano para sequestrar um juiz. Assim, evitou-se a fuga e o sequestro. Se fosse levado ao extremo o princípio da inviolabilidade de sigilo da correspondência e o da inadmissibilidade das provas ilícitas, não teriam descoberto o plano e essas cartas não poderiam ser utilizadas como prova no processo criminal. (CÂMARA, 2009, p. 77)

Portanto, deve-se sempre analisar cada caso concreto que possua conflitos de princípio fundamentais e diante disso fazer o uso do princípio da proporcionalidade para analisar o peso de cada um e assim estabelecer qual princípio é o mais importante, ou seja, o princípio que tem maior relevância no caso que estiver sendo analisado, sendo certo que para se fazer essa análise deve-se levar em consideração os subprincípios do princípio da proporcionalidade, sendo eles a adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Nesta acepção Câmara expõe:

O afastamento da vedação das provas ilícitas só deve ser feito em casos graves, em que a situação concreta exija o balanceamento de princípios constitucionais. Porém, de fato não deverá ser tranquila a função do juiz quando da valoração desses direitos fundamentais colocados em confronto, já que ambos possuem pesos distintos conforme a situação que se apresentam. (CÂMARA, 2009, p. 78-79)

Sobre a possibilidade da relativização da vedação à prova ilícita no processo penal Bonfim disserta que:

Em homenagem ao princípio da proporcionalidade (para alguns “razoabilidade”), na busca pelo equilíbrio entre o respeito às garantias fundamentais do cidadão e um processo penal justo e eficaz, os tribunais pátrios, têm, por vezes, mitigado a vedação às provas ilícitas, admitindo como eficaz a prova que em princípio seria considerada ilícita, desde que não se adote ela como único elemento de convicção e que seu teor corrobore os demais elementos probatórios recolhidos no processo. (BONFIM, 2006, p. 299)

Ainda, Câmara afirma:

Assim, o princípio da proporcionalidade quando aplicado para afastar o princípio da vedação das provas ilícitas não tem o escopo de ferir um direito individual, mas, ao contrário, pretende assegurar o exercício de outro direito individual de maior importância. (CÂMARA, 2009, p. 81)

Portanto, nota-se que a teoria da admissibilidade das provas ilícitas no processo penal, em razão do princípio da proporcionalidade é de grande importância ao se analisar cada caso concreto.

#### 4.2 Admissibilidade das provas ilícitas a favor do réu

Embora muitos doutrinadores sejam a favor da utilização das provas ilícitas no processo penal, essa admissão não é ilimitada, haja vista a maioria dos doutrinadores serem a favor da aceitação das provas ilícitas apenas a favor do réu.

Mendonça, *apud*, Câmara, alega que:

De qualquer sorte, é importante ressaltar que a doutrina majoritária entende admissível a prova ilícita *pro reo*, ou seja, para comprovar a inocência do acusado. Se a vedação foi estabelecida como garantia do indivíduo, não poderia ser utilizada em seu desfavor, quando necessária para comprovar a inocência. Ademais, outro fundamento comumente invocado para a admissão da prova ilícita *pro reo* é que haveria, nesta situação, exclusão da ilicitude, em razão da caracterização do estado de necessidade. (CÂMARA, 2009, p. 82)

Em razão do direito à liberdade do réu ser mais importante que a vedação a utilização das provas ilícitas, este se tornou um dos fundamentos mais utilizado para que haja a admissibilidade da prova ilícita no processo quando ela for a única maneira de se provar a inocência do réu, utilizando-se o princípio da proporcionalidade.

Outro argumento utilizado é que a utilização das provas ilícitas pelo réu é também uma maneira de assegurar que haja justiça, não se condenando uma pessoa inocente.

Fernandes, *apud*, Câmara aduz:

Não se pode olvidar, ainda, que, segundo forte corrente, a prova ilícita em favor do réu deve ser admitida quando seja meio eficaz de evitar condenação injusta. Nessa ótica, não deveria o tribunal determinar o desentranhamento pedido pelo Ministério Público quando, sem a prova, o réu seria condenado, alterando-se anterior solução absolutória. Haveria, aqui, aplicação da proporcionalidade. É ampla a aceitação de que seja ele aplicado aos casos em que a prova da inocência de réu depende de prova produzida de maneira ilícita. Não se conseguiria justificar a condenação, até mesmo a pena elevada, de uma pessoa quando há nos autos prova de

sua inocência, ainda que não tenha sido obtida por meio lícitos. (CÂMARA, 2009, p. 84)

Ainda, Bonfim disserta que:

Como, porém, a proibição da prova ilícita é uma garantia individual contra o Estado, predomina o entendimento na doutrina de que seja possível a utilização de prova favorável ao acusado, ainda que colhida com infringência a direitos fundamentais seus ou de terceiros, e, quando produzida pelo próprio interessado (como a gravação de conversação telefônica em caso de extorsão, por exemplo), traduz hipótese de legítima defesa, que exclui a ilicitude. (BONFIM, 2006, p. 295)

Segundo alguns doutrinadores o réu poderia fazer o uso das provas ilícitas em razão do estado de necessidade e legítima defesa.

Nesse sentido Câmara afirma:

Também, é possível encontrar na doutrina o fundamento de que o princípio da ampla defesa (art. 5º, LV) previsto na Constituição, o princípio da presunção de inocência e o princípio do favor rei garantem ao réu utilizar de todos os métodos possíveis (existem limites) para provar sua inocência. (CÂMARA, 2009, p. 85)

Sobre a admissibilidade de provas ilícitas no processo penal em favor do réu Capez disserta:

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. (CAPEZ, 2010, p. 351)

Portanto, quando a prova ilícita for a única maneira de se afastar uma condenação injusta do réu, utilizando-se o princípio da proporcionalidade, poderá se fazer uso dessa prova para se admiti-la no processo penal.

### **4.3 Admissibilidade das provas ilícitas a favor da sociedade**

Embora grande parte da doutrina não admita a utilização das provas ilícitas em favor da sociedade, existem algumas discussões sobre o tema.

Nesse contexto Fernandes, *apud*, Câmara, dispõe que “outros entendem que o princípio também pode servir à acusação, justificando-se com a aplicação do princípio da isonomia, principalmente em face da crescente criminalidade organizada” (CÂMARA, 2009, p. 87).

Sobre a aceitação de provas ilícitas a favor da sociedade Capez aduz que:

Embora seja praticamente pacífica a aplicação do princípio da proporcionalidade somente *pro reo*, o Superior Tribunal de Justiça, em um julgamento, surpreendentemente admitiu sua incidência também *pro societate*. Anteriormente à Lei n. 9.296, de 24 de julho de 1996, que disciplinou a interceptação das comunicações telefônicas, a 6ª Turma do STJ, contrariando a orientação do STF, decidiu que, havendo expressa autorização do juiz, e contanto que esta autorização “não seja dada fora dos princípios lógicos”, é perfeitamente viável a aceitação da prova obtida mediante interceptação telefônica, uma vez que a exigência constitucional de lei estabelecendo as hipóteses de restrição ao sigilo “só tem lugar sem a observância do sistema constitucional, e cairia em outro absurdo, o de que um texto feito em defesa da sociedade, do homem de bem, deve ser utilizado para proteger um marginal. Isso não entra na cabeça de ninguém, nem do juiz, dentro de seu equilíbrio, da sua isenção, porque o juiz também é humano, e percebe as coisas fora do processo”. Mais adiante, o julgado sustentou que, pelo fato de estar cumprindo pena em presídio, não teria o preso direito de invocar a cláusula constitucional, pois, além de não estar em seu domicílio, a proteção constitucional não se presta a acobertar a prática de ilícitos penais. A decisão foi proferida nos autos do HC 3.982/RJ, em 5-12-1995, e teve como relator o Min. Adhemar Maciel, encontrando-se publicada no DJU, 26 fev. 1996, p. 4084 (*apud* Boletim Informativo do IBCCRIM, maio de 1996). (CAPEZ, 2010, p. 351)

Em razão do Estado possuir outros meios para obter provas de maneira legal muito doutrinadores afirmam que o Estado não poderia utilizar-se de provas ilícitas para condenar o réu.

Ainda, como a Constituição garante os direitos e garantias fundamentais do homem, e possui normas que objetivam a proteção do indivíduo contra possíveis abusos do Estado, não poderia ser utilizada as provas ilícitas em favor do Estado, uma vez que a inadmissibilidade das provas ilícitas está prevista na Constituição.

Entretanto, como a sociedade atual cada vez mais vem sofrendo com o grande número de criminalidade, gerando assim inseguranças para o indivíduo viver tranquilamente em sociedade, a relativização da inadmissibilidade das provas ilícitas a favor da sociedade seria de grande valia.

Nesse sentido Câmara aduz que “por esses motivos, muitas vezes a captação de provas desses tipos de delitos só seria possível com a violação de algum direito ou garantia fundamental do indivíduo, como o direito à intimidade com as interceptações telefônicas” (CÂMARA, 2009, p. 88).

Ainda, Câmara afirma:

Pois, negar a aplicação deste princípio de forma incontestável é impossibilitar que todos os indivíduos recebam uma resposta do Estado em situações graves, deixando toda a sociedade desprotegida diante dos atos ilícitos dos criminosos, em casos em que a prova da autoria só poderia ser verificada mediante prova ilícita. Prejudicando as pessoas de bem e beneficiando os delinquentes. (CÂMARA, 2009, p. 89)

Ressalva Câmara que:

Se a liberdade individual pode ser assegurada com a aplicação do princípio da proporcionalidade no caso em que o réu está sendo acusado injustamente, nada mais justo poder aplicar este princípio para resguardar a liberdade coletiva que está sendo ameaçada com o progresso da violência. Não poderia o criminoso alegar direitos fundamentais para garantir sua impunidade. (CÂMARA, 2009, p. 90)

Por fim, para assegurar a admissibilidade das provas ilícitas a favor da sociedade Capez dispõe que:

Mais delicada, portanto, é a questão da adoção do princípio da proporcionalidade *pro societate*. Aqui, não se cuida de um conflito entre o direito ao sigilo e o direito da acusação à prova. Trata-se de algo mais profundo. A acusação, principalmente a promovida pelo Ministério Público, visa resguardar valores fundamentais para a coletividade, tutelados pela norma penal. Quando o conflito se estabelecer entre a garantia do sigilo e a necessidade de se tutelar a vida, o patrimônio e a segurança, bens também protegidos por nossa Constituição, o juiz, utilizando seu alto poder de discricionariedade, deve sopesar e avaliar os valores contrastantes envolvidos. Suponhamos uma carta apreendida ilicitamente, que seria dirigida ao chefe de uma poderosa rede de narcotráfico internacional, com extensas ramificações com o crime organizado. Seria mais importante proteger o direito do preso ao sigilo de sua correspondência epistolar, do qual se serve para planejar crimes, do que desbaratar uma poderosa rede de distribuição de drogas, que ceifa milhões de vidas de crianças e jovens? Certamente não. Não seria possível invocar a justificativa do estado de necessidade?

Nesse sentido, interessante acórdão do STF: “A administração penitenciária, com fundamento em razões de segurança pública, pode, excepcionalmente, proceder à interceptação da correspondência remetida pelos sentenciados, eis que a cláusula da inviolabilidade do sigilo epistolar não pode constituir instrumento de salvaguarda de práticas ilícitas” (STF, HC 70.814-5, rel. Min. Celso de Mello, DJU, 24 jun. 1994, p. 16649). A prova, se imprescindível, deve ser aceita e admitida, a despeito de ilícita, por adoção do princípio da proporcionalidade, que deve ser empregada *pro reo* ou *pro societate*. Ressalvamos apenas a prática de tortura, que, por afrontar normas de direito natural, anteriores e superiores às próprias Constituições, jamais pode ser admitida, seja para que fim for. A tendência, entretanto, tanto da doutrina quanto da jurisprudência é a de aceitar somente *pro reo* a proporcionalidade (STF, 1ª T., HC 74.678/DF, rel. Min. Moreira Alves. Apud Uadi Lammêgo Bulos, Constituição Federal anotada, cit., p. 245). (CAPEZ, 2010, p. 352-353)

Portanto, embora a maioria da doutrina não aceite a admissão de provas ilícitas a favor da sociedade, ao utilizar o princípio da proporcionalidade, diante do alto número de criminalidade, alguns doutrinadores defendem essa relativização no uso das provas ilícitas, pois a sociedade também deve ser resguardada, devendo o juiz analisar o caso concreto.

#### 4.4 Provas ilícitas por derivação e o princípio da proporcionalidade

Ante todo o exposto evidenciou-se que ao se fazer a análise do caso concreto irá se verificar a possibilidade da flexibilização da inadmissibilidade do uso de provas ilícitas no processo penal, utilizando-se do princípio da proporcionalidade.

Pois bem, essa flexibilização também deve-se ser aplicada quando se tratar das provas ilícitas por derivação, as quais embora sejam vedadas no processo penal, sendo certo que sua vedação está expressa no artigo 157, §1º, do Código de Processo Penal, também podem ter seu uso relativizado através da aplicação do princípio da proporcionalidade.

Certo é que há casos em que não é proporcional a inadmissibilidade sempre de toda e qualquer prova ilícita, pois o interesse que se quer defender é muita mais relevante, afirmando Fernando Capez que:

Entendemos não ser 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 intimidade 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. (CAPEZ, 2010, p. 349)

Diante disso, aplica-se o princípio da proporcionalidade, o qual segundo Rogério Greco “exige que se faça um juízo de ponderação sobre a relação existente entre o bem que é lesionado ou posto em perigo (gravidade do fato) e o bem de que pode alguém ser privado (gravidade da pena)”. (GRECO, 2016, p. 125)

Nesse contexto ressalva Capez:

Em outras palavras, o direito à liberdade (no caso da defesa) e o direito à segurança, à proteção da vida, do patrimônio etc. (no caso da acusação) muitas vezes não podem ser restringidos pela prevalência do direito à intimidade (no caso das interceptações telefônicas e das gravações clandestinas) e pelo princípio da proibição das demais provas ilícitas.

Entra aqui o princípio da proporcionalidade, segundo o qual não existe propriamente um conflito entre as garantias fundamentais. No caso de princípio constitucionais contrastantes, o sistema faz atuar um mecanismo de harmonização que submete o princípio de menor relevância ao de maior valor social. (CAPEZ, 2010, p. 349)

A respeito do princípio da proporcionalidade e a aplicação nas provas ilícitas afirma Reis que:

Tem aceitação na doutrina o critério da proporcionalidade, segundo o qual a vedação à utilização da prova ilícita não tem caráter absoluto, motivo pelo qual a proibição pode ser mitigada quando se mostrar em aparente confronto com outra norma ou princípio de estatura constitucional. A aplicação desse critério decorre da teoria da concordância prática (ou da harmonização) das regras constitucionais, que preconiza a coexistência harmônica das normas dessa natureza. (REIS; GONÇALVES, 2018, p. 283)

Ainda, afirma Fernando Capez que: “A prova, se imprescindível, deve ser aceita e admitida, a despeito de ilícita, por adoção do princípio da proporcionalidade, que deve ser empregada *pro reo* ou *pro societate*” (CAPEZ, 2010, p. 352), cuja finalidade para Guilherme de Souza Nucci é “equilibrar os direitos individuais e os interesses da sociedade, não se admitindo, pois, a rejeição contumaz das provas obtidas por meios ilícitos”. (NUCCI, 2014, p. 44)

Nesse sentido Capez dispõe:

Para essa teoria, a proibição das provas obtidas por meios ilícitos é um princípio relativo, que, excepcionalmente, pode ser violado sempre que estiver em jogo um interesse de maior relevância ou outro direito fundamental com ele contrastante. 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. (CAPEZ, 2010, p. 349-350)

Desta maneira, necessário se faz que haja uma relativização nos princípios constitucionais para que assim haja uma ponderação sobre o bem mais importante a se proteger em cada situação concreta, tendo Capez afirmado a esse respeito que “se uma prova ilícita ou ilegítima for necessária para evitar uma condenação injusta, certamente deverá ser aceita, flexibilizando-se a proibição dos incisos X e XII do art. 5º da CF” (CAPEZ, 2010, p. 350).

Assim, o princípio da proporcionalidade possui grande relevância para se obter uma sentença justa, e a respeito disso Bonfim aduz:

De acordo com os critérios (subprincípios) que constituem o princípio da proporcionalidade (adequação e necessidade), julga-se a admissibilidade ou não de determinados meios de prova, mitigando, assim, diante do que estritamente requerer cada caso, as vedações às provas obtidas por meios ilícitos e das provas ilícitas por derivação, com o filtro final da “proporcionalidade em sentido estrito”. (BONFIM, 2006, p. 63)

Portanto, observa-se que deve haver relativização na inadmissibilidade das provas ilícitas por derivação, pois deve-se analisar em cada caso concreto qual o bem jurídico de maior valor visa-se proteger, utilizando-se do princípio da proporcionalidade, e assim se obter uma decisão adequada.

#### **4.5 O uso das provas ilícitas no processo penal**

Embora a maioria da doutrina apenas considere ser possível a possibilidade da admissão das provas ilícitas no processo penal em favor do réu, sendo minoria os doutrinadores que acreditem ser possível a aceitação das provas ilícitas em favor da sociedade, ficou evidente a possibilidade de se utilizar essas provas obtidas por um meio ilícita, ao se fazer uso do princípio da proporcionalidade.

Por outro lado, conforme aduz o artigo 157, do Código de Processo Penal, as provas ilícitas devem ser desentranhadas do processo.

Assim, quando se estiver diante de uma prova ilícita que não seja passível de se fazer uso do princípio da proporcionalidade para se poder utilizar referida prova, ela deverá ser desentranhada do processo, sendo considerada nula e inexistente, bem como não podendo ser utilizada para motivar a decisão do juiz.

## CONCLUSÃO

Compreende-se com o presente trabalho que prova é o elemento que autoriza a conclusão acerca da veracidade de um fato ou circunstância, a fim de convencer seu destinatário, sendo este o juiz, através da demonstração da verdade processual, podendo a prova ser classificada quanto ao objeto, valor, sujeito ou forma, bem como há fatos que não necessitam ser comprovados através de provas, sendo eles os fatos axiomáticos ou intuitivos, os fatos notórios e os fatos que não influenciam no caso concreto.

Sabe-se que as provas no processo penal são regidas por diversos princípios, os quais precisam ser respeitados durante a produção de uma prova, sob pena de nulidade, como, por exemplo, o princípio do contraditório e o da comunhão dos meios de prova ou da aquisição da prova.

Há expresso no código de processo penal alguns meios de prova, como, a confissão e o exame de corpo de delito, todavia, a doutrina e a jurisprudência afirmam que esses meios de provas enumerados no código não possuem caráter taxativo, mas exemplificativo, não esgotando, portanto, os meios de provas admitidos no ordenamento jurídico brasileiro.

O ônus da prova é incumbido a quem alega aquele determinado fato, conforme expressa o artigo 156, do Código de Processo Penal, entretanto, não é absoluta a regra de que quem alega é que possui o ônus da provar o alegado, pois o juiz poderá alegar de ofício a realização de determinadas provas.

As provas ilícitas são aquelas que foram obtidas através de uma violação as normas jurídicas ou princípios constitucionais, sendo certo que a ilicitude da prova pode decorrer de variadas ações, sendo as provas ilícitas classificadas conforme a natureza da norma violada.

A prova será ilícita em sentido estrito, quando obtida através de violação de norma legal ou constitucional, de direito material. Já se a prova for obtida ou introduzida no processo através de violação de norma de natureza processual ela será ilegítima. Por fim, se a prova embora tenha sido obtida de maneira lícita, ela tenha derivado de uma prova anteriormente ilícita, ela será uma prova ilícita por derivação.

Diante disso, as provas obtidas por meios ilícitos não são admitidas no ordenamento jurídico brasileiro, conforme dispõe o artigo 5º, LVI, da Constituição Federal, haja vista elas serem consideradas contrárias aos requisitos de validade exigidos no ordenamento jurídico, sendo certo que antes de se introduzir a inadmissibilidade das provas ilícitas por derivação no

ordenamento jurídico brasileiro, adotava-se a teoria dos frutos da árvore envenenada para vedar o uso dessas provas no processo, bem como a partir da Lei 11.690 de 2008 passou-se a prever expressamente a inadmissibilidade das provas ilícitas por derivação no processo penal.

Certo é que em razão do princípio da verdade real o juiz não precisa ficar limitado as informações que estão nos autos, mas deve utilizar de diversos meios para conseguir descobrir o que verdadeiramente aconteceu e assim encontrar o real culpado pela infração.

A possibilidade ou não da utilização das provas ilícitas, é argumento de discussão, pois de acordo com a nova redação do Código de Processo Penal as provas ilícitas deverão ser desentranhadas do processo em razão da existência de vícios no momento de sua obtenção.

Ocorre que embora a Constituição Federal tenha previsão em seu artigo 5º, LVI, o princípio da inadmissibilidade de provas ilícitas no processo, ela também dispõe diversos princípios e garantias fundamentais que colidem com o mencionado princípio, e em razão desse conflito de princípios surge a necessidade da aplicação do princípio da proporcionalidade, para que assim possa ser feito uma análise do caso concreto e seja identificado o princípio mais importante no caso que estiver sendo analisado e desta maneira destacar um princípio em relação aos outros, devendo-se levar em consideração os subprincípios do princípio da proporcionalidade, ou seja, a adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Assim, entende-se que quando o princípio da inadmissibilidade das provas ilícitas no processo penal conflitar com outro princípio de maior valor, como, por exemplo, o da liberdade, poderá ignorar-se o princípio da inadmissibilidade das provas ilícitas para se fazer valer o princípio que se sobrepõe, salientando-se que nenhum princípio é absoluto.

Ainda, necessário se faz mencionar que a partir do princípio da proporcionalidade poderá se fazer o uso da prova ilícita no processo penal a favor do réu, bem como alguns doutrinadores defendem o uso das provas ilícitas também a favor da sociedade, e caso não seja possível se utilizar do princípio da proporcionalidade no caso concreto para a utilização da prova ilícita, deve-se desentranhar determinada prova do processo.

Logo, utilizando-se do princípio da proporcionalidade, quando houver um conflito entre valores constitucionais, estes serão analisados no caso concreto para se verificar qual irá prevalecer, podendo-se, assim, haver uma relativização das provas ilícitas e das provas ilícitas por derivação no processo penal.

## REFERÊNCIAS

- BONFIM, Edilson Mougnot. **Curso de Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 2006.
- BRASIL. Código de Processo Penal (1941). **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm). Acesso em: 01 jul. 2020.
- BRASIL. Constituição Federal (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em: 01 jul. 2020.
- BRASIL, **Lei nº 11.690 de 9 de junho de 2008**. Altera dispositivos do Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, relativos à prova, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2008. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2008/Lei/L11690.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11690.htm). Acesso em: 01 jul. 2020.
- CÂMARA, Priscila da Costa. **Provas Ilícitas: A possibilidade de admissão no processo penal brasileiro**. Disponível em: <http://siaibib01.univali.br/pdf/Priscila%20da%20Costa%20C%C3%A2mara.pdf>. Acesso em: 11 jul. 2020.
- CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. 18. ed. Niterói: Impetus, 2016.
- MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo Penal**. 11. ed. São Paulo: Atlas S.A., 2001.
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.
- REIS, Alexandre Cebrian Araújo; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito Processual Penal Esquematizado**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.