

# A ADMISSIBILIDADE DA PROVA ILÍCITA NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

## THE ADMISSIBILITY OF ILLICIT PROOF IN THE BRAZILIAN CRIMINAL PROCESS

FARIA, Daniel Vogado de<sup>1</sup>  
PEREIRA, Jacó Santos<sup>2</sup>

### RESUMO

O objetivo deste artigo é analisar a aceitação das provas ilícitas no Direito brasileiro, como garantia às partes de convencerem o julgador das suas versões sobre a verdade dos fatos, de forma a aproximar este o quanto possível da verdade real, possibilitando uma certeza, ainda que relativa, suficiente para formar sua convicção. Realça os princípios relacionados à prova no processo penal, evidenciando, a prova como um direito, bem como suas limitações. Aponta, oportunamente, a divergência na doutrina sobre a aceitação, ou não, da prova ilícita, tanto pela exclusão da ilicitude, como pelo emprego da Teoria da Proporcionalidade.

**Palavras-chave:** Prova. Processo Pena.; Prova ilícita. Teoria da Proporcionalidade.

### ABSTRACT

The purpose of this article is to analyze the acceptance of the illicit evidence in Brazilian Law, as a guarantee to the parties to convince the judge of their versions on the truth of the facts, so as to bring this as close to the real truth as possible, relative, sufficient to form his conviction. It emphasizes the principles related to proof in the criminal process, evidencing, the proof as a right, as well as its limitations. It points out, in due course, the divergence in doctrine regarding the acceptance or otherwise of the unlawful evidence, as much for the exclusion of illegality, as for the use of the Theory of Proportionality.

**Keywords:** Proof. Criminal proceedings. Unlawful evidence. Fruits of the poisoned tree.

---

<sup>1</sup> Aluno do Curso de Soldado do Comando da Academia da Polícia Militar de Goiás – CAPM, [daniel.vogado.faria@outlook.com](mailto:daniel.vogado.faria@outlook.com); Luziânia-GO, Fevereiro de 2018.

<sup>2</sup> Professor orientador: Especialista em Direito Constitucional pelo Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP, Professor do Programa de Pós-Graduação e Extensão do Comando da Academia da Polícia Militar de Goiás – CAPM, [jaco.santospereira@gmail.com](mailto:jaco.santospereira@gmail.com), Luziânia-GO, Fevereiro de 2018.

## 1. INTRODUÇÃO

O trabalho desenvolvido dispõe sobre a utilização da prova ilícita no processo penal brasileiro. Um dos objetivos é analisar a admissibilidade das provas ilícitas no processo, apesar de existir princípio constitucional que veda a sua utilização.

A prova no processo penal é elemento essencial para se chegar o mais próximo possível da verdade dos fatos, a fim de que a lei seja corretamente aplicada ao caso concreto, razão pela qual a produção probatória é de suma importância, haja vista que a condenação deve ser resultado da certeza de culpabilidade, não fundamentada em meras suposições, mas assentada em um conjunto probatório sólido.

O tema sobre provas no processo penal ganhou destaque devido à publicidade dos processos da famigerada operação Lava Jato, que trouxe à tona a discussão sobre a presunção de inocência, o sistema acusatório adotado pelo Brasil, o sistema de apreciação de provas, a desnecessidade de o acusado comprovar sua inocência, a obrigatoriedade de o acusador comprovar a materialidade e a autoria das infrações penais, bem como a aceitação ou não de provas ilícitas.

Neste cenário, pode-se dizer que a prova se consubstancia em “meio instrumental de que se valem os sujeitos processuais (autor, juiz e réu) de comprovar os fatos da causa, ou seja, os fatos deduzidos pelas partes como fundamento do exercício dos direitos de ação e de defesa” (RANGEL, 2015. p. 461-462).

Sabendo que do resultado do processo penal poderá sobrevir o cerceamento ou a manutenção da liberdade de alguém, questiona-se: a produção probatória é irrestrita para o acusador e/ou para o acusado? Pode este, sob o crivo do direito constitucional de liberdade, valer-se, inclusive, da prova ilícita, para comprovar a sua inocência? Pode aquele, agindo *pro societate*, servir-se da prova ilícita, para comprovar a autoria e a materialidade de um crime e restaurar a paz social?

Dentre os diversos posicionamentos, destacam-se aqueles que defendem a aceitação da prova ilícita produzida pelo acusado quando for este o único meio de provar a sua inocência, ao passo que negam qualquer possibilidade de aceitação da prova ilícita produzida pelo acusador, ainda que, invocando benefício *pro societate*, seja o único meio para comprovar a autoria e a materialidade de determinada infração.

Este trabalho orientar-se-á no sentido de explanar os diversos posicionamentos na doutrina e na jurisprudência sobre a produção probatória no processo penal e a possibilidade de utilização da prova ilícita, de maneira a servir de base para a avaliação das diversas correntes e contribuir para a correta aplicação da lei no ordenamento jurídico pátrio.

Utilizou-se como metodologia, pesquisa bibliográfica pertinente ao tema, cujos principais autores utilizados para o presente artigo são Ada Pellegrine Grinover, Eugênio Pacelli, Fernando Capez, Fernando da Costa Tourinho Filho, Guilherme de Souza Nucci, Luiz Flávio Gomes, Nestor Távora, Paulo Rangel, Renato Brasileiro de Lima, entre outros de renome, devido a utilização de seus estudos pelos Tribunais Pátrios e a clareza dos posicionamentos. Também foram feitas pesquisas na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, guardiões das leis e da Constituição Federal. Além disso, foram feitas observações baseadas na experiência de aplicadores do direito, provenientes de diálogos com profissionais que desempenham atividades específicas de direito penal e defesa de direitos fundamentais.

Portanto, a relevância desta pesquisa é contribuir, diretamente, com conhecimento aos aplicadores do direito e, assim, aprimorar a instrução processual penal, especificamente no que concerne à produção probatória. A pesquisa também tem como objetivo mostrar, de forma clara, a melhor corrente a ser seguida no que diz respeito à aceitação da prova ilícita produzida, tanto pelo acusado, como pelo acusador.

## **2. REVISÃO DE LITERATURA**

### **2.1. DO CONCEITO E OBJETIVO DA PROVA**

Conforme a etimologia da palavra prova, tem-se que “origina-se do latim *probatio*, que significa ensaio, verificação, inspeção, exame, argumento, razão, aprovação ou confirmação. Dele deriva o verbo ‘provar’ – *probare* -, significando ensaiar, verificar, examinar, reconhecer por experiência, aprovar, estar satisfeito com algo, persuadir alguém a alguma coisa ou demonstrar. Entretanto, no plano jurídico,

cuida-se, particularmente, da demonstração evidente da veracidade ou autenticidade de algo” (NUCCI, 2009, p. 13).

Nas lições de Aurélio Buarque de Holanda Ferreira, prova pode ser entendida por “aquilo que atesta a veracidade ou a autenticidade de alguma coisa; demonstração evidente” (Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa. 2. ed. Nova Fronteira).

Neste sentido, a prova revela-se como *thema probandum* cuja principal finalidade é persuadir o “jugador, seja ele Juiz, Desembargador, Ministro ou jurado (MAGNO, 2013, p. 421). Seu fim, por oportuno, é a evidenciação da verdade. Observa-se, então, que o julgador, na qualidade de destinatário da prova, é aquele que se busca convencer.

Tourinho Filho condensa o tema aduzindo que “o objetivo ou finalidade da prova é formar a convicção do Juiz sobre os elementos necessários para a decisão da causa. Para julgar o litígio, precisa o Juiz ficar conhecendo a existência do fato sobre o qual versa a lide. Pois bem: a finalidade da prova é tornar aquele fato conhecido do Juiz, convencendo-o da sua existência. As partes, com as provas produzidas, procuram convencer o Juiz de que os fatos existiram, ou não, ou, então, de que ocorreram desta ou daquela forma” (TOURINHO FILHO, 1999, p. 220).

Depreende-se, então, que em relação às partes, a prova toma a forma de componente instrumental para que possam influenciar a certeza do julgador. Em relação a este, a prova revela-se o meio para apurar os fatos em que aqueles fundamentam suas alegações.

As provas assumem uma posição primordial na investigação dos fatos narrados no processo, servindo como instrumentos de convencimento do julgador. Sua intenção é demonstrar a verdade através da verificação ou demonstração, mas, não logra alcançar certeza absoluta, dada a extrema dificuldade de obtê-la, bastando que seja relativamente suficiente para convencer o julgador.

## 2.2. A PROVA ILÍCITA NO PROCESSO PENAL SOB O INFLUXO DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS

Logrando convencer o julgador, a partes poderão produzir a prova por todos os meios não defesos em lei. O direito a prova, assim como os outros direitos, não é, então, absoluto, comportando limitações porque coexiste, no ordenamento jurídico, com outros direitos igualmente protegidos. A Constituição Federal – CF/88, em seu artigo 5º, inciso LVI, determina que “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”.

Logo, depreende-se que a não aceitação de provas ilícitas no processo é um direito fundamental de qualquer cidadão, verdadeira limitação ao direito de punir do Estado, consubstanciada em cláusula *pétrea* (artigo 60 inciso IV § 4º da CF/88), integrante, assim, do que se convencionou chamar núcleo constitucional intangível, cuja abolição é impossível mesmo no caso de emenda constitucional (MAGNO, 2013, p. 450).

Aos olhos da lei, provas ilícitas são aquelas obtidas em violação à normas materiais constitucionais ou legais, sejam elas materiais ou processuais, restando superada, assim, a antiga diferenciação entre prova ilícita e prova ilegítima. Sobre o tema, oportuno salientar o voto do Ministro Celso de Melo, que sintetiza os fundamentos da inexistência de distinção entre as espécies de prova ilegal:

“A ação persecutória do Estado, qualquer que seja a instância de poder perante a qual se instaure, para revestir-se de legitimidade, não pode apoiar-se em elementos probatórios ilicitamente obtidos, sob pena de ofensa à garantia constitucional do ‘due process f law’, que tem, no dogma da inadmissibilidade das provas ilícitas, uma de suas mais expressivas projeções concretizadoras no plano do nosso sistema de direito positivo: a ‘Exclusionary Rule’ consagrada pela jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos da América como limitação ao poder do Estado de produzir prova em sede processual penal. A Constituição da República, em norma revestida de conteúdo vedatório (CF, art. 5º, LVI), desautoriza, por incompatível com os postulados que regem uma sociedade fundada em bases democráticas (CF, art. 1º), qualquer prova cuja obtenção, pelo Poder Público, derive de transgressão a cláusula de ordem constitucional, repelindo, por isso mesmo, quaisquer elementos probatórios que resultem de violação do direito material (ou, até mesmo, do direito processual), não prevalecendo, em consequência, no ordenamento normativo brasileiro, em matéria de atividade probatória, a fórmula autoritária do ‘male captum, bene retentum’” (STF – HC 82.788/RJ, 2ª T., Rel. Min. Celso de Mello, julgado em 12.4.2005).

Neste passo, pode-se afirmar que qualquer violação ao devido processo legal, seja regra de direito material ou processual importará em prova ilícita (ilicitude da prova ou prova obtida por meio ilícito).

### 2.3. O USO DA PROVA ILÍCITA COMO CARÁTER RESIDUAL E EM FAVOR DO RÉU

Não obstante o dispositivo constitucional falar sobre vedação da obtenção da prova por meio ilícito e não especificamente sobre prova ilícita, tem-se que “o direito não precisa dizer que veda o que é ilegal. Sua própria essência afasta aquilo que lhe é contrário (RANGEL, 2015, p. 473).

Daí surge a grande controvérsia doutrinária e jurisprudencial quanto à aceitação ou não das provas que foram obtidas por meios ilícitos, chamadas de provas ilícitas por derivação ou teoria dos frutos da árvore envenenada.

O posicionamento recente da Suprema Corte é de que a prova colhida em decorrência de uma prova obtida por meio ilícito é inadmissível no processo, pois ilícita por derivação, acarretando a nulidade do processo:

A QUESTÃO DA DOCTRINA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA ("FRUITS OF THE POIS ONOUS TREE"): A QUESTÃO DA ILICITUDE POR DERIVAÇÃO. - Ninguém pode ser investigado, denunciado ou condenado com base, unicamente, em provas ilícitas, quer se trate de ilicitude originária, quer se cuide de ilicitude por derivação. Qualquer novo dado probatório, ainda que produzido, de modo válido, em momento subsequente, não pode apoiar-se, não pode ter fundamento causal nem derivar de prova comprometida pela mácula da ilicitude originária. - A exclusão da prova originariamente ilícita - ou daquela afetada pelo vício da ilicitude por derivação - representa um dos meios mais expressivos destinados a conferir efetividade à garantia do "due process of law" e a tornar mais intensa, pelo banimento da prova ilicitamente obtida, a tutela constitucional que preserva os direitos e prerrogativas que assistem a qualquer acusado em sede processual penal. Doutrina. Precedentes. - A doutrina da ilicitude por derivação (teoria dos "frutos da árvore envenenada") repudia, por constitucionalmente inadmissíveis, os meios probatórios, que, não obstante produzidos, validamente, em momento ulterior, acham-se afetados, no entanto, pelo vício (gravíssimo) da ilicitude originária, que a eles se transmite, contaminando-os, por efeito de repercussão causal. Hipótese em que os novos dados probatórios somente foram conhecidos, pelo Poder Público, em razão de anterior transgressão praticada, originariamente, pelos agentes da persecução penal, que desrespeitaram a garantia constitucional da inviolabilidade domiciliar. - Revelam-se inadmissíveis, desse modo, em decorrência da ilicitude por derivação, os elementos probatórios a que os órgãos da persecução penal somente tiveram acesso em razão da prova originariamente ilícita, obtida como resultado da transgressão, por agentes estatais, de direitos e garantias constitucionais e legais, cuja eficácia condicionante, no plano do ordenamento positivo brasileiro, traduz significativa limitação de ordem jurídica ao poder do Estado em face dos cidadãos. - Se, no entanto, o órgão da persecução penal demonstrar que obteve, legitimamente, novos elementos de informação a partir de uma fonte autônoma de prova - que não guarde qualquer relação de dependência nem decorra da prova originariamente ilícita, com esta não mantendo vinculação causal -, tais dados probatórios revelar-se-ão

plenamente admissíveis, porque não contaminados pela mácula da ilicitude originária. - A QUESTÃO DA FONTE AUTÔNOMA DE PROVA ("AN INDEPENDENT SOURCE") E A SUA DESVINCULAÇÃO CAUSAL DA PROVA ILICITAMENTE OBTIDA - DOCTRINA - PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - JURISPRUDÊNCIA COMPARADA (A EXPERIÊNCIA DA SUPREMA CORTE AMERICANA): CASOS "SILVERTHORNE LUMBER CO. V. UNITED STATES (1920); SEGURA V. UNITED STATES (1984); NIX V. WILLIAMS (1984); MURRAY V. UNITED STATES (1988)", v.g.. (STF - RHC: 90376 RJ, Relator: Min. CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 03/04/2007, Segunda Turma, Data de Publicação: DJe-018 DIVULG 17-05-2007 PUBLIC 18-05-2007 DJ 18-05-2007 PP-00113 EMENT VOL-02276-02 PP-00321 RTJ VOL-00202-02 PP-00764 RT v. 96, n. 864, 2007, p. 510-525 RCJ v. 21, n. 136, 2007, p. 145-147)

Na doutrina, em sintonia com o posicionamento do Supremo Tribunal Federal, há o entendimento de Ada Pellegrine Grinover, sustentando que “na posição mais sensível às garantias da pessoa humana, e conseqüentemente mais intransigente com os princípios e normas constitucionais, a ilicitude da obtenção da prova transmite-se às provas derivadas, que são, assim, igualmente banidas do processo” (GRINOVER, 2007, p. 163).

Neste diapasão, caso o Estado utilize um expediente ilícito para elucidar um fato investigado, tudo o que for descoberto, e tiver relação direta com a ilicitude da prova, estará contaminado.

A par dos posicionamentos jurisprudenciais e doutrinários que afirmam a ilicitude da prova por derivação, tem-se que estas, hodiernamente, estão legalmente vedadas, haja vista que a Lei nº 11.690/2008, dando nova redação ao artigo 157 do Código de Processo Penal, encerrou a discussão:

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

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

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

§ 3º Preclusa a decisão de desentranhamento da prova declarada inadmissível, esta será inutilizada por decisão judicial, facultado às partes acompanhar o incidente.

§ 4º (VETADO). (grifos nosso).

Como visto, agora o próprio Código veda expressamente as provas ilícitas por derivação, salvaguardando aquelas que não têm conexão com a prova ilícita e que, independentemente desta, seriam alcançadas pelos atos normais de investigação.

Ademais, a lei determina que a prova ilícita seja desentranhada (retirada dos autos) e inutilizada, possibilitando que as partes, caso queiram, acompanhem o incidente de inutilização.

Assim, consubstanciada em direito constitucional limitador do *ius puniendi*, a inadmissibilidade da prova ilícita revela que o Estado jamais poderá valer-se de provas ilícitas ou de provas obtidas por meios ilícitos, ainda que seja o único meio de se provar a autoria e materialidade de uma infração penal.

Em sentido oposto, o réu, em sua defesa, poderá utilizar a prova obtida por infringência à lei, material ou processual, (RANGEL, 2015, p. 486), desde que seja o único meio para provar sua inocência, tratando-se, portanto, de causa excludente da ilicitude, cuja teoria foi capitaneada por Afrânio Silva Jardim.

A teoria dos frutos da árvore envenenada, como tantas outras, não é absoluta, portanto, sofrendo limitações “como a limitação da fonte independente, a limitação da descoberta inevitável e a limitação da contaminação expurgada” (PACHECO, 2006, p. 549).

Nesta ordem, a prova absolutamente independente consubstancia-se na regra segundo a qual se existirem outras provas no processo, independentes da prova ilícita, não há que se falar em contaminação, haja vista que esta é fruto de outra árvore (não envenenada). A descoberta inevitável, a seu turno, assevera que se a prova, que circunstancialmente decorre de prova ilícita, poderia ser obtida por outra maneira, por atos de investigação válidos, ela será aproveitada, eliminando-se a contaminação. Por fim, a contaminação expurgada aduz que na fragilidade ou superficialidade de vínculo entre a prova ilícita e a derivada é possível afastar-se a ilicitude (ALENCAR e TÁVORA, 2013, p. 396-398).

Cumprir registrar, também, o princípio da proporcionalidade, doutrina alemã, que adaptada ao Direito judicial estadunidense ganhou contornos de princípio da razoabilidade, ambos dissertando que “o conflito entre bens jurídicos tutelados pelo ordenamento leva o intérprete a dar prevalência àquele bem de maior relevância” (ALECAR e TÁVORA, 2013, p. 401).

O *ius puniendi* e a legalidade na produção probatória será mitigado quando estiver em confronto com o *status libertatis* do réu que objetiva demonstrar sua inocência, prevalecendo a admissibilidade da prova, ainda que ilícita. Forçoso destacar, desde logo, que, em regra, tal princípio não poderá ser invocado para tutelar interesses da acusação (*pro societate*). Seria contraditório legitimar um Estado fora da lei, na busca do combate ao crime.

### 3. RESULTADOS E DISCUSSÃO

Analisando os diversos posicionamentos na doutrina e na jurisprudência sobre a (in)admissibilidade da prova ilícita no processo penal pátrio, pode-se perceber que o posicionamento majoritário aduz que a inadmissibilidade da prova ilícita é a regra, verdadeira garantia limitadora do direito de punir estatal, cuja exceção seria a admissibilidade da prova ilícita produzida pelo particular que tem neste expediente a única maneira de provar sua inocência.

Esta corrente apadrinha o critério da razoabilidade ou proporcionalidade, por intermédio do qual, em algumas situações, admite-se a prova obtida de maneira ilícita, levando-se em consideração a magnitude do interesse público a ser protegido e preservado.

Desse modo, havendo confronto entre princípios constitucionais de igual relevância deve-se recorrer à utilização do critério hermenêutico de ponderação de bens. Daí falar-se em proporcionalidade, a fim de que seja despendida proteção mais adequada a um dos direitos em risco, de forma que seja menos gravosa ao outro.

Para os defensores dessa corrente, apesar de, em regra, a prova obtida por meio ilícito ser inconstitucional e ineficaz, a proibição de sua produção deve ser mitigada para que seja admitida a prova viciada, em caráter excepcional e casuístico, quando sua obtenção e admissão for considerada como a única forma, possível e razoável, para proteger outros valores fundamentais considerados mais urgentes na concreta avaliação do caso. Como exemplo, tem-se a prova, colhida pelo réu e, nesse caso, a ilicitude é eliminada por causas legais.

Com efeito, explica Capez que o princípio da vedação não pode amparar condenações injustas, já que, 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, 2015, p. 305).

Em sintonia com o posicionamento de Capez, pode-se citar, dentre vários, os posicionamentos de Eugênio Pacelli (PACELLI, 2015, p. 375), Rogério Sanches Cunha e Ronaldo Batista Pinto (CUNHA e PINTO, 2009, p. 92) e Alexandre de Moraes (MORAES, 2014, p. 124).

Hodiernamente, a proporcionalidade assume grandes dimensões. Os EUA, baseando-se no critério da razoabilidade, também admitem as provas ilícitas em caráter excepcional, conforme a doutrina de José Francisco Etxeberria Guridi (ETXEBERRIA GURIDI, 1999, p. 519-520) e de José Francisco Gonzales-Cuellar Serrano (GONZALES-CUELLAR SERRANO, 1990, p. 331).

Salienta-se, oportunamente, que a teoria da proporcionalidade deve ser vista com reservas, dada a grande margem de subjetividade na apreciação dos valores conflitantes. Ressalte-se, ainda, que a existência de um critério objetivo estimularia a prática da ilegalidade (PACCELLI, 2015, p. 375).

Ademais, cumpre mencionar, existe doutrina e jurisprudência minoritária invocando a o princípio em exame para tutelar os interesses da acusação, conforme depreende-se do magistério de Denilson Feitosa Pacheco (PACHECO, 2006, p. 553), segundo o qual, em situações extremas e excepcionais se pode admitir a utilização da prova ilícita *pro societate*. Corroborando com tal posicionamento, já se manifestou o STF no seguinte julgado:

A EMENTA: - Reclamação. Reclamante submetida ao processo de Extradicação n.º 783, à disposição do STF. 2. Coleta de material biológico da placenta, com propósito de se fazer exame de DNA, para averiguação de paternidade do nascituro, embora a oposição da extraditanda. 3. Invocação dos incisos X e XLIX do art. 5º, da CF/88. 4. Ofício do Secretário de Saúde do DF sobre comunicação do Juiz Federal da 10ª Vara da Seção Judiciária do DF ao Diretor do Hospital Regional da Asa Norte - HRAN, autorizando a coleta e entrega de placenta para fins de exame de DNA e fornecimento de cópia do prontuário médico da parturiente. 5. Extraditanda à disposição desta Corte, nos termos da Lei n.º 6.815/80. Competência do STF, para processar e julgar eventual pedido de autorização de coleta e exame de material genético, para os fins pretendidos pela Polícia Federal. 6. Decisão do Juiz Federal da 10ª Vara do Distrito Federal, no ponto em que autoriza a

entrega da placenta, para fins de realização de exame de DNA, suspensa, em parte, na liminar concedida na Reclamação. Mantida a determinação ao Diretor do Hospital Regional da Asa Norte, quanto à realização da coleta da placenta do filho da extraditanda. Suspenso também o despacho do Juiz Federal da 10ª Vara, na parte relativa ao fornecimento de cópia integral do prontuário médico da parturiente. **7. Bens jurídicos constitucionais como "moralidade administrativa", "persecução penal pública" e "segurança pública" que se acrescentam, - como bens da comunidade, na expressão de Canotilho, - ao direito fundamental à honra (CF, art. 5º, X), bem assim direito à honra e à imagem de policiais federais acusados de estupro da extraditanda, nas dependências da Polícia Federal, e direito à imagem da própria instituição, em confronto com o alegado direito da reclamante à intimidade e a preservar a identidade do pai de seu filho.** 8. Pedido conhecido como reclamação e julgado procedente para avocar o julgamento do pleito do Ministério Público Federal, feito perante o Juízo Federal da 10ª Vara do Distrito Federal. **9. Mérito do pedido do Ministério Público Federal julgado, desde logo, e deferido, em parte, para autorizar a realização do exame de DNA do filho da reclamante, com a utilização da placenta recolhida, sendo, entretanto, indeferida a súplica de entrega à Polícia Federal do "prontuário médico" da reclamante.** (Rcl 2040 QO, Relator(a): Min. NÉRI DA SILVEIRA, Tribunal Pleno, julgado em 21/02/2002, DJ 27-06-2003 PP-00031 EMENT VOL-02116-01 PP-00129) (grifos nossos)

No caso acima, indubitavelmente, o STF valeu-se do critério da proporcionalidade para a aceitação de prova não prevista em lei, portanto, inicialmente inadmissível, em favor da acusação.

Duras críticas a este posicionamento podem ser extraídas das obras de Nestor Távora (TÁVORA e ALENCAR, 2013, p. 401), Aury Lopes Jr. (LOPES JR, 2007, p. 568) e Leonardo Sica (SICA, 2002, p. 82), que entendem, em suma, que a prova ilícita só deve ser utilizada em favor da inocência, haja vista que as garantias constitucionais existem como limites ao poder punitivo do Estado e não se justifica a quebra destas garantias, sob pena de o Estado acabar equiparando-se ao infrator (TÁVORA e ALENCAR, 2013, p. 402).

Em posicionamento favorável, vale citar a posição de Eugênio Pacelli (PACELLI, 2015, p. 379), segundo o qual, é cabível o juízo de proporcionalidade para a adequada aplicação do Direito, conforme ocorreu no caso apresentado, em que a intervenção probatória não atingiu nem atingiria a integridade física da vítima.

Portanto, enquanto prova da inocência do réu, a prova ilícita poderá ser aproveitada, já que, neste caso, os direitos fundamentais que preponderam são aqueles que protegem o particular contra o arbítrio do Estado (direito de liberdade, devido processo legal, ampla defesa, presunção de inocência). Já em relação ao aproveitamento da prova ilícita em favor da acusação, o tema submerge em profundo debate, haja vista que, ocorreria manifesta limitação pelo Estado dos

direitos fundamentais do particular, o que em regra não se admite, em razão de que a vedação é uma garantia do indivíduo contra o Estado, que não poderia ser revertida a favor do Estado contra o cidadão.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Da análise do presente trabalho, com base empírico probatória na legislação pátria, doutrina e jurisprudência, pode-se concluir que a produção probatória revela-se como um conjunto de normas e princípios que garantem os direitos das partes de demonstrar a verdade dos fatos, segundo cada ponto de vista, de forma mais semelhante com a realidade histórica. Não obstante, o direito de demonstrar a verdade dos fatos é limitado, haja vista que, devem ser observadas as restrições juridicamente existentes.

A par das normas, o destinatário das provas poderá valer-se dos princípios como fontes fundamentadoras do seu convencimento, decidindo substancialmente o caso apresentado e motivando sempre a sua decisão.

No que diz respeito à aceitação ou não das provas ilícitas no processo, tem-se que, em regra, são inadmissíveis. Excepcionalmente, a maioria da doutrina entende ser admissível no caso de ser o único meio de prova do inocente, por conservarem interesse maior, que é a liberdade, em detrimento do direito de punir do Estado. A minoria da doutrina, entretanto, sustenta posição diametralmente oposta, asseverando que a Constituição Federal veda tal prática.

Neste cenário, salienta-se, ainda, a existência da Teoria da Proporcionalidade, que advoga a tese de que, sendo a única forma possível, e quando apresentada para o abrigo de outros valores fundamentais urgentes, as provas ilícitas seriam admissíveis. Tal posição vem sendo adotada pela jurisprudência, em regra, quando favorável ao réu e, casuisticamente, *pro societate*, quando não estiver em risco a aplicabilidade potencial e finalística da regra da inadmissibilidade, sobretudo quando estiverem envolvidas organizações criminosas.

É indubitável que, caberá ao julgador, analisar caso a caso, mensurar de maneira comedida, a melhor solução para equilibrar a retidão da inadmissibilidade da prova ilícita, haja vista que o que está em jogo é a liberdade do indivíduo.

## REFERÊNCIAS

AVENA, Norberto. **Processo Penal Esquemático**. 6 ed. Rev., atual e ampl. Ed. Método, 2014.

CAPEZ, Fernando; COLNAGO, Rodrigo. **Código de Processo Penal comentado**. 1 ed. Ed. Saraiva, 2015.

FERNANDO DA COSTA TOURINHO FILHO. **Processo Penal**. São Paulo: Ed. Saraiva, 21ª ed., 1999. 3º Vol.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. 3 ed. Rev., atual e ampl. Salvador: Ed. JusPODIVM, 2015.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal comentado**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo e Execução Penal**. 11. Ed. Rev., atual e ampl. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Provas no Processo Penal**. 4. Ed. Rev., atual e ampl. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2015.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. 8. Ed. Salvador: Ed. JusPODIVM, 2013.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 461-462.

TÁVORA, Nestor; ROQUE, Fábio. **Código de Processo Penal para concursos**. 5. Ed. Salvador: Ed. JusPODIVM, 2014.

**Vade Mecum Saraiva**. 19. Ed. Atual. E ampl. São Paulo: Ed. Saraiva, 2015.