



Centro Universitário de Brasília - UniCEUB
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS
Curso de Bacharelado em Direito

GUSTAVO HENRIQUE CUNHA DE OLIVEIRA

**RELATIVIZAÇÃO DA PROVA ILÍCITA NO PROCESSO PENAL: a teoria da
proporcionalidade na resolução de conflitos de direitos fundamentais**

**BRASÍLIA
2020**

GUSTAVO HENRIQUE CUNHA DE OLIVEIRA

**RELATIVIZAÇÃO DA PROVA ILÍCITA NO PROCESSO PENAL: a teoria da
proporcionalidade na resolução de conflitos de direitos fundamentais**

Artigo científico apresentado como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS do Centro Universitário de Brasília (UniCEUB).

Orientador: Professor Marcus Vinicius Reis Bastos

**BRASÍLIA
2020**

GUSTAVO HENRIQUE CUNHA DE OLIVEIRA

**RELATIVIZAÇÃO DA PROVA ILÍCITA NO PROCESSO PENAL: a teoria da
proporcionalidade na resolução de conflitos de direitos fundamentais**

Artigo científico apresentado como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS do Centro Universitário de Brasília (UnICEUB).

Orientador: Marcus Vinícius Reis Bastos

Brasília/DF, ____ de _____ de 2020

BANCA AVALIADORA

Professor Marcus Vinicius Reis Bastos

Professor(a) Avaliador(a)

RELATIVIZAÇÃO DA PROVA ILÍCITA NO PROCESSO PENAL: a teoria da proporcionalidade na resolução de conflitos de direitos fundamentais

Gustavo Henrique Cunha de Oliveira

Resumo: O presente artigo expõe a colisão de direitos fundamentais no âmbito da persecução penal, quanto à admissibilidade da prova ilícita. Busca-se compreender a relação da busca da verdade real com a relativização da prova obtida por meio ilícito. Nesse cenário, é imprescindível a aplicação do princípio da proporcionalidade pelo Poder Judiciário, para que se preserve direitos essenciais na ótica processual. Inicialmente, tem por objetivo compreender a aplicação de alguns princípios que regem o processo penal. Posteriormente, destaca-se a divergência na doutrina e na jurisprudência quanto ao uso da prova ilícita para legitimar a condenação ou absolvição do réu. Ao final, analisa-se o instituto da gravação clandestina como meio de prova.

Palavras-chave: Prova Ilícita. Inadmissibilidade. Proporcionalidade. Direitos fundamentais. Verdade Real

Sumário: Introdução. 1 - Princípios Norteadores do Processo Penal. 1.1 - Princípio do *nemo tenetur se detegere* (Direito de não produzir prova contra si mesmo). 1.2- Princípio do Devido Processo Legal. 1.3 - Princípio da Verdade Real. 2- Inadmissibilidade da Prova Ilícita. 3 - A Teoria da Proporcionalidade e a Admissibilidade da Prova ilícita. 3.1 - Prova Ilícita a Favor do Réu. 3.2 - Prova Ilícita em Desfavor do Réu. 4 - Licitude da Gravação Clandestina. Considerações Finais.

INTRODUÇÃO

As provas produzidas durante a persecução penal têm como propósito tentar esclarecer ao máximo um fato passado, para auxiliar principalmente o órgão julgador. Assim, a busca da verdade real é inerente ao processo penal, apesar de nem sempre ser possível trazer ao presente um ocorrido com todos os seus elementos. Além disso, o que não está nos autos não está no mundo jurídico. Dessa forma, eventual absolvição ou condenação devem estar adstritas às provas obtidas lícitamente.

Diante desse cenário, a problemática desta pesquisa está relacionada com utilização da prova ilícita e seus limites, vinculada à verdade real. Assim, analisa-se a

possibilidade da legitimação de uma prova ilícita com a finalidade de proteger outros direitos fundamentais.

Logo, durante a investigação (fase pré-processual) e a instrução criminal, é possível que provas sejam obtidas por meios ilícitos, e neste momento requer a atuação do magistrado ou do órgão colegiado para repelir tais provas. A Constituição Federal é explícita ao dispor que são inadmissíveis o uso de provas ilícitas, sendo, aparentemente, uma regra absoluta. Corroborando com a Carta Magna, o Código de Processo Penal expõe também que não são admissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, podendo ser as obtidas com violação a normas constitucionais ou legais.

É pacífico o entendimento do uso da prova ilícita, com fundamento no princípio da proporcionalidade, se for a única forma de comprovar a inocência do acusado - prova ilícita *pro reu*. No que tange à admissibilidade da prova ilícita em prejuízo do acusado - prova ilícita *pro societate* - há divergências na doutrina quanto na jurisprudência para sua aplicação.

A vedação da admissibilidade da prova ilícita encontrasse fundamentada no argumento que se for aceita alguma prova com vício material ou processual estará violando princípios e direitos essenciais que regem o processo penal. Quanto ao uso da prova ilícita em prejuízo do acusado (em prol da sociedade), discute-se qual direito prepondera, o da segurança da sociedade ou o do acusado de ser condenado somente com base em provas obtidas lícitamente. O princípio da proporcionalidade é o cerne dessa discussão. Apoiado neste princípio, leva-se a resolução das infrações penais que são abarcadas por provas ilícitas.

Portanto, o objetivo principal deste trabalho é analisar os argumentos jurídicos que são favoráveis à condenação do réu por uma prova ilícita (admitindo-a como lícita) que evidencia a sua culpabilidade, prevalecendo a segurança da sociedade, ou se deve garantir outros direitos como intimidade, liberdade e inviolabilidade de domicílio, todos estes decorrentes da dignidade humana.

1 Princípios Norteadores do Processo Penal

Ao se deparar com um delito, o Estado estará obrigado a dar uma resposta à sociedade, agindo no campo da liberdade do autor da infração penal. Cabe, entretanto, agir dentro dos limites da legalidade, utilizando-se das devidas provas obtidas. Essas, às vezes, são obtidas de forma contrária ao que determina o ordenamento jurídico, invadindo a esfera de direitos individuais, devendo ser repelidas.

Contudo, parte da doutrina adota o princípio da proporcionalidade como forma de aceitar, em casos específicos, a prova obtida por meio ilícito. Antes de se aplicar uma eventual condenação ou absolvição ao réu, imprescindível observar a legalidade dos atos decisórios que conduziram o processo.

Inicialmente, cabe destacar que, embora a aplicação de todos os princípios constitucionais serem importantes para uma excelente prestação jurisdicional, não é o objetivo deste trabalho explorar todos eles. Conforme Aury Lopes Júnior, quando se trata de Processo Penal, a forma é uma garantia. Segundo o autor, por se tratar de limitação da liberdade individual do indivíduo e de poder do Estado, as “regras do jogo devem ser observadas” para efetivar a legitimação do poder punitivo do Estado. Por fim, para ele, os princípios constitucionais devem fazer parte do processo penal¹.

Ainda nos ensinamentos do doutrinador:

Entendemos que a exclusividade dos tribunais em matéria penal deve ser analisada em conjunto com a exclusividade processual, pois, ao mesmo tempo que o Estado prevê que só os tribunais podem declarar o delito e impor a pena, também prevê a imprescindibilidade de que essa pena venha por meio do devido processo penal. Ou seja, cumpre aos juízes e tribunais declarar o delito e declarar a pena proporcional aplicável, essa operação deve necessariamente percorrer o leito do processo penal válido e com todas as garantias constitucionalmente estabelecidas ao acusado².

Assim, entende-se que a atuação estatal necessita estar pautada pelo que determina o ordenamento jurídico, para que não haja abuso ou violações de direitos e garantias ao réu, a parte mais vulnerável do Processo Penal. Portanto, os princípios constitucionais são utilizados como instrumentos de aplicação para o bom andamento e a efetiva prestação jurisdicional.

¹ LOPES JUNIOR, A. Direito processual penal. 15.ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 58.

² LOPES JUNIOR. Investigação Preliminar no Processo Penal. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 36

1.1 Princípio do *nemo tenetur se detegere* (Direito de não produzir prova contra si mesmo)

Conforme os ensinamentos de Aury Lopes Júnior, o interrogatório deve ser visto como meio de defesa ao acusado. Entende o autor que o interrogatório é um direito do réu, e não um dever. Dessa forma, o imputado, se quiser, pode ficar em silêncio, e, mesmo assim, não ocasionar nenhum prejuízo a ele³. Ademais, explica o doutrinador:

Quando o imputado submete-se a algum ato destinado a constituir uma prova de cargo, colaborando com a acusação, essa atividade não deve ser considerada como autodefesa positiva, mas sim como renúncia à autodefesa negativa, pois nesse caso o imputado deixa de exercer seu direito de não colaborar com a atividade investigatória estatal (e a própria acusação em última análise)⁴.

Nesse sentido, conforme previsto na Constituição Federal⁵ (artigo 5º, Inciso LXIII): “o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado”

Ao tratar sobre o princípio de não produzir provas contra si mesmo, Guilherme de Souza Nucci expõe que este decorre dos princípios constitucionais da ampla defesa e da presunção da inocência. É nítido perceber que o acusado não pode produzir provas contra si mesmo, pois este pode participar ativamente da produção de provas que o beneficie e também tem o direito de ficar em silêncio em situações que podem prejudicar, sem qual quer prejuízo à sua posição no processo⁶.

Destarte, o direito de não produzir provas contra si mesmo, protege o acusado de eventuais arbitrariedades que poderiam surgir se fosse obrigado a participar da

³ LOPES JUNIOR. Investigação Preliminar no Processo Penal. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014 p.104

⁴ LOPES JUNIOR. Investigação Preliminar no Processo Penal. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p.104

⁵ BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 15 dez. 2019

⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. Curso de Direito Processual Penal. 16.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 82.

produção daquelas. Ao mesmo tempo, estaria colaborando para uma eventual condenação a si mesmo.

1.2 Princípio do Devido Processo Legal

Em relação ao devido processo legal, nos termos da Carta Magna⁷ (artigo 5º, Inciso LIV): “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

Esse princípio abarca em sua essência a obrigação pela qual várias formas de garantias fundamentais sejam observadas pelo Estado, que tem o condão da sanção penal. Com isso, o devido processo legal abarca o princípio da publicidade, da ampla defesa, do juiz natural, entre outros, para aplicar de forma justa a repressão aos delitos⁸.

Conforme Paulo Rangel, para que alguém tenha sua liberdade restringida ou sofrido a privação de seus bens é imprescindível que se observa todas as formas legais determinantes⁹.

Dessa forma, pode-se dizer que este princípio abarca todos os outros inerentes ao processo penal, buscando harmonizar e integrar as condutas das partes e do juiz durante o processo, para que se chegue o mais próximo de uma pena justa ou da absolvição do acusado. Deste modo, as provas produzidas que influenciarão a decisão do magistrado necessitam estar harmonia com os princípios constitucionais.

1.3 Princípio da Verdade Real

No que tange ao princípio da verdade real, essencial ao desenvolvimento deste trabalho, sabe-se que por meio das provas produzidas, é possível que se chegue à

⁷ BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: <http://www.planalto.gov>. Acesso em: 15 dez.2019

⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. Curso de Direito Processual Penal. 16.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019 72

⁹ RANGEL, Paulo. Direito Processual Penal. 27. ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2019. p. 4.

verdade dos fatos. Entretanto, não é tarefa fácil reconstruir um acontecimento e ter a certeza de que o juiz, por meio das provas nos autos, terá todos os detalhes, características e elementos do delito. Ao tratar desse princípio, Nucci afirma que, nunca, no processo penal, o magistrado terá a certeza de ter alcançado a verdade objetiva, aquela que retribui os mínimos detalhes do fato pretérito. O juiz buscará seu convencimento por meios das provas apresentadas nos autos, e, assim, absolverá ou condenará o réu. Material ou real é aquela verdade que está mais adequada à realidade¹⁰.

Ainda, de acordo com ensinamentos de Maria Elizabeth Queijo, a busca da verdade e o *princípio nemo tenetur se detegere* devem ser analisados sem se esquecer que estão vinculados ao limites de poderes instrutórios do juiz, dessa forma, indaga-se qual seria o máximo permitido para a atuação desse poderes , uma vez que se busca a verdade o mais perto da realidade, na esfera do Estado de direito¹¹.

Por outro lado, uma questão que merece cuidado em relação a este princípio é a busca da verdade a qualquer custo. É por esse motivo que as condutas processuais devem estar sob os ditames da estrita legalidade. Discute-se se a posição do magistrado deve ser sempre de inércia no que tange a produção de provas ou poderá participar das atividades probatórias em nome do princípio da verdade real. Em relação a esse tema, explica Nucci:

O princípio da verdade real significa, pois, que o magistrado deve buscar provas, tanto quanto as partes, não se contentando com o que lhe é apresentado, simplesmente. Note-se o disposto nos arts. 209 (“o juiz, quando julgar necessário, poderá ouvir outras testemunhas, além das indicadas pelas partes”, grifamos), 234 (“se o juiz tiver notícia da existência de documento relativo a ponto relevante da acusação ou da defesa, providenciará, independentemente de requerimento de qualquer das partes, para sua juntada aos autos, se possível”, grifo nosso), 147 (“o juiz poderá, de ofício, proceder à verificação da falsidade”, grifamos), 156 (“a prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício: I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida; II – determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências

¹⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. Curso de Direito Processual Penal. 16.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019 p. 112.

¹¹ QUEIJO, Maria Elizabeth. O direito de não produzir prova contra si mesmo: O princípio nemo tenetur se tegere e suas decorrências no processo penal. 2º ed. São Paulo: Saraiva, 2012. P. 51

para dirimir dúvida sobre ponto relevante”, grifamos), 566 (“não será declarada a nulidade de ato processual que não houver influído na apuração da verdade substancial ou na decisão da causa”, destaque nosso) do Código de Processo Penal, ilustrativos dessa colheita de ofício e da expressa referência à busca da verdade real¹².

Destarte, para o autor, o magistrado está amparado pela legislação processual penal no que tange a participação ativa da busca da verdade real, conforme previsto na legislação processual penal. Entretanto, Paulo Rangel faz uma crítica ao artigo 156 do Código penal. Para este doutrinador, a reforma trazida pela Lei 11.690/2008 ao citado artigo colocou o juiz na posição de investigador, consolidando o juiz inquisidor, que não está equidistante das partes¹³.

A problemática que surge é saber qual seria o sistema processual adotado no Brasil: acusatória, inquisitivo, ou misto. Paulo Rangel¹⁴ afirma que: “Assim, nosso sistema acusatório hodierno não é puro em sua essência. Traz resquícios e ranços do sistema inquisitivo”. Já Aury Lopes Júnior¹⁵ afirma: “Nós preferimos fugir da maquiagem conceitual, para afirmar que o modelo brasileiro é (neo)inquisitório, para não induzir ninguém a erro”. Deste modo, entende-se que a Constituição Federal trouxe em sua essência normas de um sistema acusatório, por exemplo, o contraditório e a ampla defesa, mas, infelizmente, ainda se aplicam regras do código de processo penal que remetem ao sistema inquisitivo.

2 Inadmissibilidade da Prova Ilícita

Apesar de os princípios serem imprescindíveis para a concretização da tutela jurisdicional, há casos nos quais aqueles são violados, por exemplo, por meio da prova ilícita utilizada no processo penal.

De acordo com Antonio Scarance Fernandes, a prova ilícita ganha cada vez mais visibilidade quando se fala em preocupações debatidas no direito processual

¹² NUCCI, Guilherme de Souza. Curso de Direito Processual Penal. 16.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019 p. 114

¹³ RANGEL, Paulo. Direito Processual Penal. 27. ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2019 p.11

¹⁴ RANGEL, Paulo. Direito Processual Penal. 27. ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2019 p. 57

¹⁵ LOPES JUNIOR, Aury. Fundamentos do Processo Penal: Introdução Crítica. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p.193

hodierno. Para o autor, em razão da evolução da tecnologia, o legislador necessita ter cautela na criação de mecanismos de repressão à criminalidade, para não conceder invasões desnecessárias na vida particular do cidadão.¹⁶

Conforme exposto previamente, a Constituição Federal¹⁷, em seu artigo 5º, inciso LVI, proíbe a utilização das provas ilícitas nos processos nos quais estão vinculadas, acarretando que os estudiosos e aplicadores das normas estejam sob os comandos constitucionais. Pode-se interpretar que essa proibição se dirige a qualquer processo - Civil, Penal ou Administrativo, por exemplo.

De acordo com César Dario Mariano da Silva, o objetivo principal da prova no âmbito do processo penal é de delimitar o poder-dever do Estado para contrariar as transgressões na sociedade, e assim determinar as sanções necessárias para impor o fim aos conflitos¹⁸. De tal modo, o autor diferencia a prova ilícita da prova ilegítima:

Dessa forma, se a prova violar norma de direito processual será considerada processualmente ilegítima; violando norma ou princípio de direito material, notadamente os contidos na Constituição Federal para a proteção das liberdades públicas, a prova será considerada ilícita¹⁹.

Segundo Silva²⁰, “ é pacífico que a violação de qualquer norma constitucional leva à nulidade absoluta do ato”. Nesse sentido, destaca-se o entendimento da doutrinadora Maria Cecília Pontes Carnaúba:

O Estado tem como pressuposto de existência e finalidade primeira a promoção do bem-estar do homem. Para tanto é fundamental estabelecer restrições ao livre arbítrio das pessoas, assim como às ações estatais. Caso contrário, abre-se espaço à subjugação dos mais fracos pelos mais fortes, permitindo-se o fortalecimento destes em função do apequenamento daqueles. No que concerne à obtenção e

¹⁶ FERNANDES, Antonio Scarence. Processo Penal Constitucional. 7ª.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p.89

¹⁷ BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: <http://www.planalto.gov>. Acesso em: 16.Out.2019

¹⁸ SILVA, César Dario Mariano. Provas Ilícitas: Princípio da Proporcionalidade: Interceptação e Gravação Telefônica. Busca e Apreensão. Sigilo e Segredo. Confissão. Comissão Parlamentar de Inquérito e Sigilo. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 5

¹⁹ Ibidem, p. 12

²⁰ SILVA, César Dario Mariano. Provas Ilícitas: Princípio da Proporcionalidade: Interceptação e Gravação Telefônica. Busca e Apreensão. Sigilo e Segredo. Confissão. Comissão Parlamentar de Inquérito e Sigilo. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 15

produção de provas, é basilar impor limites a essa atividade, quer seja por parte dos particulares ou do Estado, para evitar, a tirania estatal em matéria de persecução criminal como também a implantação de um verdadeiro estado de beligerância entre os cidadãos²¹ [...].

Como forma de justificativa aos limites da persecução penal, Carnaúba expõe em sua obra que existiu no Brasil um período no qual a segurança nacional possuía valor hierárquico acima de outros direitos e garantias individuais. A autora afirma que eram cometidas arbitrariedades em nome da segurança, pois faltavam leis eficientes para limitar as ações empregadas pelo Estado na persecução penal²².

Por outro lado, Carnaúba demonstra que a inadmissibilidade da prova ilícita não possui valor absoluto. Segundo a autora:

A inadmissibilidade intransigente no processo das provas obtidas por meios ilícitos também engendra violência, na medida em que legaliza arbitrariedades do individualismo sobre o bem comum. Os crimes que lesam o erário público, observa-se, são, em sua maioria, cometidos com o abuso do próprio direito à privacidade. Nos casos de superfaturamento de obras e serviços públicos, por exemplo, os acordos criminosos acontecem em ambiente sigilosos. Na maioria das vezes não há como fazer prova do ocorrido a não ser através de gravações ou filmagens clandestinas. Se esse procedimento para obtenção de prova for inadmissível de forma absoluta, a impunidade estará assegurada e, com ela, o estímulo ao cometimento de outros crimes semelhantes [...]²³.

Dessa forma, entende-se que caberá ao órgão julgador acolher a melhor decisão ao caso em concreto, por meio do critério da proporcionalidade (princípio que será trabalhado no próximo tópico), uma vez que estará em conflitos direitos consagrados constitucionalmente. Entendimento semelhante ao da autora, é o da doutrinadora Rachel Pinheiro de Andrade de Mendonça que diz: “Acatar a inadmissibilidade absoluta seria permitir que direitos outros igualmente fundamentais ficassem destinados à subordinação perene, acarretando com isto, sentenças injustas quando comparadas com a realidade dos fatos²⁴”. Nesse sentido, Mendonça também

²¹ CARNAÚBA, Maria Cecília Pontes. Prova Ilícita. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 86

²² CARNAÚBA, Maria Cecília Pontes. Prova Ilícita. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 84

²³ CARNAÚBA, Maria Cecília Pontes. Prova Ilícita. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 86

²⁴ MENDONÇA, Rachel Pinheiro de Andrade Mendonça. Provas Ilícitas: Limites à Licitudo Probatória. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 73

afirma que “para ordenamento jurídico, o direito à prova não é absoluto, tendo por limite o direito à intimidade que deve ser resguardado. Este é o sistema acusatório que em que se preserva a dignidade do ser humano a todo custo”²⁵.

Cabe ressaltar que não há espaço para dúvida quando se fala em proteção quase absoluta aos direitos individuais. Para Mendonça, é necessário analisar todo o contexto em que se insere uma prova ilícita, privilegiando como a melhor decisão a ser tomada aquela que favorece a interpretação sistêmica ao invés de adotar a literal²⁶.

Importante destacar o entendimento de Maria Elizabeth Queijo que ressalta: “direito à prova como outros direitos fundamentais, não é absoluto. Encontra limitações porque coexiste com outros direitos igualmente tutelados pelo ordenamento jurídico”.²⁷

Ao se posicionar sobre o tema, o Supremo Tribunal Federal aplicou a regra da inadmissibilidade da prova ilícita, ao conceder um habeas corpus. No caso em questão, não houve autorização judicial para adentrar ao escritório de contabilidade do acusado e retirar os documentos contábeis do paciente. Segue ementa do julgado:

E M E N T A: FISCALIZAÇÃO TRIBUTÁRIA – APREENSÃO DE LIVROS CONTÁBEIS E DOCUMENTOS FISCAIS REALIZADA, EM ESCRITÓRIO DE CONTABILIDADE, POR AGENTES FAZENDÁRIOS E POLICIAIS FEDERAIS SEM MANDADO JUDICIAL – INADMISSIBILIDADE – ESPAÇO PRIVADO, NÃO ABERTO AO PÚBLICO, SUJEITO À PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DA INVOLABILIDADE DOMICILIAR (CF, ART. 5º, XI) – SUBSUNÇÃO AO CONCEITO NORMATIVO DE “CASA” – NECESSIDADE DE ORDEM JUDICIAL – ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E FISCALIZAÇÃO TRIBUTÁRIA – DEVER DE OBSERVÂNCIA, POR PARTE DE SEUS ÓRGÃOS E AGENTES, DOS LIMITES JURÍDICOS IMPOSTOS PELA CONSTITUIÇÃO E PELAS LEIS DA REPÚBLICA – IMPOSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO, PELO MINISTÉRIO PÚBLICO, DE PROVA OBTIDA COM TRANSGRESSÃO À GARANTIA DA INVOLABILIDADE DOMICILIAR – PROVA ILÍCITA – INIDONEIDADE JURÍDICA – “HABEAS CORPUS” DEFERIDO²⁸ .

²⁵ MENDONÇA, Rachel Pinheiro de Andrade Mendonça. Provas Ilícitas: Limites à Licitude Probatória. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p.48

²⁶ MENDONÇA, Rachel Pinheiro de Andrade Mendonça. Provas Ilícitas: Limites à Licitude Probatória. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001 p. 73

²⁷ QUEIJO, Maria Elizabeth. O direito de não produzir prova contra si mesmo: O princípio nemo tenetur se tegere e suas decorrências no processo penal. 2º ed. São Paulo: Saraiva, 2012 p. 425

²⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 103325/RJ. Relator: Ministro Celso de Mello, 03/04/2012. DJ de 30/04/2014. Disponível em:

No seu voto, o Ministro Celso de Melo, relator do caso, trouxe algumas considerações pertinentes que merecem destaque:

Não são absolutos os poderes de que se acham investidos os órgãos e agentes da administração tributária, pois o Estado, em tema de tributação, inclusive em matéria de fiscalização tributária, está sujeito à observância de um complexo de direitos e prerrogativas que assistem, constitucionalmente, aos contribuintes e aos cidadãos em geral. Na realidade, os poderes do Estado encontram, nos direitos e garantias individuais, limites intransponíveis, cujo desrespeito pode caracterizar ilícito constitucional.²⁹

Cabe ter presente, também, por necessário, que o princípio da proporcionalidade, em sendo alegado pelo Poder Público, não pode converter-se em instrumento de frustração da norma constitucional que repudia a utilização, no processo, de provas obtidas por meios ilícitos. Esse postulado, portanto, não deve ser invocado nem aplicado indiscriminadamente pelos órgãos do Estado, ainda mais quando se acharem expostos a clara situação de risco, como sucede na espécie, direitos fundamentais assegurados pela Constituição.³⁰

Por conseguinte, preservou-se a inviolabilidade domiciliar do acusado, decorrente da privacidade e da intimidade que todo cidadão possui. Além disso, corroborando com os ensinamentos do relator, destaca-se a importância da aplicação do princípio da proporcionalidade somente em casos excepcionais, quando se fala em provas obtidas por meio ilícitos, visto que os direitos fundamentais devem ser respeitados e protegidos.

Em outra ocasião, a Suprema Corte também aplicou literalmente a regra da inadmissibilidade das provas ilícitas contida na Carta Magna. Na ocasião, fotos que comprovaram o delito não foram aceitas. Segue a ementa:

PROVA ILÍCITA. MATERIAL FOTOGRÁFICO QUE COMPROVARIA A PRÁTICA DELITUOSA (LEI Nº 8.069/90, ART. 241). FOTOS QUE

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7081131>. Acesso em: 06/02/2020

²⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 103325/RJ. Relator: Ministro Celso de Melo, 03/04/2012. DJ de 30/04/2014. Disponível em:

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7081131>. Acesso em: 11/03/2020

³⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 103325/RJ. Relator: Ministro Celso de Melo, 03/04/2012. DJ de 30/04/2014. Disponível em:

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7081131>. Acesso em: 11/03/2020

FORAM FURTADAS DO CONSULTÓRIO PROFISSIONAL DO RÉU E QUE, ENTREGUES À POLÍCIA PELO AUTOR DO FURTO, FORAM UTILIZADAS CONTRA O ACUSADO, PARA INCRIMINÁ-LO. INADMISSIBILIDADE (CF, ART. 5º, LVI). - A cláusula constitucional do due process of law encontra, no dogma da inadmissibilidade processual das provas ilícitas, uma de suas mais expressivas projeções concretizadoras, pois o réu tem o direito de não ser denunciado, de não ser processado e de não ser condenado com apoio em elementos probatórios obtidos ou produzidos de forma incompatível com os limites ético-jurídicos que restringem a atuação do Estado em sede de persecução penal. (RE 251.445/GO. Rel. Min Celso de Mello, julgamento em 21/06/2000, DJ de 03/08/2000)³¹.

As fotos possuíam conotação sexual envolvendo crianças. O Supremo Tribunal Federal entendeu que nesse caso o direito à intimidade e à inviolabilidade do domicílio acusado prevaleceram sobre a dignidade sexual de menores de idade e a prova ilícita a favor da acusação não foi admitida. Este entendimento adotado pela Corte não corroborou com o critério de relativização da utilização relacionada à prova ilícita. Ao se posicionar sobre esse julgado, Eugênio Pacelli de Oliveira³² ressaltou: “acreditamos que a Suprema Corte perdeu uma grande oportunidade de aplicação do critério da proporcionalidade”. Oliveira afirma:

É que a aplicação da norma da vedação das provas ilícitas naquele caso não cumpriu qualquer um de seus propósitos finalísticos. Ora, se a mais relevante função desempenhada pela garantia da inadmissibilidade da prova ilícita, para além de sua dimensão ética, é servir como fator inibitório e intimidatório de práticas ilegais por parte dos órgãos responsáveis pela produção da prova, constata-se que, em nenhum momento, tal missão foi cumprida. Ou, mais ainda, que, em nenhum momento, colocou-se em risco o incremento das atividades policiais abusivas. E assim nos parece porque quem produziu a prova não foi o Estado, e, sim, um particular, que, à evidência, não se dedica a essa função (a de produtor de provas para o processo penal). Pior: um dos autores da subtração da prova era uma das vítimas³³.

Observa-se que o autor expõe a sua crítica em relação ao julgado de forma bem elucidativa, ao acreditar que as fotos furtadas do consultório do acusado

³¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 251445/GO. Relator: Ministro Celso de Mello, 21/06/2000. DJ de 03/08/2000. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14825705/recurso-extraordinario-re-251445-go-stf>. Acesso em: 17/10/2019.

³² PACELLI, Eugênio. Curso de Processo Penal. 23ª ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2019. P 379

³³ PACELLI, Eugênio. Curso de Processo Penal. 23ª ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2019. P 379

deveriam ser aceitas como provas no processo. Contudo, nos ensinamentos de Maria Elizabeth Queijo, a problemática vinculada aos limites do direito à prova mostra-se sensível no processo penal, porque se confronta interesses da sociedade e direitos do acusado – em especial o de liberdade³⁴. Assim, nesse cenário, demonstra-se a complexidade da valoração das provas no âmbito do processo penal, visto que os direitos fundamentais do réu e da vítima estão em conflito.

3 A Teoria da Proporcionalidade e a Admissibilidade da Prova Ilícita

Dito anteriormente, o princípio da proporcionalidade é centro da discussão neste trabalho, para se admitir o uso da prova ilícita no processo penal. A teoria da proporcionalidade utilizada em primeira linha pelos tribunais alemães tem por objetivo a prevenção das injustiças decorrentes do uso cego e sem restrições da lei³⁵. Ao discorrer sobre este, princípio Cesar Dario Mariano da Silva afirma que:

O princípio da proporcionalidade desdobra-se em três subprincípios: o da necessidade ou exigibilidade, o da adequação e o da proporcionalidade em sentido estrito. O meio a ser empregado será necessário quando não houver outro menos lesivo a direitos fundamentais. Será adequado quando com seu auxílio é possível a obtenção do resultado almejado. Por fim, com a ponderação dos valores empregados, será possível o sacrifício de um direito ou garantia constitucional em prol de outro de igual ou superior valia³⁶.

Diante disso, conforme Mariângela Gama de Magalhães Gomes, o princípio da proporcionalidade atua essencialmente na esfera dos direitos fundamentais, uma vez que pode ser invocado como fundamento para proteção à liberdade individual do

³⁴QUEIJO, Maria Elizabeth. O direito de não produzir prova contra si mesmo: O princípio *nemo tenetur se tegerere* e suas decorrências no processo penal. 2º ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 426

³⁵ MENDONÇA, Rachel Pinheiro de Andrade Mendonça. Provas Ilícitas: Limites à Licitude Probatória. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 65

³⁶ SILVA, César Dario Mariano. Provas Ilícitas: Princípio da Proporcionalidade: Interceptação e Gravação Telefônica. Busca e Apreensão. Sigilo e Segredo. Confissão. Comissão Parlamentar de Inquérito e Sigilo. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2010 p. 17

indivíduo³⁷. Portanto, o Estado apenas interfere o necessário e suficiente para proteger o interesse público.

O problema que está vinculado ao legislador consiste em limitar a atuação do Estado para não violar direitos fundamentais e, ao mesmo tempo, determinar restrições a esses direitos, quando necessário. Nesse contexto, está inserido a atuação do princípio da proporcionalidade no âmbito penal. Ou seja, os meios disponíveis para a proteção dos bens jurídicos fundamentais necessitam estar vinculados a determinadas restrições³⁸.

No entanto, Nucci afirma que os defensores desta teoria defendem que é necessário ponderar os valores em conflito. Destarte, com o objetivo de descobrir um sequestro, poderia admitir a escuta telefônica clandestina para prender os sequestradores e libertar a vítima. Porém, no caso de um furto simples, esta violação da intimidade não seria aceita, uma vez que o patrimônio possui valor menor³⁹.

Ao se deparar com a prova obtida de forma ilícita, o julgador observará o valor que prevalece na sociedade, se é o violado de maneira ilegal quando da obtenção da prova ou se é o atingido pelo delito⁴⁰.

Dessa forma, deve existir a convivência harmônica dos direitos. Da Silva diz que “já é entendimento pacífico na doutrina e na jurisprudência de que não existem direitos absolutos, intocáveis”⁴¹.

Em relação à temática da admissão da prova ilícita no âmbito do processo penal, engendram várias discussões conforme afirma a doutrinadora Rachel Mendonça⁴²: “a admissibilidade das provas ilícitas sempre foi objeto de reflexões, constituindo, desde sempre, posições conflitantes, especialmente em função das consequências e dos efeitos dela decorrentes”.

Ainda, nos ensinamentos de Mendonça, essa ressalta que o conflito constante entres os direitos de defesa social de liberdades individuais, os quais sempre são

³⁷ GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. O princípio da proporcionalidade no direito penal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. P.35

³⁸ GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. O princípio da proporcionalidade no direito penal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. P.36

³⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. Curso de Direito Processual Penal. 16.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 94.

⁴⁰ CARNAÚBA, Maria Cecília Pontes. Prova Ilícita. São Paulo: Saraiva, 2000 p. 93

⁴¹ SILVA, César Dario Mariano. Provas Ilícitas: Princípio da Proporcionalidade: Interceptação e Gravação Telefônica. Busca e Apreensão. Sigilo e Segredo. Confissão. Comissão Parlamentar de Inquérito e Sigilo. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2010 p. 16

⁴² MENDONÇA, Rachel Pinheiro de Andrade Mendonça. Provas Ilícitas: Limites à Licitudo Probatória. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 73

motivos de debates entre doutrina e jurisprudência, variam conforme a situação social, política ou emocional de cada Estado, para admitir ou rejeitar as provas ilícitas⁴³.

3.1 Prova Ilícita a Favor do Réu

No que tange a prova ilícita em benefício do réu, ela por certo poderá ser admitida, tendo em vista que o direito à liberdade prevalece sobre a inadmissibilidade da prova ilícita. “Trata-se de aplicação do princípio da proporcionalidade em benefício do acusado”⁴⁴. Da silva afirma:

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 do *Habeus Corpus*, etc⁴⁵.

A prova ilícita *pro reo*, recebida como lícita para fortalecer o Poder Judiciário, que tem o compromisso de desvendar a infração penal, está vinculada a um princípio Universal de Justiça e Liberdade, dentro dos ditames do Estado democrático de Direito⁴⁶.

Nos ensinamentos de Antônio Scarence Fernandes, em relação ao princípio da proporcionalidade “ é ampla a aceitação de sua aplicação aos casos em que a prova da inocência do réu depende de prova produzida com violação a uma garantia constitucional”⁴⁷. Além disso, nos ensinamentos de Rachel Mendonça, a justificativa

⁴³ MENDONÇA, Rachel Pinheiro de Andrade Mendonça. Provas Ilícitas: Limites à Licitude Probatória. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001 p. 43

⁴⁴ SILVA, César Dario Mariano. Provas Ilícitas: Princípio da Proporcionalidade: Interceptação e Gravação Telefônica. Busca e Apreensão. Sigilo e Segredo. Confissão. Comissão Parlamentar de Inquérito e Sigilo. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2010 p. 18

⁴⁵ Ibidem, p. 18

⁴⁶ MENDONÇA, Rachel Pinheiro de Andrade Mendonça. Provas Ilícitas: Limites à Licitude Probatória. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001 p. 87

⁴⁷ FERNANDES, Antonio Scarence. Processo Penal Constitucional. 7ª.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. P. 93

para aceitar uma prova ilícita em benefício do réu estaria fundamentada na legítima defesa ou no estado de necessidade, ou seja, excluindo-se a ilicitude⁴⁸.

Observa-se que a doutrina brasileira adota o princípio da proporcionalidade, relacionada à prova ilícita em benefício do réu, quando a ponderação de princípios e o sacrifício de um em prol de outro for necessário. Não caberia outro entendimento, pois é imprescindível que o réu tenha um julgamento justo. Ademais, não haveria sinais de justiça a condenação de um inocente por não haver provas lícitas.

3.2 Prova Ilícita em Desfavor do Réu

Em relação à prova ilícita em desfavor do acusado, “hoje é entendimento majoritário na jurisprudência e doutrina que a prova obtida por meio ilícito não pode ser admitida no processo, exceto se dor empregada em benefício do réu”⁴⁹.

De acordo com os ensinamentos de César Dario Mariano da Silva:

Caso abracemos o princípio da proporcionalidade, 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 crime gravíssimo, como a extorsão mediante sequestro, ocasião na qual está em risco tanto a vida, a saúde, a segurança e o patrimônio de alguém. [...] Ora, se simplesmente formos interpretar aquela norma proibitiva de maneira totalmente garantista para os sequestradores, eles teriam de ser soltos e a sociedade estaria à mercê de indivíduos que certamente iriam praticar outros sequestros, pondo em risco valores constitucionais tão ou mais importantes que o direito à intimidade⁵⁰.

A maior parte da doutrina adota a posição do legislador o constituinte, que é a inadmissibilidade do uso da prova ilícita. Entretanto, em certos casos, o poder

⁴⁸ MENDONÇA, Rachel Pinheiro de Andrade Mendonça. Provas Ilícitas: Limites à Licitude Probatória. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001 p. 87

⁴⁹ SILVA, César Dario Mariano. Provas Ilícitas: Princípio da Proporcionalidade: Interceptação e Gravação Telefônica. Busca e Apreensão. Sigilo e Segredo. Confissão. Comissão Parlamentar de Inquérito e Sigilo. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 21

⁵⁰ Ibidem, p. 19

judiciário poderia admitir a prova ilícita *pro societate* para tutelar a ordem pública e paz na sociedade⁵¹.

Entendimento diverso possui o doutrinador Guilherme de Souza Nucci. Este afirma que “ é até possível argumentar-se com outra excludente, que é o estado de necessidade, para absolver quem faz uma escuta clandestina, destinada a localizar o cativo da vítima, proporcionando a sua libertação, embora não se possa utilizar tal prova para incriminar os autores do crime”⁵².

Nucci expõe que:

Sob nosso ponto de vista, não seria momento para o sistema processual penal brasileiro, imaturo ainda em assegurar, efetivamente, os direitos e garantias individuais, adotar a teoria da proporcionalidade. Necessita-se manter o critério da proibição plena da prova ilícita, salvo nos casos em que o preceito constitucional se choca com outro de igual relevância. Sabemos que “nenhum direito reconhecido na Constituição pode revestir-se de um caráter absoluto” razão pela qual se o texto constitucional rejeita o erro judiciário, é natural não ser possível sustentar a proibição da prova ilícita quando essa vedação for contra os interesses do réu inocente⁵³. (grifo nosso)

O Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do HC 52995/AL, acenou na possibilidade da admissibilidade da prova ilícita a favor da acusação. Segue a Ementa do Julgado:

HABEAS CORPUS. FURTO QUALIFICADO. CONDENAÇÃO. OBTENÇÃO DE DOCUMENTO DE TRANSFERÊNCIA BANCÁRIA. SIGILO BANCÁRIO. AUSÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. PROVA SUPOSTAMENTE ILEGAL. ILICITUDE DAS DEMAIS PROVAS POR DERIVAÇÃO. PACIENTES QUE NÃO PODEM SE BENEFICIAR COM A PRÓPRIA TORPEZA. CONHECIMENTO INEVITÁVEL. NULIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. (HC 52995/AL Rel. Min OG Fernandes, julgamento em 16/09/2010, DJe de 04/10/2010)⁵⁴.

⁵¹ MENDONÇA, Rachel Pinheiro de Andrade Mendonça. Provas Ilícitas: Limites à Licitudo Probatória. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001 p. 89

⁵² NUCCI, Guilherme de Souza. Curso de Direito Processual Penal. 16.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019 p. 94

⁵³ NUCCI, Guilherme de Souza. Curso de Direito Processual Penal. 16.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019 p. 94

⁵⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (6ª Turma). HC52995/AL. Relator: Min OG Fernandes, 16/09/2010. DJ de 04/10/2010. Disponível em:

https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200600116081&dt_publicacao=04/10/2010. Acesso em: 19 mar. 2020

O impetrante argumentou que sigilo bancário foi violado, pois o sobrinho da vítima teve acesso à conta da paciente, que era conjunta à da vítima, sem autorização judicial e sem permissão da paciente. No caso em questão, o STJ consolidou que, o sobrinho da vítima, na posição de herdeiro da vítima, conheceria, indiscutivelmente, após a habilitação no inventário, as movimentações financeiras e, com toda a certeza, ficaria sabendo do prejuízo da vítima. Assim, a fraude seria descoberta de qualquer outra maneira legal, não sendo possível anular todo o processo, nem as provas colhidas na fase de instrução criminal e de investigação preliminar. Uma das pacientes, que era cuidadora da vítima, senhora de idade avançada, aproveitou-se da saúde precária desta e modificou a conta corrente individual da vítima para conjunta. Nesse feito, a paciente, possuindo acesso à conta corrente da senhora, transferiu o valor de R\$ 166.000,00 (cento e seiscentos e seis mil reais) da conta desta para outra conta que a paciente poderia sacar o valor, incorrendo da figura típica do furto qualificado por abuso de confiança.

Cabe destacar que a paciente invocou o direito ao sigilo bancário para não ser descoberta a fraude. Embora a publicidade das movimentações financeiras ter sido obtida de forma ilegal, aplicou-se a exceção à prova lícita derivada (frutos da árvore envenenada), ou seja, a fraude seria descoberta durante o inventário. Nesse contexto, conforme dito anteriormente, os direitos não possuem caráter absoluto e não podem ser invocados para acusados se beneficiarem do próprio ilícito cometido. Contudo, deve-se observar o critério da proporcionalidade para a prevalência de um direito em relação a outro, de acordo com os autores já mencionados.

Por outro lado, Antônio Magalhães Gomes Filho, ao discorrer sobre a teoria da proporcionalidade no que tange a prova ilícita *pro societate*, afirma que a aplicação dessa teoria pode ocasionar em uma banalização dos direitos fundamentais. Para o autor, os acusados ou investigados de delitos mais graves estariam sujeitos ao arbítrio incontrolável e discricionário dos investigadores, pelo fato do delito ser classificado como de maior ou menor gravidade⁵⁵.

⁵⁵ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. Direito à Prova no Processo Penal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997. p. 106

A teoria da proporcionalidade é, sem dúvida, atraente, embora tenha como ponto negativo um julgamento subjetivo em relação à admissibilidade ou à rejeição, podendo ocasionar abusos e inseguranças⁵⁶.

Portanto, destaca-se a complexidade do tema, uma vez que há divergências na doutrina quanto na jurisprudência. Nesse contexto, Fernandes ensina que é um trabalho difícil atingir o ponto de equilíbrio, porque de um lado o Estado deve ter instrumentos necessários para combater os ilícitos criminais; e por outro é imprescindível resguardar o direito à intimidade, à imagem e oferecer remédios contra os abusos do poder público⁵⁷. Logo, ao órgão julgador caberá decidir de maneira fundamentada, ao utilizar parâmetros de flexibilização das normas constitucionais e legais referentes aos direitos fundamentais do réu no processo.

4 Licitude da Gravação Clandestina

Um meio de prova que é recorrente no âmbito do processo penal é a gravação clandestina. Conforme ensina César Dario Mariano da Silva⁵⁸:

a gravação clandestina ocorre quando um dos interlocutores, sem o conhecimento do outro, grava seu próprio diálogo. Se essa gravação for de conversa telefônica, haverá a gravação telefônica (gravação clandestina propriamente dita); se a gravação for de conversa pessoal (entre presentes), dar-se-á a gravação ambiental.

Cabe ressaltar que Constituição Federal não dispõe sobre esse instrumento, apenas sobre a interceptação telefônica, em seu artigo 5º, inciso XII. Além disso, o instituto da captação ambiental (gravação clandestina) é expressa na Lei nº 12.850/2013 (Lei de Organização Criminosa).

⁵⁶ CAMARGO ARANHA, Adalberto José Q.T de. Da prova no Processo Penal. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 68

⁵⁷ FERNANDES, Antonio Scarence. Processo Penal Constitucional. 7ª.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p.89

⁵⁸ SILVA, César Dario Mariano. Provas Ilícitas: Princípio da Proporcionalidade: Interceptação e Gravação Telefônica. Busca e Apreensão. Sigilo e Segredo. Confissão. Comissão Parlamentar de Inquérito e Sigilo. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 28

Em relação à licitude de gravações obtidas por um interlocutor sem o conhecimento do outro, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça é que se trata de meio idôneo de prova. Segue Ementa de recente julgado:

RECURSO EM HABEAS CORPUS. LAVAGEM DE CAPITAIS. ALEGAÇÃO DE NULIDADE DA PROVA. INOCORRÊNCIA. CAPTAÇÃO AMBIENTAL REALIZADA POR DELATOR PREMIADO. MEIO DE OBTENÇÃO DE PROVA EXPRESSAMENTE PREVISTO NO ART.3º, II, DA LEI N.12.850/2013.DESNECESSIDADE DE PRÉVIA AUTORIZAÇÃO JUDICIAL PARA SUA REALIZAÇÃO. PRECEDENTES. RECURSO DESPROVIDO.

1. Não há que se falar em ilegalidade da prova obtida ao argumento de se tratar de ação controlada sem prévia autorização judicial, pois no caso em exame não se trata de agente policial ou administrativo, conforme prevê o art. 8º da Lei n. 12.850,2013, mas de captação ambiental (gravação clandestina) realizada por colaborador premiado, meio de obtenção de prova expressamente previsto no art. 3º da referida lei.

2. "É válida a utilização da gravação ambiental realizada por um dos interlocutores do diálogo como meio de prova no processo penal, independentemente de prévia autorização judicial. Precedentes." (grifo nosso)

(RHC 59.542/PE, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, DJe 14/11/2016).

3. Recurso em habeas corpus desprovido⁵⁹.

Entretanto, o instituto da captação ambiental recebe críticas pela doutrina. Aranha⁶⁰ entende que essa forma de colheita de prova viola o princípio da boa-fé, e a consequência é uma prova ilícita. De acordo com o autor⁶¹:

Pode até equivaler a uma situação análoga à que leva à invalidade do flagrante preparado. Em, ambas as hipóteses pode-se falar num induzimento preparado arditosamente para que alguém pratique o que voluntariamente não deseja, obtendo o proveito jurídico que se pretende. [...] para o investigado ou acusado há o direito de calar-se, o que desaparece quando ele é levado a falar sem saber que se trata

⁵⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (5ª Turma). RHC 102808 / RJ. Relator: Min JOEL ILAN PACIORNIK, 06/08/2019. Dj 15/08/2019. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/SearchBRS?b=ACOR&livre=@cdoc='1856358'>. Acesso em:15/05/2020

⁶⁰ CAMARGO ARANHA, Adalberto José Q.T de. Da prova no Processo Penal. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 282

⁶¹ CAMARGO ARANHA, Adalberto José Q.T de. Da prova no Processo Penal. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 281

de uma investigação que está sendo realizada e que o ato questionado tem a finalidade de obter prova.

Observa-se, novamente, que o princípio da proporcionalidade é o que orienta este meio de prova, uma vez que a gravação clandestina pode ferir o direito à intimidade de uma pessoa. Ou seja, deve-se analisar qual o direito prepondera, o violado pelo crime eventualmente cometido ou a privacidade de um interlocutor que não sabe da ocorrência da gravação.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir da pesquisa realizada, observou-se que, para invocar princípio da proporcionalidade em casos que envolvam prova ilícita, é necessária uma análise minuciosa do que está sendo discutido para não engendrar violação de direitos fundamentais, principalmente do réu.

Verificou-se que as provas ilícitas nem sempre devem ser rejeitadas, uma vez que o réu, a vítima e a sociedade são merecedores de uma resposta estatal no que tange à infração penal que está em juízo. No entanto, deve-se analisar como foi obtida tal prova, para que ocorra a ponderação dos princípios e direitos que estão em conflito.

Ademais, a regra da inadmissibilidade da prova ilícita é de suma importância para evitar a violação de direitos em casos que envolvam, por exemplo, confissão por meio de tortura. Logo, nessas situações, em hipótese alguma poderia ser relativizada o mandamento constitucional. Entretanto, há outros direitos fundamentais que também devem ser protegidos, tal como a segurança.

Quanto à prova obtida por meio ilícito a favor do réu, é unânime o entendimento para que se aceite e prevaleça absolvição, embora seja difícil demonstrar a aplicação em concreto. Na verdade, foi possível concluir que seria totalmente desproporcional e injusto aplicar a regra da inadmissibilidade da utilização da prova ilícita nesses casos.

O problema reside quanto à prova obtida por meio ilícito em desfavor do réu, devido à divergência no âmbito jurídico, uma vez que o processo penal em si já é constrangedor ao acusado. Nesse cenário, caberá ao órgão julgador uma tarefa muito complexa e subjetiva, ao analisar e decidir que o direito da vítima ou da sociedade

deve ser preponderante no processo em discussão, ocorrendo a relativização da norma constitucional.

Dessa forma, entende-se, excepcionalmente, que é possível invocar o princípio da proporcionalidade como fundamento para admissibilidade da prova ilícita em nome da verdade real, e de uma resposta estatal. Além disso, conclui-se que o processo penal é tanto instrumento do Estado para aplicação da sanção penal, quanto protetor de direitos e garantias fundamentais. Ou seja, não se pode permitir que aqueles que cometem crimes fiquem impunes, principalmente em crimes tão bárbaros, como aqueles que violam a dignidade sexual de crianças. Contudo, a tutela de direitos fundamentais no processo penal deve estar atrelada ao devido processo legal e a licitude dos elementos probatórios.

REFERÊNCIAS

BRASIL. [**Constituição (1988)**]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 15/12/2019

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (6ª Turma). **HC52995/AL**. Relator: Min OG Fernandes, 16/09/2010. DJ de 04/10/2010. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200600116081&dt_publicacao=04/10/2010. Acesso em: 19 mar. 2020

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (5ª Turma). **RHC 102808 / RJ**. Relator: Min JOEL ILAN PACIORNIK, 06/08/2019. Dj 15/08/2019. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/SearchBRS?b=ACOR&livre=@cdoc='1856358'>. Acesso em: 15/05/2020

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 103325/RJ**. Relator: Ministro Celso de Mello, 03/04/2012. DJ de 30/04/2014. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7081131>. Acesso em: 06/02/2020

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 103325/RJ**. Relator: Ministro Celso de Mello, 03/04/2012. DJ de 30/04/2014. Disponível em:

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7081131>.
Acesso em: 11/03/2020

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 103325/RJ**. Relator: Ministro Celso de Mello, 03/04/2012. DJ de 30/04/2014. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7081131>.
Acesso em: 11/03/2020

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 251445/GO**. Relator: Ministro Celso de Mello, 21/06/2000. DJ de 03/08/2000. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14825705/recurso-extraordinario-re-251445-go-stf>. Acesso em: 17/10/2019

CAMARGO ARANHA, Adalberto José Q.T de. **Da prova no Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 2004

CARNAÚBA, Maria Cecília Pontes. **Prova Ilícita**. São Paulo: Saraiva, 2000

FERNANDES, Antonio Scarence. **Processo Penal Constitucional**. 7ª.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Direito à Prova no Processo Penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997

GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. **O princípio da proporcionalidade no direito penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 15.ed. São Paulo: Saraiva, 2017

LOPES JUNIOR, Aury. **Fundamentos do Processo Penal: Introdução Crítica**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2018

LOPES JUNIOR, Aury. **Investigação Preliminar no Processo Penal**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014

MENDONÇA, Rachel Pinheiro de Andrade Mendonça. **Provas Ilícitas: Limites à Licitude Probatória.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Direito Processual Penal.**16.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal.**23^a. Rio de Janeiro: Atlas, 2019

QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo: O princípio nemo tenetur se tegerere e suas decorrências no processo penal.** 2^o ed. São Paulo: Saraiva, 2012

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal.** 27. ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2019

SILVA, César Dario Mariano. **Provas Ilícitas: Princípio da Proporcionalidade: Interceptação e Gravação Telefônica. Busca e Apreensão. Sigilo e Segredo. Confissão. Comissão Parlamentar de Inquérito e Sigilo.** 6. ed. São Paulo: Atlas, 2010