



Centro Universitário de Brasília – UniCEUB
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais – FAJS

DENISE ROCHA MARIANO VIEIRA

PROVAS ILÍCITAS E A PROPORCIONALIDADE
Adequação, Necessidade e Proporcionalidade *stricto sensu*

BRASÍLIA
2012

DENISE ROCHA MARIANO VIEIRA

PROVAS ILÍCITAS E A PROPORCIONALIDADE
Adequação, Necessidade e Proporcionalidade *stricto sensu*

Monografia apresentada como requisito para
conclusão do curso de bacharelado em Direito do
Centro Universitário de Brasília – UniCeub.

Orientador: Prof. Marcus Vinícius Reis Bastos.

BRASÍLIA
2012

DENISE ROCHA MARIANO VIEIRA

PROVAS ILÍCITAS E A PROPORCIONALIDADE
Adequação, Necessidade e Proporcionalidade *stricto sensu*

Monografia apresentada como requisito para
conclusão do curso de bacharelado em Direito do
Centro Universitário de Brasília – UniCeub.

Orientador: Prof. Marcus Vinícius Reis Bastos.

Brasília, _____ de _____ de 2012.

Banca examinadora

Prof. Marcus Vinícius Reis Bastos
Orientador

Examinador (a)

Examinador (a)

Aos meus pais, Davi e Luci-vane, por todo amor e confiança depositados nos meus projetos, que, muitas vezes, renunciaram a si mesmos por minha causa.

Aos meus avós, Joaquim e Lurdes, por tudo o que representam pra mim. Vocês são a base e o exemplo que tornaram a nossa família a melhor de todo o mundo.

Ao meu marido Eliezer, com quem eu divido a minha vida, por acreditar em mim e tornar tudo mais fácil, leve e alegre. Não existem palavras suficientes para agradecê-lo por tudo o que você é, por tudo o que faz por mim.

Aos meus sogros, Valdecy e Terezinha, que com muito carinho tornaram ainda maior a minha amada família.

Aos meus irmãos Hacsá, Samuel, Aline, Daniel, Cristiane e Ananias, que com todo o amor e paciência estão sempre ao meu lado e me ensinam lições fundamentais.

Aos sobrinhos mais lindos da tia: João, André e Lucas.

Às minhas amigas: Camila, Cristiane, Edna e Renata, que tornaram estes momentos na faculdade tão prazerosos.

A Deus, razão da minha existência e Senhor da minha vida. Aquele que é poderoso para fazer muito além daquilo que pedimos ou pensamos.

Ao mestre Marcus Vinícius Reis Bastos, que, com toda a generosidade, dedicação e presteza, me orientou na edição deste trabalho. Obrigada por todo o saber compartilhado.

“A justiça é a mais elevada forma de excelência moral, e nem a estrela vespertina nem a matutina é tão maravilhosa.”

ARISTÓTELES

RESUMO

Este trabalho objetiva examinar os aspectos constitucionais, legais e jurisprudenciais que norteiam a atividade probatória no direito processual penal.

No âmbito do direito à prova, destaca-se a problemática acerca da utilização de provas proibidas. Verifica-se, neste contexto, a incidência do princípio da proporcionalidade a fim de sopesar os bens e direitos individuais envolvidos. Constata-se que a aplicação deste princípio e a mitigação do rigor formal da garantia constitucional da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos devem pautar-se por critérios que evitem o sacrifício de princípios e garantias consagrados na Constituição Federal.

Palavras-chave: Processo penal. Direito à prova. Prova ilícita. Direitos fundamentais. Princípio da proporcionalidade. Critérios.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	8
1 DIREITO À PROVA NO PROCESSO PENAL.....	10
1.1 A prova: definição e finalidade	11
1.2 Objeto da prova	12
1.3 Classificação das provas.....	13
1.4 Sistemas de avaliação da prova	14
1.4.1 Sistema da íntima convicção do juiz	15
1.4.2 Sistema da prova legal.....	16
1.4.3 Sistema de livre convicção motivada ou persuasão racional.....	17
1.5 Princípios gerais e constitucionais acerca da prova penal.....	18
2 PROVAS OBTIDAS POR MEIOS ILEGAIS	21
2.1 Conceito.....	21
2.2 Classificação	22
2.2.1 Prova ilegítima.....	22
2.2.2 Prova ilícita.....	24
2.2.3 Prova ilícita por derivação	25
2.3 Efeitos.....	27
2.4 Proibição de uso das provas ilegais no sistema constitucional vigente.....	30
3 PROVA ILÍCITA E O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE	35
3.1 Princípio da proporcionalidade.....	36
3.2 Aplicação do princípio da proporcionalidade.....	39
3.2.1 Prova ilícita pro reo	42
3.2.2 Prova ilícita pro societate	45
3.3 Conteúdo do princípio da proporcionalidade	53
3.3.1 Adequação	54
3.3.2 Necessidade	55
3.3.3 Proporcionalidade stricto sensu	56
CONCLUSÃO.....	59
REFERÊNCIAS	61

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal brasileira de 1988 consagrou em seu texto as garantias do devido processo legal e do contraditório. Neste contexto, o direito à prova, que possibilita demonstrar a realidade dos fatos e formar o convencimento do magistrado, revela-se fundamental.

Apesar de inserido nas garantias constitucionais, o direito à prova encontra limites “em face da natural restrição resultante do princípio da convivência das liberdades, pelo que não se permite que qualquer delas seja exercida de modo danoso à ordem pública e às liberdades alheias.”¹

Nesse sentido, a Carta Magna tutelou as liberdades individuais e limitou a atividade probatória ao considerar, em seu art. 5º, inciso LVI, inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos.

Diante deste dispositivo constitucional estabeleceu-se grande polêmica doutrinária e jurisprudencial acerca do aproveitamento de uma prova proibida.

Busca-se, neste trabalho, analisar os entendimentos divergentes acerca do tema e a aplicação da teoria da proporcionalidade para mitigar o princípio da inadmissibilidade da prova obtida por meios ilícitos.

Faz-se necessário, inicialmente, estudar o direito à prova no processo penal. Sua finalidade, objeto e importância nos diversos sistemas de avaliação da prova serão abordados no primeiro capítulo deste trabalho, assim como os princípios que norteiam a atividade probatória.

O segundo capítulo aborda, de maneira específica, a prova obtida por meio ilegal e sua vedação constitucional. Importa, também, conceituar a prova ilícita, a prova ilegítima e aquela contaminada por derivação, além dos efeitos provocados por cada uma delas no processo penal.

¹ GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. *As nulidades no processo penal*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 121.

Por fim, o terceiro capítulo propõe-se a analisar a aplicação do princípio da proporcionalidade no direito processual penal e a sua eficácia na proteção de valores conflitantes. Neste capítulo apresenta-se, também, a posição jurisprudencial nos casos concretos em que se discutiu a utilização da prova vedada no ordenamento jurídico nacional.

Neste contexto insere-se a problemática da utilização das provas ilícitas a favor do acusado, em que se discute o valor do direito à liberdade, e a utilização em favor da sociedade.

O princípio constitucional da vedação da prova obtida por meio ilegal é absoluto? Aplica-se o princípio da proporcionalidade para mitigar a aplicação deste princípio ou viola-se este direito constitucionalmente garantido?

Diante da busca pelo equilíbrio entre valores tão caros impõe-se a definição de limites à ponderação, muitas vezes subjetiva, dos princípios fundamentais analisados.

Desta perspectiva, portanto, a aplicação da teoria da proporcionalidade é analisada sob o enfoque do seu conteúdo: adequação, necessidade e proporcionalidade *stricto sensu*.

1 DIREITO À PROVA NO PROCESSO PENAL

O processo penal, desenvolvido de acordo com as normas legais, é indispensável para que o direito de punir do Estado seja exercido plenamente. Verifica-se através do processo penal a procedência de uma acusação e sem ele nenhuma pena pode ser aplicada. A prova decorre da imprescindibilidade do processo e busca a demonstração inequívoca se de fato houve um ilícito e a certeza de sua autoria. Mediante a produção da prova será possível a demonstração da verdade histórica do que de fato ocorreu.²

O direito do acusado à prova decorre do princípio da ampla defesa e o exercício desse direito se estende a todas as suas fases; da obtenção, introdução, produção no processo e valoração da prova.³

Na prática, é mais importante às partes demonstrar os fatos do que interpretar o direito, tarefa esta atribuída ao juiz, uma vez que os fatos devem ser trazidos a ele, em princípio, pelas partes, para que a função do processo seja exercida.⁴

De acordo com Marcellus Polastri Lima, “deve ser buscada a ‘verdade’, que para o processo significa a busca do verdadeiro conhecimento dos fatos, o mais próximo possível da certeza, através da prova, para fins de realizar uma decisão justa”.⁵

A reconstrução da realidade histórica não é tarefa fácil, mas é um compromisso que o Estado não pode renunciar e um direito que garante a proteção dos interesses do acusado.

Assim, ainda que prévia e sabidamente imperfeita, o processo penal deve construir uma verdade judicial, sobre a qual, uma vez passada em julgado a decisão final, incidirão os efeitos da coisa julgada, com todas as suas consequências, legais e constitucionais. O processo, portanto, produzirá uma certeza do tipo jurídica, que pode ou não corresponder à verdade da realidade histórica (da qual, aliás, em regra, jamais se saberá), mas cuja pretensão é a de estabilização das situações eventualmente conflituosas que vêm a ser objeto da jurisdição penal.⁶

² PINTO, Ronaldo Batista. *Prova penal: doutrina e jurisprudência*. 2. ed. São Paulo: IOB Thomson, 2006, p. 20.

³ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 10. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 294.

⁴ GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 185.

⁵ LIMA, Marcellus Polastri. *Manual de processo penal*. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 363.

⁶ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 10. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 282.

O direito à prova, portanto, vinculado aos princípios garantidores do devido processo legal, como forma de desvendar e reconstruir os fatos, está diretamente ligado ao êxito da atividade processual desenvolvida pelo juiz. Dessa maneira, o exercício desse direito é fundamental e auxilia o julgador na difícil tarefa de desvendar os fatos e alcançar a verdade processual almejada.⁷

1.1 A prova: definição e finalidade

Uma pretensão deduzida em juízo prende-se a um fato que o fundamenta. Cabe ao autor da demanda, descrever o ocorrido que resultará no seu pedido de tutela jurisdicional. Ocorre que, as afirmações do autor, normalmente contrárias às afirmações do demandado, podem ou não corresponder à verdade. Nesse contexto, a prova é o instrumento por meio do qual são sanadas as dúvidas sobre a veracidade das afirmações feitas por ambas as partes e é meio hábil para formar a convicção do juiz.⁸

De acordo com Julio Fabbrini Mirabete, a “demonstração a respeito da veracidade ou falsidade da imputação, que deve gerar no juiz a convicção de que necessita para o seu pronunciamento é o que constitui a *prova*”.⁹

A prova é direito subjetivo de demonstração da realidade dos fatos e está intimamente ligada ao direito constitucional de ação e de defesa. É tudo o que se destina a contribuir para o convencimento do magistrado, seja demonstrando os fatos, atos ou o direito discutido em juízo.¹⁰

Nas palavras de Edilson Mougenot Bonfim, “a prova é o instrumento usado pelos sujeitos processuais para comprovar os fatos da causa, isto é, aquelas alegações que são deduzidas pelas partes como fundamento para o exercício da tutela jurisdicional”.¹¹

⁷ SOUZA, Sérgio Ricardo de. *Manual da prova penal constitucional: pós-reforma de 2008*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 20.

⁸ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 373.

⁹ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Código de processo penal interpretado*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 453.

¹⁰ TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de direito processual penal*. 4. ed. Salvador: Juspodvm, 2010, p. 346.

¹¹ BONFIM, Edilson Mougenot. *Curso de processo penal: revista e atualizada de acordo com as Leis n. 11.900, 12.016 e 12.037, de 2009*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 335.

Fernando Capez assim conceitua a prova:

Do latim *probatio*, é o conjunto de atos praticados pelas partes, pelo juiz (CPP, arts. 156, I e II, com a redação determinada pela Lei n. 11.690/2008, 209 e 234) e por terceiros (p. ex., peritos), destinados a levar ao magistrado a convicção acerca da existência ou inexistência de um fato, da falsidade ou veracidade de uma afirmação. Trata-se, portanto, de todo e qualquer meio de percepção empregado pelo homem com a finalidade de comprovar a finalidade de uma alegação.¹²

Do conceito de prova, portanto, depreende-se a sua finalidade:

A finalidade da prova é o convencimento do juiz, que é o seu destinatário. No processo, a prova não tem um fim em si mesma ou um fim moral ou filosófico; sua finalidade é prática, qual seja, convencer o juiz. Não se busca a certeza absoluta, a qual, aliás, é sempre impossível, mas a certeza relativa suficiente na convicção do magistrado.¹³

Não há como determinar qual direito é aplicável ao caso concreto sem que o magistrado conheça os fatos aduzidos no processo. Por isso, a finalidade da prova é demonstrar ao juiz os fatos sobre os quais incidirá o direito que é o “objetivo primordial do chamado processo de conhecimento, no âmbito do qual a parte mais substancial dos atos é voltada à instrução – a produção de provas, a fim de iluminar o espírito do julgador e permitir a ele exercer o poder jurisdicional”.¹⁴

1.2 Objeto da prova

Objeto da prova são os elementos necessários para que o juiz tenha conhecimento hábil para resolver a lide. É aquilo que deve ser demonstrado na demanda, é o que deve ser evidenciado para viabilizar a correta decisão do magistrado.¹⁵

De acordo com José Frederico Marques, “objeto da prova, ou *thema probandum*, é a coisa, fato, acontecimento, ou circunstância que deva ser demonstrado no processo”.¹⁶

Segundo Fernando Capez:

¹² CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 342.

¹³ GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 186.

¹⁴ BONFIM, Edilson Mougén. *Curso de processo penal: revista e atualizada de acordo com as Leis n. 11.900, 12.016 e 12.037, de 2009*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 335.

¹⁵ TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de direito processual penal*. 4. ed. Salvador: Juspodvm, 2010, p. 346.

¹⁶ MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. 2. ed. São Paulo: Forense, 1965, p. 273.

Objeto da prova é toda circunstância, fato ou alegação, referente ao litígio sobre os quais pesa incerteza, e que precisam ser demonstrados perante o juiz para o deslinde da causa. São, portanto, fatos capazes de influir na decisão do processo, na responsabilidade penal e na fixação da pena ou medida de segurança, necessitando, por essa razão, de adequada comprovação em juízo. Somente os fatos que revelem dúvidas na sua configuração e que tenham alguma relevância para o julgamento da causa merecem ser alcançados pela atividade probatória, como corolário do princípio da economia processual.¹⁷

Ainda, de acordo com Marcellus Polastri Lima, objeto da prova é tudo o que as partes desejam demonstrar ou aquilo que o juiz necessita conhecer.

Assim, não somente o fato criminoso praticado e a autoria do mesmo devem ser objeto de pesquisa através da prova, mas também as circunstâncias subjetivas e objetivas que circundam o fato praticado, ou tudo que seja importante para a descoberta da verdade real e apuração da responsabilidade do agente, visando à aplicação da pena ou medida de segurança, excluídas as questões não relevantes para o deslinde da lide.¹⁸

A atividade probatória destina-se a esclarecer os fatos. Mas, há fatos em que não são admitidas provas:

[...] não deve ser admitida prova dos fatos notórios (conhecidos de todos), dos impertinentes (estranhos à causa), dos irrelevantes (que, embora pertençam à causa, não influem na decisão), dos incontroversos (confessados ou admitidos por ambas as partes), dos que sejam cobertos por presunção legal de existência e veracidade (CPC, art. 334) ou dos impossíveis (embora se admita a prova dos fatos improváveis).¹⁹

É certo que a atividade probatória que tenha por fim demonstrar os fatos tais como realmente aconteceram deve ater-se aos fatos que sejam relacionados à demanda processual.²⁰

1.3 Classificação das provas

A doutrina classifica as provas com o objetivo de facilitar a identificação de seus elementos e valorar o impacto que elas produzem no desenvolvimento da convicção do magistrado.

¹⁷ CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 342.

¹⁸ LIMA, Marcellus Polastri. *Manual de processo penal*. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 370.

¹⁹ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 374.

²⁰ BONFIM, Edilson Mougnot. *Curso de processo penal: revista e atualizada de acordo com as Leis n. 11.900, 12.016 e 12.037, de 2009*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 335.

Sérgio Ricardo de Souza resume a classificação adotada por Nicola Flamarino dei Malatesta:

Dentro da concepção de Malatesta, tem-se que, quanto ao aspecto relacionado com o conteúdo ou objeto, a prova pode ser direta – quando diz respeito diretamente com o que se está apurando, ou seja, ao fato probando – ou indireta – dizendo respeito a uma coisa ou fato probando diverso daquele que está sendo apurado, mas que com ele mantém relação e permite uma dedução lógica acerca de sua ocorrência, apresentando-se como exemplos de primeira classificação, a testemunha presencial e o exame de corpo de delito direto, ao passo que exemplificam a segunda o alibi e os indícios.²¹

Para Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar, a prova é classificada de acordo com diversos critérios:²²

- Quanto ao objeto: é a relação de incidência que a prova tem com o fato a ser provado. Pode ser direta ou indireta.
- Quanto ao efeito ou valor: é o grau de certeza gerado pela apreciação da prova. Divide-se em plena ou indiciária.
- Quanto ao sujeito ou causa: trata da prova em si considerada, em que consiste o material produzido. É a prova real, emergente do fato, ou a prova pessoal, que decorre do conhecimento de alguém.
- Quanto à forma ou aparência: é a maneira como a prova se revela no processo. Pode ser testemunhal, documental ou material.

1.4 Sistemas de avaliação da prova

Na identificação dos principais sistemas de avaliação da prova não há como precisar o momento histórico em que um sistema vigorou ou se houve a predominância absoluta de um deles em um determinado período de tempo.²³

²¹ Apud SOUZA, Sérgio Ricardo de. *Manual da prova penal constitucional: pós-reforma de 2008*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 30.

²² TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de direito processual penal*. 4. ed. Salvador: Juspodvm, 2010, p. 348.

²³ SOUZA, Sérgio Ricardo de. *Manual da prova penal constitucional: pós-reforma de 2008*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 107.

É fato que “ao longo da história, o processo conheceu vários sistemas de valoração da prova, que se amoldavam aos diferentes costumes e circunstâncias históricas de cada povo”.²⁴

No entanto, há concordância quanto à existência de três sistemas que podem nortear a conclusão do juiz na avaliação das provas a fim de aplicar o direito ao caso concreto: o sistema da livre apreciação ou da íntima convicção do juiz, o sistema da prova legal, da verdade legal, da verdade formal, da certeza moral do legislador ou tarifado, e o sistema da livre (e não íntima) convicção, da verdade real, do livre convencimento ou da persuasão racional.²⁵

1.4.1 Sistema da íntima convicção do juiz

No sistema da íntima convicção, a relação entre o julgamento da lide pelo magistrado e a atividade probatória no júízo é peculiar. A prova pode ser avaliada com total liberdade e não há para o juiz obrigação de fundamentar sua decisão. Esse não é o sistema adotado por nosso ordenamento, uma vez que o artigo 93, IX, da Constituição Federal determina que todas as decisões judiciais sejam fundamentadas.²⁶

Segundo Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar, nesse sistema:

O juiz está absolutamente livre para decidir, despido de quaisquer amarras, estando dispensado de motivar a decisão. Pode utilizar o que não está nos autos, trazendo ao processo os seus pré-conceitos e crenças pessoais. A lei não atribui valor às provas, cabendo ao magistrado total liberdade. É o sistema que preside, de certa forma, os julgamentos do Tribunal do Júri em sua segunda fase, na atuação dos jurados, pois estes votam os quesitos sigilosamente, sem fundamentar.²⁷

Conforme citado, esse sistema não é comumente aplicado nos ordenamentos jurídicos modernos e é quase sempre ligado ao Tribunal do Júri que “decide por convicção íntima ou livre apreciação pura”.²⁸

²⁴ BONFIM, Edilson Mougenot. *Curso de processo penal*: revista e atualizada de acordo com as Leis n. 11.900, 12.016 e 12.037, de 2009. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 355.

²⁵ GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 186.

²⁶ DEZEM, Guilherme Madeira. *Da prova penal*: tipo processual, provas típicas e atípicas. Campinas: Millennium, 2008, p. 117.

²⁷ TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de direito processual penal*. 4. ed. Salvador: Juspodvm, 2010, p. 368.

²⁸ GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 202.

As críticas ao sistema da íntima convicção decorrem da enorme liberdade da apreciação da prova pelo magistrado que não necessita justificar os fundamentos de suas decisões e gera dúvidas se houve arbitrariedades no julgamento.

Nesse sistema o julgamento pode não refletir necessariamente o contexto probatório e inclusive não há como saber se a convicção foi com base nas provas existentes nos autos, pois não há necessidade de objetivar a decisão através da fundamentação vinculada à prova. Trata-se de sistema que permite, portanto, que as decisões tenham caráter eminentemente subjetivo e por isso mesmo sujeito a críticas veementes [...] ²⁹

1.4.2 Sistema da prova legal

O sistema da prova legal surgiu com o objetivo de minorar os inconvenientes causados pelo sistema no qual o juiz decidia sem indicar os elementos formadores de sua convicção.

Como superação do excesso de poderes atribuídos ao juiz ao tempo do sistema inquisitivo, o que ocorreu de forma mais intensa a partir do século XIII até o século XVII, o sistema das provas legais surgiu com o objetivo declarado de reduzir tais poderes, instituindo um modelo rígido de apreciação da prova, no qual não só se estabeleciam certos meios de prova para determinados delitos, como também valorava cada prova antes do julgamento. Ou seja, no sistema de provas legais, o legislador é quem procedia à valoração prévia, dando a cada uma delas um valor fixo e imutável. ³⁰

Nesse sistema há regras preestabelecidas rigorosas, impostas pela lei, que conferem a cada prova um valor específico. Não há discricionariedade para que o magistrado defina a importância de uma prova. No contexto probatório deve ser observado o peso dado pela lei e não a convicção pessoal do juiz. ³¹

O procedimento de aplicação da pena adotado era aritmético e a confissão era a prova com maior valor definido em lei.

Nesse sistema, o juiz não tinha qualquer liberdade na apreciação da prova, que era pré-valorada na própria lei. Assim, a legislação processual fixava uma hierarquia entre os meios de prova. Nesse contexto, a confissão, por exemplo, recebia maior valor, contando-se, ainda, numa escala puramente aritmética, o número de pessoas

²⁹ SOUZA, Sérgio Ricardo de. *Manual da prova penal constitucional: pós-reforma de 2008*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 111.

³⁰ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 10. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 291.

³¹ CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 381.

que se dispusessem a testemunhar contra ou a favor do acusado. O somatório final, única tarefa que cabia ao julgador, determinava a culpa do réu.³²

Nesse contexto, o sistema rígido de apreciação da prova também foi objeto de críticas por não valorizar a atuação do magistrado e admitir a tortura como meio de alcançar a “rainha das provas”.

Embora imbuído de bons propósitos, o aludido sistema revelou-se uma faca de dois gumes. Como, para obtenção da condenação, era necessária a obtenção de um certo número de pontos, quando não se chegava a esse número, a prova era obtida a partir da tortura, já que essa fazia prova plena.³³

1.4.3 Sistema de livre convicção motivada ou persuasão racional

O sistema da persuasão racional é o adotado em nosso ordenamento jurídico. É o sistema consagrado no art. 131 do Código de Processo Civil e significa, no sistema do devido processo legal, que a convicção do julgador é formada com liberdade mas sempre apoiada na atividade probatória presente nos autos e fundamentadas as razões que levaram à tomada daquela decisão.³⁴

Esse sistema possui características diversas das presentes nos demais sistemas de avaliação da prova e que justificam sua escolha em um Estado moderno.

Caracteriza-se o sistema da livre convicção pela liberdade que o órgão julgador possui para analisar todo o conjunto de provas existente nos autos, com exceção daquelas vedadas pelo ordenamento, que só merecerão apreciação em casos excepcionais, retirando dele as convicções para a fundamentação de suas decisões, sem estar atrelado a regras prévias sobre a valoração que deve fixar em relação a cada meio de prova. Mesmo nesse sistema, que foi o adotado pelo nosso ordenamento jurídico, o juiz não atua pela “íntima convicção” e não possui a liberdade de analisar provas que não tenham sido regularmente inseridas nos autos, sob o manto do contraditório e para que haja controle interno (pelas partes) e externo (pela sociedade) dos critérios que adotou na valoração da prova, acha-se ele obrigado a fundamentar suas decisões, o que leva a denominar-se o princípio em questão também como da “persuasão racional” e “livre convencimento motivado”.³⁵

O julgador tem liberdade para avaliar as provas em sua totalidade e retirar delas a sua essência. Cabe ao magistrado definir o grau de importância do

³² BONFIM, Edilson Mougnot. *Curso de processo penal*: revista e atualizada de acordo com as Leis n. 11.900, 12.016 e 12.037, de 2009. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 357.

³³ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 10. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 291.

³⁴ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 377.

³⁵ SOUZA, Sérgio Ricardo de. *Manual da prova penal constitucional*: pós-reforma de 2008. Curitiba: Juruá, 2008, p. 113.

conjunto probatório. Essa liberdade, no entanto, não significa arbitrariedade, uma vez que está ligada à obrigação de fundamentar todas as decisões.³⁶

1.5 Princípios gerais e constitucionais acerca da prova penal

Segundo Paulo Bonavides, os princípios são os limites norteadores de todo o sistema jurídico e estabelecem a direção da atividade normativa e jurisdicional.

De antiga fonte subsidiária de terceiro grau nos Códigos, os princípios gerais, desde as derradeiras Constituições da segunda metade do século XX, se tornaram fonte primária de normatividade, corporificando do mesmo passo na ordem jurídica os valores supremos ao redor dos quais gravitam os direitos, garantias e as competências de uma sociedade constitucional. Os princípios são, por conseguinte, enquanto valores, a pedra de toque ou o critério com que se aferem os conteúdos constitucionais em sua dimensão normativa mais elevada.³⁷

No processo penal, da mesma maneira, os princípios “por sua generalidade e abrangência, irradiam-se por todo o ordenamento jurídico, informando e norteando a aplicação e a interpretação das demais normas de direito, ao mesmo tempo em que conferem unidade ao sistema normativo”.³⁸

De acordo com Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar, o processo penal é uma garantia contra as arbitrariedades cometidas pelo Estado e deve ser sempre guiado pelos princípios constitucionais.

Os princípios que irrigam a nossa disciplina são fundamentais, muitos deles encontrando respaldo expresso na própria Constituição da República. Os princípios não estão no sistema em um rol taxativo. Em verdade, diante da atividade do jurista para a construção da norma jurídica, serão possíveis aplicações que evidenciem tanto princípios constitucionais expressos como princípios constitucionais decorrentes do sistema constitucional.³⁹

³⁶ TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de direito processual penal*. 4. ed. Salvador: Juspodvm, 2010, p. 369.

³⁷ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 283.

³⁸ BONFIM, Edilson Mougnot. *Curso de processo penal: revista e atualizada de acordo com as Leis n. 11.900, 12.016 e 12.037, de 2009*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 66.

³⁹ TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de direito processual penal*. 4. ed. Salvador: Juspodvm, 2010, p. 50.

Tendo em vista que a prova é a tarefa mais importante da instrução processual, é fundamental que sua coleta e produção sejam norteadas e fundadas nesses princípios.⁴⁰

Nas palavras de Julio Fabbrini Mirabete existem vários princípios que norteiam a prova penal e sua produção:

Segundo o princípio da *auto-responsabilidade das partes*, estas assumem e suportam as consequências de sua inatividade, negligência, erro ou atos intencionais. Pelo *princípio da audiência contraditória*, toda prova admite a contraprova, não sendo admissível a produção de uma delas sem o conhecimento da outra parte (*princípio do contraditório*). Diante deste princípio, a prova emprestada não pode gerar efeito contra quem não tenha figurado como uma das partes do processo originário. Pelo princípio da *aquisição ou comunhão*, a prova produzida não pertence à parte que produziu, servindo a ambos os litigantes e ao interesse da Justiça. De acordo com o *princípio da oralidade*, deve haver predominância da palavra falada (depoimentos, alegações, debates), mas essa predominância não é sensível em nosso direito processual penal. Como consequência do princípio da oralidade, busca-se concentrar toda a produção da prova na audiência (*princípio da concentração*). Há também o *princípio da publicidade*, como ato judicial que é, embora haja exceções a ele, e, quanto à apreciação da prova, o *princípio do livre convencimento motivado*.⁴¹

Ante a variedade de princípios que são aplicáveis às provas, segundo Guilherme Madeira Dezem⁴², alguns se destacam:

- Princípio da auto-responsabilidade das partes: significa que cada sujeito processual é responsável pelo resultado de sua inatividade. Esse princípio é atenuado pelos poderes instrutórios do juiz.
- Princípio da aquisição ou comunhão de prova: ideia de que a prova não pertence exclusivamente a uma única parte. A prova pertence ao processo, ao juiz, à acusação e à defesa.
- Princípio da oralidade: quando há colheita de prova oral, o juiz deve efetivamente proferir a sentença.

⁴⁰ SOUZA, Sérgio Ricardo de. *Manual da prova penal constitucional: pós-reforma de 2008*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 32.

⁴¹ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Código de processo penal interpretado*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 477.

⁴² DEZEM, Guilherme Madeira. *Da prova penal: tipo processual, provas típicas e atípicas*. Campinas: Millennium, 2008, p. 92-100.

- Princípio da verdade real: o conceito de verdade real encontra-se relativizado, uma vez que há impossibilidade de se chegar à verdade absoluta.
- Princípio da liberdade probatória: esse princípio atua sobre o objeto da prova e sobre os meios de prova.
- Princípio do *nemo tenetur se detegere* (vedação da produção de prova contra si próprio, princípio da não auto incriminação ou *nemo tenetur se ipsum accusare*): princípio que proíbe que o acusado produza provas contra si mesmo.
- Princípio da presunção de inocência: o indivíduo deve ser considerado inocente até o trânsito em julgado de uma sentença penal condenatória. Esse princípio encontra previsão no artigo 5º, LVII, da Constituição Federal, que dispõe que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.⁴³
- Princípio da audiência contraditória: toda a prova realizada admite a possibilidade de realização de contraprova, não sendo admissível a produção de qualquer prova sem o conhecimento e atuação da parte contrária.

O papel dos princípios é fazer valer o respeito aos direitos e garantias individuais definidos no ordenamento jurídico. Assim é o entendimento de Eugênio Pacelli de Oliveira.

O exame acerca dos meios de prova disponíveis, bem como da idoneidade e da capacidade de produção de certeza que cada um deles pode oferecer, deve ser precedido da identificação dos princípios e das regras gerais a eles aplicáveis.⁴⁴

⁴³ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 2011.

⁴⁴ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 10. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 282.

2 PROVAS OBTIDAS POR MEIOS ILEGAIS

2.1 Conceito

A terminologia usada para definir o que é uma prova obtida por meio ilegal não é unânime. Os doutrinadores utilizam diversas expressões para qualificá-la.

[...] se referem a prova proibida, outros a ilegal, outros a ilegalmente obtida, outros a ilícitas, outros a ilicitamente obtida, outros a ilegitimamente admitida, e, enfim, outros a proibições probatórias. E certamente existem matizes e razões que podem avalizar estas diferenças terminológicas: uma prova pode, não obstante ser lícita em outro caso, haver sido, sem embargo, ilicitamente obtida na hipótese concreta de que se trata; por outra parte, uma prova pode ser por si mesma em qualquer caso sempre ilícita por previsão legal que proíba sua realização, com independência do procedimento seguido para sua obtenção.⁴⁵

Contudo, a prova ilegal pode ser entendida como gênero e a prova ilícita e ilegítima como subespécies. E assim será “toda vez que sua obtenção caracterize violação de normas legais ou princípios gerais do ordenamento, de natureza processual ou material”.⁴⁶

Rachel Pinheiro de Andrade Mendonça afirma que as provas ilegais “são aquelas imprestáveis à sua função em virtude dos vícios que as contaminam. São aquelas obtidas com violação às normas estabelecidas legal ou moralmente”.⁴⁷

A prova ilegal, vedada ou proibida é “toda aquela que é defesa, impedida mediante uma sanção, impedida que se faça pelo direito. A que ser considerada à distância pelo ordenamento jurídico”.⁴⁸

⁴⁵ QUIROGA, apud SILVA, César Dario Mariano da. *Provas ilícitas: princípio da proporcionalidade, interceptação e gravação telefônica, busca e apreensão, sigilo e segredo, confissão, comissão parlamentar de inquérito e sigilo*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 17.

⁴⁶ RABONEZE, Ricardo. *Provas obtidas por meios ilícitos*. 2. ed. Porto Alegre: Síntese, 1999, p. 15.

⁴⁷ MENDONÇA, Rachel Pinheiro de Andrade. *Provas ilícitas: limites à licitude probatória*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 33.

⁴⁸ ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. *Da prova no processo penal*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 50.

2.2 Classificação

Provas obtidas por meios ilegais contrariam requisitos formais ou materiais de validade estabelecidos no ordenamento jurídico.

A ilicitude formal ocorrerá quando a prova, no seu momento introdutório, for produzida à luz de um procedimento ilegítimo, mesmo se for lícita a sua origem. Já a ilicitude material delinea-se através da emissão de um ato antagônico ao direito pelo qual se consegue um dado probatório como nas hipóteses de invasão domiciliar, violação do sigilo epistolar, constrangimento físico, psíquico ou moral a fim de obter confissão ou depoimento de testemunha etc.⁴⁹

Dessa forma, as provas ilegais podem afrontar tanto interesses relacionados à atividade processual quanto os direitos e garantias individuais.

A noção de ilegalidade compreende tanto a ilicitude como a ilegitimidade. Ambas são violadoras da ordem legal, ora materialmente, ora processualmente, não obstante possa a mesma prova violar ambos os aspectos da ilegalidade.⁵⁰

As provas ilegais, portanto, compreendem as provas ilícitas, propriamente ditas, e as provas ilegítimas.

2.2.1 Prova ilegítima

Quando a prova ilegal afrontar norma de natureza processual, essa prova será chamada de ilegítima.⁵¹

Entende-se que “quando a prova é produzida contra um princípio de lei processual, viola-se um requisito exigido pela mesma lei para colocá-la sob seu abrigo: daí por que ‘prova ilegítima’”.⁵²

A prova ilegítima está ligada à sua produção. A ofensa ao direito atinge a norma instrumental quando da sua introdução ao processo.⁵³

⁴⁹ BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal anotada*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 244.

⁵⁰ MENDONÇA, Rachel Pinheiro de Andrade. *Provas ilícitas: limites à licitude probatória*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 46.

⁵¹ CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 345.

⁵² ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. Op. cit., p. 51.

⁵³ ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. *Da prova no processo penal*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 52.

Diz, sobre as provas ilegítimas, César Dario Mariano da Silva que “a transgressão da norma proibitiva ocorrerá no momento da produção probatória no processo”.⁵⁴

São exemplos de provas consideradas ilegítimas, segundo Fernando Capez⁵⁵:

[...] o documento exibido em plenário do Júri, com desobediência ao disposto no art. 479, *caput* (CPP), com a redação determinada pela Lei n. 11.689/2008; o depoimento prestado com violação à regra proibitiva do art. 207 (CPP) (sigilo profissional) etc. Podemos ainda lembrar as provas relativas ao estado de pessoas produzidas em descompasso com a lei civil, por qualquer meio que não seja a respectiva certidão (CPP, art. 155, parágrafo único, conforme a Lei n. 11.690/2008), ou a confissão feita em substituição ao exame de corpo de delito, quando a infração tiver deixado vestígios (CPP, art. 158).

Nos casos em que a prova for considerada ilegal, em virtude de ter sido produzida sem o amparo de normas processuais, essas normas, por si só, contemplam sanções ao seu descumprimento.

[...] alguns dispositivos da lei processual penal contêm regras de exclusão de determinadas provas, como, por exemplo, a proibição de depor em relação a fatos que envolvam sigilo profissional (art. 207 do CPP brasileiro); ou a recusa de depor por parte de parentes e afins (art. 206). A sanção para o descumprimento dessas normas encontra-se na própria lei processual. Então, tudo se resolve dentro do processo, segundo os esquemas processuais que determinam as formas e as modalidades de produção da prova, com a sanção correspondente a cada transgressão, que pode ser uma sanção de nulidade.⁵⁶

Assim, o procedimento penal quando da exclusão de provas ilegítimas não é fonte de grandes problemas. Considera-se que “para a violação do impedimento meramente processual basta a sanção erigida através da nulidade do ato cumprido e da ineficácia da decisão que se fundar sobre os resultados do acerto”.⁵⁷

⁵⁴ SILVA, César Dario Mariano da. *Provas ilícitas: princípio da proporcionalidade, interceptação e gravação telefônica, busca e apreensão, sigilo e segredo, confissão, comissão parlamentar de inquérito e sigilo*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 15.

⁵⁵ CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 345.

⁵⁶ AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. *Provas ilícitas: interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 43.

⁵⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. *As nulidades no processo penal*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 125.

2.2.2 Prova ilícita

A prova ilícita, propriamente dita, pressupõe uma violação a normas ou princípios de direito material.

Serão consideradas ilícitas “todas as provas produzidas mediante a prática de crime ou contravenção, as que violem normas de Direito Civil, Comercial ou Administrativo, bem com aquelas que afrontem princípios constitucionais”.⁵⁸

Por prova ilícita entende-se a prova obtida com afronta aos requisitos materiais de validade previstos no ordenamento jurídico.

[...] a problemática da prova ilícita se prende sempre à questão das liberdades públicas, onde estão assegurados os direitos e garantias atinentes à intimidade, à liberdade, à dignidade humana; mas também de direito penal, civil, administrativo, onde já se encontram definidos na ordem infraconstitucional outros direitos ou cominações legais que podem se contrapor às exigências de segurança social, investigação criminal e accertamento da verdade, tais os de propriedades, inviolabilidade do domicílio, sigilo da correspondência, e outros.⁵⁹

Nesse sentido, constata-se que “a violação a um princípio de direito material pode ser ampla, não se resumindo à lei”.⁶⁰

Ressalta-se, contudo, que “a vedação constitucional refere-se ao meio de obtenção da prova, ou seja, o direito que foi violado para sua obtenção”.⁶¹

As provas ilícitas delineiam-se no momento de sua obtenção e tem ineficácia processual desde a sua origem.

[...] a contaminação se dá no momento de sua obtenção e não no momento de sua produção em juízo. Quando esta for carreada aos autos, a ilicitude já estará ínsita como qualificadora da prova. Pois bem, se apenas se realiza a fase da atividade instrutória quando as provas já estão inseridas no contexto processual, é tranquilo concluir que a ilicitude, nesta fase, já é uma qualidade da prova, uma vez esta se deu no momento de sua obtenção.⁶²

⁵⁸ CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 346.

⁵⁹ AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. *Op. cit.*, p. 43.

⁶⁰ ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. *Da prova no processo penal*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 51.

⁶¹ ÁVILA, Thiago André Peirobom de. *Provas ilícitas e proporcionalidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 98.

⁶² MENDONÇA, Rachel Pinheiro de Andrade. *Provas ilícitas: limites à licitude probatória*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 34.

Há muitos exemplos que podem ser citados de provas obtidas por meios ilícitos:

[...] podem-se citar a confissão obtida mediante tortura, coação ou maus tratos, que viola o direito à incolumidade física (art. 5º, III, CF/88) e, de forma especial, a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF/88); a busca e apreensão domiciliar realizada sem autorização judicial (art. 5º, XII, CF/88); as violações abusivas à intimidade (art. 5º, X, CF/88); e as informações obtidas com violação à liberdade da pessoa que presta a informação (como o soro da verdade, *lie detector*, interrogatórios exaustivos). Segundo entendimento jurisprudencialmente consolidado, o sigilo bancário, fiscal e telefônico são expressão do direito à intimidade, de sorte que para sua violação há um postulado de reserva de jurisdição, acarretando ilicitude da prova a ausência de autorização judicial.⁶³

2.2.3 Prova ilícita por derivação

Provas ilícitas por derivação “são aquelas que, embora lícitas na própria essência, decorrem exclusivamente de prova considerada ilícita ou de situação de ilegalidade manifesta ocorridas anteriormente à sua produção, restando, portanto, contaminadas”.⁶⁴

O entendimento de prova ilícita por derivação é resultado da teoria norte-americana dos “frutos da árvore envenenada”.

A denominação de teoria ou doutrina “dos frutos da árvore envenenada” – também utilizada no singular, “fruto da árvore envenenada” – literal tradução do inglês (*fruit of the poisonous tree doctrine*), diz respeito a um conjunto de regras jurisprudenciais nascidas na Suprema Corte norte-americana, segundo as quais as provas obtidas lícitamente, mas que sejam derivadas ou sejam consequência do aproveitamento de informação contida em material probatório obtido com violação dos direitos constitucionais do acusado, estão igualmente viciadas e não podem ser admitidas na fase decisória do processo penal. Vale dizer: tal teoria sustenta que as provas ilícitas por derivação devem igualmente ser desprezadas, pois “contaminadas” pelo vício (veneno) da ilicitude do meio usado para obtê-las.⁶⁵

Há várias maneiras de uma prova lícita ser contaminada e, assim, ser considerada ilícita por derivação.

É o caso da confissão extorquida mediante tortura, em que o acusado indica onde se encontra o produto do crime, que vem a ser regularmente apreendido. Ou o caso da interceptação telefônica clandestina, por intermédio da qual o órgão policial

⁶³ ÁVILA, Thiago André Peirobom de. Op. cit., p. 100.

⁶⁴ AVENA, Norberto. *Processo penal*: versão universitária. Rio de Janeiro: Método, 2009, p. 263.

⁶⁵ BONFIM, Edilson Mougenot. *Curso de processo penal*: revista e atualizada de acordo com as Leis n. 11.900, 12.016 e 12.037, de 2009. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 313.

descobre uma testemunha do fato que, em depoimento regularmente prestado, incrimina o acusado.⁶⁶

Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho e Antonio Scarance Fernandes⁶⁷ analisam as provas lícitas que foram contaminadas por uma prova ilicitamente obtida:

Na posição mais sensível às garantias da pessoa humana, e conseqüentemente mais intransigente com os princípios e normas constitucionais, a ilicitude da obtenção da prova transmite-se às provas derivadas, que são, assim, igualmente banidas do processo.

Esse entendimento evidencia, mais uma vez, que a teoria “dos frutos da árvore envenenada” foi acolhida pelo ordenamento jurídico nacional.

Segundo essa teoria, a prova ilícita é uma árvore que se contaminou com uma mancha (vício); portanto, todas as demais provas que derivem dessa árvore envenenada, ainda que em si mesmas obtidas de forma lícita, também estariam contaminadas com a ilicitude da prova da qual se originou.⁶⁸

Contudo, o Código de Processo Penal brasileiro dispõe que “a contaminação determinada pela aplicação da teoria da árvore dos frutos envenenados exige relação de exclusividade entre a prova posterior e a anterior que lhe deu origem”.⁶⁹

Nesse contexto, nota-se que há limitações à inadmissibilidade das provas ilícitas por derivação.

[...] excepcionam-se da vedação probatória as provas derivadas da ilícita, quando a conexão entre umas e outras é tênue, de modo a não se colocarem a primária e as secundárias como causa e efeito; ou, ainda, quando as provas derivadas da ilícita poderiam de qualquer modo ser descobertas por outra maneira. Fala-se no primeiro caso, *independent source* e, no segundo, na *inevitable discovery*. Isso significa que se a prova ilícita não foi absolutamente determinante para o descobrimento das derivadas, ou se estas derivam de fonte própria, não ficam contaminadas e podem ser produzidas em juízo.⁷⁰

⁶⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. *As nulidades no processo penal*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 128.

⁶⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. *As nulidades no processo penal*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 128.

⁶⁸ ÁVILA, Thiago André Peirobom de. *Provas ilícitas e proporcionalidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 102.

⁶⁹ AVENA, Norberto. *Processo penal: versão universitária*. Rio de Janeiro: Método, 2009, p. 264.

⁷⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. *Op. cit.*, p. 129.

Segundo Thiago André Pierobom de Ávila, a contaminação de uma prova deve ser vista como “uma exceção, tão excepcional quanto a gravidade e a imediatidade entre a prova ilícita e a derivada da ilícita, bem como ante a presença de um nexo causal tão direto que importe em uma verdadeira unidade de ato entre ambas”.⁷¹

2.3 Efeitos

Os efeitos gerados pelas provas obtidas por meios ilegais variam de acordo com as normas afrontadas.

Em havendo violação de um impedimento meramente processual, a sanção estará na nulidade do ato ou na ineficácia da decisão, configurando a ilegitimidade da prova, enquanto que se se tratar de violação de um impedimento substancial, a sanção será a inexistência, uma vez que os efeitos são a desconsideração da prova inapta ao exercício do livre convencimento motivado.⁷²

Nesse sentido, Ada Pellegrini Grinover⁷³ discorre que “a prova ilegítima é obtida com violação à norma processual e tem como sanção a nulidade; a prova ilícita é obtida com violação à regra de direito material e tem como sanção a inadmissibilidade”.

Assim, faz-se necessário, antes de tudo, distinguir se houve infringência de lei material ou processual.

A falta de distinção entre a infringência da lei material ou processual pode levar a equívocos e confusões, fazendo crer, por exemplo, que a violação de regras processuais implica ilicitude da prova e, em consequência, o seu desentranhamento do processo. O não cumprimento da lei processual leva à *nulidade* do ato de formação da prova e impõe a sua renovação, nos termos do art. 573, *caput*, do CPP.⁷⁴

No que tange ao uso da prova ilegal e suas consequências no caso concreto investiga-se a natureza de sua vedação.

A proibição tem natureza exclusivamente processual quando for colocada em função de interesses atinentes à lógica e à finalidade do processo; tem, pelo contrário, natureza substancial quando, embora servindo imediatamente também a interesses

⁷¹ ÁVILA, Thiago André Peirobom de. *Provas ilícitas e proporcionalidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 102.

⁷² MENDONÇA, Rachel Pinheiro de Andrade. *Provas ilícitas: limites à licitude probatória*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 34.

⁷³ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Liberdades públicas e processo penal: as interceptações telefônicas*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982, p. 101.

⁷⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. *As nulidades no processo penal*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 125.

processuais, é colocada essencialmente em função dos direitos que o ordenamento reconhece aos indivíduos, independentemente do processo.⁷⁵

E uma vez constatados vícios processuais ou materiais haverá nulidade da prova ou será decretada sua inadmissibilidade.⁷⁶

O momento em que a prova foi obtida é elemento diferenciador quanto à sua inadmissibilidade ou nulidade.

... se a prova foi obtida durante o processo, tratar-se-ia de prova ilegítima, e, portanto, nula, pela eventual desobediência ao procedimento de sua realização; já se a prova foi obtida fora do processo com alguma violação, trata-se de prova ilícita e, portanto, inadmissível. Essa diferenciação parte da distinção entre obtenção da prova e produção da prova: obter é ter acesso à prova, que pode ser fora do processo, produzir é introduzir o meio de prova no processo, após o exame positivo da admissibilidade.⁷⁷

No tocante às provas ilícitas o Supremo Tribunal Federal entende como “consequência imediata do reconhecimento de ilicitude de prova constante dos autos o direito da parte a vê-la desentranhada do processo”.⁷⁸

Quanto às provas derivadas das ilícitas, art. 157, §1º do Código de Processo de Penal, com a nova redação dada pela Lei nº 11.690/2008 dispõe que:

§ 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.

As provas derivadas das ilícitas, assim como as provas ilícitas, devem ser desentranhadas do processo, ressalvadas as hipóteses previstas no próprio artigo. Assim explica Edilson Mougenot Bonfim⁷⁹:

a) ausência de demonstração do nexo de causalidade: não se consegue estabelecer a relação de causalidade entre duas provas – a ilícita e a que dela supostamente decorreu – razão pela qual não incidirá a teoria; b) quando a prova puder ser obtida

⁷⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. *As nulidades no processo penal*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 124.

⁷⁶ ÁVILA, Thiago André Peirobom de. *Provas ilícitas e proporcionalidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 101.

⁷⁷ ÁVILA, Thiago André Peirobom de. *Provas ilícitas e proporcionalidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 99.

⁷⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Embargos de Declaração no Inquérito nº 731 Distrito Federal. Relator: Ministro Néri da Silveira. 22 mai. 1996.

⁷⁹ BONFIM, Edilson Mougenot. *Curso de processo penal: revista e atualizada de acordo com as Leis n. 11.900, 12.016 e 12.037, de 2009*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 315.

por fonte independente: o § 2º do art. 157 define como independente “aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova”. Assim, se o caminho trilhado na investigação ou a realização normal da instrução criminal puderem levar à prova derivada da ilícita, não se considerará imprestável o elemento carreado aos autos.

Portanto, a identificação e o desentranhamento de uma prova derivada de outra ilícita devem ser cautelosos, uma vez que, “nem sempre que estivermos diante de uma prova obtida ilicitamente teremos como consequência a inadmissibilidade de todas aquelas outras provas a ela subsequentes. Será preciso, no exame cuidadoso de cada situação concreta, avaliar a eventual derivação da ilicitude”.⁸⁰

Destaca-se, ainda, que os efeitos, a inadmissibilidade ou nulidade, decorrentes das provas obtidas por meios ilegais produzem consequências diversas no âmbito do processo penal.

... a inadmissibilidade de uma prova impede que ela seja juntada aos autos, sendo o Juiz o responsável pela fiscalização, que é feita por ocasião do pedido de entranhamento. Verificando que uma prova é inadmissível, o Magistrado não pode permitir que ela adentre os autos. Por outro lado, a nulidade de uma prova é reconhecida após a sua juntada aos autos, sendo uma sanção decorrente de um vício ou defeito que ela apresente ou em virtude da metodologia empregada em sua obtenção. Esse juízo de valor é feito após a prática do ato processual e implica na sua ineficácia. Em outras palavras, a prova declarada nula não pode ser utilizada na fundamentação de uma decisão.⁸¹

Thiago André Peirobom de Ávila⁸² ressalta outra distinção relevante no tocante aos efeitos:

... ao contrário das provas ilícitas, que em determinadas situações (extremas) poderão contaminar as provas derivadas de suas informações, as provas nulas não contaminam outras provas. O que pode ocorrer na hipótese será a desconsideração apenas da prova nula, ou eventual anulação do julgamento por *error in procedendo*, e conseqüente repetição da prova e retomada do curso do processo. Mas outras provas não serão ilícitas por derivação, nem deverão ser anuladas, já que os atos instrutórios não guardam relação de causalidade entre si.

⁸⁰ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 10. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 291.

⁸¹ SILVA, César Dario Mariano da. *Provas ilícitas: princípio da proporcionalidade, interceptação e gravação telefônica, busca e apreensão, sigilo e segredo, confissão, comissão parlamentar de inquérito e sigilo*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 18-19.

⁸² ÁVILA, Thiago André Peirobom de. *Provas ilícitas e proporcionalidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 98.

2.4 Proibição de uso das provas ilegais no sistema constitucional vigente

No sistema acusatório vigente no Brasil a liberdade probatória é limitada por critérios legais e morais.

Não se busca a todo preço o real acontecimento dos fatos, apenas valorando-se as provas lícitas quanto à sua essência e à sua forma de obtenção. Para o ordenamento jurídico brasileiro, o direito à prova não é absoluto, tendo por limite o direito à intimidade que deve ser resguardado. Esse é o sistema acusatório que se preserva a dignidade do ser humano a todo custo.⁸³

Assim, a Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, inciso LVI, estabeleceu que “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”.⁸⁴

Nesse preceito constitucional o termo ilícito foi utilizado em seu sentido amplo.

... o constituinte usou a expressão “ilícito” em seu sentido genérico, pois não poderia esquecer as outras formas de expressão do direito, ficando limitado à lei. Como sabemos, todos os costumes, além de serem fonte formal do direito, trazem a consciência de sua obrigatoriedade, e os princípios gerais de direito, estabelecidos com a consciência ética de um povo numa determinada civilização são premissas que não poderiam ser desprezadas. Logo, o constituinte não poderia olvidar a moral, o costume e os princípios gerais de direito, fixando-se apenas na lei.⁸⁵

Essa norma constitucional presta-se, no âmbito no processo penal, tanto ao controle da atividade estatal persecutória quanto à tutela da ordem jurídica nacional.

... 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 grande responsável pela sua produção. Nesse sentido, cumpre função eminentemente *pedagógica*, ao tempo em que também tutela determinados valores reconhecidos pela ordem jurídica.⁸⁶

Além disso, a proibição de provas obtidas por meios ilícitos no ordenamento jurídico brasileiro tem como objetivo resguardar o Estado democrático de direito.

⁸³ MENDONÇA, Rachel Pinheiro de Andrade. *Provas ilícitas: limites à licitude probatória*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 48.

⁸⁴ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 2011.

⁸⁵ ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. *Da prova no processo penal*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 53.

⁸⁶ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 10. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 291.

[...] a inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos não é um princípio estabelecido porque a verdade transmitida pelo meio de prova é falsa. Apesar de verdadeiros os fatos evidenciados pelo meio de prova, esse não será admitido no processo por uma finalidade política: sacrificar a verdade no processo para criar um sistema processual que respeite os direitos fundamentais.⁸⁷

Esse preceito constitucional, na verdade, desdobra-se em várias garantias ao tutelar direitos e garantias individuais e firmar balizas quanto à atividade probatória desenvolvida no processo.

Em relação aos direitos individuais, a vedação das provas ilícitas tem por destinatário imediato a proteção do direito à intimidade, à privacidade, à imagem (art. 5º, X), à inviolabilidade do domicílio (art. 5º, XI), normalmente os mais atingidos durante as diligências investigatórias. No que se refere à questão da qualidade da prova, o reconhecimento da ilicitude *do meio* de obtenção da prova já impede o aproveitamento de métodos cuja idoneidade probatória seja já devidamente questionada, como ocorre, por exemplo, na confissão obtida mediante tortura, ou mediante hipnose, ou, ainda, pela ministração de substâncias químicas (soro da verdade, etc.).⁸⁸

O princípio da inadmissibilidade das provas ilícitas visa proteger os direitos fundamentais do acusado e limita o exercício da atividade probatória.

... devem ser desentranhadas dos autos, não podendo influir sequer no critério subjetivo do órgão julgador, ou seja, o juiz não deverá nem tomar conhecimento da existência destas provas para evitar a influencia no julgamento final.⁸⁹

Com o objetivo de adequar o Código de Processo Penal a esse princípio disposto na Constituição Federal, a Lei nº 11.690/2008 alterou o art. 157 desse Código estabelecendo que “são inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais”.

A reforma processual, ao contrário da doutrina e jurisprudência pátrias, não distingue as provas ilícitas das ilegítimas. Assim, configura-se como prova ilícita tanto as provas obtidas com violação a disposições materiais quanto as provas obtidas com violação a normas processuais.⁹⁰

⁸⁷ ÁVILA, Thiago André Peirobom de. *Provas ilícitas e proporcionalidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 94.

⁸⁸ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 10. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 291.

⁸⁹ MENDONÇA, Rachel Pinheiro de Andrade. *Provas ilícitas: limites à licitude probatória*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 44.

⁹⁰ CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 346.

Essa distinção, todavia, não é essencial uma vez que “para efeito de invalidade, pouco importa se a violação é de ordem material ou processual”.⁹¹

Entendem Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho e Antonio Scarance Fernandes⁹² que se uma prova é considerada ilícita, será também considerada ilegítima.

... ao prescrever expressamente a inadmissibilidade processual das provas ilícitas, a Constituição brasileira considera a prova materialmente ilícita também processualmente ilegítima, estabelecendo desde logo uma sanção processual (a inadmissibilidade) para a ilicitude material.

Eugênio Pacelli de Oliveira⁹³ destaca que “seja como for, uma (prova ilícita) e outra (prova ilegítima) são inadmissíveis no processo”.

Ainda de acordo com Ricardo Raboneze⁹⁴ pode-se dizer que “a prova ilícita deve ser extirpada do processo, por mais relevância que tenha, principalmente diante dos modernos princípios de direito constitucional, entre os quais o direito à intimidade”.

A inadmissibilidade das provas ilícitas é entendimento firmado no Supremo Tribunal Federal antes mesmo do advento da Constituição Federal de 1988.

A inadmissibilidade processual da prova ilícita torna-se absoluta, sempre que a ilicitude consista na violação de uma norma constitucional, em prejuízo das partes ou de terceiros, sendo irrelevante indagar se o ilícito foi cometido por agente público ou particulares, porque, em ambos os casos, a prova terá sido obtida com infringência dos princípios constitucionais que garantem os direitos da personalidade.⁹⁵

A posição dessa Corte não mudou, ao contrário, reafirma constantemente em seus julgados esse posicionamento.

A prova ilícita é prova inidônea. Mais do que isso, prova ilícita é prova imprestável. Não se reveste, por essa explícita razão, de qualquer aptidão jurídico-material. A

⁹¹ SILVA, César Dario Mariano da. *Provas ilícitas: princípio da proporcionalidade, interceptação e gravação telefônica, busca e apreensão, sigilo e segredo, confissão, comissão parlamentar de inquérito e sigilo*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 16.

⁹² GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. *As nulidades no processo penal*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 124.

⁹³ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 10. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 282.

⁹⁴ RABONEZE, Ricardo. *Provas obtidas por meios ilícitos*. 2. ed. Porto Alegre: Síntese, 1999, p. 20.

⁹⁵ GRINOVER apud Recurso em Habeas Corpus nº 63.834 São Paulo. Relator: Aldir Passarinho. 18 dez. 1986.

prova ilícita, qualificando-se como providência instrutória repelida pelo ordenamento constitucional, apresenta-se destituída de qualquer grau de eficácia jurídica, por mínimo que seja, como esta Suprema Corte tem reiteradamente proclamado.⁹⁶

Nesse mesmo julgado, ficou clara a inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilegais, sejam elas ilegítimas ou ilícitas.

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 (contra quem jamais se presume provada qualquer alusão penal) 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 nulidade da prova ilícita qualifica-se como causa de radical invalidação de sua eficácia jurídica, destituindo-a de qualquer aptidão para revelar, legitimamente, os fatos e eventos cuja realidade material ela pretendia evidenciar. Trata-se, presente tal contexto, de consequência que deriva, necessariamente, da garantia constitucional que tutela a situação jurídica do acusados em juízo (notadamente 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.⁹⁷

No tocante às provas derivadas das ilícitas o entendimento do Supremo é evidenciado no voto do Ministro Relator Sepúlveda Pertence no julgamento do habeas corpus nº 69.912 ao analisar a possibilidade de escutas telefônicas.

Estou convencido de que essa doutrina da invalidade probatória do “fruit of the poisonous tree” é a única capaz de dar eficácia à garantia constitucional da inadmissibilidade da prova ilícita. De fato, vedar que se possa trazer ao processo a própria “degravação” das conversas telefônicas, mas admitir que as informações nela colhidas possam ser aproveitadas pela autoridade, que adiu ilicitamente, para chegar a outras provas, que sem tais informações, não colheria, evidentemente, é estimular e, não, reprimir a atividade ilícita da escuta e da gravação clandestina de conversas privadas.⁹⁸

Resta claro que a inadmissibilidade processual de uma prova obtida ilicitamente ou por derivação prevalece no ordenamento pátrio. No entanto, não deve ser interpretada em termos absolutos uma vez que há o risco de serem violados outros direitos também essenciais.

⁹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 90.376 Rio de Janeiro. Relator: Ministro Celso de Melo. 03 abr. 2007.

⁹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 90.376 Rio de Janeiro. Relator: Ministro Celso de Melo. 03 abr. 2007.

⁹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 69.912 Rio Grande do Sul. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. 30 jun. 1993.

Impõe-se, portanto, para uma adequada tutela também dos direitos individuais que são atingidos pelas ações criminosas, a adoção de critérios orientados por uma ponderação de cada interesse envolvido no caso concreto, para se saber se toda a atuação estatal investigatória estaria contaminada, sempre, por determinada prova ilícita. Pode-se e deve-se recorrer, ainda mais uma vez, ao critério da razoabilidade (ou proporcionalidade, que, ao fim e ao cabo, tem o mesmo destino: a ponderação de bens e/ou o juízo de adequabilidade da norma de direito ao caso concreto).⁹⁹

Assim, evidencia-se que a admissibilidade ou não do uso de provas ilegais deve ser analisada com muita cautela.

De um lado observa-se a predominância do direito coletivo em detrimento do particular e, normalmente, é esta a regra. Entende-se que o direito de todos deve prevalecer sobre o direito individual fundado em razões lógicas de paz social e do bem comum. De outro lado, verifica-se, neste particular, o confronto entre o direito à prova e o direito à intimidade, prevalecendo este sobre aquele, de acordo com o legislador consuinte.¹⁰⁰

E uma vez reconhecida que essa vedação processual não é absoluta, há que se considerar a aplicação dos demais princípios.

A teoria, hoje dominante, da inadmissibilidade processual das provas ilícitas, colhidas com infringência a princípios ou normas constitucionais, vem, porém, atenuado por outra tendência, que visa a corrigir possíveis distorções, a que a rigidez da exclusão poderia levar em casos de excepcional gravidade. Trata-se do denominado *Verhältnismässigkeitsprinzip*, ou seja, de um critério de proporcionalidade, pelo qual os tribunais da então Alemanha Federal, sempre em caráter excepcional e em casos extremamente graves, têm admitido a prova ilícita, baseando-se no princípio do equilíbrio entre valores fundamentais contrastantes.¹⁰¹

Não há colisão insolúvel entre valores constitucionais. Pelo princípio da proporcionalidade esses valores articulam-se entre si e “assim, sempre será possível o sacrifício de um direito em prol de outro de igual ou superior valia, dada a relatividade dos direitos e garantias constitucionais”.¹⁰²

⁹⁹ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 10. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 291.

¹⁰⁰ MENDONÇA, Rachel Pinheiro de Andrade. *Provas ilícitas: limites à licitude probatória*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 50-51.

¹⁰¹ GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. *As nulidades no processo penal*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 127.

¹⁰² SILVA, César Dario Mariano da. *Provas ilícitas: princípio da proporcionalidade, interceptação e gravação telefônica, busca e apreensão, sigilo e segredo, confissão, comissão parlamentar de inquérito e sigilo*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 22.

3 PROVA ILÍCITA E O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Existem dúvidas e discussões acerca da aceitação de provas ilícitas no sistema processual. A tensão reside entre “a efetividade do processo como valor constitucional assegurado pela dimensão objetiva dos direitos fundamentais e expresso no dever de proteção penal, e a garantia individual de que uma prova obtida de forma ilícita seja excluída do processo.”¹⁰³

Parte da doutrina entende que a utilização de uma prova ilícita no processo deve ser prontamente rejeitada. Considera-se, assim, que tal prova deve ser excluída do processo ainda que apresente fatos relevantes.

É que as provas ilícitas, sendo consideradas pela Constituição, e agora pela lei, *inadmissíveis*, não são tidas como provas. Trata-se de não-ato, de não-prova, que as reconduz à categoria da inexistência jurídica. Elas simplesmente *não existem como provas: não têm aptidão para surgirem como provas.*¹⁰⁴

Por outro lado, de acordo com a teoria permissiva, uma prova ilícita pode ser considerada perfeitamente válida sob o argumento de que “se o fim precípua do processo é a descoberta da verdade real, aceitável é que, se a prova ilicitamente obtida mostrar essa verdade, seja ela admissível.”¹⁰⁵

A teoria da proporcionalidade situa-se entre estes dois extremos. A ilicitude de uma prova não pode ser critério único e absoluto de inadmissibilidade. Tampouco, pode ser tal princípio desrespeitado sob o pretexto da busca da verdade processual.

¹⁰³ ÁVILA, Thiago André Peirobom de. *Provas ilícitas e proporcionalidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 102.

¹⁰⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. *As nulidades no processo penal*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 136.

¹⁰⁵ PEDROSO, Fernando de Almeida. *Processo penal: o direito de defesa - repercussão, amplitude e limites*. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p. 163.

Desta feita, “a garantia constitucional do princípio da inadmissibilidade deve seguir um padrão de lógica e razoabilidade e não de mera interpretação literal e positivista do texto constitucional.”¹⁰⁶

Este padrão demonstra-se útil na análise dos casos concretos que envolvem aparente colisão de princípios constitucionais. Nestes casos, “um dos métodos mais utilizados pela moderna hermenêutica para o correto solucionamento do impasse é o chamado ‘princípio da proporcionalidade’, que pode revestir-se de variantes mais ou menos aperfeiçoadas (‘balanço de princípios’, ‘princípio da razoabilidade’ etc.).”¹⁰⁷

César Dario Mariano da Silva declara que “a teoria (ou princípio) da proporcionalidade sopesa valores distintos para chegar à decisão final sobre a admissibilidade ou não de determinada prova obtida por meio ilícito.”¹⁰⁸

Importa, dessa maneira, distinguir em quais situações será possível restringir o princípio da inadmissibilidade das provas ilícitas em benefício de outros princípios constitucionais envolvidos.

3.1 Princípio da proporcionalidade

A noção de proporcionalidade “remonta aos arquétipos do pensamento jurídico ocidental, e sempre esteve ligada à compreensão da idéia de direito, praticamente se confundindo com a própria noção de direito”.¹⁰⁹

Essa cláusula, que é imanente à ideia de direito e que hoje ostenta fecunda vocação expansiva para a compreensão do fenômeno jurídico na pós-modernidade, expressa a noção de equitatividade, de adequabilidade, de suficiência, de ausência de abuso ou excesso, de equilíbrio de conduta, de equânime distribuição de ganhos e ônus nas relações jurídicas, de idoneidade na contemplação dos interesses e pretensões jurídicas, enfim, de justa e aceitável proporção na correlação entre os direitos e os

¹⁰⁶ ÁVILA, Thiago André Peirobom de. *Provas ilícitas e proporcionalidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 109.

¹⁰⁷ BONFIM, Edilson Mougenot. *Curso de processo penal*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 316.

¹⁰⁸ SILVA, César Dario Mariano da. *Provas ilícitas: princípio da proporcionalidade, interceptação e gravação telefônica, busca e apreensão, sigilo e segredo, confissão, comissão parlamentar de inquérito e sigilo*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 23.

¹⁰⁹ AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. *Provas ilícitas: interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 55.

deveres impostos, reprimidos, admitidos ou de qualquer forma promovidos pela ordem jurídica plural e democrática.¹¹⁰

Aristóteles¹¹¹ já afirmava que “o justo é uma das espécies do gênero proporcional... e o proporcional é um meio termo... (de modo que) a injustiça é excesso e falta, no sentido de que ela leva ao excesso e à falta.”

O princípio da proporcionalidade surgiu da evolução jurisprudencial da Suprema Corte americana, mas obteve maior expressão na Alemanha, durante o período posterior à Segunda Guerra Mundial, ao focar corretamente os valores a serem balanceados.¹¹²

É, na atualidade, o instrumento de maior eficácia na proteção de bens e valores diante de conflitos de interesses porque “traduz o dever jurídico do intérprete e aplicador do direito de guardar e buscar sempre a almejada *justa medida* no trato intersubjetivo.”¹¹³

O critério hermenêutico mais utilizado para resolver eventuais conflitos ou tensões entre princípios constitucionais igualmente relevantes baseia-se na chamada *ponderação de bens*, presente até 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 outro ou outros. Fala-se, então, em *proporcionalidade*.¹¹⁴

Apesar de não estar positivado de forma expressa na Constituição Federal de 1988, o princípio da proporcionalidade pode fundamentar-se em diversos dispositivos constitucionais:

São encontradas as seguintes posições: art. 1º, caput (fórmula política do “Estado Democrático de Direito”); art. 1º, III (dispondo sobre a proteção da dignidade humana no Estado Democrático de Direito); art. 5º, caput (princípio da igualdade); art. 5º, XXXV (“A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”); art. 5º, LIV (“devido processo legal”) e art. 6º (direito social à segurança), todos da Constituição Federal; por fim, existe ainda a tese de Paulo

¹¹⁰ CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 188.

¹¹¹ ARISTÓTELES apud CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 188.

¹¹² AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. *Provas ilícitas: interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 63.

¹¹³ CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 188.

¹¹⁴ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 371.

Bonavides e Willis Santiago Guerra Filho, que sustentam que a proporcionalidade do §2º do art. 5º resulta do regime e dos princípios adotados na Constituição.¹¹⁵

Além do mais, a proporcionalidade encontra fundamento no princípio da dignidade humana e, como tal, é um direito fundamental garantido pela Constituição brasileira.

Quanto à natureza jurídica, Edilson Mougenot Bonfim considera que a proporcionalidade é, de fato, um princípio hermenêutico, e que não há dúvidas quanto à validade de sua aplicação.

Aduz-se, contudo, não ser apenas um “princípio”, tal como estes são tradicionalmente concebidos, mas um princípio mais importante, um “princípio dos princípios”, ou um “superprincípio”, porque, enquanto todos os demais princípios jurídicos são relativos (não absolutos) e admitem flexibilizações ou balanço de valores, o princípio da proporcionalidade é um método interpretativo e de aplicação do direito para a solução do conflito de princípios – metáfora da colisão de princípios – e do balanço dos valores em oposição (ex.: tutela da intimidade em oposição à proteção da segurança pública), não se flexibilizando, configurando-se assim em um princípio absoluto.¹¹⁶

A teoria da proporcionalidade, entendida como método jurídico de interpretação, permite que se pondere acerca da aplicação literal dos dispositivos a fim de que se conciliem os diversos valores constitucionais.

Pela teoria ou princípio da proporcionalidade as normas constitucionais articulam-se em um sistema, havendo a necessidade de harmonia entre elas. De tal sorte, não se faz possível a ocorrência de conflitos insolúveis entre valores constitucionais. Assim, o princípio da proporcionalidade é invocado para solucionar esses conflitos, sopesando os valores para saber qual deverá preponderar em determinado caso concreto. Sempre será possível, portanto, o sacrifício de um direito ou garantia constitucional em prol de outro direito ou garantia constitucional, quando houver preponderância destes últimos.¹¹⁷

Tal ponderação é necessária quando se objetiva minorar os prejuízos que podem ser causados por decisões judiciais em uma disputa de interesses divergentes.

Proporcionalidade encerra, assim, a orientação deontológica de se buscar o meio mais idôneo, mais equitativo e menos excessivo nas variadas formulações do Direito, seja na via da legislação ou posituação das normas jurídicas, da administração pública dos interesses sociais, da aplicação judicial dos comandos normativos e, ainda, no campo das relações privadas, afim de que o reconhecimento

¹¹⁵ BONFIM, Edilson Mougenot. *Curso de processo penal*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 58.

¹¹⁶ BONFIM, Edilson Mougenot. *Curso de processo penal*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 58.

¹¹⁷ SILVA, César Dario Mariano da. *Provas ilícitas: princípio da proporcionalidade, interceptação e gravação telefônica, busca e apreensão, sigilo e segredo, confissão, comissão parlamentar de inquérito e sigilo*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 22.

ou o sacrifício de um bem da vida não vá além do necessário ou, ao menos, do justo e aceitável em face de outro bem da vida ou de interesses contrapostos.¹¹⁸

Apesar de estarem intrinsecamente ligados ao direito administrativo, os ideais enunciados por este princípio são plenamente aplicáveis ao direito processual penal.

Como o processo penal constantemente necessita contrabalançar valores e princípios que rotineiramente se opõem (ex.: o direito à liberdade do indivíduo e o dever do Estado de punir o culpado), o princípio da proporcionalidade tem grande e variada aplicação no processo penal, ainda que parte da doutrina e da jurisprudência resistam em aceitá-lo.¹¹⁹

3.2 Aplicação do princípio da proporcionalidade

A busca da verdade real no processo não legitima a utilização livre e irrestrita de qualquer meio probatório. O sistema processual não pode incentivar a prática de ilícitos penais.

É inaceitável a corrente que admite as provas ilícitas no processo, preconizando pura e simplesmente a punição daquele que cometeu o ilícito (*male captum bene retentum*): significa ela, ao mesmo tempo a prática de atos ilícitos por agentes públicos ou por particulares e compactuar com violações imperdoáveis aos direitos da personalidade. No Estado de direito, a repressão do crime não pode realizar-se pela prática de ilícitos, que são frequentemente ilícitos penais.¹²⁰

Nesse contexto, a teoria da proporcionalidade deve ser aplicada com cautela no processo penal. Assim, “por ela, de maneira excepcional e em casos de extrema gravidade, pode-se usar a prova ilícita, tomando-se por base e sopesando-se os valores em contradição e em debate.”¹²¹

Óbvio é que, tal teoria, por certo, não configura a regra, e sim exceção, constituindo-se tão necessária quanto a preservação das liberdades individuais; nesta se resguarda o interior da pessoa humana fundada em princípios morais e constitucionais; naquela se busca a efetividade da justiça, sendo este um valor tão relevante quanto aquele.¹²²

¹¹⁸ CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 189.

¹¹⁹ BONFIM, Edilson Mougnot. *Curso de processo penal*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 60.

¹²⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Liberdades públicas e processo penal: as interceptações telefônicas*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982, p. 150.

¹²¹ ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. *Da prova no processo penal*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 65.

¹²² MENDONÇA, Rachel Pinheiro de Andrade. *Provas ilícitas: limites à licitude probatória*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 65.

Em tais casos, o princípio da proporcionalidade é aplicado a fim de mitigar a inadmissibilidade absoluta das provas ilícitas diante de casos concretos.

A teoria da proporcionalidade ou da razoabilidade, também denominada teoria do balanceamento ou da preponderância de interesses, consiste, pois, exatamente, numa construção doutrinária e jurisprudencial que se coloca nos sistemas de inadmissibilidade da prova obtida ilicitamente, permitindo, em face da vedação probatória, que se proceda a uma escolha, no caso concreto, entre os valores constitucionalmente relevantes postos em confronto.¹²³

Para tanto, é necessário que sejam observados determinados requisitos para limitar esse direito fundamental.

A valoração do material probatório que acarreta a consequente admissibilidade ou não da prova ilícita deverá observar o conjunto probatório em sua integridade, ou seja, deve o juiz analisar amplamente as provas ilícitas, o modo de obtenção, o motivo pelo qual o agente as obteve sem a observância dos preceitos legais e constitucionais, o valor e a relevância das provas, como também se este era o único meio de provar o direito material alegado. Feita essa avaliação, estaria o juiz autorizado a acatá-las como meio de convencimento se observados determinados requisitos, como a verificação da boa-fé do agente captador da prova, o modo de obtenção necessário, o motivo relevante, o valor proeminente e a unicidade da prova.¹²⁴

Assim, afastada a arbitrariedade, não há violação a um direito constitucionalmente garantido. Além do mais, não há no ordenamento jurídico pátrio um direito absoluto ou que seja considerado intocável.

Todo direito, por mais importante que seja, encontra limites em outros direitos de igual ou superior valia. Mesmo o direito à vida, que é o maior em nossa Constituição, cede em face do mesmo direito. Tanto isso é verdade que o Código Penal, em seu artigo 23, enumera algumas excludentes da antijuridicidade, que poderão autorizar que a vida seja ceifada, quando presentes alguns requisitos elencados no próprio código. Destarte, em nosso ordenamento jurídico nenhum direito ou garantia constitucional é absoluto. Assim, sempre será possível o sacrifício de um direito em prol de outro de igual ou superior valia, dada a relatividade dos direitos e garantias constitucionais.¹²⁵

Diante desse quadro, justifica-se a aplicação do princípio da proporcionalidade com o objetivo de modular os rigorismos da lei levando-se em

¹²³ AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. *Provas ilícitas: interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 61.

¹²⁴ MENDONÇA, Rachel Pinheiro de Andrade. *Provas ilícitas: limites à licitude probatória*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 69.

¹²⁵ SILVA, César Dario Mariano da. *Provas ilícitas: princípio da proporcionalidade, interceptação e gravação telefônica, busca e apreensão, sigilo e segredo, confissão, comissão parlamentar de inquérito e sigilo*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 22.

consideração que não é possível proteger a totalidade de direitos previstos no ordenamento jurídico.

No plano da previsão normativa, e, mais especificamente, no plano das normas constitucionais, por vezes será também impossível a proteção de todos os direitos assegurados na ordem jurídica, pelo fato de que, muito mais frequentemente do que se imagina, o exercício de um, por alguém, impedirá ou atingirá o exercício de outro, de um terceiro.¹²⁶

Trata-se, portanto, de admitir que a inadmissibilidade da prova ilícita “é um princípio meramente relativo, que pode ser violado desde que esteja em jogo e em posição contrária um outro princípio ao qual se atribuiu igual ou maior valor.”¹²⁷

Nesse contexto, Rachel Pinheiro de Andrade Mendonça define o cabimento do princípio da proporcionalidade que, dentre outros objetivos, tem por fim evitar o engessamento das funções jurisdicionais.

O princípio da proporcionalidade pressupõe, além do confronto entre valores igualmente contemplados, a necessidade de um provimento decisório que permita tal análise. Também chamado de teoria do balanceamento ou da preponderância dos interesses em conflito, visa, especialmente no caso dos sistemas que consagram a inadmissibilidade das provas obtidas ilicitamente, a permitir uma escolha por parte do magistrado entre valores em conflito.¹²⁸

Desse modo, é possível ao juiz valorar a importância dos direitos em conflito. Somente no caso concreto é possível ser feito tal juízo de valor uma vez que “a validade de uma norma sempre se refere somente à concordância *universal* com sua aplicabilidade ‘sob circunstâncias inalteradas’ (cláusula *ceteris paribus*).”¹²⁹

Em homenagem ao princípio da proporcionalidade (para alguns “razoabilidade”), na busca pelo equilíbrio entre o respeito às garantias fundamentais do cidadão e um processo penal justo e eficaz, os tribunais pátrios têm, por vezes, mitigado a vedação às provas ilícitas, admitindo como eficaz a prova que em princípio seria considerada ilícita, desde que ela não seja adotado como único elemento de convicção e que seu teor corrobore os demais elementos probatórios recolhidos no processo.¹³⁰

¹²⁶ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 371.

¹²⁷ ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. *Da prova no processo penal*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 65.

¹²⁸ MENDONÇA, Rachel Pinheiro de Andrade. *Provas ilícitas: limites à licitude probatória*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 142.

¹²⁹ PACHECO, Denilson Feitosa. *O princípio da proporcionalidade no direito processual penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 93.

¹³⁰ BONFIM, Edilson Mougnot. *Curso de processo penal*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 319.

3.2.1 Prova ilícita pro reo

O subjetivismo ligado ao princípio da proporcionalidade, resultante da “impossibilidade de enunciação dos seus elementos essenciais – interesses e valores – num plano abstrato”¹³¹, impede que muitos doutrinadores e juristas considerem a utilidade do princípio no âmbito do direito à prova penal.

Em função das incertezas e da insegurança jurídica advinda da ausência de tipificação legal, muitos são os doutrinadores que o rejeitam, acolhendo simplesmente a tese da inadmissibilidade das provas ilícitas, no processo, a qualquer custo.¹³²

No entanto, apesar dos riscos, muitas vezes renuncia-se às restrições absolutas de admissibilidade da prova ilícita para evitar prejuízos maiores dos que os gerados por sua aplicação.

(...) embora reconhecendo que o subjetivismo insito no princípio da proporcionalidade pode acarretar sérios riscos, alguns autores têm admitido que sua utilização poderia transformar-se no instrumento necessário para a salvaguarda e manutenção de valores conflitantes, desde que aplicado única e exclusivamente em situações extraordinárias que levariam a resultados desproporcionais, inusitados e repugnantes se inadmitida a prova ilicitamente colhida.¹³³

É o caso da aplicação do princípio da proporcionalidade e a consequente aceitação de uma prova obtida por meio ilícito, para beneficiar o réu.

A prova da *inocência* do réu deve *ser sempre aproveitada*, em quaisquer circunstâncias. Em um Estado de Direito não há como se conceber a idéia da condenação de alguém que o próprio Estado acredita ser inocente. Em tal situação, a Jurisdição, enquanto poder público, seria, por assim dizer, uma contradição em seus termos. Um paradoxo jamais explicado ou explicável.¹³⁴

Verifica-se, portanto, que prevalece na doutrina uma “posição praticamente unânime que reconhece a possibilidade de utilização, no processo penal, da

¹³¹ AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. *Provas ilícitas: interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 66.

¹³² MENDONÇA, Rachel Pinheiro de Andrade. *Provas ilícitas: limites à licitude probatória*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 144.

¹³³ GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. *As nulidades no processo penal*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 127.

¹³⁴ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 373.

prova favorável ao acusado, ainda que colhida com infringência a direitos fundamentais seus ou de terceiros.”¹³⁵

A aplicação do princípio da proporcionalidade sob a ótica do direito de defesa, também garantido constitucionalmente, e de forma prioritária no processo penal, onde impera o princípio do favor rei é de aceitação praticamente unânime pela doutrina e pela jurisprudência. Até mesmo quando se trata de prova ilícita colhida pelo próprio acusado, tem-se entendido que a ilicitude é eliminada por causas de justificação legais de antijuridicidade, como a legítima defesa.¹³⁶

Este entendimento doutrinário é no “sentido de acolher a prova ilícita ou ilegal desde que venha em favor do acusado (é a chamada prova ilícita *pro reo*), diante do princípio *favor rei*, admitindo-se tais provas desde que atuem em favor da defesa.”¹³⁷

A utilização de prova ilícita para comprovar a inocência de um acusado recebe aceitação diante da ponderação dos interesses em conflito. Não há como prevalecer a garantia da inadmissibilidade em detrimento da inocência do acusado.

Sendo a ampla defesa também um princípio constitucional, no embate entre a eficiência do processo para descobrir a verdade e inocentar um réu injustamente acusado e a garantia fundamental da inadmissibilidade, a absolvição do inocente tem um peso muito maior. A política criminal do Estado de Direito, que se sustenta no valor metajurídico da dignidade da pessoa humana, não pode se contentar com a condenação de um inocente. Uma situação como essa contraria a política criminal do Estado democrático de Direito, que não pode admitir como fim de pacificação social a condenação de quem não é culpado.¹³⁸

Seria inaceitável a condenação de inocentes por tornar-se absoluta e acima de qualquer ponderação a garantia da inadmissibilidade de utilização de uma prova ilícita.

Há, portanto, utilidade plena da prova obtida ilegalmente, mas favorável ao réu, não sendo coerente com o direito positivo e, muito menos com o direito natural, a condenação de um inocente e a liberdade do verdadeiro culpado, apenas porque o meio de obtenção da prova não se afinou com os requisitos vigentes no sistema.¹³⁹

¹³⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. *As nulidades no processo penal*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 127.

¹³⁶ AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. *Provas ilícitas: interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 67.

¹³⁷ ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. *Da prova no processo penal*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 67.

¹³⁸ ÁVILA, Thiago André Peirobom de. *Provas ilícitas e proporcionalidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 103.

¹³⁹ MENDONÇA, Rachel Pinheiro de Andrade. *Provas ilícitas: limites à licitude probatória*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 143.

Outro argumento lógico, em favor do acusado que pretende ser ver livre de uma acusação injusta, é no sentido de que o direito à liberdade prevalece sobre o princípio da vedação das provas ilícitas.

Depois da vida, a liberdade é o bem mais importante que o homem possui. A liberdade é protegida pela Constituição Federal através de vários dispositivos. Podemos destacar, dentre outros, o do princípio do devido processo legal, que já engloba o do contraditório e da ampla defesa, o da presunção de inocência, o da legalidade, o *habeas corpus*, etc. Dessa forma, fica claro e evidente que esses princípios e remédios constitucionais se sobrepõem à norma constitucional que proíbe a utilização de prova ilícita, caso esta seja usada em favor do acusado.¹⁴⁰

Além disso, “no caso da utilização da prova *pro reo*, o valor em ponderação é diretamente a dignidade da pessoa do réu, injustamente acusado de um delito, com o risco de pagar com sua liberdade, perdendo alguns anos de sua vida, pela má apreciação dos fatos na atividade jurisdicional.”

Em favor desse entendimento é a decisão Supremo Tribunal Federal ao admitir uma prova violadora de direitos, *pro reo*, como lícita.

"Habeas corpus". 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 antijuridicidade. - 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 conseqüência, lícita e, também conseqüentemente, 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). "Habeas corpus" indeferido.¹⁴¹

Diante desse julgado, pode-se concluir “que uma conduta praticada em legítima defesa ou estado de necessidade respeita o princípio da proporcionalidade e, portanto, não é antijurídica.”¹⁴²

Por unanimidade de votos, a Primeira Turma do STF entendeu que por estar “afastada a hipótese de falta de justa causa para a gravação e de indevida divulgação

¹⁴⁰ SILVA, César Dario Mariano da. *Provas ilícitas: princípio da proporcionalidade, interceptação e gravação telefônica, busca e apreensão, sigilo e segredo, confissão, comissão parlamentar de inquérito e sigilo*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 22.

¹⁴¹ HC 74678 SP, Relator: Min. MOREIRA ALVES, Data de Julgamento: 09/06/1997, Primeira Turma, Data de Publicação: DJ 15-08-1997 PP-37036 EMENT VOL-01878-02 PP-00232.

¹⁴² ÁVILA, Thiago André Peirobom de. *Provas ilícitas e proporcionalidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 204.

da conversa entre o paciente e o ofendido (Código Penal, arts. 151, II, e 153)” não haveria qualquer motivo para qualificar a prova como ilícita.¹⁴³

Nesse sentido, conclui Eugênio Pacelli de Oliveira¹⁴⁴ que a utilização de prova ilícita em benefício da defesa:

(...) constitui-se em critério objetivo de proporcionalidade, dado que: a) a violação de direitos na busca da prova da inocência poderá ser levada à conta do estado de necessidade, excludente da ilicitude; e, b) o princípio da inadmissibilidade da prova ilícita constitui-se em garantia individual expressa, não podendo ser utilizada contra quem é o seu primitivo e originário titular.

Portanto, mesmo que haja na Constituição Federal a expressa inadmissibilidade de utilização das provas ilícitas, para livrar um inocente da condenação admite-se o uso de tais provas. Se fosse de outra maneira, “tal atitude não se coadunaria com o Estado Democrático de Direito que visa não só resguardar os direitos individuais, mas sobretudo, proteger os objetivos fundamentais da República.”¹⁴⁵

3.2.2 Prova ilícita pro societate

No que diz respeito à utilização de provas ilícitas nos casos em que não se tem por objetivo demonstrar a inocência do acusado, a aplicação da teoria da proporcionalidade sofre maiores restrições jurisprudenciais e doutrinárias.

No entanto, mesmo que em desfavor do acusado, há exemplos de aceitação da proporcionalidade por tratar-se, segundo Adalberto José Q. T. de Camargo Aranha¹⁴⁶, “de uma teoria sedutora, tendo como único ponto negativo o fato de o julgamento da admissibilidade ou da rejeição ser subjetivo, logo, passível de abusos e gerador de inseguranças.”

Tal aceitação fundamenta-se não apenas na doutrina ou jurisprudência, mas principalmente na opinião na sociedade hodierna.

¹⁴³ HC 74678 SP, Relator: Min. MOREIRA ALVES, Data de Julgamento: 09/06/1997, Primeira Turma, Data de Publicação: DJ 15-08-1997 PP-37036 EMENT VOL-01878-02 PP-00232.

¹⁴⁴ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 373.

¹⁴⁵ MENDONÇA, Rachel Pinheiro de Andrade. *Provas ilícitas: limites à licitude probatória*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 91.

¹⁴⁶ ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. *Da prova no processo penal*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 68.

Cresce o número de adesões a essa teoria exatamente pelo senso de justiça que predomina na sociedade brasileira nos dias atuais, entendendo-se que a aplicação cega da lei pode vir a causar decisões repugnantes, contrariando o ideal de justiça defendido, inclusive, pelo direito natural.¹⁴⁷

Diante desse quadro, pela lógica processual, “sempre em caráter excepcional e em casos extremamente graves, têm-se admitido a prova ilícita, baseando-se no princípio do equilíbrio entre valores fundamentais contrastantes.”¹⁴⁸

Se o princípio admite uma ponderação de interesses ao menos com o direito à prova da defesa, decorrente do princípio da ampla defesa, cumpre definir se é possível a ponderação com outros princípios constitucionais, em especial o direito à prova da acusação, decorrente do direito de ação e requisito essencial para a realização do dever de proteção penal eficiente.¹⁴⁹

São os casos de excepcional gravidade, portanto, que autorizam a utilização do princípio da proporcionalidade em desfavor do acusado. Tal princípio sopesa o valor constitucional que deve prevalecer na decisão sobre admissibilidade da prova penal ilícita.

(...) comparando todos esses valores, poderíamos optar, por exemplo, pela utilização, ou não, de uma interceptação telefônica ilicitamente obtida em desfavor de uma pessoa acusada de um crime gravíssimo, como a extorsão mediante seqüestro, ocasião na qual está em risco tanto a vida, a saúde, a segurança e o patrimônio de alguém. O que seria mais importante nessa ocasião, a privacidade ou os demais direitos e garantias individuais?¹⁵⁰

Dessa maneira, diante do sistema de garantias individuais, constata-se que o princípio da inadmissibilidade absoluta da utilização das provas ilícitas somente pode ser mitigado em uma análise casuística.

(...) há que se analisar, perante o caso concreto, se a inadmissibilidade possui adequação para lograr êxito em dissuadir a reiteração (o que será reduzido quando se tratar de violações por particulares), se é necessária a restrição (que diminui quando há outros instrumentos aptos a atingir seu objetivo, como nas violações de boa-fé por policiais), bem como a proporcionalidade entre sacrificar o direito à prova e a realização da proteção penal material frente ao direito fundamental violado e a

¹⁴⁷ MENDONÇA, Rachel Pinheiro de Andrade. *Provas ilícitas: limites à licitude probatória*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 67.

¹⁴⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. *As nulidades no processo penal*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 127.

¹⁴⁹ ÁVILA, Thiago André Peirobom de. *Provas ilícitas e proporcionalidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 104.

¹⁵⁰ SILVA, César Dario Mariano da. *Provas ilícitas: princípio da proporcionalidade, interceptação e gravação telefônica, busca e apreensão, sigilo e segredo, confissão, comissão parlamentar de inquérito e sigilo*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 24.

necessidade de punir processualmente sua violação com uma penalidade processual de inadmissibilidade da prova produzida.¹⁵¹

Entende-se, assim, que “a justa medida estaria no equilíbrio harmônico do sistema, o que muitas vezes parece longínquo da aplicação literal e cega da lei.”¹⁵²

Utiliza-se, portanto, a proporcionalidade, mesmo em desfavor do acusado, já que “por meio de tal construção busca-se fixar um ponto de equilíbrio entre os interesses da sociedade em punir os criminosos, às vezes bem mais preparados que os policiais, e o de defender os direitos fundamentais do indivíduo.”¹⁵³

Diante desse quadro, não há como rejeitar a aplicação do princípio da proporcionalidade na utilização de uma prova ilícita para condenar o acusado. É necessário, contudo, que tal princípio seja utilizado com cautela.

(...) a efetiva realização da Justiça é um direito e, sobretudo, uma necessidade do Estado Democrático de Direito, devendo, para tanto, ser utilizado com extrema cautela, repudiando-se, assim, o posicionamento que inadmite tal princípio no ordenamento jurídico brasileiro. Especialmente no que toca à repressão ao crime organizado, ao tráfico de entorpecentes e aos crimes hediondos, reclama-se veementemente a aplicação desse princípio com o fim de realizar a Justiça e de reprimir atividade daquele que, intencionando o desentranhamento da prova futuramente, venha a obtê-la, ilicitamente, de caso pensado.¹⁵⁴

Nesse contexto, a aplicação da teoria da proporcionalidade no direito penal “impõe a necessidade da análise da garantia dos direitos fundamentais sob uma dupla perspectiva: garantias de proteção do indivíduo contra a coletividade e garantias de proteção da coletividade contra o indivíduo.”¹⁵⁵

Para tal teoria intermediária propomos nova denominação: a do interesse preponderante. Em certas situações, a sociedade, representada pelo Estado, é posta diante de dois interesses fundamentais relevantes, antagônicos, e que a ela cumpre preservar: a defesa de um princípio constitucional e a necessidade de perseguir e

¹⁵¹ ÁVILA, Thiago André Peirobom de. *Provas ilícitas e proporcionalidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 200.

¹⁵² MENDONÇA, Rachel Pinheiro de Andrade. *Provas ilícitas: limites à licitude probatória*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 144.

¹⁵³ ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. *Da prova no processo penal*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 66.

¹⁵⁴ MENDONÇA, Rachel Pinheiro de Andrade. *Provas ilícitas: limites à licitude probatória*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 147.

¹⁵⁵ ÁVILA, Thiago André Peirobom de. *Provas ilícitas e proporcionalidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 60.

punir o criminoso. A solução deve consultar o interesse que prevalecer e que, como tal, deve ser preservado.¹⁵⁶

A análise dos interesses opostos deve ser feita com base no entendimento que atribui “ao processo penal uma instrumentalidade garantista-funcional, que proteja o acusado contra a arbitrariedade punitiva e a sociedade mediante uma realização eficiente da proteção penal.”¹⁵⁷

(...) o direito à prova e a inadmissibilidade das provas ilícitas estão em constante tensão, de forma que uma visão extremada e inflexível da regra de exclusão implica a valoração desproporcionada de uma perspectiva individualista dos direitos fundamentais, que impõe o sacrifício de outros interesses tão relevantes como o controle da criminalidade, o funcionamento eficaz do sistema jurídico, o respeito à lei, a proteção das vítimas, a paz social e a responsabilidade individual.¹⁵⁸

Nesse sentido, a jurisprudência brasileira tem acolhido, em favor da acusação, o critério da proporcionalidade com certa frequência para aceitação de prova ilícita e, portanto, inicialmente inadmissível.¹⁵⁹

É o que se vê na decisão do Supremo Tribunal Federal em julgamento que admitiu a prova mesmo sem amparo legal e, portanto, inadmissível, em favor da acusação.

- Reclamação. Reclamante submetida ao processo de Extradicação n.º 783, à disposição do STF.2. Coleta de material biológico da placenta, com propósito de se fazer exame de DNA, para averiguação de paternidade do nascituro, embora a oposição da extraditanda. 3. Invocação dos incisos X e XLIX do art. 5º, da CF/88.XXLIX5ºCF/884. Ofício do Secretário de Saúde do DF sobre comunicação do Juiz Federal da 10ª Vara da Seção Judiciária do DF ao Diretor do Hospital Regional da Asa Norte - HRAN, autorizando a coleta e entrega de placenta para fins de exame de DNA e fornecimento de cópia do prontuário médico da parturiente.5. Extraditanda à disposição desta Corte, nos termos da Lei n.º 6.815/80. Competência do STF, para processar e julgar eventual pedido de autorização de coleta e exame de material genético, para os fins pretendidos pela Polícia Federal.6.8156. Decisão do Juiz Federal da 10ª Vara do Distrito Federal, no ponto em que autoriza a entrega da placenta, para fins de realização de exame de DNA, suspensa, em parte, na liminar concedida na Reclamação. Mantida a determinação ao Diretor do Hospital Regional da Asa Norte, quanto à realização da coleta da placenta do filho da extraditanda. Suspenso também o despacho do Juiz Federal da 10ª Vara, na parte relativa ao fornecimento de cópia integral do prontuário médico da parturiente.7. Bens jurídicos constitucionais como "moralidade administrativa", "persecução penal pública" e

¹⁵⁶ ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. *Da prova no processo penal*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 67.

¹⁵⁷ ÁVILA, Thiago André Peirobom de. *Provas ilícitas e proporcionalidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 3.

¹⁵⁸ ÁVILA, Thiago André Peirobom de. *Provas ilícitas e proporcionalidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 199.

¹⁵⁹ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 378.

"segurança pública" que se acrescem, - como bens da comunidade, na expressão de Canotilho, - ao direito fundamental à honra (CF, art. 5º, X), bem assim direito à honra e à imagem de policiais federais acusados de estupro da extraditanda, nas dependências da Polícia Federal, e direito à imagem da própria instituição, em confronto com o alegado direito da reclamante à intimidade e a preservar a identidade do pai de seu filho. CF 5º X. Pedido conhecido como reclamação e julgado procedente para avocar o julgamento do pleito do Ministério Público Federal, feito perante o Juízo Federal da 10ª Vara do Distrito Federal. Mérito do pedido do Ministério Público Federal julgado, desde logo, e deferido, em parte, para autorizar a realização do exame de DNA do filho da reclamante, com a utilização da placenta recolhida, sendo, entretanto, indeferida a súplica de entrega à Polícia Federal do "prontuário médico" da reclamante.¹⁶⁰

No caso, a ré submetida a processo de extradição encontrava-se internada por autorização do Supremo aguardando o nascimento do filho. Ao tomar conhecimento da realização de exame de DNA para comprovar a paternidade do nascituro e a ocorrência de crime nas dependências da Polícia Federal onde estava detida, a extraditanda solicitou a cassação da determinação de tal ato.

(...) a suplicante, enquanto pessoa humana e mãe, goza do direito exclusivo de autorizar, ou não, a realização de exame de material genético dela e de seu filho, ao passo que este terá, no futuro, o direito de propor a investigação da paternidade, se assim o desejar, nos moldes do que prescrever a Lei civil. Neste contexto, afora ela mãe, ninguém tem o direito de promover a coleta de material dela ou de seu filho, para a realização de ditos exames, pouco importando, para isso, o fato de ter sido o nascituro concebido enquanto se encontrava ela, mãe, presa nas dependências da Polícia Federal. Mais grave ainda é o fato de se querer colher o material à revelia dela suplicante, com flagrante violação e intromissão na sua intimidade e vida privada, direitos estes protegidos pela Lei maior.¹⁶¹

Apesar das alegações de violação aos direitos individuais, a Suprema Corte deferiu o pedido de exame de DNA da placenta da gestante, “com fundamento em uma necessária ponderação, entre valores constitucionais contrapostos, admitindo, então, a aplicação da *proporcionalidade* na produção da prova.”¹⁶²

Desse modo, sopesando o direito à intimidade de Glória De Los Angeles Treviño Ruiz, que, caprichosamente, recusa-se a identificar o pai do menor, com os bens jurídicos constitucionais em conflito, deverão prevalecer estes bens em detrimento daquele direito, que não é absoluto, pois numa hierarquia axiológica móvel, nas circunstâncias do caso concreto, a tutela do interesse da comunidade em restringir o âmbito de proteção do seu direito à intimidade não importará em qualquer sacrifício à inviolabilidade corporal da genitora ou do menor. Destarte, pelos motivos acima elencados, resta claro que, preservando o interesse público da persecução penal estatal, da segurança pública e da moralidade administrativa em detrimento do interesse privado da nominada, estaremos concretizando de forma ótima e com a

¹⁶⁰ 2040 DF, Relator: NÉRI DA SILVEIRA, Data de Julgamento: 20/02/2002, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 27-06-2003 PP-00031 EMENT VOL-02116-01 PP-00129

¹⁶¹ 2040 DF, Relator: NÉRI DA SILVEIRA, Data de Julgamento: 20/02/2002, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 27-06-2003 PP-00031 EMENT VOL-02116-01 PP-00129

¹⁶² OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 377.

máxima efetividade a força normativa da Constituição, nos moldes preconizados por Konrad Hesse.¹⁶³

No confronto entre os direitos fundamentais à intimidade e à honra e imagem, prevaleceu este último. A ponderação dos bens jurídicos envolvidos resultou na aceitação de prova não amparada em lei.

Ora, no caso concreto, opõe a reclamante seu direito à intimidade à justa proteção do direito à honra buscado por policiais federais atingidos, de forma grave, pela acusação da extraditanda, ora requerente, de haver sido vítima de “estupro carcerário”, no interior da Superintendência da Polícia Federal, onde recolhida, à disposição desta Corte. A acusação, tornada pública, porque veiculada nos meios de comunicação, com referência à “violação” sofrida, não só atingiu a honra e dignidade dos policiais federais, alguns referidos nominalmente na imprensa, como acabou por alcançar, também, o Departamento de Polícia Federal, a instituição em si, notadamente, com as repercussões no âmbito do noticiário internacional, ferindo, sem dúvida, a própria imagem do País no exterior. Esses bens e valores, por sua quantidade significativa, atingidos, autorizam que se adote a solução realmente consistente para o esclarecimento da verdade, quanto à participação eventual dos servidores públicos em apreço no ato de alegada violência sexual aludido pela reclamante, a quem não caberá, agora, escudar-se na só invocação do direito à intimidade, para impedir se possam averiguar os fatos em sua plenitude (...).¹⁶⁴

Desse entendimento depreende-se que a eficiência do direito penal e a ponderação de valores constitucionais não se limitam às garantias do acusado. A mitigação do princípio da inadmissibilidade é cabível não só para inocentar o réu.

(...) o processo penal não é direcionado unilateralmente à defesa do indivíduo, mas possui uma função comunitária de pacificação social mediante a realização prática do direito penal, e sua instrumentalidade deve albergar esses dois fatores: garantias individuais e funcionalidade. É da máxima efetividade desses dois vetores que o processo penal recebe seu impulso vital. Portanto, não deve causar estranheza que uma garantia processual seja ponderada com outros princípios constitucionais.¹⁶⁵

Muitas vezes o direito do acusado não encontra qualquer justificativa para que se desconsidere a utilização de uma prova ilícita. Em tais casos, devem ser analisadas as circunstâncias peculiares dos bens jurídicos em conflito.

(...) parece inexplicável a atitude de um juiz que dispensa informações contidas em um fita clandestina (secretária eletrônica, por exemplo), apenas por não haver autorização judicial ou ciência do sequestrador sobre a interceptação telefônica.

¹⁶³ 2040 DF, Relator: NÉRI DA SILVEIRA, Data de Julgamento: 20/02/2002, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 27-06-2003 PP-00031 EMENT VOL-02116-01 PP-00129

¹⁶⁴ 2040 DF, Relator: NÉRI DA SILVEIRA, Data de Julgamento: 20/02/2002, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 27-06-2003 PP-00031 EMENT VOL-02116-01 PP-00129

¹⁶⁵ ÁVILA, Thiago André Peirobom de. *Provas ilícitas e proporcionalidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 106.

Porventura, pode o juiz deixar de condená-lo em função dessa prova, mesmo tendo certeza da autoria e da materialidade do crime?¹⁶⁶

Thiago André Pierobom de Ávila¹⁶⁷ defende uma interpretação restritiva acerca da inadmissibilidade processual de utilização da prova ilícita.

Parte-se do pressuposto de que o direito à prova deve ser o mais amplo possível, para possibilitar a concretização do preceito constitucional relativo ao acesso ao Poder Judiciário, e a efetivação do direito de ação e de defesa, levando em conta a íntima ligação entre a verdade processual e a justiça do julgamento.

No entanto, é necessário ter em mente que, apesar de admissível, a teoria da proporcionalidade relacionada à prova ilícita deve ser utilizada em hipóteses específicas e não de maneira desregrada.

(...) o critério da proporcionalidade poderá validamente ser utilizado, nas hipóteses em que não estiver em risco a *aplicabilidade potencial e finalística* da norma da inadmissibilidade. Por aplicabilidade *potencial e finalística* estamos nos referindo à função de controle da atividade estatal (responsável pela produção da prova) que desempenha a norma do art. 5º, LVI, CF. Assim, quando não se puder falar do incremento ou no estímulo da prática de ilegalidade pelos agentes produtores da prova, pensamos ser possível, em tese, a aplicação da regra da proporcionalidade.¹⁶⁸

Dessa maneira, as partes envolvidas em litígios processuais não se sentiriam incentivadas ao cometimento de ilegalidades a fim de provarem a qualquer custo seus direitos.

(...) não se pode sustentar, por ora, no contexto de nossa realidade atual, que os particulares estariam sendo incentivados a buscar a prova, a qualquer custo, para com ela obterem a condenação de seu agressor. Se e quando isso ocorrer, semelhante realidade também haverá de integrar o conjunto dos elementos que devem ser considerados em quaisquer juízos de proporcionalidade.¹⁶⁹

Além disso, resta “claro que aquela pessoa que obtiver uma prova de maneira ilícita deverá ser punida, caso a sua conduta seja criminosa. Uma coisa é a

¹⁶⁶ MENDONÇA, Rachel Pinheiro de Andrade. *Provas ilícitas: limites à licitude probatória*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 173.

¹⁶⁷ ÁVILA, Thiago André Peirobom de. *Provas ilícitas e proporcionalidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 201.

¹⁶⁸ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 373.

¹⁶⁹ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 376.

utilização dessa prova judicialmente, outra é a apuração da prática delitiva devido à sua obtenção.”¹⁷⁰

É imperioso, na sociedade atual, entender “o tratamento das provas ilícitas de forma condizente com a missão de um Estado Democrático de Direito de proteger o sistema de direitos fundamentais como um todo.”¹⁷¹

Não se pode perder de vista que o Direito Penal, com todas as suas fragilidades, sobretudo no que respeita às funções da sanção privativa da liberdade, tem como escopo não uma *re-educação ou ressocialização* do agente, ainda que essas se constituam também como *alguns* dos objetivos da pena; pretende ele (Direito Penal) cumprir uma missão inerente a todo o Direito, qual seja a de proteção de *direitos*, individuais, coletivos e difusos. No seu caso específico, de proteção de *direitos fundamentais*, cuja intervenção dos demais ramos do Direito não se tenha revelado suficiente (essa, enfim, a justificativa da *intervenção penal mínima*).¹⁷²

Dessa maneira, a aplicação da teoria da proporcionalidade quanto à utilização de prova ilícita não será vista como ofensa a essa garantia constitucional cuja importância é inegável.

Na ponderação de interesses entre a teleologia da garantia da inadmissibilidade e o dever constitucional de proteção penal, ambos direcionados à proteção dos direitos fundamentais, o reconhecimento de eventuais exceções ao princípio da inadmissibilidade não implica a negação da natureza processual da referida garantia constitucional, mas de uma leitura multifocal do fenômeno da violação passada de um direito constitucionalmente assegurado e dos efeitos futuros da verdade emergente da referida atividade. Acarreta reconhecimento de que é necessária a instituição de um sistema de garantias aos direitos fundamentais, mas, ao mesmo tempo, que um excesso de garantias a determinados direitos pode deixar em descoberto vários outros direitos também fundamentais.¹⁷³

Ressalta-se que “reconhecer a possibilidade de ponderação de interesses em garantias processuais não significa permitir o arbítrio judicial de resultados injustos ou a relativização dos direitos fundamentais.”¹⁷⁴

¹⁷⁰ SILVA, César Dario Mariano da. *Provas ilícitas: princípio da proporcionalidade, interceptação e gravação telefônica, busca e apreensão, sigilo e segredo, confissão, comissão parlamentar de inquérito e sigilo*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 27.

¹⁷¹ ÁVILA, Thiago André Peirobom de. *Provas ilícitas e proporcionalidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 4.

¹⁷² OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 375.

¹⁷³ ÁVILA, Thiago André Peirobom de. *Provas ilícitas e proporcionalidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 111.

¹⁷⁴ ÁVILA, Thiago André Peirobom de. *Provas ilícitas e proporcionalidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 107.

Ou seja, “para a adoção deste princípio, é necessário que a medida tomada seja adequada, necessária e proporcional em sentido estrito, ou seja, a justa medida para a resolução do conflito com a plena realização da justiça.”¹⁷⁵

A ideia central desta teoria consiste na interpretação da visão constitucional aliada à ilicitude material e à inadmissibilidade processual da prova, como o fim de corrigir distorções quando aplicada a interpretação literal. Justifica-se em casos de excepcional gravidade, com o fim de impedir que a injustiça se concretize apenas pela observância de procedimentos legais.¹⁷⁶

3.3 Conteúdo do princípio da proporcionalidade

A doutrina e a jurisprudência ainda não chegaram a um consenso quanto à aplicação e utilidade do princípio da proporcionalidade. Os autores que inadmitem o uso de tal teoria argumentam acerca da sua subjetividade.

(...) não parece aceitável (embora sugestivo) o critério da “razoabilidade” do direito norte-americano, correspondente ao princípio da “proporcionalidade” do direito alemão, por tratar-se de critérios subjetivos, que podem induzir a interpretações perigosas, fugindo dos parâmetros de produção da inviolabilidade da pessoa humana.¹⁷⁷

Essa desconfiança ocorre porque “estão em jogo os valores mais sensíveis à dignidade da pessoa humana, sendo o processo penal o palco de atuação das (eventuais) violações policiais que motivam a existência da garantia da inadmissibilidade.”¹⁷⁸

(...) não é de causar estranheza o ceticismo daqueles que veem no princípio da proporcionalidade um parâmetro excessivamente vago e perigoso para uma satisfatória sistematização das vedações probatórias. Sem dúvida, existe o perigo, percebido nos precedentes jurisprudenciais colacionados, de que os juízes, na definição da *fattispecie* singular, venham a orientar-se somente com base nas circunstâncias particulares do caso concreto e percam de vista as dimensões do fenômeno no plano geral.¹⁷⁹

¹⁷⁵ MENDONÇA, Rachel Pinheiro de Andrade. *Provas ilícitas: limites à licitude probatória*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 143.

¹⁷⁶ MENDONÇA, Rachel Pinheiro de Andrade. *Provas ilícitas: limites à licitude probatória*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 65.

¹⁷⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Liberdades públicas e processo penal: as interceptações telefônicas*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982, p. 151.

¹⁷⁸ ÁVILA, Thiago André Peirobom de. *Provas ilícitas e proporcionalidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 207.

¹⁷⁹ TROCKER apud AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. *Provas ilícitas: interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 67.

Para diminuir tal insegurança, diante da ausência de regras que balizem a utilização do princípio da proporcionalidade, não se pode perder de vista as limitações que regem este princípio a fim de “alcançar uma equilibrada dosagem entre liberdade e legalidade”¹⁸⁰ quanto à produção da prova.

Dessa maneira, o conteúdo do princípio da proporcionalidade é o principal instrumento norteador da atividade jurisdicional e legitima sua aplicação.

(...) a prova obtida com a violação de direitos fundamentais, se destinada a provar a inocência do acusado (adequação), sendo a única forma de que este dispõe (necessidade), respeitando a proporcionalidade do bem lesado com o bem a ser protegido (proporcionalidade estrita), deve ser aceita pelo juízo por aplicação do princípio da proporcionalidade.¹⁸¹

As decisões judiciais que restringem a garantia da inadmissibilidade das provas ilícitas devem, sempre, ser baseadas pelo trinômio: adequação, necessidade e proporcionalidade estrita da medida, no qual se valida a teoria da proporcionalidade.

3.3.1 Adequação

A fim de se mostrar viável a solução do litígio, a teoria da proporcionalidade deve submeter-se ao teste da adequação uma vez que “não deve reduzir todos os conflitos de interesses a um juízo geral de proporcionalidade ou aos esquemas exegéticos que lhe são próprios.”¹⁸²

Por tal postulado entende-se que “a medida adotada para a realização do interesse público deve ser apropriada para a prossecução do fim ou fins a ele subjacentes. Trata-se, pois, de controlar a relação de adequação medida-fim.”¹⁸³

Dessa maneira, de acordo com Denilson Feitoza Pacheco¹⁸⁴ a adequação seria aplicada dessa forma:

¹⁸⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Liberdades públicas e processo penal: as interceptações telefônicas*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982, p. 103.

¹⁸¹ ÁVILA, Thiago André Peirobom de. *Provas ilícitas e proporcionalidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 205.

¹⁸² CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 198.

¹⁸³ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. Coimbra: Almedina, 1993, p. 383.

¹⁸⁴ PACHECO, Denilson Feitosa. *O princípio da proporcionalidade no direito processual penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 185.

- (i) Se o meio contribui para o aumento da realização do objetivo, é o meio adequado. Tais meios alternativos são candidatos positivos.
- (ii) Se o meio não está em relação com a realização do objetivo, o meio não é adequado. Tais meios alternativos são candidatos negativos.
- (iii) Se o meio, com efeito, está em relação com a realização do objetivo, mas o objetivo não promove em cada aspecto ou apenas abstratamente, a regra da adequação não pode oferecer qualquer decisão. Um tal meio faz parte dos candidatos negativos. A regra da adequação deve ser complementada.

Sob esse prisma, “o juiz, quando do controle da proporcionalidade dos atos do Poder Público, deve examinar se o meio escolhido é idôneo à obtenção do resultado pretendido pela lei, à satisfação do interesse público.”¹⁸⁵

Assim, é claramente ilícita, inadmissível e inadequada a prova obtida mediante tortura ou qualquer ato que atente contra a dignidade humana. O meio escolhido para obter o resultado torna o direito de admissão à prova ilícita impossível de ponderação, mesmo havendo gravidade do crime.

Conclui não ser possível a aplicação do princípio da proporcionalidade para tornar admissível uma prova obtida mediante tortura, seja a favor da acusação ou do réu. Além de lesionar o núcleo essencial da dignidade da pessoa humana, a tortura viola diretamente o *fair trial*, ao anular a paridade de armas mediante a instrumentalização do investigado, bem como não permitir a certeza sobre a veracidade da informação prestada sob tortura.¹⁸⁶

3.3.2 Necessidade

Trata-se do entendimento de que “toda medida de intervenção nos direitos fundamentais deve ser a mais benigna com o direito fundamental afetado, entre todas aquelas que tenham pelo menos a mesma idoneidade para contribuir a alcançar o objetivo proposto.”¹⁸⁷

Por força dessa máxima, entende-se que “a medida restritiva seja indispensável para a conservação do próprio ou de outro direito fundamental e que não possa ser substituída por outra igualmente eficaz, mas menos gravosa.”¹⁸⁸

¹⁸⁵ CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. *Colisões entre princípios constitucionais: razoabilidade, proporcionalidade e argumentação jurídica*. Curitiba: Juruá, 2006, p. 217.

¹⁸⁶ ÁVILA, Thiago André Peirobom de. *Provas ilícitas e proporcionalidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 247.

¹⁸⁷ BERNAL PULIDO apud PACHECO, Denilson Feitosa. *O princípio da proporcionalidade no direito processual penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 199.

¹⁸⁸ CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. *Colisões entre princípios constitucionais: razoabilidade, proporcionalidade e argumentação jurídica*. Curitiba: Juruá, 2006, p. 218.

Assim, a utilização deste subprincípio “dá-se nas situações gravosas em que a autoridade pública, devendo aplicar a sanção menos gravosa e suficiente ao ressarcimento da violação à ordem jurídica, aplica uma pena mais gravosa e desproporcional à infração cometida, ou seja, numa palavra, comete excesso.”¹⁸⁹

Tal postulado, portanto, objetiva que as garantias individuais sofram a menor restrição possível e coaduna com o pensamento de que não é possível analisar somente a letra das normas jurídicas.

(...) em nome de um exagerado amor ao dogmatismo, grandes crimes e poderosos e perigosos criminosos podem ficar impunes. Não devemos esquecer que o crime organizado é, quanto à sua execução, quase perfeito, porque planejado cientificamente, o que exige investigações mais apuradas.¹⁹⁰

São casos graves e específicos que admitem o afastamento do direito da inadmissibilidade da prova ilícita. Não é qualquer caso ou resultado pretendido que permite tal medida.

Não é constitucionalmente permitida a adoção de intervenções excessivamente restritivas a direitos dos cidadãos, simplesmente a pretexto de garantir o alcance do fim visado pela lei. A certeza na satisfação da finalidade legal não legitima a adoção de medidas que, sem necessidade real, afetam sensivelmente os direitos fundamentais. O Estado não está autorizado a valer-se de quaisquer meios para garantir o resultado pretendido, devendo agir com senso de oportunidade e razoabilidade, elegendo aquela providência que em menor escala limite direitos fundamentais dos cidadãos.¹⁹¹

3.3.3 *Proporcionalidade stricto sensu*

No contexto da disputa de interesses antagônicos, a proporcionalidade deve buscar o equilíbrio de tais interesses de maneira a causar o menor sacrifício possível de um bem jurídico.

¹⁸⁹ CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 207.

¹⁹⁰ ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. *Da prova no processo penal*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 73.

¹⁹¹ CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. *Colisões entre princípios constitucionais: razoabilidade, proporcionalidade e argumentação jurídica*. Curitiba: Juruá, 2006, p. 218.

Tal princípio estabelece “como vetor hermenêutico a opção permanente por uma decisão interpretativa que comprometa o universo de liberdade das pessoas no menor grau possível.”¹⁹²

É o caso de libertação de um inocente com base em prova ilícita utilizada como defesa do réu no processo. Essa posição é compatível com a proporcionalidade e com os demais princípios constitucionais.

(...) no embate entre a eficiência do processo para descobrir a verdade e inocentar o réu injustamente acusado e a garantia fundamental da inadmissibilidade, a absolvição do inocente tem um peso muito maior. A política criminal do Estado de Direito, que se sustenta no valor metajurídico da dignidade da pessoa humana, não pode se contentar com a condenação de um inocente.¹⁹³

Gonzalez-Cuellar Serrano¹⁹⁴ define a proporcionalidade *stricto sensu* da seguinte maneira:

O princípio da proporcionalidade em sentido estrito é o terceiro subprincípio do princípio constitucional da proibição de excesso ou proporcionalidade em sentido amplo e se aplica, uma vez aceita a idoneidade e necessidade de uma medida, com o fim de determinar, mediante a utilização das técnicas do contrapeso de bens ou valores e da ponderação de interesses segundo as circunstâncias do caso concreto, se o sacrifício dos interesses individuais que comporta a ingerência guarda uma relação razoável ou proporcional com a importância do interesse estatal que se trata de salvar. Se o sacrifício resulta excessivo, a medida deverá considerar-se inadmissível, embora satisfaça o resto de pressupostos e requisitos derivados do princípio da proporcionalidade.

Diante desse quadro, sob o enfoque da proporcionalidade em sentido estrito, “os meios utilizados devem guardar razoável proporção com o fim almejado, demonstrando um sustentável equilíbrio entre os valores restringidos e os efetivados pela medida limitadora.”¹⁹⁵

Cumprir registrar que, mesmo que todos os requisitos sejam observados, o ideal de justiça só será alcançado com o exercício de ponderação do aplicador da

¹⁹² CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 206.

¹⁹³ ÁVILA, Thiago André Peirobom de. *Provas ilícitas e proporcionalidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 103.

¹⁹⁴ GONZALEZ-CUELLAR SERRANO apud PACHECO, Denilson Feitosa. *O princípio da proporcionalidade no direito processual penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 212.

¹⁹⁵ CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. *Colisões entre princípios constitucionais: razoabilidade, proporcionalidade e argumentação jurídica*. Curitiba: Juruá, 2006, p. 220.

norma, cuja “missão precípua é interpretar, a lei de modo que chegue, em todo o caso, à conclusão mais justa (mais razoável) para resolver o problema.”¹⁹⁶

¹⁹⁶ SICHES apud CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 208.

CONCLUSÃO

A garantia constitucional da inadmissibilidade de utilização das provas obtidas por meios ilícitos busca proteger a liberdade individual e a dignidade humana ao estabelecer limites à busca da verdade real a qualquer preço. No entanto, esta garantia não pode ser considerada absoluta.

A questão deve ser avaliada sob a perspectiva de que qualquer garantia individual rigidamente interpretada demonstra-se capaz de gerar tantos prejuízos quanto os que deseja evitar. Deve-se considerar, acima de tudo, a interpretação sistemática dos bens protegidos pela Constituição.

Diante disso, apesar das divergências doutrinárias e jurisprudenciais acerca do tema, não há como negar a importância da teoria da proporcionalidade para o direito processual penal.

O exercício dos direitos tutelados constitucionalmente deve ser avaliado de maneira criteriosa. Sob esta perspectiva, é pacífico o entendimento de que o direito à liberdade do acusado deve prevalecer sobre a inadmissibilidade de uma prova proibida. Quanto à utilização da prova em favor da sociedade, o juízo de admissibilidade, em situações excepcionais, dependerá do bem constitucional contraposto. A condenação do réu não pode basear-se no desrespeito aos ideais do Estado democrático de direito.

A teoria da proporcionalidade visa, portanto, assegurar o exercício dos direitos individuais de forma justa e não arbitrária. Para tanto, tendo em vista seu caráter claramente subjetivo, o operador do direito não pode perder de vista o conteúdo da proporcionalidade que informa e orienta minimamente o caminho a ser perseguido, ou seja, o justo, necessário, adequado e proporcional.

Constata-se, portanto, que a aplicação da teoria da proporcionalidade deve pautar-se, além de tudo, pelo bom senso. O resultado concreto irá depender “da orientação que o aplicador do direito irá empreender para, com base nela, construir a

solução mais justa e consentânea com a valorização da dignidade humana e com a justa medida do que seja proporcionalmente justo”.¹⁹⁷

Evidencia-se, por fim, a importância da atividade jurisprudencial na aplicação da proporcionalidade em um dos temas mais polêmicos do direito brasileiro. Trata-se da distribuição, no caso concreto, do real benefício da tutela dos direitos constitucionalmente consagrados.

¹⁹⁷ CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 198.

REFERÊNCIAS

- ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. *Da prova no processo penal*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- AVENA, Norberto. *Processo penal: versão universitária*. Rio de Janeiro: Método, 2009.
- ÁVILA, Thiago André Peirobom de. *Provas ilícitas e proporcionalidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- BONFIM, Edilson Mougenot. *Curso de processo penal: revista e atualizada de acordo com as Leis n. 11.900, 12.016 e 12.037, de 2009*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 2011.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Embargos de Declaração no Inquérito nº 731 Distrito Federal. Relator: Ministro Néri da Silveira. 22 mai. 1996.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 69.912 Rio Grande do Sul. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. 30 jun. 1993.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 74.678 São Paulo, Relator: Ministro Moreira Alves, 09 de jun. de 1997.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação nº 2.040 Distrito Federal, Relator: Néri da Silveira, 20 de fev. de 2002.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 90.376 Rio de Janeiro. Relator: Ministro Celso de Melo. 03 abr. 2007.
- BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal anotada*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.
- CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. *Colisões entre princípios constitucionais: razoabilidade, proporcionalidade e argumentação jurídica*. Curitiba: Juruá, 2006.

DEZEM, Guilherme Madeira. *Da prova penal: tipo processual, provas típicas e atípicas*. Campinas: Millennium, 2008.

GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. *As nulidades no processo penal*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

LIMA, Marcellus Polastri. *Manual de processo penal*. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MENDONÇA, Rachel Pinheiro de Andrade. *Provas ilícitas: limites à licitude probatória*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Código de processo penal interpretado*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 10. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

PACHECO, Denilson Feitosa. *O princípio da proporcionalidade no direito processual penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

PEDROSO, Fernando de Almeida. *Processo penal: o direito de defesa - repercussão, amplitude e limites*. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

PINTO, Ronaldo Batista. *Prova penal: doutrina e jurisprudência*. 2. ed. São Paulo: IOB Thomson, 2006.

RABONEZE, Ricardo. *Provas obtidas por meios ilícitos*. 2. ed. Porto Alegre: Síntese, 1999.

SILVA, César Dario Mariano da. *Provas ilícitas: princípio da proporcionalidade, interceptação e gravação telefônica, busca e apreensão, sigilo e segredo, confissão, comissão parlamentar de inquérito e sigilo*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p.

SOUZA, Sérgio Ricardo de. *Manual da prova penal constitucional: pós-reforma de 2008*. Curitiba: Juruá, 2008.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de direito processual penal*. 4. ed. Salvador: Juspodvm, 2010.