

## Breves linhas a respeito da prova no Processo Penal

Caroline Araujo<sup>1</sup>

Yuri Felix<sup>2</sup>

**Resumo:** O presente estudo objetiva uma breve análise do direito à prova no Processo Penal brasileiro. O processo penal tem como finalidade a reconstrução dos fatos (apuração do fato criminoso e de sua autoria) para a aplicação do direito material, o que se consegue por meio das provas produzidas pelas partes sob o crivo do contraditório. No entanto, ater-se-á, para a realização do presente estudo, questões relativas ao conceito de prova, carga probatória e provas ilícitas, o que será feito à luz dos princípios e garantias constitucionais.

**Palavras- Chaves:** Provas - Carga Probatória - Provas Ilícitas.

### 1. Prova: Conceito e finalidade

A palavra prova origina-se do verbo *probare*, que tem em comum a raiz *proba*, significando provar, verificar, examinar, aprovar, demonstrar, reconhecer por experiência. A palavra prova denota aquilo que atesta a veracidade ou a autenticidade de algo. Provar, portanto, é demonstrar os fatos passados, podendo, por alguns, ser entendida como a verdade sobre o que é discutido.<sup>3</sup> Como bem dispõe Adalberto José Q. T. de Camargo Aranha, o termo prova não apresenta um sentido unívoco, sendo que em um sentido comum ou vulgar, significa tudo aquilo que pode levar ao conhecimento de um fato, de uma qualidade, da existência ou da exatidão de uma coisa. Em um sentido jurídico representa os atos e meios usados pelas partes e reconhecidos pelo juiz como sendo a verdade dos fatos alegados. Como se percebe, em quaisquer dos seus

---

<sup>1</sup> Especialização em Direito Público pela Escola da Magistratura Federal- ESMAFE. Graduada em Direito pela UNIFRA. Advogada.

<sup>2</sup> Pós-graduado em Direito Penal Econômico pela Universidade de Coimbra/IBCCrim. Pós-graduado em Ciências Penais. Presidente da Comissão de Direito Penal e Direito Processual Penal da 40ª Subseção da OAB/SP. Ex-coordenador do PRONASCI/MJ. Professor e palestrante com artigos publicados em revistas especializadas. Advogado criminal em São Paulo.

<sup>3</sup> TEIXEIRA, Ana Paula Furlan. *Prova Penal*. Direito & Justiça, Porto Alegre, v.39, n.1. 2013.p. 94.

significados, o termo prova representa sempre o meio usado pelo homem para, através da percepção, demonstrar uma verdade.<sup>4</sup>

O ordenamento jurídico, de modo geral, conceitua prova judicial como sendo o meio pelo qual se demonstra em juízo a "verdade" dos fatos alegados pelas partes. Processualmente o ato de provar é a forma pelo qual se busca formar o convencimento do juiz, referente a um fato alegado no jogo processual. A prova judiciária tem um objetivo claramente definido: a reconstrução dos fatos investigados no processo, buscando a maior coincidência possível com a realidade histórica, com os fatos tal como ocorridos no tempo e no espaço<sup>5</sup>. A demonstração dos fatos em que se assenta a pretensão do autor, e daquilo que acusado alega em resistência a essa pretensão é o que constitui a prova.

A prova pode ser entendida como o elemento instrumental para que as partes influenciem na convicção do juiz, e o meio que este se serve para averiguar os fatos em que as partes fundamentam suas alegações. Com a prova o que se busca é a configuração dos fatos sobre as questões a serem decididas no processo, e para a averiguação desses fatos, é da prova que se serve o juiz, formando depois sua convicção.<sup>6</sup>

Toda pretensão prende-se a algum fato, ou fatos em que se fundamenta. As dúvidas sobre a veracidade das afirmações feitas pelas partes no processo constituem as questões de fato, que devem ser resolvidas pelo juiz, tendo em vista os acontecimentos pretéritos. A prova pode ser entendida, como, o instrumento pelo qual o juiz forma sua convicção pela ocorrência ou inoocorrência de certos acontecimentos. Para julgar o caso penal, deve o juiz ficar conhecendo a existência do fato sobre qual versa a ação. Pois bem, a finalidade da prova é tornar esse fato conhecido do juiz, que é seu destinatário, o convencendo-o da sua existência.

Como foi visto, ao juiz incumbe o importante papel de proferir uma decisão justa, coerente, e esmerada nas provas trazidas pelo autor e réu no processo. Nesse sentido, deve o órgão julgador garantir as partes plena e efetiva participação na produção das provas, caso contrário, estaria afrontando os princípios do contraditório,

---

<sup>4</sup> ARANHA, Adalberto José Q.T. de Camargo. *Da prova no processo penal*. 7ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2006.p. 5.

<sup>5</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. *Curso de Processo Penal*. São Paulo: Atlas, 2013.p. 323.

<sup>6</sup> MARQUES, José Frederico. *Elementos do direito processual penal*. Campinas: Bookseller,1999.p. 253.

da ampla defesa, e, por conseguinte, do devido processo legal, todos assegurados pela Constituição Federal.

A garantia ao contraditório, não tem como objetivo a defesa somente em seu sentido negativo, como oposição ou resistência, mas também e principalmente a defesa entendida em sua dimensão positiva, como influência, como o direito de incidir ativamente sobre o desenvolvimento e resultado do processo<sup>7</sup>.

É justamente nesse sentido, que o direito a prova assume seu importante papel no quadro do contraditório, uma vez que a atividade probatória representa um momento central no processo, onde às partes tem a faculdade e o direito de levarem à apreciação do juiz argumentos e fatos que possibilitem a elucidação dos acontecimentos. O concreto exercício da ação e da defesa encontra-se subordinado à possibilidade de se representar ao juiz a realidade do fato posto como fundamento a pretensão das partes, e destas poderem servir-se das provas<sup>8</sup>.

Se um dos meios pelo qual o direito à prova se manifesta é o contraditório, por outro lado, o mesmo estabelece algumas limitações a esse direito, no que se refere à formação e produção das provas, sendo eles:

- a) a proibição de utilização de fatos que não tenham sido previamente introduzidos pelo juiz no processo e submetidos a debates pelas partes; b) proibição de utilizar provas formadas fora do processo ou de qualquer modo colhidas na ausência das partes; c) a obrigação do juiz, quando determine a produção de provas *ex officio*, de submetê-las ao contraditório das partes, as quais devem participar de sua produção e poder oferecer a contraprova<sup>9</sup>.

Assim sendo, pode-se concluir que tanto será viciada a prova colhida sem a presença do juiz, como também será viciada a prova colhida pelo juiz sem a presença das partes. A presença de ambos é condição de validade da prova.

No tocante a presença das partes, não se trata de impor sua presença física em todos os atos processuais probatórios, mas sim de colocá-las em condições de participar, mesmo quando a prova for colhida de ofício pelo juiz. Ao introduzir uma prova no processo, o juiz deve submetê-la a exigência do contraditório, caso contrário, será considerada inválida essa prova produzida. Também aqui, será considerada inválida a

---

<sup>7</sup> GRINOVER, Ada Pellegrine. FERNANDES, Antonio Scarance. GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As nulidades do Processo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 143.

<sup>8</sup> GRINOVER, Ada Pellegrine. FERNANDES, Antonio Scarance. GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As nulidades do Processo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 143

<sup>9</sup> GRINOVER, Ada Pellegrine. FERNANDES, Antonio Scarance. GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As nulidades do Processo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 144

prova produzida sem a presença do juiz, razão pela qual as provas produzidas em procedimentos administrativos prévios como inquérito policial ou sindicâncias não tem o condão por si só de justificar uma condenação.

## 2. Carga<sup>10</sup> da prova e iniciativa probatória do juiz

Em nosso processo penal, o valor fundante em seu sistema de provas, é o respeito ao princípio constitucional de presunção de inocência do imputado. Este princípio - presunção de inocência - é previsto no artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal de 1988, ao afirmar que ninguém será considerado culpado por um ato delituoso até que a sentença penal condenatória transite em julgado, devendo-se ter em mente a premissa inicial de que segundo Pacelli, a transferência de todo ônus probatório ao Ministério Público, devendo esse provar a existência do crime, bem como sua autoria<sup>11</sup>.

Corroborando com esse entendimento, devemos destacar que o artigo 156 do Código de Processo Penal determina que a prova da alegação incumbirá a quem a fizer, e a primeira alegação feita e a que consta na denúncia e aponta para autoria e a materialidade, logo, que cabe exclusivamente ao Ministério Público provar a existência de um delito<sup>12</sup>.

Porém um questionamento surge. Ao afirmar que cabe a acusação a prova da existência do crime, significaria dizer que cabe a este comprovar a presença de todos os elementos que integram o conceito de crime, entendido eles como tipicidade, ilicitude e culpabilidade? Segundo entendimento de Eugênio Pacelli, não. À acusação, caberia a prova quanto a materialidade do fato (sua existência), e sua autoria, não impondo a esta provar a inexistência de uma excludente da ilicitude ou da culpabilidade<sup>13</sup>. Por esse motivo, a previsão do Art. 156 do Código de Processo Penal, ao estabelecer que a prova da alegação incumbirá a quem a fizer, torna-se plenamente aceitável.

Contrário a esse entendimento, Aury Lopes Junior defende que:

Gravíssimo erro é o cometido por numerosa doutrina (e rançosa jurisprudência), ao afirmar que à defesa incumbe a prova de uma alegada

<sup>10</sup> Aqui utiliza-se a expressão "Carga", ao invés de ônus, por se entender que o processo penal deve trabalhar com categorias próprias deixando de ser uma prima marginalizada do direito penal e, principalmente, do processo civil.

<sup>11</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. *Curso de Processo Penal*. São Paulo: Atlas, 2013.p. 333.

<sup>12</sup> LOPES Jr, Aury. *Direito Processual Penal*. São Paulo: Saraiva. 2013. p. 551.

<sup>13</sup> LOPES Jr, Aury. *Direito Processual Penal*. São Paulo: Saraiva. 2013. p. 552.

excludente. Nada mais equivocado [...]. A carga do acusador é de provar o alegado; logo, demonstrar que alguém (autoria) praticou um crime (fato típico, ilícito e culpável). Isso significa que incumbe ao acusador provar a existência de todos os elementos que integram a tipicidade, a ilicitude e a culpabilidade e, logicamente, a inexistência das causas de justificação<sup>14</sup>.

Analisando o artigo 156 do Código de Processo Penal em combinação com artigo 386, do Código de Processo Penal, Frederico Marques escreve que, segundo prevê artigo 386 do CPP, o réu será absolvido quando não houver prova da existência do fato ou quando não existir prova de ter concorrido para infração, assim, deduz-se de ambos os preceitos que à parte acusadora incumbe fornecer os necessários meios de prova para demonstração da existência do crime e de sua autoria<sup>15</sup>.

Cumprindo observar que enquanto a prova da existência e autoria cabe a acusação, nem por isso se pode concluir que não tenha o imputado interesse de fazer contraprova desse fato, ou prova de sua inexistência. Ainda segundo Frederico Marques, o artigo 386 do Código de Processo Penal, manda que se absolva o réu quando provada a inexistência do fato, logo a carga dessa prova pertence ao acusado. Ao Ministério Público, cabe provar a existência do fato, mas por esse motivo, o mesmo dispositivo traz ainda a hipótese de absolvição por não haver prova da existência do fato. Assim desde que o acusado pretenda a absolvição alegando a inexistência do fato, é o entendimento dominante, da qual temos todas as reservas, de que seria dele o "ônus" probatório<sup>16</sup>.

Além disso, compreende parte da doutrina e da jurisprudência pátria que também incumbe à prova quanto a presença de excludentes tanto de ilicitude quanto da culpabilidade. Disso, logicamente, não decorre que caso o acusado não se desvencilhe dessa carga deverá ser condenado. Ainda, caso haja dúvidas quanto a ilicitude ou quanto a culpabilidade de seu comportamento, este deve ser absolvido, em virtude do princípio do *in dubio pro reo*, e também em respeito ao previsto no artigo 386 do CPP, ao estabelecer que será absolvido quando não existir prova suficiente para condenação. Com isso, à defesa incumbiria provar a presença das excludentes, mas bastando-lhe uma prova que suscite uma dúvida, que no caso, desaguará na absolvição do processado.

<sup>14</sup> LOPES Jr, Aury. *Direito Processual Penal*. São Paulo: Saraiva. 2013. p. 551.

<sup>15</sup> MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*. Campinas: Bookseller, 1999.p. 148.

<sup>16</sup> MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*. Campinas: Bookseller, 1999.p. 149.

No que diz respeito à iniciativa probatória do juiz, prevê o artigo 156, I, II, do Código de Processo Penal, possibilidades que esse, poderá ter de ofício. No inciso I, dispõe que pode o juiz de ofício ordenar, ainda que antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, respeitando a proporcionalidade e adequação.

Defende Eugênio Pacelli, tal conduta ser totalmente inconstitucional, pois no curso do inquérito ou de qualquer outra investigação a atuação da jurisdição não se justifica enquanto tutela dos referidos procedimentos. O juiz não tutela nem deve tutelar a investigação, nenhuma providencia deve ser tomada de ofício pelo magistrado para fins de preservação do material colhido em fase de investigação. Nem prisão de ofício, nem qualquer outra medida acautelatória, pois nessa fase de investigação o que deve ser acautelado é a própria investigação, e dela não há de cuidar, muito menos por ela responder qualquer órgão jurisdicional<sup>17</sup>.

No que diz respeito ao previsto no artigo 156, II, do CPP, que possibilita ao juiz de ofício determinar no curso da instrução, ou antes de proferir a sentença, a realização de diligências para esclarecer dúvidas sobre pontos relevantes, convém aqui algumas observações.

A Constituição Federal adota como sistema o acusatório e não o inquisitório, sendo assim, esse sistema delimitou as funções do juiz e as atribuições do Ministério Público, e estabeleceu a imparcialidade como base para atuação concreta do julgador. A imparcialidade aqui, deve ser entendida como modo de impedir que o órgão julgador adote uma postura tipicamente acusatória no processo, quando entender deficiente a atividade desempenhada pelo Ministério Público.

Torna-se possível estabelecer um limite a essa atividade probatória, a partir da construção de uma linha divisória entre iniciativa acusatória e iniciativa probatória do juiz. A primeira estaria presente quando o juiz, independente do argumento declinada, desempenha-se atividade probatória de iniciativa da acusação, e que essa revela-se substitutiva ou supletiva daquela que a lei determina como mister do Ministério Público. A segunda hipótese, ocorreria quando a atividade probatória do juiz se destina a resolver dúvida sobre ponto relevante, tal como dispõe o artigo 156, II, CPP. A dúvida no aspecto probatório ocorreria a partir de possíveis conclusões diversas sobre o material

---

<sup>17</sup> MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*. Campinas: Bookseller, 1999.p. 150.

probatório produzido, sobre a qualidade ou idoneidade dessa prova, e nunca sobre a ausência desta<sup>18</sup>.

### 3. Apreciação ou valoração das provas

Além das questões ligadas a iniciativa probatória do juiz, assume grande importância o direito a sua apreciação ou valoração pelo julgador no momento da sentença. A apreciação ou valoração das provas no decorrer da história, passou por diferentes fases. Dos sistemas idealizados, três merecem destaque: a) sistema legal de provas; b) sistema da íntima convicção ou livre apreciação; c) sistema livre convencimento motivado ou persuasão racional.

No sistema da prova legal, o legislador previa a partir de experiências coletivamente acumuladas, um sistema de valoração hierarquizada da prova, estabelecendo uma tabela de valoração das provas<sup>19</sup>. As provas aqui tinham seus valores previamente estabelecidos em lei, sem atentar para especificidade de cada caso. Cada prova tinha seu valor, ficando o juiz vinculado dosimetricamente às provas apresentadas, não deixando qualquer margem de liberdade.

O sistema da íntima convicção ou livre apreciação surgiu como uma superação ao modelo anterior. Nesse sistema o juiz não precisa fundamentar sua decisão, e muito menos obedecer a critérios de avaliação de provas<sup>20</sup>. Tem o juiz ampla liberdade de decidir, convencendo-se dos fatos apresentados segundo critérios de valoração íntima. Por não haver obrigação de fundamentar sua decisão, pode valer-se do conhecimento particular que tenha sobre o caso. É o sistema adotado no Brasil no Tribunal do Júri, onde os jurados dispõem de ampla liberdade, para julgar, sem a necessidade de fundamentar ou motivar sua decisão.

Desses dois sistemas, evoluiu-se para um terceiro, o da persuasão racional ou livre convencimento motivado. Aqui, não existem limites ou regras abstratas de valoração, como no sistema de prova legal, e tampouco há a possibilidade de formar sua convicção sem fundamentar, como ocorria na íntima convicção<sup>21</sup>. O juiz nesse sistema, forma livremente seu convencimento, pela livre apreciação e valoração das provas, mas

<sup>18</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. *Curso de Processo Penal*. São Paulo: Atlas, 2013.p. 337.

<sup>19</sup> LOPES Jr, Aury. *Direito Processual Penal*. São Paulo: Saraiva. 2013. p. 561.

<sup>20</sup> LOPES Jr, Aury. *Direito Processual Penal*. São Paulo: Saraiva. 2013. p. 561.

<sup>21</sup> LOPES Jr, Aury. *Direito Processual Penal*. São Paulo: Saraiva. 2013. p. 563.



vincula seu convencimento ao material probatório constante nos autos para fundamentar sua decisão. É o sistema adotado pelo processo penal brasileiro, encontrando suas bases na Constituição Federal em seu artigo 93, IX, e também no Código de Processo Penal em seu artigo 157.

#### **4. Limites ao direito à prova**

Como já referido, é por meio das provas que se procura demonstrar a ocorrência ou inoocorrência de fatos relevantes que importam para convicção do órgão julgador. Por isso em tese o direito à prova não deveria sofrer limitações ou restrições. Porém, esse direito à prova, conquanto um direito constitucionalmente assegurado, por estar inserido no direito a ampla defesa, contraditório, não é absoluto, encontrando limites<sup>22</sup>.

O próprio processo enquanto instrumento necessário para aplicação da sanção penal, impõe restrições a esse direito à prova, que atenderá seus fins, sendo norteado por meticulosa observância as regra do jogo que regem a atividade do juiz e das partes. E é exatamente no processo penal, onde o que está em jogo é a liberdade do indivíduo que torna-se mais necessário estabelecer limites à atividade probatória.

O Código de Processo Penal traz exemplos a essas limitações, ao prever impedimentos para, por exemplo, o depoimento de pessoas que, em razão de sua função, ministérios, ofício ou profissão, devam guardar segredo; ainda, a possibilidade de parentes e afins do acusado se recusarem a depor; e restrições à prova estabelecidas pela lei civil, quando for o caso de comprovar o estado das pessoas. Estas estão previstas respectivamente nos artigos 207, 206, 155, do Código de Processo Penal. A Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso LVI, também trouxe limitações a esse direito à prova, é a chamada inadmissibilidade das provas ilícitas.

##### **4.1 Prova ilícita**

A Constituição Federal ao prever em seu artigo 5º, inciso LVI, “que são inadmissíveis ao processo provas obtidas por meios ilícitos”, trouxe uma norma geral, que menciona o processo sem fazer qualquer distinção entre processo civil ou processo

---

<sup>22</sup> GRINOVER, Ada Pellegrine; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As nulidades do Processo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 153.



penal, exigindo uma interpretação mais adequada à especificidade do processo penal e às exigências das demais normas constitucionais que o disciplinam<sup>23</sup>.

Assim importantes limitações constitucionais ao direito à prova devem ser respeitados como: inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra, da imagem (artigo 5º, X); inviolabilidade do domicílio (artigo 5º, XI); inviolabilidade do sigilo de correspondência e das telecomunicações (artigo 5º, XII); e a inadmissibilidade das provas obtidas por meio ilícito (artigo 5º, LVI).

O Código de Processo penal em seu artigo 157, reproduz a mesma vedação, dizendo que as mesmas devem ser desentranhadas do processo, e ainda acrescenta que provas ilícitas são assim entendidas como as obtidas com violação a normas constitucionais ou legais.

Faz-se necessário aqui uma distinção do que vem a ser prova ilegal, ilegítima e ilícita. Segundo Aury Lopes Junior, a prova ilegal seria o gênero da qual seriam espécies a prova ilegítima e a prova ilícita. Assim distingue tal autor que a prova ilegítima seria aquela que viola uma regra de direito processual penal no momento da sua produção em juízo, no processo. A proibição de tal prova tem natureza exclusivamente processual, quando imposta em função de interesse referente a lógica e a finalidade do processo. Já a prova ilícita seria aquela que violaria uma norma de direito material ou constitucional no momento de sua coleta, anterior ou concomitante ao processo, mas sempre exterior a esse. Em geral ocorre uma violação a intimidade, privacidade ou dignidade<sup>24</sup>.

Conforme preceitua este autor, tal distinção faz-se necessária pois, a redação do artigo 157 do CPP, é confusa especialmente quando refere que provas ilícitas seriam as obtidas com violação a normas constitucionais ou legais. Esse legais refere-se às normas materiais ou processuais? Entende ele que se tratar somente de normas materiais, e assim sendo o artigo 157 do CPP contemplaria somente provas ilícitas<sup>25</sup>.

Contrário a esse entendimento, Guilherme de Souza Nucci prefere abraçar o sentido amplo do termo ilícito, o qual ilicitude seria o gênero do qual a legalidade e ilegitimidade seriam espécies<sup>26</sup>. Defende Nucci que:

<sup>23</sup> LOPES Jr, Aury. *Direito Processual Penal*. São Paulo: Saraiva. 2013. p. 593.

<sup>24</sup> LOPES Jr, Aury. *Direito Processual Penal*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 593.

<sup>25</sup> LOPES Jr, Aury. *Direito Processual Penal*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 594.

<sup>26</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 294.

o ilícito envolve o ilegalmente colhido (captação da prova ofendendo o direito material) (...) e o ilegitimamente produzido (fornecimento indevido de prova no processo) (...). Se houver a inversão dos conceitos, aceitando-se que ilicitude é espécie de ilegalidade, então a Constituição estaria vedando somente a prova produzida com infringência à norma de natureza material e liberando, por força da natural exclusão, as provas ilegítimas, proibidas por normas processuais, o que se nos afigura incompatível com o espírito desenvolvido em todo o capítulo dos direitos e garantias individuais<sup>27</sup>.

Tal entendimento vem sido adotado de modo majoritário em nossos tribunais.

A regra geral conforme previsto na Constituição Federal e no Código de Processo Penal, é de que a prova obtida por meios ilícitos não seja admitida. Porém essa inadmissibilidade não é assim tão absoluta. Visando corrigir possíveis injustiças que a rigidez do seu banimento poderia causar em situações de excepcional gravidade, a doutrina constitucional tem admitido uma relativização à vedação das provas ilícitas.

#### **4.2 A teoria da proporcionalidade e a admissibilidade da prova ilícita *pro reo***

O processo penal rege-se pelo princípio do contraditório e da ampla defesa. O que faz com se estabeleça a plenitude de defesa como condição preponderante e prioritária quando em confronto com outros princípios, ainda que constitucionalmente assegurados, como inviolabilidade da intimidade, da vida privada, do sigilo das comunicações, entre outros.

Nesse caso, a prova ilícita poderia ser admitida e valorada apenas quando se revelasse em favor do acusado. É a chamada proporcionalidade *pro reo*, em que a ponderação entre o direito de liberdade de um inocente prevalece sobre eventual direito sacrificado na obtenção da prova dessa inocência<sup>28</sup>.

Como explica Grecco Filho, uma prova obtida por meio ilícito, mas que levaria a absolvição de um inocente, teria de ser considerada, porque a condenação de um inocente seria a mais abominável das violências não podendo ser admitida, ainda que se sacrifique algum preconceito legal<sup>29</sup>.

Há quem defenda que a prova obtida com violação de preceitos constitucionais quando colhida pelo próprio acusado em seu favor, tem sua ilicitude afastada pelas causas excludentes previstas em lei, tais como legítima defesa e estado de necessidade.

<sup>27</sup> Ibid. p. 295

<sup>28</sup> LOPES Jr, Aury. *Direito Processual Penal*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 597.

<sup>29</sup> GRECCO FILHO, apud LOPES Jr.

Também é perfeitamente aceitável a tese de exclusão de culpabilidade, como inexigibilidade conduta diversa. Tais excludentes afastariam a ilicitude da conduta e da própria prova, legitimando assim seu uso no processo.<sup>30</sup>

Questão que surge é se essa prova ilícita que foi admitida em um processo porque beneficia o réu, poderia ser admitida em outro processo penal para punir um terceiro? Segundo entendimento de Aury Lopes Junior, não.

A prova que serviu para absolvição de um inocente na medida em que, com relação ao outro indivíduo, continua sendo uma prova ilícita e assim deve ser tratada. A leitura correta é a de que a admissão da prova ilícita esta vinculada ao processo. Não há convalidação, ou seja, ela não se torna lícita para todos os efeitos senão que é apenas admitida em um determinado processo em que o imputado atua ao abrigo do estado da necessidade.<sup>31</sup>

#### **4.3 Prova ilícita por derivação ou teoria dos frutos da árvore envenenada**

A teoria da prova ilícita por derivação esta fundada na teoria do fruto da árvore envenenada da Suprema Corte Americana, que apregoa que o vício da planta se transmite a todos os seus frutos.

A partir da lei 11.690/08 a teoria do fruto da árvore envenenada passou a integrar de forma expressa o nosso Código de Processo Penal. Dispõe o artigo 157, § 1º do referido codex que 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.

Ocorre que ao tentar definir em seu artigo 157, § 2º o significado de fonte independente, nosso sistema processual penal comete um equivoco técnico. Ao definir aquela como sendo a que por si só, seguindo os trâmites típicos da investigação e da instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova. Segundo entendimento de Eugênio Pacelli essa definição seria a de outra hipótese de aproveitamento da prova, a descoberta inevitável e não fonte independente.<sup>32</sup>

Na descoberta inevitável admite-se a prova ainda que presente eventual relação da causalidade ou de dependência entre as provas (a ilícita e a descoberta) devido tratar

<sup>30</sup> LOPES Jr, Aury. *Direito Processual Penal*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 598.

<sup>31</sup> LOPES Jr, Aury. *Direito Processual Penal*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 598.

<sup>32</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. *Curso de Processo Penal*. São Paulo: Atlas, 2013.p. 363.

de meios de prova rotineiramente adotados em determinadas investigações. A ausência fática de relação de causalidade ou de dependência lógica ou temporal (produção da prova posteriormente à ilícita) fundamenta a teoria da fonte independente que é apenas prova não relacionada com os fatos que geraram a produção da prova contaminada.

Assim nem sempre que estivermos diante de uma prova obtida ilicitamente teremos como consequência a inadmissibilidade de todas aquelas outras provas a ela subsequentes. Faz-se necessário no exame cuidadoso de cada situação concreta, avaliando-se a eventual derivação da ilicitude.<sup>33</sup>

Interpretada em termos absolutos alguns delitos jamais poderiam ser apurados, se a informação inicial de sua existência resultasse de uma prova obtida ilicitamente, antes, portanto da instauração de qualquer procedimento investigatório.

Entendendo-se que no sentido de todas as provas que foram obtidas a partir da notícia (derivada de prova ilícita) da existência de um crime são também ilícitas, será muito mais fácil ao agente do crime furtar-se à ação da persecução penal. Bastará para isso, que ele mesmo produza uma situação de ilicitude na obtenção da prova de seu crime, para trancar todas e quaisquer iniciativas que tenham por objeto a apuração daquele delito então noticiado.<sup>34</sup>

Impõe-se assim para uma adequada tutela dos direitos individuais, a adoção de critérios orientados por uma ponderação de interesses dos envolvidos no caso concreto, para se saber se toda atuação estatal investigatória estaria contaminada por determinada prova ilícita. Deve-se recorrer, de forma correta, adequada e metodologicamente acertada ao critério da proporcionalidade, (tão maltratado em nosso país) que ao fim admite um juízo de adequabilidade da norma ao caso concreto.<sup>35</sup>

### Referências bibliográficas

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

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da prova no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

<sup>33</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. *Curso de Processo Penal*. São Paulo: Atlas, 2013.p. 364.

<sup>34</sup> MENDES, 605 apud OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. *Curso de Processo Penal*. São Paulo: Atlas, 2013.p. 365.

<sup>35</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. *Curso de Processo Penal*. São Paulo: Atlas, 2013.p. 365.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *As instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2001.

GRINOVER, Ada Pellegrine; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As nulidades do Processo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

LOPES Jr, Aury. *Direito Processual Penal*. São Paulo: Saraiva, 2013.

MAGALHÃES, Edgar Noronha. *Curso de Direito Processual Penal*. São Paulo: Saraiva, 1999.

MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*. Campinas: Bookseller, 1999.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. *Curso de Processo Penal*. São Paulo: Atlas, 2013.

TEIXEIRA, Ana Paula Furlan. *Prova Penal*. *Direito & Justiça*, Porto Alegre, v.39, n.1. 2013.