

**CENTRO DE EDUCAÇÃO SUPERIOR REINALDO RAMOS**

**FACULDADE REINALDO RAMOS**

**BACHARELADO EM DIREITO**

**FELIPE THIAGO DE MOURA**

**VALORAÇÃO DA PROVA ILÍCITA NO ÂMBITO DO PROCESSO PENAL**

**CAMPINA GRANDE - PB**

**2014**

FELIPE THIAGO DE MOURA

VALORAÇÃO DA PROVA ILÍCITA NO ÂMBITO DO PROCESSO PENAL

Trabalho monográfico apresentado à  
Coordenação do Curso de Direito da  
Faculdade Reinaldo Ramos – FARR,  
como requisito parcial para obtenção do  
grau de Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof. Dra. Sabrinna Correia  
Medeiros Cavalcanti

CAMPINA GRANDE – PB

2014

FELIPE THIAGO DE MOURA

**VALORAÇÃO DA PROVA ILÍCITA NO ÂMBITO DO PROCESSO PENAL**

Aprovado em: \_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de \_\_\_\_\_

**BANCA EXAMINADORA**

---

Dra. Sabrinna Correia Medeiros Cavalcanti  
CENTRO DE ENSINO SUPERIOR DE CAMPINA GRANDE – CESREI  
(Orientador)

---

Esp. Bruno Cezar Cade  
CENTRO DE ENSINO SUPERIOR DE CAMPINA GRANDE – CESREI  
(1º Examinador)

---

Esp. Felipe Augusto de Melo Torres  
CENTRO DE ENSINO SUPERIOR DE CAMPINA GRANDE – CESREI  
(2º Examinador)

Dedico este presente trabalho, primeiramente, a Deus, pelo fato de derramar o seu amor na minha vida diariamente, e a minha família pela paciência e estímulo apresentados durante esta longa caminhada.

## AGRADECIMENTOS

Dedico este presente trabalho, primeiramente, a Deus, pelo fato de derramar o seu amor na minha vida e da minha família diariamente.

Posteriormente, a minha querida esposa, Creusa de Oliveira Alves Moura, pela sua compreensão e força não deixando desanimar na caminhada.

A minha Mãe, Maria da Conceição de Moura, pelo seu carinho e cuidado com o meu bem estar.

Por fim, aos amados filhos Debora Hadassa e Samuel Felipe, por serem os meus preciosos tesouros.

## RESUMO

O presente trabalho buscou analisar as teorias sobre a valoração da prova ilícita no âmbito do processo penal. Tem como objetivo analisar a forma como a doutrina e jurisprudência, em especial a do Superior Tribunal de Justiça e a do Supremo Tribunal Federal, tem avaliado a presença de uma prova ilícita no processo penal, como também, mostrar que o princípio da proporcionalidade tem sido usado como instrumento para a admissão da prova ilícita *pro réu* no processo penal. A metodologia utilizada foi a pesquisa na jurisprudência dos Tribunais Superiores, em artigos científicos e na revisão bibliográfica referente ao assunto apresentado. Tendo como conclusão que a prova ilícita em regra é inadmitida no processo, sendo aceita, apenas, quando representa um meio de defesa do réu, tendo como parâmetro a utilização do princípio da proporcionalidade e do princípio da dignidade da pessoa humana. Entretanto, o critério da proporcionalidade em favor da acusação tem sido rejeitado por maior parte da doutrina.

**Palavras-chave:** Prova ilícita. Possibilidade. Processo Penal. Proporcionalidade.

## **ABSTRACT**

This paper focuses on the valuation of illegal evidence in criminal proceedings. Aims to analyze how the doctrine and jurisprudence, especially the Superior Court and the Supreme Court, have reported the presence of illegal evidence in criminal proceedings. The methodology was based on research in the jurisprudence of the Superior Courts, in scientific articles and literature review related to the subject presented. Against the conclusion that illegal evidence is generally unadmitted in the process, being accepted, just when is a defense of the defendant, having as parameter the use of the principle of proportionality.

**Keywords:** Proof unlawful. Possibility. Criminal Procedure. Proportionality

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	10
<b>CAPÍTULO I – TEORIA GERAL DA PROVA</b>	
1.1 Conceito e Finalidade.....	11
1.2 Destinatários.....	13
1.3 Natureza jurídica.....	13
1.4 Objeto.....	13
1.5 Classificação da prova.....	14
1.6 Meios de prova.....	16
1.7 Princípios da prova.....	17
1.7.1 Princípio da não autoincriminação.....	18
1.7.2 Princípio da auto-responsabilidade das partes.....	18
1.7.3 Princípio da aquisição ou comunhão.....	18
1.7.4 Princípio da oralidade.....	19
1.7.5 Princípio da publicidade.....	19
1.8 Sistema de apreciação da prova.....	19
<b>CAPÍTULO II – PROVAS ILÍCITAS</b>	
2.1 Conceito.....	22
2.2 Distinção entre prova ilícita e ilegítima.....	26
2.3 Teorias sobre a possibilidade de utilização das provas ilícitas.....	28
2.3.1 Teoria Obstativa.....	28
2.3.2 Teoria Permissiva.....	29
2.3.3 Corrente Intermediária.....	30
2.4 Teorias dos frutos da árvore envenenada (fruits of de the poisonous tree).....	32
2.5 Teorias decorrentes.....	34
2.6 Teoria da exclusão da ilicitude da prova.....	37
2.7 Posicionamento dos Tribunais Superiores sobre a admissibilidade das provas ilícitas no processo penal.....	38
<b>CAPÍTULO 3 - PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE OU DA RAZOABILIDADE</b>	
3.1 Conceito.....	42
3.2 Origem.....	44
3.3 Utilização do princípio da proporcionalidade na admissão de provas ilícitas no processo penal.....	47
<b>4 Considerações finais</b> .....	58
<b>5 Referências Bibliográficas</b>	



## INTRODUÇÃO

No Estado Democrático de Direito, busca-se manter a segurança de que todos os cidadãos respeitem as leis vigentes, incluindo as autoridades constituídas e a população nele presente, porque, em tese, entende-se que a sua produção decorreu dentro de um legítimo processo legislativo, tendo como participantes pessoas eleitas em um procedimento legal, sendo respeitada a vontade soberana do povo pertencente a esse Estado.

Assim, compreende-se que o povo estaria se submetendo, em tese, as normas que ele mesmo criou, independentemente de ser da forma indireta. Por isto, são questões de estabilidade social, como também, de segurança jurídica que as normas pertencentes a um Estado sejam obedecidas por todos os sujeitos que vivem no mesmo território, em especial, as normas constitucionais, que estão postas em uma posição hierarquicamente superior as demais.

Entretanto, cabe indagar se todas as normas criadas, no citado devido processo legislativo, estariam aptas a atender os anseios da sociedade a qual a mesma está inserida. Ainda mais, mesmos as normas constitucionais, incluindo seus direitos e garantias fundamentais, deveriam ter um caráter absoluto, em especial, naquelas situações que possam o seu cumprimento ser causador de injustiças? No intuito de tentar responder a estes e outros questionamentos, o presente trabalho foi produzido.

O tema vetor do estudo levantado foi a valoração da prova ilícita no processo penal. Neste trabalho, o princípio da verdade real tem um papel de destaque, porque uma de suas contribuições é permitir que o magistrado tenha uma atuação mais ativa dentro da lide, afastando-se do papel passivo que o mesmo possui no processo civil, no qual aguarda mais, por vezes, a ação das partes no que tange a instrução processual.

Entretanto, esse princípio experimenta certa mitigação em seu campo de atuação no processo penal quanto ao tema prova ilícita. Isto porque existe uma vedação constitucional ao seu uso, art. 5º, LVI da CRFB/88, como também, em lei infraconstitucional, art. 157, “*caput*”, do Código de Processo Penal. Isso expressa um sentimento de valoração pelo comportamento ético que deve existir no processo, assim como, traz uma segurança jurídica aos envolvidos na lide, no qual não irão se preocupar

no surgimento de forma inesperada de atitudes ilegais, desrespeitosas pelo outro litigante, e por fim, reforça o cumprimento da garantia do devido processo legal.

Assim, o interesse dessa pesquisa é estudar o comportamento do juiz, amparando-se no direito brasileiro, frente a uma prova ilícita tanto quando beneficie o réu (*pro reo*), como para o deslinde de crimes praticado por organizações criminosas, em um processo de investigação (*pro societate*). O que se tem prevalecido: a positividade, em seguir de forma restrita aos apelos da lei ou a visão interpretativa mais ampla, onde se busca alcançar o ideal de justiça, na base da pós-positividade.

Nessa perspectiva, busca-se analisar os diversos posicionamentos presentes na doutrina processual penal, na doutrina constitucionalista e no Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal, sobre a forma como se admitir uma prova ilícita dentro do processo penal. Do ponto de vista jurídico, o presente estudo contribuirá para que os operadores do direito conheçam os posicionamentos prevalecentes, o que de certa maneira será uma valiosa ferramenta para a sua prática diária nas suas lides.

O manejo da prova ilícita dentro processo penal também possui uma relevância social importante. Isto acontece pelo simples fato que uma visão antagonista à admissibilidade de uma prova proibida, muitas vezes pode ocasionar um sentimento de impunidade na sociedade, quando, por exemplo, um traficante de drogas é inocentado por causa de uma escuta telefônica não autorizada pela justiça, que viciou todo o processo.

Por outro lado, esse sentimento pode ser de injustiça quando um inocente é condenado, tendo a sua prova de inocência expressa em uma gravação não autorizada, rejeitada esta pelo juiz, por está em desconformidade com a lei. A relevância também está na pessoa do investigado, onde a questão da prova ilícita viola de certa forma a integridade física e/ou psicológica do indivíduo.

Confrontos entre os princípios constitucionais, foram continuamente debatidos nessa pesquisa. O princípio da segurança jurídica, do devido processo legal e da vedação ao uso da prova ilícita no processo foram enfrentados pelo princípio da dignidade da pessoa humana, e o da liberdade do réu. Neste ponto, foram levantados critérios de resolução dessa problemática, com foco no que discrimina a corrente pós-positivista do direito, onde se observará a maneira de lidar com conflitos de princípios.

Antes de adentrar nas perspectivas quanto a admissibilidade de uma prova ilícita no processo penal, foram abordados pontos como a teoria geral da prova, explanando sobre conceito, finalidade, destinatários, objeto, classificações, sistema de valoração, princípios norteadores da produção probatória. Isto com o fim de oportunizar ao leitor, uma visão generalista sobre aspectos da prova, por pertencer ao objeto de pesquisa, esta dentro do processo penal.

No curso do trabalho, também conceituaremos a prova ilícita; a diferenciaremos da prova ilegítima e abordaremos sobre as teorias que militam na seara da admissibilidade da prova ilícita no processo penal, destacando qual a que tem influenciado a doutrina e a jurisprudência brasileira atual. Por fim, vai analisar a forma que se tem utilizado o critério da proporcionalidade como meio de se admitir a prova ilícita no processo penal.

A pesquisa bibliográfica, ora apresentada, foi elaborada a partir de livros específicos do conhecimento do direito, em especial do direito processual penal e do direito constitucional, de artigos jurídicos encontrados na internet, bem como, nas jurisprudências presentes no Superior Tribunal de Justiça e no Supremo Tribunal Federal, tendo sido utilizado também a análise documental para a elaboração do texto.

## CAPÍTULO I - TEORIA GERAL DA PROVA

### 1.1 CONCEITO E FINALIDADE

A prova é um elemento importante no curso de uma persecução penal. Pode ser entendida como o instrumento que tem uma atuação direcionada na formação do convencimento do julgador. Assim, entende André Nicolitt, como expõe no seu livro Manual de Processo Penal: “...prova é o instrumento ou o meio através do qual as partes pretendem formar a convicção do julgador em um determinado processo” (NICOLIT, 2010, p. 368).

Outro conceito interessante encontrado na doutrina sobre prova, é o seguinte: “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.” (MOUGENOT, 2010, p.201).

Seguindo esse pensamento, compreendemos na prova uma função de comprovação de fatos. Nada adianta peticionar em juízo reivindicando alguma atuação estatal sobre uma situação ensejadora de suposta injustiça, caso não se demonstre de forma racional e lúcida o que está sendo levantado em juízo, a fim de que o juiz exercite o seu convencimento sobre tais argumentações. Por isso, a prova pode ser aceita como um instrumento de comprovação dos fatos.

Isso faz compreender a importância da prova para o processo em geral, não só o penal. Pois, será infrutífero o trabalho daqueles que litigam em juízo, no que tange a procura por debates robustos sobre institutos jurídicos, teses doutrinárias ou jurisprudenciais de considerável gabarito, sem uma boa condensação de provas a serem utilizadas no instante devido com o fim de demonstrarem as suas afirmações.

Assim, também, entende Fernando Capez, quando ensina que:

Sem dúvida alguma, o tema referente à prova é o mais importante de toda a ciência processual, já que as provas constituem os olhos do processo, o alicerce sobre o qual se ergue toda 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, 2013, p. 367)

Convém ressaltar que nada adiantaria uma possibilidade de acesso ao Poder Judiciário pelo cidadão, que teve o seu direito lesado, sem a oportunidade de utilizar os meios apropriados para comprovar o que foi alegado em juízo. Daí conclui-se pela importância da prova no âmbito não só do processo penal, mas, ao processo civil, trabalhista, e outros ramos jurídicos.

Percebe-se que através do processo procura-se fazer uma reconstrução histórica do fato ocorrido, como destaca TÁVORA e ALENCAR (2011, p. 355), tentando trazer ao juiz uma visão mais próxima da “verdade” sobre o caso em debate, para que o seu veredicto seja o mais justo possível. Nesta demonstração dos fatos a prova é o instrumento de relevante importância, pois, ela representará tudo àquilo que irá trabalhar no convencimento do magistrado.

O termo prova apresenta sentidos diferentes, como ensina NUCCI (2007, p. 351) : “significa ato de provar, meio de provar e resultado da ação de provar”. Uma das fases presente no Processo Penal, é a probatória. E nela o intuito é buscar a exatidão ou a verdade do fato alegado, configurando o sentido da prova como *ato de provar*.

Porém, para que se chegue à verdade de algo, precisa-se de instrumentos para tal fim. Nesse caminho surge a importância da prova testemunhal, prova pericial, depoimento pessoal das partes, por exemplo, como elementos fundamentais na demonstração do acontecimento dos fatos levantados em juízo. Assim, conclui-se o sentido da prova como *meio de provar*.

O resultado almejado pelas partes no processo penal, seja para o autor a possível condenação do acusado, e para o réu a sua absolvição, depende da demonstração da verdade sobre os fatos levados ao juiz. Entretanto, isto é o resultado do produto decorrente dos instrumentos de provas trazidos a juízo. Assim, confirma-se outro sentido da prova, como resultado da *ação de provar*.

Como evidenciado nas situações levantadas acima, a finalidade da prova é tentar convencer o magistrado de que os fatos levados até o mesmo são verdadeiros. Para tanto, isso exige das partes um trabalho bastante competente, no intuito de produzir provas que sejam as mais lúcidas possíveis. Confirma esse entendimento, a afirmação de Roxin (apud Tavora; Alencar, 2011, p. 356) “probar significa convencer al juez sobre la certeza de la existencia de um hecho”.

## 1.2 DESTINATÁRIOS

Quando falamos de destinatários da prova, passamos a observá-los em duas perspectivas. A primeira seria o *destinatário direto* da prova, que no caso seria o juiz, pois, no curso do processo, as partes objetivam preparar o juízo de convencimento do magistrado para obter a decisão favorável ao seu interesse.

Numa outra vertente, poderíamos conceituar como *destinatários indiretos* da prova as partes integrantes do processo. Isto porque, dependendo do êxito da atuação probatória, elas podem ficar convencidas da veracidade do que foi levantado em juízo, a ponto de aceitar com mais tranquilidade a decisão imposta.

## 1.3 NATUREZA JURÍDICA

No que tange à natureza jurídica da prova, encontramos uma uniformidade na doutrina, sobre a sua definição como um direito subjetivo do indivíduo. Nesse sentido, é salutar observarmos que de nada adiantaria termos um judiciário célere, sem a oportunidade de a parte demonstrar a realidade dos fatos, o que chegaria a ferir de forma frontal o devido processo legal. Assim, entende-se que a prova é “verdadeiro direito subjetivo com vertente constitucional para a demonstração da realidade dos fatos” (TAVORA; ALENCAR, 2011, p.356).

## 1.4 OBJETO

Na atividade probatória, em função do princípio da economia processual, tão discutido no mundo jurídico na atualidade, as partes devem se preocupar em provar fatos que são importantes para a formação do juízo de convencimento do juiz. Existem alguns que não são úteis para tal fim, seja por que são notórios, ou porque não tem pertinência com o caso a ser julgado. Assim, entende-se que tal atividade será restrita aos fatos que interessam ao deslinde do caso. Tal tarefa cabe às partes.

Nessa mesma perspectiva, temos a posição de Alexandre Cebrian e Victor Gonçalves:

Nem todos os fatos e circunstâncias relacionados à causa, todavia, precisam ser provados, pois a atividade probatória tem feição essencialmente utilitária, de modo a restringir seu objeto aos acontecimentos **úteis** e **relevantes** ao julgamento da causa. (REIS; GONÇALVES, 2013, p.248, grifo nosso)

Corroborando com esse entendimento temos o ensino de André Nicolitt: “Indubitavelmente, o fato criminoso e todas as suas circunstâncias, destacando-se autoria e materialidade, constituem o principal objeto de prova” (NICOLITT, 2010, p. 368). Isto demonstra que não cabe às partes, participantes de um processo, buscar elementos de certa forma inúteis no ato da atividade probatória, porém, devem focar seus esforços em alcançar material que tenha relação com o que está sendo alegado em juízo.

Em cima desse tema, cabe uma distinção importante entre objeto de prova e objeto da prova. Este indica que as partes colocaram o seu foco para o fato, acontecimento que tem relevância para que o magistrado possa emitir um juízo de valor. Já o objeto de prova está restrito ao que precisa ser provado em juízo, eliminando aquilo que não é pertinente para ser demonstrada, no caso, a própria lei possibilita tal ação. Podemos citar como exemplo, o dia 25 de dezembro que não necessita de provas que é natal, pois, convencionou-se que tal data representa o dia do nascimento de Cristo.

## 1.5 CLASSIFICAÇÃO DA PROVA

O estudo sobre a classificação da prova apresenta-se na doutrina de maneira diversificada, porém, de maneira geral encontramos, em primeiro lugar, a classificação quanto ao objeto. Nesta classificação, o que se pauta é a relação da prova com o fato a ser provado: a.1) Direta: refere-se diretamente ao fato probante. Temos como exemplo, testemunha visual; a.2) Indireta: nesse caso estamos diante de uma prova que a sua conclusão deu-se a um outro acontecimento que nos levou ao fato principal. Podemos citar com exemplo um álibi.

No que diz respeito ao efeito ou valor da prova, temos a prova plena e a indiciária. A primeira está presente quando acontece a condenação, esse que é ato almejado pela acusação. Para tanto, deve-se levar em juízo elementos probatórios que deixem o magistrado seguro de que aquilo foi levado ao seu conhecimento é de fato verdade. Nesse caso, a prova em si é bastante completa para o convencimento do juiz, não deixa margem para dúvida. Já a indiciária possui um conteúdo limitado, não permitindo um maior nível de profundidade, para chegar a uma determinada conclusão.

Outro efeito da prova está relacionado ao sujeito ou causa, no qual trataremos especificamente sobre o material produzido. O real é a prova que emerge de um determinado fato, temos como exemplo a fotografia e as pegadas. O pessoal é a prova que surge do conhecimento em razão do tema probatório. A confissão, seria um bom exemplo.

Por fim, no tema classificação das provas, apresenta-se a análise quanto à forma ou aparência. Nesta o que se busca demonstrar são as formas como a prova aparece dentro do processo. Assim, temos a testemunhal que surge com as declarações de uma pessoa. Como exemplo, podemos destacar o interrogatório do réu. Já a documental é extraída de uma condensação gráfica, representando uma manifestação de pensamento. Podemos colocar o contrato como exemplo. E por último, tem-se a prova material que é simbolizada por meio de elementos que corporificam a demonstração de um fato, a exemplo do exame de corpo de delito.

## 1.6 MEIOS DE PROVA

Os meios de provas são instrumentos que o juiz utiliza para formar o seu convencimento sobre os fatos levados em juízo. Podem ser consideradas como técnicas que retiram da origem da prova, elementos que interessam ao processo. Não se confunde com o sujeito da prova ou com o objeto da prova. “Enfim, tudo aquilo que o juiz utiliza para alcançar um fim é considerado meio de prova” (RANGEL, 2006, p.382).

Analisando a figura da testemunha, como exemplo, ela não é meio de prova, e sim, o seu depoimento. A testemunha configura-se como um sujeito da prova. No caso de



um local a ser averiguado, ele, em si, representa um objeto de prova, porém, a inspeção nele realizado é um meio de prova.

Interessante questão é observar se no direito brasileiro existe uma restrição aos meios de provas a ser utilizado no processo penal, ou seja, apenas usa-se os previstos em lei, ou podem-se utilizar os chamados inominados? A doutrina de maneira praticamente pacífica, dentre tais temos BONFIM (2011), TAVORA e ALENCAR (2011), NICOLITT (2010), reconhece a existência de ambos, tantos os nominados como os inominados.

São exemplos de meios de prova previstos no Código de Processo Penal, a perícia do local do crime (art. 169, do CPP), a confissão (art.197 do CPP) e o depoimento do ofendido (art.201, do CPP), dentre outros. Estes são os chamados meios de provas nominados. Já nos casos dos meios inominados temos como exemplos as fotografias, a inspeção judicial, os arquivos de áudio (fonogramas), e as filmagens (videofonogramas).

O processo penal tem como centro, no campo da instrução processual, o princípio da busca da verdade real. Este representa uma possibilidade mais efetiva de participação do juiz no processo, ordenando realização de prova ex –ofício e reinquirindo testemunhas para nova oitiva. Isso permite que se realize uma investigação ampla a fim de apurar o que realmente aconteceu sobre o suposto fato delituoso.

Em razão do princípio da busca da verdade real, afirma-se que no processo penal não existe limitação probatória. Porém, tal liberdade é mitigada, vedando-se o uso das provas ilícitas e provas ilegítimas. Assim, com base no citado princípio, admite-se meios de provas inominados, desde que moralmente legítimos e não afrontadores do próprio ordenamento.

## 1.7 PRINCÍPIOS DA PROVA

O termo princípio, para a ciência, emerge-se como fundamento norteador para o desenvolvimento de determinada área de conhecimento. No campo jurídico, em especial no direito processual penal, temos uma aceitação a essa concepção. Assim, a prova a ser utilizada no processo, rege-se por certos princípios que tem a função elementar de orientar a quem dela vai utilizar, de forma a está em concordância com

as normas vigentes. Em geral, a doutrina, destacando CAPEZ (2013) e TAVORA e ALENCAR (2011), traz os seguintes princípios que regem a atividade probatória:

#### 1.7.1 Princípio da não autoincriminação:

Esse princípio permite que o indiciado em inquérito policial, ou o réu no processo penal, possa permanecer calado durante sua oitiva. Exatamente no sentido, de que não é obrigado a produzir prova contra si mesmo. Tendo por fundamento o direito constitucional ao silêncio.

Essa perspectiva vale, também, para a possibilidade do réu ou investigado não ser obrigado a colaborar na produção de prova que de fato possa o prejudicar. Interessante é observar que tal comportamento não deve resultar em prejuízo para a defesa, corrobora com esse entendimento, o pensamento de Edilson Mougnot Bonfim, “...o silêncio ou a não colaboração, conforme o caso, não podem ser interpretados contrariamente à defesa, não servindo de prova contra o acusado”. (BONFIM, 2008, p.367)

#### 1.7.2 Princípio da auto-responsabilidade das partes

No processo penal, cabem às partes o ônus de provar os fatos ou alegações que venham favorecer. Assim, elas assumem todas as consequências das provas que produzirem. O êxito ou não na atividade probatória está condicionado à atuação do interessado no curso da instrução processual.

#### 1.7.3 Princípio da audiência contraditória (ou da audiência bilateral)

Baseado no princípio do contraditório e da ampla defesa, toda a prova trazida em juízo tem que ser oportunizada à parte contrária, para que se possibilite a sua manifestação. Além disto, deve ser garantida para as partes a oportunidade de presenciar a produção das provas, de ter acesso ao seu teor, como também, a produção da contraprova, como forma de influir no convencimento do juiz.

#### 1.7.4 Princípio da aquisição ou comunhão

A partir do momento em que a parte produz determinada prova, esta passa a pertencer ao processo. Por isto, se quem utilizou desista dela, a prova poderá ser

restituída dos autos somente com a concordância da parte contrária, podendo, ainda, o juiz determinar sua produção de ofício, caso entenda que seja necessário para o deslinde do caso.

#### 1.7.5 Princípio da oralidade

Percebe-se, atualmente, que o processo penal tem gradativamente (através das últimas reformas vivenciadas) dado mais importância aos atos que privilegiem a fala do que os que se restringem a escritos. Vemos tal tendência desde da entrada em vigor da lei nº 9099/99, no qual torna a oralidade critério reitor do Juizado Especial Criminal, como ensina Nestor Tavora e Rosmar Rodrigues Alencar (2011, p. 380).

Notamos traços de influência do princípio da oralidade, quando vemos previsão legal no CPP, dando preferência aos debates orais ao invés de alegações finais escritas, segundo o disposto no art. 403, como também, na opção pelos depoimentos das testemunhas serem feitos de forma oral, salvo em casos específicos, no qual a forma escrita é expressamente admitida (art. 221, §1º, do CPP).

#### 1.7.6 Princípio da publicidade

Dentro do processo penal, impera a publicidade dos atos processuais, o que de certa forma permite o acesso do seu conteúdo não só às partes envolvidas na lide, mas também, ao público em geral. Porém, de forma excepcional alguns atos são sujeitos ao sigilo, limitando-se seu conhecimento, como em situações que o interesse público assim o exija ou a tutela da intimidade dele necessite, conforme o art. 5º, LX, da CF.

### 1.8 SISTEMA DE APRECIÇÃO DA PROVA

A valoração da prova é realizada de diversas formas conforme as previsões expressas nos ordenamentos jurídicos. Alguns permitem que o juiz tenha liberdade absoluta na apreciação da prova, sem a necessidade de sua motivação, outros reconhecem essa liberdade, desde que justifique sua decisão, e por fim, existem aqueles que a própria lei estabelece o valor de cada prova.

No curso da história, observa-se uma variedade de sistemas de valoração de provas, que tinham uma relação com os aspectos culturais de cada povo, sendo os que mais se

destacam são os seguintes, segundo classificação de Edilson Mougenot Bonfim (2011, p. 369): sistema dos ordálios, sistema da prova legal, sistema da livre convicção e sistema do livre convencimento.

No sistema dos ordálios, o acusado demonstrava que era inocente caso conseguisse superar a prova a que era submetido. Tudo que envolvia essa avaliação de inocência ou não era baseado no chamado juízo de Deus ou ordálios. Nesse julgamento, não eram analisadas circunstâncias que tinham relações com os fatos. Caso o acusado não se queimasse diante de uma prova de ferro em brasa, por exemplo, ele era considerado inocente.

No sistema da prova legal ou tarifação de provas, a própria lei determina o valor de cada prova a ser utilizada no processo. Dessa forma, o juiz vê retirado do seu alcance a possibilidade de valorar a prova segundo sua livre convicção. Estará restrito ao que determina a lei, no ato de apreciar a prova no caso concreto. Já está estabelecido um valor para cada prova, e uma hierarquia entre elas, ficando o magistrado sem liberdade no momento de apreciação das mesmas.

No Código de Processo Penal, percebemos uma previsão nesse sentido no art. 158, no qual prevê que nos casos que deixarem vestígios deve ser utilizado o exame pericial para se analisar a materialidade do delito. Assim, a norma prevê para certo caso uma prova específica no ato de sua comprovação. Isso mostra resquício do sistema da prova legal, como explica TAVORA e ALENCAR (2011, p. 378).

Já no sistema de livre convicção (prova livre ou íntima convicção), diferentemente do sistema da prova legal, o juiz tem uma liberdade ampla para apreciar as provas, sem a necessidade de motivar suas decisões, não estabelecendo a lei valor para cada prova. O interessante é observar que nesse sistema o julgador poderá se valer de situações não previstas nos autos, utilizando de critérios pessoais no ato do seu julgamento. Encontramos no nosso ordenamento, a sua presença na segunda fase de julgamento do Tribunal do Júri, quando os jurados expõem seus posicionamentos sem maiores explicações, tendo em vista serem os votos sigilosos e não precisarem de motivação.

Finalmente, no sistema do livre convencimento ou da verdade real, encontramos uma liberdade para o magistrado no ato do julgamento das provas, porém, há exigência de que o mesmo motive sua valoração. Encontramos sua fundamentação no art. 93, IX, da CF/88. Não existe uma restrição ao uso das provas por parte da lei, como acontece no

sistema legal. O juiz analisará o conjunto probatório e irá extrair dele elementos para formar o seu convencimento. O detalhe é que cada posição adotada pelo magistrado, deverá ser justificada.

## **CAPITULO II - PROVAS ILÍCITAS**

### **2.1 – CONCEITO**

Podemos definir de forma sintética que provas ilícitas são aquelas que são obtidas de forma contrária ao que diz a Constituição Federal ou a legislação infraconstitucional. Nesse sentido, temos o entendimento de Edilson Mougnot que “são chamadas provas ilícitas aquelas cuja obtenção viola princípios constitucionais ou preceitos legais de natureza material”. (BONFIM, 2011, p. 356). Percebe-se que o vício a constar na prova, nasce no momento de sua produção, de forma a contrariar o que prevê norma constitucional ou legal.

É importante compreendermos que o ordenamento jurídico brasileiro, em regra, veda a utilização da prova ilícita no processo. Tal previsão é encontrada no art. 5º, LVI, da CF/88, com a seguinte disposição: “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”. Como também, no art. 157, “caput”, do CPP: “São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais”.

A doutrina traz o conceito de forma praticamente unanime sobre provas ilícitas, considerando o desrespeito, no ato da produção da prova, às normas de direito material, pois, entendem os estudiosos do direito, dentre estes destaca-se MIRABETE (2008), BONFIM (2011), TÁVORA E ALENCAR (2011), MORAES (2002) que se houver uma inconformidade com norma processual, estaríamos diante de uma prova ilegítima

É importante observar que o princípio da vedação a prova ilícita no âmbito processual tem seu fundamento em outro princípio com vertente constitucional: o devido processo legal. Tanto é verdade que existem doutrinadores, como o ilustre Uadi Lammêgo Bulos, que considera aquele princípio como uma projeção deste (BULOS, 2010, p. 675).

O que se percebe que é inconcebível construir um processo limpo, sem mácula, com respeito aos direitos fundamentais do homem, tendo no seu interior um componente viciado, sujo das imperfeições adquiridas na sua formação, seja por

desrespeito a regras materiais ou formais do direito. Isto faz pensar na importância em considerar um limite ético-jurídico na obtenção de provas.

O Supremo Tribunal Federal tem firmado posicionamentos similares ao que foi exposto acima, como mostra o seguinte julgado:

O réu tem o direito de não ser denunciado, de não ser processado e de não ser condenado com apoio em elementos probatórios obtidos ou produzidos de forma incompatível com os limites ético-jurídicos que restringem a atuação do Estado em sede de persecução penal. (STF, RE 251.445-4/GO, Rel. Min. Celso de Mello, decisão de 21-6-2000, p. 68).

Percebe-se que o princípio da busca da verdade real de certa forma sofre uma mitigação, em razão dessas disposições. Este traz a possibilidade do juiz ter uma atuação mais efetiva dentro do processo, buscando, rejeitando, solicitando *ex officio* provas, de forma a tentar prepara seu juízo de convencimento o mais próximo possível da realidade fática. Com a proibição de provas ilícitas, de certa forma ocorre uma limitação a liberdade absoluta na produção de provas.

Sobre o tema, o plenário do STF já decidiu:

É indubitável que a prova ilícita, entre nós, não se reveste da necessária idoneidade jurídica como meio de formação do convencimento do julgador, razão pela qual deve ser desprezada, ainda que em prejuízo da apuração da verdade, no prol do ideal maior de um processo justo, condizente com o respeito devido a direitos e garantias fundamentais da pessoa humana, valor que se sobreleva, em muito ao que é representado pelo interesse que tem a sociedade numa eficaz repressão aos delitos. É um pequeno preço que se paga por viver-se em Estado de Direito democrático. A justiça penal não se realiza a qualquer preço. Existem, na busca da verdade, limitações impostas por valores mais altos que não podem ser violados, ensina Heleno Fragoso, em trecho de sua obra *Jurisprudência Criminal*, transcrita pela defesa. A constituição brasileira, no art.5º, inc. LVI, com efeito, dispõe, a todas as letras, que são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”. (STF, Ação Penal 307-3-DF, Plenário, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJU, 13 out. 1995; RTJ 162/03-340).

No presente julgado, vemos uma rejeição, por parte do Ministro Relator, a presença da prova ilícita no processo. Isto deve-se ao fato de que prova não está revestida de um aspecto ético, por isso o mesmo chama de caráter idôneo, que prejudica

o devido processo legal. O interessante é que, nesse posicionamento, a não admissão ocorre mesmo que aquela sirva como elemento para reprimir prática delituosa.

Ainda na perspectiva levantada acima sobre a razão da impossibilidade de se aceitar prova ilícita no processo, trazemos brilhante ensinamento do Ministro do STF Celso de Mello, no julgamento da AP 307-3, descrito abaixo:

A norma inscrita no art.5º, LVI, da Lei Fundamental promulgada em 1988, consoante, entre nós, com fundamento em sólido magistério doutrinário (Ada Pellegrini Grinover, *Novas tendências do direito processual*, p.60;82, 1990, Forense Universitária; Mauro Cappelletti, *Eficacia di prove illegittimamente ammesse e comportamento della parte*, em *Rivista di Dirritto Processuale*, p.64 e 70, 1968), o postulado de que a prova obtida por meios ilícitos deve ser repudiada – e repudiada sempre – pelos juízes e Tribunais por mais relevantes que sejam os fatos por ela apurados, uma vez que se subsume ela ao conceito de inconstitucionalidade (Ada Pellegrini Grinover, *op.*, cit., p. 62, 1990, Forense Universitária). A cláusula constitucional do due process of Law – que se destina a garantir a pessoa do acusado contra ações eventualmente abusivas do Poder Público – tem, no dogma da inadmissibilidade das provas ilícitas, uma de suas projeções concretizadoras mais expressivas, na medida em que o réu tem o impostergável direito de não ser denunciado, de não ser julgado e de não ser condenado com apoio em elementos instrutórios obtidos ou produzidos de forma incompatível com os limites impostos, pelo ordenamento jurídico, ao poder persecutório e ao poder investigatório do Estado. A absoluta invalidade da prova ilícita infirma-lhe, de modo radical, a eficácia demonstrativa dos fatos e eventos cuja realidade material ela pretende evidenciar. Trata-se de consequência que deriva, necessariamente, da garantia constitucional que tutela a situação jurídica dos acusados em juízo penal e que exclui, de modo peremptório, a possibilidade de uso, em sede processual, da prova – de qualquer prova – cuja ilicitude venha a ser reconhecida pelo Poder Judiciário. A prova ilícita é prova imprestável. Não se reveste, por essa explícita razão, de qualquer aptidão jurídica – material. Prova ilícita, sendo providência instrutória eivada de inconstitucionalidade, apresenta-se destituída de qualquer grau, por mínimo que seja, de eficácia jurídica. Tenho tido a oportunidade de enfatizar, neste Tribunal, que a Exclusionary Rule, considerada essencial pela jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos da América na definição dos limites da atividade probatória desenvolvida pelo Estado, destina-se, na abrangência de seu conteúdo, e pelo banimento processual de evidência ilicitamente coligidas, a proteger os réus criminais contra a ilegítima produção ou a ilegal colheita de prova incriminadora (*Garrity v. New Jersey*, 385 U.S 493, 1967; *Mapp v Ohio*, 367 U.S 643, 1961; *Wong Sun v. United States*, 371 U.S 471, 1962, v.g)



Na esteira desse pensamento, temos Eugênio Pacelli de Oliveira, quando diz que:

Mais que uma afirmação de propósitos éticos no trato das questões do Direito, as aludidas normas, constitucional e legal, cumprem uma função ainda mais relevante, particularmente no que diz respeito ao processo penal, a saber: a vedação das provas ilícitas atua no controle da regularidade da atividade estatal persecutória, inibindo e desestimulando a adoção de práticas probatórias ilegais por parte de quem é o responsável pela sua produção. (OLIVEIRA, 2011, p.332).

O próprio STF entende que a valoração sobre a prova ilícita, em relação a sua ponderação em preceitos constitucionais, deve ser feita pelo juiz que autorizar a realização da diligência:

A ponderação de quaisquer interesses constitucionais oponíveis à inviolabilidade do domicílio não compete a posteriori ao juiz do processo em que se pretenda introduzir ou valorizar a prova obtida na invasão ilícita, mas sim àquele a quem incumbe autorizar previamente a diligência. (STF, HC 79. 512, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 16-5-2003).

O pretório Excelso tem compreendido que a justiça penal não pode ser realizada de toda forma, desrespeitando garantias enraizadas no texto constitucional de 1988, como observa-se :

É indubitável que a prova ilícita, entre nós, não se reveste da necessária idoneidade jurídica como meio de formação do convencimento do julgador, razão pela qual deve ser desprezada, ainda que em prejuízo da apuração da verdade, no prol do ideal maior de um processo justo, condizente com o respeito devido a direitos e garantias fundamentais da pessoa humana, valor que se sobreleva, em muito, ao que é representado pelo interesse que tem a sociedade numa eficaz repressão aos delitos. (STF, Pleno, AP 307-3/DF, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJU de 13-10-1995; RTJ, 162:03-340).

O Estado atua com o poder do *jus puniendi* no processo penal, o que de certa forma invoca para si o trabalho na persecução criminal, desde o momento investigativo, com a atuação da polícia judiciária, até a sua conclusão, com o julgamento da causa. Por isto, a proibição da presença das provas ilícitas no processo, serve exatamente como instrumento de controle dessa atividade do Estado, expurgando comportamento que fere normas constitucionais ou legais.

Dentro dessa perspectiva, existem vozes na doutrina que admitem essa vedação apenas para o Estado e não para o particular, posicionamento rechaçado pelo Supremo Tribunal Federal, pois, este tem firmado entendimento de que os direitos fundamentais vinculam tanto Estado quanto particular<sup>1</sup>.

## 2.2 DISTINÇÕES ENTRE PROVAS ILÍCITAS E PROVAS ILEGÍTIMAS

As provas ilícitas, conforme destacado anteriormente, são aquelas que trazem em sua produção um desrespeito a uma norma material de ordem constitucional ou infraconstitucional. Já as chamadas ilegítimas o seu vício está atinente às regras de procedimento, prevista em norma processual, seja constitucional ou legal. Ensino interessante é o expresso por Edilson Mougnot, quando trata sobre as diferenças entre as provas ilícitas e as ilegítimas :

São chamadas provas ilícitas aquelas cuja obtenção viola princípios constitucionais ou preceitos legais de natureza material. Como exemplos de provas ilícitas, temos, dentre outras, a confissão do acusado obtida mediante tortura, coação ou maus-tratos, violando o direito à incolumidade física (art. 5º, III, da CF) e o princípio da dignidade humana (art. 1º, III, da CF); a busca e apreensão domiciliar realizada sem autorização judicial ou durante a noite (art. 5º, XII, da CF) etc. Por outro lado, a prova será ilegítima se sua obtenção infringir norma processual dizendo respeito à própria produção da prova (ex. quando a infração deixar vestígios e o laudo de exame de corpo de delito – direto ou indireto – for suprido pela confissão do acusado). Destarte, se houver uma motivação deficiente na decisão judicial prolatada para a restrição de um direito fundamental na produção da prova, se o magistrado for incompetente para a medida ou ocorrer a violação aos requisitos legais necessários à interceptação telefônica, por exemplo, os vícios processuais daí decorrentes levarão à nulidade da prova, e não à sua ilicitude. (BONFIM, 2011, p. 356).

Percebe-se que a prova trazida ao processo sem a observância de normas constitucionais, ou mesmos os princípios, como também as normas legais, apresenta vício congênito, seja porque adveio de uma violação de domicílio, fora dos casos permitidos na lei, seja porque surgiu de uma interceptação telefônica sem autorização

---

<sup>1</sup> RE 201.819/RJ, Rel. p/o acórdão Min. Gilmar Mendes, julgado em 11-10-2005.

judicial, todos estes garantias constitucionais. Por outro lado, provas que emergem de vícios processuais, dizem respeito a regra de procedimento que a parte deveria observar, não podendo ser entendidas como ilícitas.

A Corte Suprema já rejeitou determinada prova, por considerá-la como ilegítima, em razão da ausência de decreto que fundamentasse a quebra do sigilo bancário e fiscal, conforme descrição abaixo:

As provas obtidas mediante decreto não fundamentado de quebra dos sigilos bancário e fiscal constituem provas ilegítimas e, em consequência, podem ser reproduzidas desde que observada a formalidade processual que deu causa à anulação do ato. (STF, 1ª T, HC 80 724/SP, Rel. Min. Ellen Gracie, decisão unânime de 20-3-2001, DJ de 18-5-2001, p.65, Ementário de Jurisprudência n. 2030-3, p.542).

Existem doutrinadores que entendem que além das provas ilícitas, ilegítimas, existem as chamadas provas irregulares (GRINOVER, FERNANDES; GOMES FILHO, 2001, p.133). Estas seriam provas permitidas pela legislação, no entanto, no ato de produção das mesmas os requisitos legais para a sua validade não seriam atendidos. Posição discordante dessa classificação, encontramos em Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar (TAVORA; ALENCAR, 2011, p.361), no qual os autores acreditam que as provas irregulares estariam englobados no que se entendem por provas ilegítimas, pois, a violação dá-se em norma processual.

Há doutrinadores que afirmam não existir diferença entre provas ilícitas e ilegítimas, sendo ambas entendidas como ilícitas. A fundamentação estaria no art. 157, “caput”, do CPP, que diz: “São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais”. Neste texto legal, não haveria distinção das provas, havendo a intenção do legislador em unificá-las no conceito de provas ilícitas.

Corroborando esse pensamento, traz-se a baila o ensino de TAVORA e ALENCAR:

Alheia à classificação doutrinária, a Constituição Federal não fez referência distintiva entre provas ilícitas ou ilegítimas, e tão pouco seria o papel do legislador constituinte fazê-lo, sendo que a lei nº 11.690/2008, que imprimiu a reforma no sistema probatório brasileiro, também não fez qualquer diferenciação, reputando na nova redação

dada ao art.157, “caput”, como ilícitas aquelas provas obtidas em violação a normas de caráter constitucional ou infraconstitucional, que por consequência, devem ser desentranhadas dos autos (2011, p.361)

## 2.3 TEORIAS SOBRE A POSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DAS PROVAS ILÍCITAS

O uso das provas ilícitas no processo, em especial, o penal, nosso objeto de estudo, não tem uma aceitação pacífica pelos doutrinadores ou pela jurisprudência. As divergências, em regra, dá-se pela adoção de umas das teorias que versão sobre a possibilidade de sua utilização, que são: a teoria obstativa, a teoria permissiva e a corrente intermediária.

### 2.3.1 Teoria Obstativa

Segundo essa corrente, em nenhuma hipótese a prova ilícita pode ser admitida no processo, independentemente do direito que esteja em debate. Essa posição tem como fundamento a Constituição Federal de 1988, no seu art. 5º, LVI, que dispõe “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”.

Os adeptos dessa teoria entendem que, numa perspectiva kelsiana, a norma constitucional, como lei maior, deve ser respeitada pelas normas hierarquicamente inferiores, irradiando-se esse efeito inclusive nos comportamentos nos sujeitos envolvidos no processo penal. A admissibilidade da prova ilícita seria uma afronta a que dispõe o direito positivo, os princípios gerais do direito, e especialmente a Carta Magna de 1988, no que tange aos direitos e garantias fundamentais.

Nesse sentido, está o pensamento de Ada Pellegrini GRINOVVER:

Nesses casos incide a chamada atipicidade constitucional, isto é, desconformidade do padrão, do tipo imposto pela Carta Magna. E, também, porque os preceitos constitucionais relevantes para o processo têm estatura de garantia, que interessam à ordem pública e à

boa condução do processo, a contrariedade a essas normas acarreta sempre a ineficácia do ato processual, seja por nulidade absoluta, seja pela própria inexistência, porque a Constituição tem como inaceitável a prova alcançada por meios ilícitos. (1996, p.24).

Por fim, importa salientar que nessa visão teórica, a autoridade judicante não deverá ter outro comportamento com a presença de uma prova ilícita no processo, que não seja o desentranhamento imediato desta dos autos, com o fim de proteger as partes envolvidas, de qualquer margem de mácula aos seus direitos garantidos na lei fundamental.

### **2.3.2 Teoria Permissiva**

Essa corrente entende que a admissibilidade da prova ilícita deve ocorrer sem restrições, por que o seu foco está no conteúdo do ato, e não na forma que ocorreu sua produção. Para ela, importa o direito que está sendo defendido. Baseia-se no princípio da busca da verdade real, com importância basilar para as provas no processo penal.

Dentro dessa perspectiva, a autoridade judiciária deve preocupar-se em praticar a justiça, e nesse caminho é imperioso o conhecimento da verdade, por isso, não se admite que determinada prova, mesmo ilícita, seja desentranhada dos autos pelo fato de que sua obtenção se dá de forma contrária a preceito legal, uma vez que seja decisiva para defesa de um direito. Entretanto, nessa teoria o agente causador da infração não ficará isento de punição, devendo responder pelo ato ilícito cometido. Vale ressaltar a opinião de Fernando de Almeida Pedroso, um dos pensadores nacionalista que são adeptos dessa corrente:

Que se o fim precípua do processo é a descoberta da verdade real, aceitável é que, se aprova ilicitamente obtida mostrar essa verdade, seja ela admissível, sem olvidar-se o Estado da persecução criminal contra o agente que infringiu as disposições legais e os direitos do réu. (1986, p.163)

### **2.3.3 Corrente intermediária**

Percebemos ao analisar a teoria obstativa que o pensamento dela é a de total inadmissibilidade das provas obtidas de maneira ilícita. Numa outra vertente, a teoria permissiva entende que deve ser admitida tal prova, e que o agente causador seja punido pelo ato ilícito realizado.

Na corrente intermediária, vemos uma posição que fica no meio dos dois extremos analisados. A priori os seguidores reconhecem que a prova ilícita deve ser desentranhada do processo, porém, abre possibilidade de mitigação ao princípio da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos, na situação em que um outro direito fundamental esteja em contraste, como direito à liberdade, à vida.

Nessa esteira, vale trazer o ensinamento de Julio Fabbrini Mirabete:

A prova colhida com transgressão aos direitos fundamentais do homem é totalmente inconstitucional e, conseqüentemente, deve ser declarada a sua ineficácia como substrato probatório capaz de abalizar uma decisão judicial. Porém, há uma exceção: quando a vedação é abrandada para acolher a prova ilícita, excepcionalmente e em casos excepcionalmente graves, se a sua aquisição puder ser sopesada como a única forma, possível e admissível, para o abrigo de outros valores fundamentais, considerados mais urgentes na concreta avaliação do caso. (2004, p. 278).

Observa-se que grande parte dos doutrinadores, como NICOLITT (2011), OLIVEIRA (2011), BONFIM (2011) são adeptos dessa teoria, utilizando-se do princípio da proporcionalidade no intuito de realizar um juízo de ponderação entre a não aceitação de uma prova ilícita com a proibição de uma determinada prova apenas por apenas ser ilícita.

Na nova hermenêutica constitucional, temos um norte para resolver conflitos entre princípios constitucionais. Quando às normas entram em conflito dá-se o fenômeno da antinomia jurídica. A resolução destes conflitos obedece a três critérios:

- a) Hierárquico: neste temos uma regra de que a norma hierarquicamente superior deve ter prevalência sobre a hierarquicamente inferior, quando tratarem do mesmo objeto;
- b) Cronológico: neste critério a norma posterior que traz em seu conteúdo material idêntico ao posto em norma anterior, deve prevalecer em relação a esta;

- c) Especialidade: neste critério a norma que trata sobre determinado assunto de maneira específica, deve prevalecer quando em confronto com outra que trate do mesmo tema, porém, de forma generalizada.

O que se percebe no caso do conflito superior supracitado é que uma das normas deixam de ter validade para o ordenamento jurídico, a partir de sua resolução. Em relação aos princípios em confronto o que ocorre é uma ponderação na aplicabilidade ao interesse de maior relevância que está em debate. O que não foi escolhido não deixará de existir da ordem jurídica.

Nesse sentido temos a lição de José Gomes Canotilho:

De um modo geral, considera-se inexistir uma colisão de direitos fundamentais quando o exercício de um direito fundamental por parte do seu titular colide com o exercício do direito fundamental por parte de outro titular. (1993, p.163).

Seguindo o mesmo raciocínio, temos o ensinamento de Fernando Capez:

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.

Consequentemente, pode-se ofender um direito através da prova ilícita se o outro direito for de maior importância para o indivíduo, para que ocorra a prestação de uma tutela mais justa e eficaz. (2013, p.33) .

O trabalho do juiz nessa perspectiva será de sopesar princípios que estão em conflito, numa análise sobre a aceitação ou não da prova ilícita no processo penal. Para tanto, deverá realizar uma avaliação axiológica sobre os bens de cada um, comparando aqueles que estão em confronto, observando os valores exigidos no momento.

#### 2.4 TEORIA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA (*fruits of de the poisonous tree*)

Essa teoria descreve que a prova aparentemente lícita, mas advinda de uma prova ilícita, será considerada ilícita por derivação, pelo fato da transmissão do vício de

ilicitude da prova que a gerou. A sua origem está na Corte Suprema dos Estados Unidos, a partir do caso *Silverthorne Lumber Co. vs. United States*, em 1920, no qual houve um posicionamento sobre a prova ilícita que influenciou as cortes americanas. O entendimento era que uma prova mesmo que em si seja lícita, não deveria ser admitida no processo, caso derivasse de uma prova ilícita.

Vale a pena colacionar sobre o aspecto histórico sobre a doutrina dos frutos da árvore envenenada, excelente ensino do professor Uadi Lammêngo Bulos:

Foi em 1920, no case “*Silverthorne Lunder Co. versus United States*”, que a suprema Corte dos Estados Unidos inadmitiu, pela primeira vez, o uso, no processo, de prova ilícita por derivação. Mas a referência expressa à terminologia *fruits of the poisonous tree doctrine* deu-se, apenas, em 1939, em “*Nardone versus United States*”, em que existiam provas obtidas mediante gravação de conversa telefônica do acusado realizada sem ordem judicial. (BULLOS, 2010, p.673).

A menção aos frutos da árvore envenenada é devido à compreensão que o veneno da árvore (prova ilícita) transmite-se para os seus frutos (provas derivadas), trazendo à tona a conhecida teoria da prova ilícita por derivação, que foi adotada no art. 157, §1º, do Código de Processo Penal:

Art. 157 (...)

§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.

Entretanto, nem sempre foi pacífica a aplicação no ordenamento brasileiro da teoria da prova ilícita por derivação. Existe uma corrente minoritária, encabeçada por Paulo Rangel, que entende não ser devida sua aplicação, em função da Constituição Federal de 1988 prevê que apenas a proibição da admissibilidade da prova ilícita no processo, em seu art. 5º, inciso LVI. Sendo assim, não existiria fundamento para considerar nexo necessário para contaminar as provas derivadas de uma ilícita.

Paulo Rangel, inclusive, compreende que é do entendimento

[...] de que a prova obtida lícitamente, através daquela colhida com infringência à lei, é admissível no processo, pois onde a lei (Constituição) não distingue, não cabe ao intérprete distinguir. A Constituição não tratou da prova derivada. (RANGEL, 2003, p.421)



Essa corrente num determinado momento influenciou Supremo Tribunal Federal, fazendo com que esta Corte admitisse a validade de provas derivadas das provas ilícitas, sob fundamento da falta de previsão na Constituição Federal de 1988, sobre a nulidade de processos que contenham provas obtidas ilicitamente. Observamos esse posicionamento no seguinte precedente judicial:

STF, Pleno, HC 69.912-0, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, decisão de 16-12-1993, DJU de 25-3-1994. Resumo do julgado: o Ministro relator, acolhendo a doutrina dos frutos da árvore envenenada, que estudaremos logo abaixo, vedou a possibilidade de se trazerem ao processo degravações de conversas telefônicas, no que foi seguido pelos Ministros Celso de Mello, Francisco Rezek, Ilmar Galvão e Marco Aurélio. Mas a tese da inadmissibilidade das provas ilícitas por derivação não foi aceita pelos Ministros Sydney Sanches, Moreira Alves, Octavio Gallotti, Neri da Silveira, Paulo Brossard e Carlos Velloso.

Todavia, com decorrer dos anos a jurisprudência do STF foi alterando o entendimento supracitado, o que desembocou numa posição que considera ilícita, a prova formalmente lícita, que originou-se de uma prova ilícita. Vemos este fato na seguinte decisão, prolatada no ano de 1996:

As provas obtidas por meios ilícitos contaminam as que são exclusivamente delas decorrentes; tornam-se inadmissíveis no processo e não podem ensejar a investigação criminal e, com mais razão, a denúncia, a instrução e o julgamento (CF, art. 5º, LVI), ainda que tenha restado sobejamente comprovado, por meio delas, que o juiz foi vítima das contumélias do paciente” (STF, HC 72. 588/PB, Rel. Min. Maurício Corrêa, decisão de 12-6-1996, DJ de 4-8-2000. Vencido os Ministros Carlos Velloso, Octavio Gallotti, Sidney Sanches, Neri da Silveira e Moreira Alves, que indeferiram o habeas corpus sob o fundamento de que apenas a prova ilícita deveria ser desprezada).

Atualmente, jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem se consolidado em admitir a vedação das provas derivadas das provas ilícitas. Além disto, a partir da adoção do legislador processualista pela teoria dos frutos da árvore envenenada,

conforme previsão do art. 157, §1º, do CPP, de certa forma houve uma unanimidade por parte da doutrina e da jurisprudência sobre a aceitação da teoria da prova ilícita por derivação, fazendo cair por terra às posições contrárias.

## 2.5 TEORIAS DECORRENTES

Comentou-se acima que provas advindas de provas ilícitas, pela teoria dos frutos da árvore envenenada, também seriam valoradas como ilícitas. Entretanto, existem casos que se admitem certas provas como lícitas que mesmo surgindo em decorrência de ato eivado de ilicitude, caso se consiga demonstrar que a sua aparição aconteceu de forma independentemente da prova ilícita, presente no ato de produção probatória, ou que sua descoberta seria inevitável.

Isso representa uma limitação à teoria dos frutos da árvore envenenada. Denílson Feitosa Pacheco (apud TÁVORA; ALENCAR, 2011, p.365), ensina que essas limitações são várias:

Como a limitação da fonte independente (*'independent source' limitation*), a limitação da descoberta inevitável (*'inevitable discovery' limitation*) e a limitação da 'contaminação expurgada' (*'purged taint limitation*) ou, como também é denominada, limitação da conexão atenuada (*'attenuated connection' limitation*). (PACHECO, 2006, p.549).

Seguindo a ordem exposta acima, primeiramente iremos abordar sobre a prova absolutamente independente. Podem ser encontradas no processo provas que não possuem vinculação com provas ilícitas por ventura existente. Assim, é normal pensar se aquelas devem ser desentranhadas de maneira imediata do processo ou poderiam permanecer caso se demonstrasse sua não conexão com a prova ilícita? Segundo a teoria em tese, como não existe um nexó com esta, a prova obtida independentemente deve permanecer no autos, nos termos do art. 157, §1º, do CPP.

A ideia é a de que a simples presença de uma prova ilícita no processo não ensejará de imediato uma declaração de nulidade. O magistrado deve ter o cuidado de observar a relação de uma prova em especial com as produzidas ilicitamente, focando

sobre possível nexos de causalidade existente entre ambas. Caso conclua afirmativamente pela conexão, o posicionamento não poderá ser outro que não seja o desentranhamento destas provas.

Por outro lado, compreendendo o juiz pela não relação de decorrência daquelas provas, deve preservar a prova independente no processo. Vê-se que não é o caso de aplicação da teoria dos frutos da árvore envenenada, em razão da ausência de contaminação. Essa é a posição de Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar:

A existência de prova ilícita no processo não levará, de forma inexorável, a declaração de nulidade. A prova ilícita, como já visto, não deve sequer ser admitida a entrar nos autos. Caso isso ocorra, deve ser desentranhada e posteriormente destruída, com acompanhamento facultativo das partes (art. 157, §3º, do CPP). O processo poderá ser aproveitado se existirem outras provas, absolutamente independentes das ilícitas, aptas a certificar a autoria e a materialidade delituosa. Não havendo nexos de causalidade entre a prova ilícita e as demais, o sistema de contaminação não se efetiva. (TAVORA; ALENCAR, 2011, p.361).

Existem precedentes sobre aceitação da teoria da prova absolutamente independente no Supremo Tribunal Federal. Uma prova disto é o julgamento proferido pela primeira turma, no HC nº 84.679, com data de 30/08/2005, DJU 30/09/2005, com relatoria do Min. Eros Graus, no qual aceitou-se o aproveitamento da denúncia que estava lastreada em provas distintas e independentes da ilícita, tendo como base o debate sobre o cumprimento de busca e apreensão sem respeito às formalidades legais.

Outra vertente das chamadas teorias decorrentes seria a descoberta inevitável. Nesta o que se procura analisar não é a existência de um liame de determinada prova com uma prova ilícita surgida na instrução processual, como acontece na teoria da prova independente, mas, sim, observar se essa prova surgiria de qualquer forma, mesmo que a ilicitude não tivesse ocorrido.

Interessante exemplo foi posto por Nestor Távora e Rosmar Rodrigues de Alencar, em uma de suas obras brilhantes:

Não se deve reconhecer como ilícita as declarações de testemunha que foi descoberta mediante interceptação telefônica sem autorização judicial, se esta pessoa foi indicada por várias outras, não vinculadas à interceptação, como testemunha do fato. Mesmo que a interceptação

não existisse, a testemunha seria revelada pelas declarações das demais. A interceptação acabou não sendo decisiva para o descobrimento desta pessoa, que inevitavelmente figuraria como testemunha, já que as demais a indicaram como tal. (TAVORA; ALENCAR, 2011, p.366)

Observa-se que os autores supracitados mostram que a simples existência de algum fato que poderia ensejar uma ilicitude, como no caso uma interceptação telefônica sem autorização judicial, não deverá prejudicar a legalidade de determinada prova em um processo de forma precipitada. Cabe analisar se esta apareceria mesmo se o comportamento ilegal não tivesse ocorrido. No exemplo em debate, a oitiva da testemunha teria ocorrido de qualquer maneira, pela razão do seu nome ter sido destacado nos depoimentos das demais. Assim, mesmo que a interceptação inexistisse, as palavras proferidas por aquela testemunha apareceriam no processo.

O entendimento expresso na teoria da descoberta inevitável, com previsão no art. 157, §1º, do CPP, é demonstrar que pode uma prova derivar de uma prova ilícita, sem contudo, estar contaminada, pois, ela iria aparecer na persecução criminal mesmo se a prova viciada não existisse. Isto é uma outra opção de mitigar o campo de atuação da teoria dos frutos da árvore envenenada.

A doutrina, dentre tais TÁVORA e ALENCAR (2011), admite uma terceira teoria decorrente, é a chamada de contaminação expurgada ou conexão atenuada. Nela prevalece o entendimento de que a prova mesmo derivando de uma prova ilícita pode ser mantida no processo, em razão do vínculo existente ser tão tênue, sendo considerado superficial a ponto de sua possível contaminação ser expurgada.

Todavia, não se percebe na reforma ocasionada no Código de Processo Penal, a adoção por parte do legislador dessa teoria dentre as exceções à teoria dos frutos da árvore envenenada, pelo fato de sua não inclusão no art. 157, §1º, do CPP. Além disto, a aceitação da doutrina da contaminação expurgada afronta a garantia constitucional da vedação ao uso da prova ilícita no processo (art. 5º, LVI, da CF/88), pois, entende-se que esta é gênero do qual é espécie a prova derivada.

## 2.6 TEORIA DA EXCLUSÃO DA PROVA ILÍCITA

Diante do que foi exposto no presente trabalho, percebe-se que a regra no ordenamento jurídico brasileiro é a inadmissibilidade das provas ilícitas no processo. Também, demonstraram-se algumas situações em que a simples presença de uma prova proibida, não enseja por si só nulidade do processo, como nos casos previsto no tópico referente às teorias decorrentes.

A partir de agora a análise vai ser em situações previstas pelo legislador, conhecidas na doutrina por causas justificadoras, que de certa forma retiram a ilicitude de determinado ato, formalmente ilegal. O Código Penal brasileiro prevê essas excludentes no art. 23, que são as seguintes: legítima defesa, estado de necessidade, estrito cumprimento do dever legal e o exercício regular de um direito.

Essas causas justificadoras servem para retirar o caráter ilícito presente em uma determinada prova, o qual lhe foi atribuído seja na sua obtenção, produção ou valoração. Observa-se que será aplicado o juízo de ponderação, prática cada vez mais presente no direito em razão do pós-positivismo<sup>2</sup>, preferindo-se os bens necessitados de uma maior proteção pelo Estado no momento do embate, entre direitos ou princípios.

Interessante notar que a ponderação não é feita pelo magistrado, e sim pelo próprio legislador, que assim definiu tal possibilidade. Nesse sentido está o pensamento de Eugênio Pacelli de Oliveira, que vale a pena colacionar:

Como se percebe, o critério de ponderação entre o mal causado na infração praticada com finalidade defensiva e aquele que ocorreria com a possível condenação do inocente, é realizado, aqui, pelo próprio legislador. Mais adiante veremos se é possível a aplicação de critérios de ponderação, não mais pelo legislador, mas pelos próprios órgãos da jurisdição, quando, então, a questão se tornará muito mais complexa. (2011, p.367)

## 2.7 POSICIONAMENTOS DO STJ E DO STF SOBRE A ADMISSIBILIDADE DAS PROVAS ILÍCITAS NO PROCESSO PENAL

---

<sup>2</sup> Um conceito de pós-positivismo interessante é trazido por Luís Roberto Barroso (apud AMADO, 2013, p.55), no qual diz que:

pós-positivismo é uma designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem a definição das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada nova hermenêutica e a teoria dos direitos fundamentais. (2006, p.27)

As Cortes Superiores, em regra, tem mantido o posicionamento de vedar o uso das provas ilícitas nos processos, devendo ser tais provas desentranhadas do mesmo. As teses tem permanecido na compreensão que a previsão do art. 5º, LVI, da CF/88, é uma garantia individual pertencentes a categoria dos direitos fundamentais, com sede na Carta Magna de 1988, como também, uma decorrência do devido processo legal, além de trazer uma segurança jurídica às partes presentes na lide.

Em especial, no Supremo Tribunal Federal os precedentes sobre admissibilidade das provas ilícitas no processo, tem se alterado com o passar dos anos. Percebe-se que a posição de vedação ao seu uso de forma absoluta, tem sido mitigada quando o uso é prova ilícita originária, isso em razão do entendimento de que nem todo direito fundamental pode ser visto como absoluto.

Porém, tratando-se de prova ilícita derivada, a Corte Suprema tem resistido mais em aceitar tais provas, usufruindo o que dispõe a teoria do frutos da árvore envenenada. Esta expressa que uma prova, mesmo que lícita a sua produção, porém, advindo de uma outra prova, sendo esta ilícita, a sua condução de licitude passa a ser viciada, inadmitida pela nossa Corte Constitucional.

Uma das formas em que se evidencia esse posicionamento é o seguinte julgado proferido pelo STF:

[...] é lícita a prova consistente no teor de gravação de conversa telefônica realizada por um dos interlocutores, sem o conhecimento do outro, se não há causa legal específica de sigilo nem de reserva da conversação, sobretudo quando se predestine a fazer prova, em juízo ou inquérito, a favor de quem a gravou.<sup>3</sup>

O tema presente na ementa exposta acima refere-se à questão da gravação clandestina, que é realizada por um terceiro ou por um dos participantes da conversação, sem o conhecimento do outro, o que naturalmente reconhece-se como ilícita, em função de invadir a privacidade ou intimidade das pessoas.

---

<sup>3</sup> STF – RE nº 402.717-8/PA, Rel. Min. Cesar Peluso, jul.02.12.2008.

Todavia, quando não existir causa legal específica de sigilo ou reserva da conversação, o STF tem admitido como lícita a escuta sem autorização das pessoas envolvidas na conversa, desde que preste para defender interesse legítimo. Nesse sentido, está o julgamento do RE nº 583.937/RJ, no qual a Corte Suprema entendeu ser válida a gravação clandestina, mas, na condição de que esteja em debate um interesse juridicamente relevante e legítimo, como nas situações em que não haja reserva de sigilo na comunicação.

O Superior Tribunal de Justiça tem firmado sua jurisprudência no sentido de distinguir as gravações clandestinas produzidas por terceiros e as realizadas por um dos interlocutores da conversação. O detalhe é que estas últimas tem sido admitidas como lícitas, quando presentes no processo. Enquanto as primeiras são compreendidas como provas proibidas.

É importante destacar que as gravações clandestinas são proibidas e de fato constituem crimes, a partir de suas exposições de forma não autorizada. A exceção seria quando utilizada para produzir defesa no intuito de inocentar alguém. Vemos essa posição no STF no julgado Inq. 2.116-QQRR, Rel. Min. Marco Aurélio, j. em 01.08.2005. Dentro da temática exposta, vale a pena colacionar os seguintes precedentes do STF:

Captação, por meio de fita magnética, de conversa entre presentes, ou seja, a chamada gravação ambiental, autorizada por um dos interlocutores, vítima de concussão, sem o conhecimento dos demais. Ilicitude da prova excluída por caracterizar-se o exercício de legítima defesa de quem a produziu. (STF, 1ª T, RE 212. 81-2/RO, Rel.Min. Octavio Galloti, DJ de 27-3-1998, p.23).

É lícita a gravação de conversa telefônica feita por um dos interlocutores, ou com sua autorização, sem ciência do outro, quando há investida criminosa deste último. É inconsciente e fere o senso comum falar-se em violação do direito à privacidade quando o interlocutor grava diálogo com sequestradores, estelionatários ou qualquer tipo de chantagista. (STF, HC 75.338/RJ, Rel. Min. Nelson Jobim, decisão de 11-3-1998).

Utilização de gravação de conversa telefônica feita por terceiro com a autorização de um dos interlocutores sem o conhecimento do outro quando há, para essa utilização, excludente da antijuricidade. Afastada a ilicitude de tal conduta – a de, por legítima defesa, fazer gravar e divulgar conversa telefônica ainda que não haja o conhecimento do terceiro que está praticando crime -, é ela, por via de consequência, lícita e, também, consequentemente, essa gravação não pode ser tida

como prova ilícita, para invocar-se o artigo 5º, LVI, da Constituição com fundamento em que houve violação da intimidade (art. 5º, X, da Carta Magna)” (STF, 1ª T., HC 74.678-1/SP, Rel. Min. Moreira Alves, v.u. DJ, 1, de 15-8-1997, Ementário de Jurisprudência n. 1878-2).

Percebe-se nos julgados acima, um ponto em comum: a utilização da legítima defesa como forma de excluir a ilicitude da prova. No tópico 3.6, foi comentado sobre a teoria da exclusão das provas ilícitas se utiliza que se causas justificadoras, entre as quais está a legítima defesa, expressa no Código Penal em seu artigo 23, como forma de admitir determinadas condutas formalmente ilícitas, no ato de produção probatória.

O entendimento é que certas garantias constitucionais como a privacidade e a intimidade cedem espaço para outros valores, também com viés constitucional, tais como a vida, liberdade, segurança jurídica, pelo fato de inexistirem outros meios de defesa para o interessado. Por isto, a opção utilizada pelo acusado ou autor é admitida pela jurisprudência do STF, mesmo seu comportamento estando de forma contrária ao que prevê o texto constitucional ou infraconstitucional, por se entender como legítima defesa, aceitando como única forma de obter tais provas para o processo.



## **CAPÍTULO III - PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE OU DA RAZOABILIDADE**

### **3.1 CONCEITO**

O princípio da proporcionalidade deve ser entendido como sendo um instrumento que serve como parâmetro para solucionar conflitos de bens jurídicos presentes em certa relação de causalidade. Nesse caso, não podemos confundir seu entendimento com aquele pertencente ao que é previsto para a proporcionalidade. Assim, aceita-se que o critério da proporcionalidade funcione como uma regra de exclusão à inadmissibilidade das provas ilícitas.

André Ramos Tavares, em brilhante lição, traz o seguinte conceito para a proporcionalidade:

A proporcionalidade, numa primeira aproximação, é a exigência de racionalidade, a imposição de que os atos estatais não sejam desprovidos de um mínimo de sustentabilidade. Assim compreendida a proporcionalidade, é correto afirmar que a preocupação em observá-la vem de longa data. (TAVARES, 2009, p.735)

Interessante pensamento sobre a proporcionalidade é também trazido por Humberto Ávila:

[...] proporcionalidade não se confunde com a ideia de proporção em suas mais variadas manifestações. Ele se aplica apenas a situações em que há uma relação de causalidade entre dois elementos empiricamente discerníveis, um meio e um fim, de tal sorte que se possa proceder aos três exames fundamentais: o da adequação (o meio promove o fim?), o da necessidade (dentre os meios disponíveis e igualmente adequados para promover o fim, não há outro meio menos restritivo do(s) direito (s) fundamentais afetados?) e o da proporcionalidade em sentido estrito (as vantagens trazidas pela promoção do fim correspondem às desvantagens provocadas pela adoção do meio?). (ÁVILA, 2007, p.161).

Diante o exposto, percebe-se que a proporcionalidade é um instrumento que provoca um juízo de racionalidade ao interprete, na aplicação da norma em um caso

concreto, no qual se utiliza de um sopesamento de valores, optando por aqueles mais relevantes ao momento, dentro de um critério axiológico de justiça, expurgando qualquer arbítrio ou abuso de poder.

Nesse sentido, comenta Roberto Alexy:

Princípios são mandamentos de otimização em face das possibilidades jurídicas e fáticas. A máxima da proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, exigência de sopesamento, decorre da relativização em face das possibilidades jurídicas. Quando uma norma de direito fundamental com caráter de princípio colide com um princípio antagônico, a possibilidade jurídica para a realização dessa norma depende do princípio antagônico. Para se chegar a uma decisão é necessário um sopesamento nos termos da lei de colisão. (ALEXY, 2008, p.117).

Eugênio Pacelli de Oliveira apresenta comentário semelhante:

O critério hermenêutico mais utilizado para resolver eventuais conflitos ou tensões entre princípios constitucionais igualmente relevantes baseia-se na chamada ponderação de bens e/ou de interesses, presentes até o mesmo nas opções mais corriqueiras da vida cotidiana. O exame normalmente realizado em tais situações destina-se a permitir a aplicação, no caso concreto, **da proteção mais adequada possível a um dos direitos em risco**, e da maneira menos gravosa ao (s) outro (s), Fala-se, então, em proporcionalidade. (OLIVEIRA, 2011, P.361, grifo nosso).

Percebe-se que atualmente o critério da proporcionalidade ou da razoabilidade ou proibição de excesso, como alguns doutrinadores chamam, dentre eles Bulos (2010), tem sido utilizado de forma massificada pelo Poder Judiciário na sua atividade jurisdicional, destacando que tal prática não se vislumbra apenas nas “barras” do STF, mas, rotineiramente observamos, também, nos julgados de juízes e demais tribunais.

Isso se deve ao fato de que tal princípio ganhou no ordenamento jurídico brasileiro a posição de princípio constitucional, mesmo que não tenha sua previsão expressa na Carta Política de 1988. Assim, “o princípio implícito da razoabilidade integra o Direito Constitucional brasileiro, dessumindo-se do devido processo legal material (art. 5º, LIV) e do vetor que assegura o Estado Democrático de Direito (art. 1º, caput)”. (BULOS, 2010, p.666).

A consequência disso é evidenciada no controle realizado pelo judiciário nas atividades legislativas e administrativas operadas pelo Poder Público, no intuito de invalidar ações abusivas, desacompanhadas de justiça em seus termos, o que não significa o abandono às limitações impostas pelas normas constitucionais ou legais, ou até como alguns podem pensar, uma desconsideração ao princípio da independência dos poderes.

Na prática o que se busca, não é uma invasão na esfera de atuação de um poder pelo outro, e sim, uma realização mais efetiva da justiça ao caso concreto, por meio de um sistema avaliativo preparado para rechaçar exigências injustificadas, evidenciando o resultado mais próximo do que se entende por justo. Nesse sentido, encontramos a atuação do STF, voltada a fiscalizar o critério de discricionariedade utilizado pelo Poder Público.

Contudo, apenas como um alerta, é importante termos cautela na utilização do critério da proporcionalidade, como forma de flexibilizar preceitos normativos de ordem constitucional, tal como ocorre com a vedação ao uso das provas ilícitas no processo, pelo simples fato desta previsão ter sido posta pelo constituinte originário, que assim o desejou de forma clara. Nesse sentido, comenta Luís Roberto Barroso e Ana Paula de Barcelos:

O entendimento flexibilizador dos dispositivos constitucionais citados, além de violar a dicção claríssima da Carta Constitucional, é de todo inconveniente em se considerando a realidade político-institucional do País. [...] Embora a ideia da proporcionalidade possa parecer atraente, deve-se ter em linha de conta os antecedentes de País, onde as exceções viram regra desde sua criação (vejam-se, por exemplo, as medidas provisórias). À vista da trajetória inconsistente do respeito aos direitos individuais e da ausência de um sentimento constitucional consolidado, não é nem conveniente nem oportuno, sequer de 'lege ferenda' enveredar por flexibilizações arriscadas. (apud NOVELINO, 2013, p.571)

### 3.2- ORIGEM

Analisando um pouco sobre o precedente histórico da proporcionalidade, sem aprofundarmos muito sobre o tema, pois não é o objetivo desse trabalho, vemos que alguns doutrinadores, dentre eles NICOLITT (2011), afirmam que as primeiras aparições do princípio da proporcionalidade estão presentes na Magna Carta de 1215, tendo estrita ligação com a cláusula do devido processo legal.

Passando alguns anos a frente, em 1764, vemos nos posicionamentos de Cesare Beccaria, a presença do critério da proporcionalidade, em sua luta contra os arbítrios praticados pelo Estado, pautando-se, em síntese, por uma aplicação de penas mais justas e condizentes com os delitos cometidos, criticando de forma veemente as sanções cruéis e as excessivamente suplicantes.

Posteriormente, o princípio da proporcionalidade firmou-se dentro do direito administrativo, servindo como parâmetro para limitar os excessos cometidos pelo Estado. Assim, ensina Eugênio Pacelli de Oliveira:

Posteriormente, plantando suas raízes no Direito Administrativo, quando foi utilizado como meio de limitação do excesso de poder, o princípio passou a ocupar lugar cativo na hermenêutica de todo o Direito e, de modo particular, no controle de constitucionalidade das leis. (OLIVEIRA, 2011, p. 361)

Caminhando um pouco mais no tempo, encontramos um marco extremamente importante para a utilização do critério da proporcionalidade em um ordenamento jurídico que é o momento vivenciado nos Estados europeus, no período pós guerra, sob a influência do entendimento preponderante no Tribunal Constitucional da Republica Federativa Alemã, tornando-o um principio presente no Direito Constitucional.

Assim, houve uma mudança quanto à observação desse princípio por parte das instituições de poder público. Pois, o legislador infraconstitucional viu-se, a partir de então, obrigado a produzir leis que deveriam atender o critério de proporcionalidade, o que frontalmente interferiu no conceito de legalidade. Nessa nova perspectiva, a ideia é a que não devemos ter apenas a presença de leis para reger determinados casos, mas leis proporcionais.

Quanto à Inglaterra e à França, percebemos que o ordenamento jurídico destes países foram além das demais nações europeias e positivaram de forma expressa o princípio da razoabilidade ou proporcionalidade em suas leis, permitindo, inclusive, a

utilização das provas ilícitas no processo, apenas prevendo punição para quem as produzisse.

Nesse sentido, esse princípio emerge-se como parâmetro tanto para as atividades legislativas, como, principalmente, para a atuação dos órgãos julgadores. Isso deve-se a amplitude alcançada pelo critério da proporcionalidade ao alcançar o “*status*” de norma constitucional nos ordenamentos europeus, influenciando o modo de aplicação das normas dos demais ramos jurídicos.

Voltando as atenções para o Direito Brasileiro, percebemos que a Constituição Federal de 1988 não traz de forma expressa a previsão do princípio da proporcionalidade, o que de certa forma abriu oportunidade para posicionamentos contrários a sua existência no ordenamento jurídico pátrio.

Alguns entendem, como TÁVORA (2010) e TOURINHO FILHO (2010), que tal critério representa um eficaz instrumento de interpretação jurídica, em razão das exigências da realidade vivenciada pelo direito, experimentadas pelas complexas relações sociais que encontram dificuldade de serem solucionadas pelos métodos tradicionais de interpretação.

Outros doutrinadores, como TAVARES (2009), aceitam que o princípio da proporcionalidade tem seu fundamento no Estado Democrático de Direito, semelhante entendimento percebe-se na doutrina alemã. Em uma outra vertente, existem aqueles, nesse sentido TÁVORA (2010), que o admitem como decorrência do princípio do devido processo legal, influenciado pelo direito norte-americano, ou do princípio da isonomia.

Essa ausência de previsão de forma expressa no texto constitucional do princípio da proporcionalidade não indica que inexistiram discussões para a sua inclusão. Tanto é verdade que houve sua presença em vários projetos apresentados na Assembleia Nacional Constituinte, entretanto, nos momentos finais ocorreu sua exclusão do texto originário.

Corroborando com essa afirmação temos a versão trazida pelo ilustre professor Uadi Lammêgo Bulos:

Durante os trabalhos da Assembleia Nacional Constituinte, o princípio da razoabilidade chegou a constar em diferentes projetos, notadamente

aquele aprovado pela Comissão de Sistematização: “Art.44. A administração pública, direta ou indireta, de qualquer dos Poderes, obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade, exigindo-se, como condição de validade dos atos, a motivação suficiente e, como requisito de sua legitimação, a razoabilidade”. Quando da redação definitiva do Texto de 1988, os contribuintes excluíram a alusão expressa à diretriz da razoabilidade. Contudo, juízes e tribunais a têm invocada. Registre-se que a Carta do Estado de São Paulo a previu expressamente (art.11). A lei n. 9784, de 29-1-1999, também a consagrou (art. 2º, parágrafo único, VI). Em Portugal a proibição de excesso é mandamento constitucional explícito (art. 18º, 2). (BULOS, 2010, p. 666).

Ante o exposto, percebe-se que por uma questão política não houve a manutenção do princípio da razoabilidade no texto definitivo da Carta Magna de 1988. Porém, independentemente de tal posição, a doutrina e jurisprudência, atualmente, consideram o critério da proporcionalidade como princípio constitucional implícito.

### 3.3 UTILIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE NA ADMISSÃO DE PROVAS ILÍCITAS NO PROCESSO PENAL

Analisou-se, em apertada síntese, que o conceito de proporcionalidade está ligado ao entendimento de racionalidade na opção adotada pelo intérprete, observando se sua medida é apta para o fim desejado, se adequada ou necessária diante das vertentes existentes a alcançá-lo. Além disso, destacou-se que o mesmo é um princípio de ordem constitucional, deixando vinculadas as atitudes dos legisladores e a discricionariedade da Administração Pública, aos seus preceitos.

É interessante entender que o princípio da vedação da prova ilícita é uma garantia individual para o acusado, presente dentre os direitos fundamentais previstos na Carta Magna de 1988, vedando comportamentos escusos por parte do Estado, no exercício do seu *jus puniendi*. Assim, compreende-se que a aceitação de certas provas, que resultam do desrespeito às regras de direito material ou processual, como único meio razoável de defesa a ser utilizado pelo réu, é perfeitamente compreensível.

Posicionamento semelhante ao exposto acima, vemos na lição de André NICOLITT:

Cabe aplicar a proporcionalidade (ou razoabilidade), por exemplo, **quando uma prova ilícita é a única capaz de absolver o réu.** Neste particular, doutrina e jurisprudência são pacíficas no tocante à admissibilidade da prova. (2010, p.384, grifo nosso)

Quando se traz esse debate para seara processual penal, nota-se a presença de um confronto de princípios constitucionais no ato da valoração sobre a prova ilícita. De um lado percebe-se a figura do Estado, em regra posicionado como titular da ação penal, exercendo a função de acusação, pondo em atuação o direito de punir, buscando o respeito à segurança jurídica e a legalidade. Do outro lado encontra-se o direito de liberdade do acusado, como resolver tal embate?

Encontramos um posicionamento de forma unânime na doutrina processualística penal, dentre tais destacamos TAVORA e ALENCAR (2010), NICOLITT (2010), OLIVEIRA (2011), sobre a prevalência, na suposta antinomia levantada acima, do direito à liberdade do réu, considerando que a prova proibida seja o meio adequado, necessário e proporcional para a defesa do mesmo.

Ainda analisando a situação hipotética levantada anteriormente, o instrumento utilizado naquela resolução será o princípio da proporcionalidade, exatamente pela razão de não podermos suprimir ou afastar a vigência de princípios constitucionais. No campo da racionalidade, irá atuar a razoabilidade, observando o que seria mais adequado, necessário e apto para o fim desejado, de forma a proteger um direito em risco, à maneira menos gravosa a outros interesses.

Observamos uma compreensão semelhante à exposta acima, a trazida por André Nicolitt:

Grande controvérsia surge em relação à aplicação do princípio da proporcionalidade em relação às provas ilícitas. A toda evidência, as garantias fundamentais não podem ser aplicadas de forma que uma afaste ou sacrifique outra. Desta forma, deve-se **adotar o princípio da razoabilidade ou proporcionalidade**, para o fim de **afastar aparentes antinomias surgidas entre tais garantias.** (NICOLITT, 2010, p.384, grifo nosso).

Para um salutar debate, é importante trazer a compreensão de Eugênio Pacelli de Oliveira, antagônica ao que foi exposto acima :

Na verdade, porém, não se trata nem de ponderação de interesse e nem de ponderação de valores. Estes, valores e interesses, são escolhidos pelo legislador, seja ele o constituinte ou o parlamentar. Ao juiz, cabe apenas a escolha da norma mais adequada ao caso concreto. O critério de preferência não pode ser axiológico, isto é, valorativo, mas, sim, deontológico, na medida em que ambas as normas devem ser cumpridas. Daí, as dificuldades: qual a norma seria mais adequada em cada caso concreto de conflito? (OLIVEIRA, 2011, p.361).

No raciocínio do citado autor, o critério a ser utilizado para resolver um aparente conflito de princípios constitucionais, que de certa forma expressam valores colocados como importantes pela sociedade, razão pela qual estão dispostas no texto Constitucional de 1988, não é valorativo, por parte do magistrado, e sim claramente dogmático, no qual a exigência de cumprimento esta de forma equânime para todas as normas presente no debate.

O princípio da vedação ao uso de provas ilícitas apresenta-se, como uma forma de controlar a atividade estatal, evitando que o mentor da persecução penal aproveite-se de seu poderio amplo para violar preceitos constitucionais ou legais. Ao entendermos desta forma, não é aceitável desconsideramos aquele princípio como uma garantia individual para o acusado. Assim, é razoável pensar em situações que mesmo, aparentemente, descumpram preceitos normativos, porém, visem defender direitos fundamentais do réu, possam ser admitidos.

O direito norte-americano, que foi fonte inspiradora para inserção do princípio da vedação da prova ilícita no ordenamento brasileiro, admite a prova ilícita em situações nas quais a sua produção esteja vinculada ao particular, entretanto, rejeitando quando o Estado assume esta função, por entender que o intuito daquele princípio é de forma precípua direcionado aos órgãos estatais. Percebemos isso na doutrina de Etxeberria Guridi (1999, PP. 519-520) e de Gonzales-Cuellar Serrano (1990, p.331) (apud OLIVEIRA, 2011, p.365).

Analisando a prova ilícita produzida pelo réu, percebemos a presença de possíveis excludentes de ilicitudes, como estado de necessidades ou legítima defesa, retirando dessa forma o caráter de ilegalidade do elemento probatório, devendo ser admitida no processo. Assim, entende a doutrina autorizada, a exemplo de MENDES,



COELHO e BRANCO (2011, p. 596), e BONFIM, quando diz que “se a vedação quanto à proibição da prova ilícita nada mais é do que garantia do indivíduo, jamais poderia ser interpretado em seu desfavor” (2011, p.361).

A título de exemplo da utilização do princípio da proporcionalidade na jurisprudência do STF, traz-se uma emblemática decisão proferida na reclamação n. 1.077, de 28-3-1984, ainda sob a vigência do texto constitucional de 1967/69, tendo como relator o Ministro Moreira Alves. No caso, discutia-se sobre a quantia abusiva que na época era cobrada pela taxa judiciária no Estado do Rio de Janeiro, vejamos:

Sendo – como já se acentuou – a taxa judiciária, em face do atual sistema constitucional, taxa que serve de contraprestação à atuação de órgãos da justiça cujas despesas não sejam cobertas por custas e emolumentos, tem ela – como toda taxa com caráter de contraprestação – um limite, que é o custo da atividade do Estado, dirigido àquele contribuinte. Esse limite, evidentemente, é relativo, dada a dificuldade de se saber, exatamente, o custo dos serviços a que corresponde tal contraprestação. O que é certo, porém, é que não pode taxa dessa natureza ultrapassar uma equivalência razoável entre o custo real dos serviços e o montante a que pode ser compelido o contribuinte a pagar, tendo em vista a base de cálculo estabelecida pela lei e o quantum da alíquota por esta fixado. (Rp. 1077, Rel. Min. Moreira Alves, RTJ, 112/34 (58-59))

O STF, em julgado mais recente, onde se discutia a obrigatoriedade do exame de DNA, em ação de paternidade, admitiu o uso do princípio da proporcionalidade para solucionar o conflito de direitos fundamentais, utilizando o mesmo instrumento de ponderação, reforçando a existência de outras opções menos constrangedoras. Senão vejamos:

Cuida-se aqui..., de hipótese atípica, em que o processo tem por objeto a pretensão de um terceiro de ver-se declarado pai da criança gerada na constância do casamento do paciente, que assim tem por si a presunção legal da paternidade e contra quem, por isso, se dirige a ação.

Não discuto aqui a questão civil da admissibilidade da demanda.

**O que, entretanto, não parece resistir, que mais não seja, ao confronto do princípio da razoabilidade ou da proporcionalidade – de fundamental importância para o deslinde constitucional da colisão de direitos fundamentais – é que se pretenda constranger fisicamente o pai presumido ao fornecimento de uma prova de reforço contra a presunção de que é titular.**

É de sublinhar que efetivamente se cuidaria de simples prova de reforço de um fato que, de outro modo, se pode comprovar.

Com efeito. A revolução, na área da investigação de paternidade, da descoberta do código genético individual, em relação ao velho cotejo dos tipos sanguíneos dos envolvidos, está em que o resultado deste se prestava apenas e eventualmente à exclusão da filiação questionada, ao passo que o DNA leva sabidamente a resultados positivos de índices probabilísticos tendentes à certeza.

Segue-se daí a prescindibilidade, em regra, de ordenada coação do paciente ao exame hematológico, à busca de exclusão da sua paternidade presumida, quando a evidência positiva da alegada paternidade genética do autor da demanda pode ser investigada sem a participação do réu (é expressivo, aliás, que os autos já contenham laudo particular de análise do DNA do autor, do menor e de sua mãe – v. 4/f.853). (HC 76.060, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Lex – STF, 237/304 (309), grifo nosso)

Na jurisprudência, ainda, encontramos decisões favoráveis à utilização do princípio da proporcionalidade como forma de admitir as provas ilícitas em favor do réu. Vejamos, nesse sentido, o seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça:

*HABEAS CORPUS Nº 36.545 - SP (2004/0093412-3) RELATORA : MINISTRA LAURITA VAZ IMPETRANTE: CARLOS BARBARÁ IMPETRADO: TERCEIRA CÂMARA CRIMINAL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO PACIENTE : JOSÉ ZEZINHO DOS SANTOS EMENTA: HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. VEREADOR. CORRUPÇÃO ATIVA E PASSIVA. CONDENAÇÃO. FITA CASSETE. PROVA. LICITUDE. 1. **A uníssona jurisprudência desta Corte, em perfeita consonância com a do Pretório Excelso, firmou o entendimento de que a gravação efetuada por um dos interlocutores que se vê envolvido nos fatos em tese criminosos é prova lícita e pode servir de elemento probatório para a notitia criminis e para a persecução criminal.** 2. Contrariando a tese defensiva, as instâncias ordinárias afastaram de modo veemente a alegação de que a fita fora produto de "montagem". Assim, a pretensão de desqualificar a força probante da fita colacionada nos autos demanda, indisfarçavelmente, o reexame de prova, o que, como é sabido e consabido, não se coaduna com a via eleita. 3. Se não bastasse, vê-se claramente – tanto na sentença condenatória como no acórdão que a confirmou em sede de apelação – que a mencionada gravação não foi o único elemento de convencimento do Juízo, que se valeu ainda de provas testemunhais. 4. Ordem denegada. (grifo nosso)*

O STJ na decisão apresentada mostra uma abertura para recepcionar como lícita uma prova, que teve na sua produção desrespeito a garantia constitucional da não gravação de voz e imagem quando inexistir autorização para tanto. Isto porque se percebe que esta prova é meio idôneo para defesa do réu, sendo isto uma decorrência do devido processo legal, e portanto, podendo ser admitida no processo.

Nota-se que existe um tratamento diferenciado por parte dos doutrinadores quanto à admissão da prova ilícita no processo penal, quando comparamos esta a ser utilizada pelo réu no intuito de defender-se, com o seu uso pelo Estado no exercício do seu *jus puniendi*. De maneira unânime, os autores defendem que o princípio da vedação do uso da prova ilícita no processo penal é uma garantia individual pertencente ao acusado, e não ao Estado, por isso tal normativa não pode ser utilizada para prejudicar o interesse do mesmo.

Vale mencionar brilhante ensino de André NICOLITT sobre a temática levantada:

[...] a vedação da prova ilícita é um aspecto do devido processo, que, por sua vez, é um aspecto da dignidade da pessoa humana como fundamento da República. Assim, **na hipótese de não se admitir uma prova ilícita em favor do réu**, estar-se-ia afirmando um princípio e negando a sua própria razão, que é o princípio da dignidade humana.

Um outro aspecto é que, em não se acolhendo a prova ilícita, ter-se-á como resultado concreto a ofensa à dignidade e à liberdade do acusado inocente, ao contrário do que ocorreria com a admissão de uma prova ilícita *pro societate*, pois, além de vulnerar as garantias fundamentais, não traria concretamente a segurança social ou coletiva apontada como fim para a admissão do meio ilícito. (2010, p.384, grifo nosso).

Diante do que foi levantado pelo autor acima, é de bom tom entender que o devido processo legal (Art. 5º, LIV, CF/88) tem como uma de suas projeções o princípio da vedação ao uso de provas ilícitas no processo (art. 5º, LVI, CF/88). Essa compreensão tem um peso relevante para se aceitar a prova proibida em favor do réu. Isso porque a inadmissibilidade exposta tem como alvo direto beneficiar o acusado, protegendo-o contra qualquer ato que venha a prejudicá-lo no curso do processo, com a consequente lesão a sua defesa.

Portanto, refutando tal raciocínio, que seria a rejeição à ideia de prova ilícita *pro reo* como possível, baseando-se no devido processo legal, teríamos um conflito lógico. Pois, alegando que tal vedação seria em respeito a este princípio, não parece coerente pela razão deste também proteger o réu, no processo penal, contra abusos do Estado. Então, teríamos o devido processo litigando com o devido processo, o que não é aceitável.

Na verdade, a permissão para o réu utilizar provas ilícitas como material de defesa é uma decorrência do princípio da dignidade da pessoa humana, sendo este mentor do princípio do devido processo legal. A liberdade do indivíduo tem uma relevância maior do que o apego ao legalismo. É verdade que a ponderação deve acontecer, para não desconsiderar o que foi elencado na Carta Magna de 1988.

Na esteira desse pensamento está Marcelo Novelino:

Não obstante, em determinadas hipóteses, a prova ilícita *pro reo* deve ser admitida no processo penal. A exceção se justifica pela possibilidade de restrição indevida à liberdade de um indivíduo – que pode ficar preso injustamente por anos -, o que justifica uma correção da regra de modo a excluir esta hipótese de seu pressuposto fático. Seria um apego exagerado ao formalismo defender um *modelo entrincheirado* para justificar a prisão de uma pessoa inequivocadamente inocente. Diante deste caso de “sobreinclusão” da regra, no qual sua aplicação pode gerar uma situação de extrema injustiça, faz-se necessária sua adaptação (modelo conversacional). (NOVELINO, 2013, p.571).

Quando tratamos do princípio da proporcionalidade *pro societate*, vemos que tanto a doutrina como a jurisprudência tem convergido em rejeitar as provas ilícitas produzidas pelo Estado na persecução criminal. Entretanto, existe corrente, apesar de ser minoritária, que admite como válida ao processo tais provas. A fundamentação seria uma maior amplitude em combater o crime organizado e garantir a segurança.

A sustentação de que o afrouxamento de garantias constitucionais, como a vedação ao uso da prova ilícita no processo, seria uma forma de enfrentar as potentes organizações criminosas, que se tem aperfeiçoados como o passar dos anos, não deve prosperar. Pois, para o enfrentamento de tal temática, o Estado pode procurar um aperfeiçoamento das atuais políticas públicas de segurança nacional.

Nisso podemos entender, melhoria na qualidade do compêndio das leis vigentes , deixando-as com um poder de repressão mais efetivo; seja investindo de forma maciça na força policial, com melhores ferramentas de trabalho, e salários mais justos. Todavia, é importante assimilar que não é através de aceitação de uma prova ilícita *pro societate* que irá se resolver a problemática da criminalidade.

Precisa lição sobre o tema, traz André NICOLITT:

Por tais razões, percebemos que o discurso da prova ilícita *pro societate* não é sólido e pode trazer consequências nefastas para a ordem jurídica e para a própria segurança, uma vez que se estaria concedendo ao Judiciário o poder de suprimir, em um caso concreto, e com base em princípio de razoabilidade, uma garantia que nem mesmo o legislador constituinte derivado poderia suprimir, já que estamos tratando de clausula pétrea. (2011, p.385)

No entanto, existem julgados admitindo o princípio da proporcionalidade *pro societate* como forma de convalidar a prova ilícita, quando a justificativa é o combate ao crime organizado é a justificativa para tanto. Vale citar:

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 art. 5º da Constituição, que fala que “são inadmissíveis as provas obtidas por meio ilícitos”, não tem 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” (*verfassungsaktualisierung*), 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 pede temperamentos. Ordem denegada. <sup>4</sup>

Encontramos na doutrina posicionamentos veementes sobre a admissão de provas ilícitas *pro societate*. Dentre tais, podemos destacar o de Sergio Demoro HAMILTON (2002, 69-90), no qual defende uma flexibilização ao rigor da norma

---

<sup>4</sup> STJ, HC nº 3.932.

constitucional quanto à vedação ao uso de provas ilícitas no processo, quando estiver tratando de crimes graves, utilizando o critério da proporcionalidade *pro societate*. Nessa mesma corrente, estão Scarance Fernandes<sup>5</sup>, Camargo Aranha<sup>6</sup>.

Interessante é a posição adotada por José Carlos Barbosa Moreira<sup>7</sup>, sobre a adoção do princípio da proporcionalidade *pro societate*:

Será ela (referindo-se à teoria dos frutos da árvore venenosa) adequada à realidade do Brasil hoje? Ampliar em tal medida, para os infratores atuais e potenciais – sobretudo na área, constantemente em expansão, da “criminalidade organizada” -, a perspectiva de escapar às sanções cominadas em lei acaso contribuirá para satisfazer o generalizado clamor contra a impunidade (...) Devemos confessar, de resto, com absoluta franqueza, a enorme dificuldade que sentimos em aderir a uma escala de valores que coloca a preservação da intimidade de traficantes de drogas acima do interesse de toda a comunidade nacional (ou melhor: universal) em dar combate eficiente à praga do tráfico.

No entendimento do referido autor, a permissão das provas ilícitas *pro societate* facilita o combate ao crime organizado e de certa forma mitiga o sentimento de impunidade com relação aos traficantes de drogas, podendo efetuar uma punição de forma célere e eficaz. Nesse sentido, Barbosa Moreira (apud PACHECO, 2010, p. 730), traz à baila que a justificativa para tal permissibilidade seria o respeito ao princípio da isonomia, isto porque permitir que o Estado tenha ferramentas que de certa forma mais célere, equipara-o as fortes organizações criminosas, que em sua grande parte possui grande força financeira, vejamos:

O raciocínio é hábil e, em condições normais, dificilmente se contestará a premissa da superioridade de armas da acusação. Pode suceder, no entanto, que ela deixe de refletir a realidade em situações de expansão e fortalecimento da criminalidade organizada, como tantas que enfrentam as sociedades contemporâneas. É fora de dúvida que atualmente, no Brasil, certos traficantes de drogas estão muito mais bem armados que a polícia e, provavelmente, não lhes será mais difícil que a ela, nem lhes suscitará maiores escrúpulos, munir-se de provas por meios ilegais. Exemplo óbvio é o da coação de testemunhas nas zonas controladas pelo narcotráfico: nem passa pela cabeça de ninguém a hipótese de que algum morador da área declare à

---

<sup>5</sup> FERNANDES, Antonio Scarance. Processo Penal Constitucional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

<sup>6</sup> ARANHA, Adalberto Jose Q.T. Camargo. Da prova no Processo Penal. São Paulo: Saraiva, 1999.

<sup>7</sup> A Constituição e as provas ilicitamente obtidas. Revista Forense, v. 337, 1997 (jan./fev./mar.), p. 125-134.

polícia, ou em juízo, algo diferente do que lhe houver ordenado o ‘poderoso chefe’ local.

Entretanto, com o devido respeito ao renomado autor, o enfrentamento aos praticantes de crimes, especialmente o tráfico de drogas, não se deve iniciar com o enfraquecimento das instituições. O que de certa forma ocorre quando desconsideramos o que desejou o constituinte originário no momento que estabeleceu o art. 5º, LVI, da CF/88.

Na esteira desse pensamento, vale mencionar o ensino de GOMES FILHO<sup>8</sup>:

Tal posição não constitui, entretanto, uma unanimidade na doutrina, sendo bastante veementes as críticas daqueles que consideram intolerável uma compreensão dos direitos fundamentais para a repressão de determinados delitos, pois isso significa admitir uma banalização dos referidos direitos, cuja eficácia, na matéria examinada, ficaria limitada aos agentes de delitos menos graves, enquanto nas situações de criminalidade mais graves sempre uma frustração da tutela dos direitos fundamentais.

Reforçando o que disse o ilustre autor acima, estabelecer critérios diferenciados de aceitação dessas provas, em relação aos tipos de crimes, ou seja, para os crimes mais graves pode-se flexibilizar o rigor normativo, com a justificativa de melhorar a condição do Estado frente às competentes organizações criminosas, porém, para os crimes menos graves deve manter a disposição do texto constitucional, vedando o uso de provas ilícitas no processo, tanto não resolve a problemática da criminalidade, como também se sacrifica uma garantia constitucional de um devido processo legal.

Por fim, encerrando o debate sobre o tema admissão de provas ilícitas *pro societate*, colaciona-se o pensamento de André NICOLITT:

Para a garantia destes direitos da coletividade, a Constituição assegurou instrumentos de segurança pública ostensiva, que, se porventura não estão sendo aplicados com eficiência, não será a deformação do processo que servirá de remédio para este mal. Portanto, somos veementemente contra a adoção da proporcionalidade para admitir prova ilícita contra réu, o que importa, verdadeiramente, em permitir que o juiz ignore, em certos casos, a regra constitucional que veda a prova ilícita. (2010, p. 388)

---

<sup>8</sup> GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Presunção de Inocência e Prisão Cautelar. São Paulo: Saraiva, 1991. p.105.

De fato, uma sociedade que reflete um Estado Democrático de Direito, preocupa-se em manter fortalecidas as suas instituições. E um dos pilares para tanto, é possuir uma Constituição que verdadeiramente coloque-se em uma posição de supremacia na ordem jurídica. Isso acontecerá quando suas normas forem respeitadas pelos componentes daquela sociedade. Por isto, o autor acima reforça que permitir uma prova ilícita contra o réu, com base no critério da proporcionalidade, seria uma ocasião para ocorrer uma deformação ao processo, pois, neste caso haveria uma permissão para desconsiderar um direito fundamental garantido na Carta Magna de 1988.



## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A busca do ideal de justiça é algo presente nas disposições constitucionais e infraconstitucionais. Nesse sentido é que se apoiam, pelo menos em tese, as normas jurídicas vigente em um ordenamento jurídico. Corroborando com esse pensamento está a doutrina e jurisprudências do STF e STJ, conforme estudado no presente trabalho. Por isto, percebemos que por mais que exista uma proibição ao uso da prova ilícita, há uma admissibilidade para tanto quando um direito relevante de viés constitucional está em debate, como o direito de liberdade do réu.

Nesse trabalho, demonstrou-se a forma como a prova ilícita é valorada nos campos doutrinário e jurisprudencial. Para tanto, no primeiro capítulo, tratamos de mostrar os aspectos gerais presente na prova, não só restringindo ao processo penal, porém, ampliando a análise para outros campos do direito. Percebemos a importância da prova para um desfecho mais condigno com fim almejado na lide penal, ou seja, a absolvição ou condenação do réu.

É de se notar também que a finalidade da prova é proporcionar ao magistrado o exercício de seu juízo de convencimento de forma mais próxima possível da realidade dos acontecimentos, no ato de sua atividade judicante. Assim, a prova possui um caráter informativo, que proporciona elementos importantes para um justo julgamento.

No segundo capítulo, demonstraram-se as peculiaridades de uma prova ilícita, e observou-se que, em regra, a Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, LVI, veda o seu uso no processo. Tal disposição foi seguida no Código de Processo Penal, no art. 157, “caput”, no qual proíbe a sua utilização no processo penal.

A teoria dos frutos da árvore envenenada foi analisada ainda no segundo capítulo. Tendo sua origem no direito norte-americano, esta teoria defende que uma prova surgida a partir de uma prova ilícita é considerada, também, ilícita, compreendendo uma espécie de ilicitude por derivação. Percebe-se que este pensamento foi admitido pelo STF, aplicando-o em seus julgados.

Todavia, percebeu-se, com o passar dos anos, certa flexibilização no judiciário e nas linhas doutrinárias, quanto à admissibilidade da prova ilícita no processo penal. Por mais que se considerem os casos em que se aceitem as excludentes de ilicitude, entre elas a legítima defesa, não é possível negar a contribuição de forma decisiva do princípio da proporcionalidade, como ferramenta interpretativa, para resolver conflitos aparentes entre direitos ou entre princípios, influenciando o comportamento dos magistrados em seus julgamentos.

Observou-se que o tema prova ilícita é cercado por divergências, encontradas tanto na doutrina, quanto na jurisprudência pátria. Entretanto, não restou dúvida que o princípio da proporcionalidade de certa forma tem mitigado esses conflitos, a ponto de em muitas situações os posicionamentos manter-se uniforme.

Também conhecido como critério de proporcionalidade, esse princípio tem sua origem na doutrina alemã, e apresenta como requisitos a necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito. Nessa perspectiva, é que se tem buscado resolver os confrontos que existem entre o clamor popular por atuação mais efetiva da justiça aos que cometem crime, e o judiciário se esforçando em aplicar a lei e as disposições constitucionais, nem sempre com sentidos claros.

O Magistrado, sem deixar levar-se pelas paixões da sociedade, deve procurar a sanção penal mais adequada ou mesmo excluir a punição, dependendo do caso, em razão da inexistência da necessidade de privar a liberdade do acusado. Nesse momento, a ponderação deve está enraizada no espírito do julgador para inspirá-lo na utilização do critério mais justo ao caso concreto.

O que se extraiu na pesquisa é que de forma geral, mesmo existindo algumas vezes favoráveis a tese, a prova ilícita em favor da acusação tem adoção rejeitada por maior parte da doutrina e jurisprudência brasileira. Foi observada, inclusive, certa resistência em aceitar a alegação que a prova ilícita em favor da acusação se justificaria por ser uma valiosa ferramenta para

enfrentar os crimes organizados, estes com estruturas, cada vez mais sólidas e bem orquestradas. Contudo, entende-se que o Estado deve melhorar as práticas de segurança pública para enfrentar tamanha problemática, e não afrouxar em demasia garantias fundamentais que a Carta Magna estabeleceu para o indivíduo,

Numa outra vertente, a admissibilidade da prova ilícita em favor da defesa não encontra oposição. Tendo em vista que o direito da liberdade do acusado deve ser preservado da maneira mais ampla possível, ocorrendo sua desconsideração, apenas, onde não houver mais opção para a defesa. Entretanto, para esta não pode existir empecilho. Além disto, representa um respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Por fim, vale ressaltar que os debates sobre a prova ilícita no processo penal ainda tem muito a ser analisado, muito em razão de futuras alterações legislativas que estão previstas no projeto do novo Código de Processo Penal, e no o modelo estabelecido pela nova ordem constitucional que exigirá do Poder Judiciário, uma posição firme em respeitar os mandamentos constitucionais.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.
- AMADO, Frederico Augusto Di Trindade. **Direito Ambiental Esquematizado**. 4ª ed. São Paulo: Método, 2013.
- ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- BONFIM, Edilson Mougnot. **Código de Processo Penal Anotado**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- BONFIM, Edilson Mougnot. **Curso de Processo Penal**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 5ª ed. rev. e atual. de acordo com a Emenda Constitucional nº 64/2010. São Paulo: Saraiva, 2010.
- CANOTILHO, José Gomes. **Direito Constitucional**, 6ª ed. Coimbra: Livr. Almedina, 1993.
- CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**, 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional**. 10ª ed. atual. ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.
- REIS, Alexandre Cebrian Araújo; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito Processual Penal Esquematizado**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- FERREIRA, Karla Ariadne Santana. **Julgamento de nulidades: uso de provas ilícitas ou princípio da proporcionalidade (confronto)**. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XVI, n. 114, jul 2013. Disponível em: <[9=||||'rtyou353'rtyou353](http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11336&revista_caderno=22)>. Acesso em 24 de abril de 2014.
- FREITAS, Daniela Borges. **Provas ilícitas e/ou ilegítimas no processo penal**. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XV, n. 98, mar 2012. Disponível em: <[http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=11336&revista\\_caderno=22](http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11336&revista_caderno=22)>. Acesso em 18 de março de 2014.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. **As Nulidades do Processo Penal**, 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 6ª ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Processo Penal**, 10ª ed. São Paulo: Atlas, 2008.

BONFIM, Edilson Mongenot. **Código de Processo Penal Anotado**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

NICOLIT, André. **Manual de Processo Penal**. 3ª ed. São Paulo: Impetus. 2010

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 5ª ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revistas do Tribunal. 2010.

OLIVEIRA, Eugênio Pacceli de. **Curso de Processo Penal**. 14ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

PACHECO, Denilson Feitoza. **Direito Processual Penal: teoria, crítica e prática**. 4ª ed. Niterói: Impetus, 2006.

PEDROSO, Fernando de Almeida. **Processo Penal: O Direito de Defesa - Repercussão, amplitude e limites**. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 7ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

TAVORA, Nestor; ALENCAR; Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processo Penal**. 5ª ed. Salvador: Juspodivm, 2011.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal**. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.