



UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS  
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO  
CURSO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS

AMANDA MARIA SATURNINO DE ANDRADE

A EFICÁCIA DAS PROVAS ILÍCITAS NO PROCESSO PENAL

SOUSA - PB  
2009

AMANDA MARIA SATURNINO DE ANDRADE

A EFICÁCIA DAS PROVAS ILÍCITAS NO PROCESSO PENAL

Monografia apresentada ao Curso de Ciências Jurídicas e Sociais do CCJS da Universidade Federal de Campina Grande, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharela em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientadora: Professora Esp. Carla Pedrosa de Figueiredo.

SOUSA - PB  
2009

AMANDA MARIA SATURNINO DE ANDRADE

A EFICÁCIA DAS PROVAS ILÍCITAS NO PROCESSO PENAL

Trabalho monográfico apresentado ao Curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande, como exigência parcial da obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientadora: Prof<sup>a</sup>. Doutoranda Carla Pedrosa de Figueiredo

Banca Examinadora:

Data de aprovação: \_\_\_/\_\_\_/\_\_\_

---

Prof<sup>a</sup>. Doutoranda Carla Pedrosa de Figueiredo

Orientadora

---

Examinador

---

Examinador

Dedico este trabalho aos meus pais, Djanira e Carlos, e aos meus irmãos, George e Amábile, grandes responsáveis por essa conquista.

Em especial, ao meu grãozinho de ouro, Dandan (*in memoriam*). Imensas saudades!

## AGRADECIMENTOS

Inicialmente, agradeço ao meu Bom e Amado Senhor, que me fez de uma forma maravilhosa e me abençoa todos os dias. A Ele toda honra e toda glória!

À intercessão da minha mãezinha do céu, Mãe da Misericórdia, que roga pelos meus desafios e propósitos. À sua benção!

Aos meus amados pais, Carlos e Djanira, pela dedicação, compreensão, conselhos, orações, estímulo e principalmente, pelo grande amor dado a mim em todos os momentos de minha vida. Amo-os incondicionalmente!

Aos valiosos irmãos, Amábile e George, pelo incentivo, cooperação, apoio e cumplicidade que sempre me deram.

Aos avós maternos, Chico Boi (*in memoriam*) e Maria Tino, pelo carinho, humildade e pelas palavras de sabedoria que sempre me servirão de exemplo. E ao demais familiares, pela fé e confiança demonstrada e por sempre se fazer presentes nos momentos de alegria e de dificuldade, em especial: Tio Zito, Cira, Djanete e Natércia; e aos primos: Raquel (prima-irmã), Raianne, Higuinho, Bia, Segundo (meu 'negão'), Cibelle e Polliana. Pessoas especiais que amo muito!

Ao avô paterno, Benedito (*in memoriam*), pelos ensinamentos e exemplo de vida passados, e demais familiares, torcedores do meu sucesso, em especial: Tia Ilzanete, Ilzani e Ronaldo, e os primos Ilzabelly e Vinícius.

Aos colegas de turma: Mayara, Marília, Jéssica, Álisson, Kayron, Raul, Junnim, Péricles, Julinho e Renato, pela ajuda atribuída sempre que necessária, amizade, carinho e pelos momentos de descontração.

Às amigas-irmãs que consegui durante o curso e sei que levarei por toda vida: Amanda Cely, Anna Livia e Mariana. Estas foram as pessoas que sempre estiveram comigo nesta caminhada. Deus nos fez amigas porque mamãe não nos aguentaria

como irmãs! Não sei o que seria de mim sem vocês! Agradeço por todos os momentos de alegria, que foram muitos, pelas palavras amigas nas horas difíceis, pelas conversas, trabalhos, farras, abrigo no albergue, e claro... as jogatinas! Sentirei falta do nosso convívio diário. Amo vocês!

À todas amizades verdadeiras que construí ao longo da vida e que apesar das dificuldades sempre permaneceram comigo: Mônica, Laryssa, Luana, Risocelly, Camila, Gianni, Djan, Andinho, Faelzin, Dário e Rubenilton.

À Raonnir, que apareceu na minha vida em um momento inesperado e que aos poucos foi se tornando uma pessoa muito especial. Obrigada pela boa companhia, paciência, carinho e incentivo na construção deste trabalho.

Aos colegas de van que colhi durante o trajeto do curso, pelos momentos de distração nas cansativas viagens diárias, tornando-as mais agradáveis e divertidas, em especial: Vitalzinho, Ákila, Graciene, Vinícius, Eliomar, Fátima e Conceição.

À minha professora e orientadora Carla Pedrosa, pelo auxílio, amizade e orientação construída durante a realização deste trabalho.

Não poderia deixar de agradecer também aos meus queridos instrutores de Pilates, Juliane e Adams, que apesar do pouco tempo de convivência já são especiais. Obrigada pelos relaxamentos nos momentos de tensão adquiridos com a monografia.

Enfim, à todos aqueles que fazem ou fizeram parte de minha vida e que, direta ou indiretamente, colaboraram para a concretização deste trabalho. A todos agradeço, com muito amor e carinho.

*Há duas fontes perenes de alegria pura: o  
bem realizado e o dever cumprido.*

*(Eduardo Girão)*

## RESUMO

O presente trabalho tem por escopo o estudo das provas no processo penal, dando enfoque prioritário ao tratamento conferido às provas obtidas por meio ilícito. A prova à luz do processo penal é definida como um instrumento retórico capaz de evidenciar a verdade alegada por alguma das partes, servindo de sustentáculo para a formação do convencimento do juiz. Expressamente, a Constituição da República de 1988, em seu artigo 5º, inciso LVI, dispôs sobre a inadmissibilidade das provas ilícitas, todavia, esse dispositivo tem se sujeitado a diversos questionamentos, tendo a doutrina e a jurisprudência abrandado esse posicionamento absoluto do legislador. A pesquisa divide-se em três capítulos e a metodologia empregada constitui na análise dos aspectos doutrinários, jurisprudenciais e legais acerca da admissibilidade das provas ilícitas figurarem licitamente como meio de prova no processo penal, aplicando-se os métodos dedutivo, bibliográfico e exegético jurídico. Seu objetivo é realizar o estudo acerca da atividade probatória, as características da prova penal, a teoria geral das provas ilícitas, além de verificar as situações nas quais as provas ilícitas devem ser admitidas na instrução processual e qual a eficácia de sua utilização. O rigorismo da forma processual é mitigado pelo emprego de critérios utilizados pelo julgador na aplicação da lei ao caso concreto. Nesse sentido, o objeto de estudo do presente trabalho, abranda a inadmissibilidade das provas ilícitas. Em casos extremos e excepcionais essa proibição será relativizada, incluindo a análise do princípio da proporcionalidade, o qual faz um juízo de ponderação entre os bens jurídicos tutelados, submetendo o princípio de menor importância ao de maior valor social, sendo empregado em favor do réu ou da sociedade. De tal forma, concluindo-se que essa garantia da inadmissibilidade das provas obtidas por meio ilícito, apesar de extremamente sólida e importante, não deve ser admitida como absoluta, pois que em determinadas situações o emprego das provas ilícitas apresenta-se como melhor solução a ser aplicada, de forma a propiciar uma adequada atuação das esferas judiciais, bem como se configurar na forma viável de se fazer justiça.

Palavras-Chave: Processo Penal. Provas ilícitas. Admissibilidade. Proporcionalidade.

## ABSTRACT

The present work is scope for the study of evidence in criminal proceedings, focusing on priority treatment given to evidence obtained by illegal means. The evidence in front of the criminal law is defined as a rhetorical tool able to highlight the fact alleged by either party, serving as a support for the formation of convincing the judge. Explicitly, the Republic Constitution of 1988, under article 5, paragraph LVI, decided on the admissibility of illegal evidence, however, this device has been subjected to several questions, and the doctrine and jurisprudence that slowed absolute positioning of the legislature. The research is divided into three chapters and the methodology employed is the analysis of the doctrinal, jurisprudential and legal on the admissibility of the illicit proofs appear licitly as evidence in criminal proceedings and applies itself deductive methods, bibliographic and legal exegesis. It aims to make a study of the evidential activity, to the characteristics of the penal proof, the general theory of the illicit evidences, besides to verify the situations in which the illicit evidences should be admitted on the processual instruction and what is the efficacy of its use. The rigor of procedural form is mitigated by the use of criteria used by the judge in applying the law to this case. In this sense, the object of the present study, slow down the inadmissibility of illegal evidences. In extreme and exceptional circumstances this prohibition in context will be relativized, including the analyses of the principle of proportionality, which makes an assessment of balance between the legally protected interests, by bringing the principle of least importance to the highest social value, being employed for the defendant or society. So much so, concluding that guarantee the admissibility of evidence obtained by illegal means, despite of exceptionally strong and important, it should not be accepted as absolute, since in certain situations the use of illegal evidence presents itself as the best solution to be applied in order to provide a proper performance of judicial spheres, and it is set in a viable form of doing justice.

Keywords: Criminal Procedure. Evidence illegal. Admissibility. Proportionality.

## LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CF – Constituição da República Federativa do Brasil

CP – Código Penal

CPP – Código de Processo Penal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

STF – Supremo Tribunal Federal

## SUMÁRIO

<b>1 - INTRODUÇÃO</b> .....	11
<b>2 - TEORIA GERAL DAS PROVAS</b> .....	13
2.1 - Conceito e Finalidade .....	13
2.2 - Objeto e meios de prova.....	15
2.3 - Classificação.....	16
2.4 - Ônus da prova .....	18
2.5 - Princípios.....	19
<b>3 - AS PROVAS ILÍCITAS NO PROCESSO PENAL</b> .....	24
3.1 - Conceito .....	24
3.2 - Provas ilícitas, ilegítimas e ilícitas por derivação .....	25
3.3 - A Doutrina dos Frutos da Árvore Envenenada .....	27
3.4 - O Princípio da Proporcionalidade .....	30
<b>4 - A EFICÁCIA DAS PROVAS ILÍCITAS NO PROCESSO PENAL</b> .....	34
4.1 - Aspectos Gerais .....	34
4.2 - A Admissibilidade das Provas Ilícitas em favor do réu .....	36
4.3 - A Admissibilidade das Provas Ilícitas em favor da sociedade .....	40
4.4 - Análise sobre a eficácia das provas ilícitas no processo criminal.....	43
<b>CONCLUSÃO</b> .....	45
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	47

## 1 INTRODUÇÃO

Na composição dos conflitos entre os membros de uma sociedade, cabe ao Estado, por meio da atividade jurisdicional, o exercício do seu poder para solucionar tais litígios. Nessa prestação jurisdicional, o instituto da prova emerge como o mais importante pilar para a comprovação dos fatos e de todas as suas circunstâncias, pois o julgador busca nele os fundamentos para o seu convencimento. Ademais, o instituto também é destinado ao convencimento das partes, a fim de acolherem como justa a decisão.

Ao tratar sobre o tema, a Constituição Federal estabelece em seu artigo 5º, inciso LVI, uma limitação à atividade probatória, não admitindo, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos. Assim, para que a prova sirva de sustentáculo a uma decisão judicial, deve advir de meios lícitos, não contrariando a lei, a moral e os bons costumes, estando dentro dos limites éticos do homem.

Contudo, apesar da expressa proibição constitucional das provas obtidas ilicitamente, o tema tem apresentado grande celeuma no Direito pátrio. Diante dos casos concretos, parte da doutrina e da jurisprudência tem defendido a possibilidade de utilização das provas ilícitas em caráter excepcional, com vistas ao princípio da proporcionalidade, nas situações em que o seu acatamento venha a ser menos prejudicial que o mal causado aos valores considerados mais relevantes.

Nesse viés, verifica-se a importância jurídica do tema discutido no trabalho, propondo ele uma ponderação, de forma genérica, sobre o mandamento constitucional contido que dispõe sobre a vedação do uso das provas ilícitas.

O presente trabalho busca demonstrar que a inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos não constitui regra absoluta e inflexível, devendo ocorrer a sua relativização diante de determinados casos concretos, analisando sobre a possibilidade de utilização da prova ilícita no processo penal, posto que podem evidenciar a verdade dos fatos apresentados em juízo. Ante o confronto de princípios constitucionais é que se vislumbra a possibilidade de utilização da prova ilícita no processo penal em favor de uma proteção social mais justa e eficaz, pautando-se pela razoabilidade e não pela legalidade incondicional que acaba trazendo malefícios muito maiores, ao acusado e à sociedade.

Para realização do presente trabalho a metodologia empregada baseia-se na utilização dos métodos dedutivo, bibliográfico e exegético-jurídico, analisando os aspectos doutrinários, jurisprudenciais e legais acerca da admissibilidade das provas obtidas ilicitamente como meio de prova hábil no processo penal.

A pesquisa está compreendida em três capítulos. No capítulo inicial são abordados os aspectos gerais relacionados ao instituto da prova no processo, apresentando a sua conceituação, finalidade, objeto, meios de expressão, classificação, ônus de produção, bem como os princípios regentes da atividade probatória.

Em seu capítulo seguinte, far-se-á uma análise acerca das provas ilícitas no processo penal, trazendo a diferenciação entre as provas ilícitas, ilegítimas e ilícitas por derivação, utilizando diversos critérios. Ademais, o capítulo trata ainda da teoria norte-americana, encampada por nossos tribunais, dos frutos da árvore envenenada e sobre o princípio da proporcionalidade, que é tido como fundamento de solução de possíveis conflitos.

Por fim, o último capítulo acentuadamente analisa sobre a problemática da admissibilidade da prova ilícita no processo penal, sendo abordados os aspectos gerais e os posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais a respeito da possibilidade do emprego das provas obtidas ilicitamente em benefício do réu ou da sociedade, concluindo com a explanação sobre a eficácia de sua possível utilização no processo penal, como forma de melhor solucionar a lide e fazer justiça.

## 2 TEORIA GERAL DAS PROVAS

Inquestionavelmente, a prova é de fundamental relevância na instrução probatória, sobretudo na busca da verdade real dos fatos, pois em decorrência dela é que o juiz adquire a certeza e conseqüentemente impõe a sanção penal.

A partir da prova é que se alcança o objeto do processo penal, qual seja a certeza jurídica. Os litigantes por meio dela convencem o julgador sobre a falsidade ou veracidade da imputação e das circunstâncias que possam influenciar no processo, determinando a convicção que o magistrado necessita. Assim, mostra-se imperioso o estudo mais detalhado do tema.

### 2.1 Conceito e Finalidade

Sobre o significado etimológico do termo “prova”, na doutrina de Greco Filho (1999, p.196), a palavra “é originária do latim *probatio*, que por sua vez emana do verbo *probare*, com o significado de examinar, persuadir, demonstrar”. Segundo o vocabulário jurídico de Plácido Silva (1987, p. 491):

Do latim *proba*, de *probare* (demonstrar, reconhecer, formar juízo de), entender-se, assim, no sentido jurídico, a demonstração, que se faz, pelos meios legais, da existência ou veracidade de um ato material ou de um ato jurídico, em virtude da qual se conclui por sua existência ou se firma a certeza a respeito da existência do fato ou do ato demonstrado.

Para Mirabete (2000) provar é ocasionar um estado de convicção, na consciência e mente do juiz, sobre a existência ou inexistência de um fato, ou da verdade ou falsidade de uma alegação a respeito de uma circunstância fática, que julga ser importante para uma decisão judicial ou a solução de um processo. Nesse sentido a prova representa o mecanismo legal que as partes possuem para demonstrarem em juízo, a verdade da ocorrência de determinado fato e o seu direito de agir nos moldes previstos em lei sobre o caso concreto. Nas palavras de Prado (2009, p.3) a prova vai mais ao longe e abrange o “conjunto de atos praticados tanto

pelas partes, quanto pelo Juiz ou terceiros, que objetive a formação do convencimento do julgador, seja pela existência ou inexistência de algum fato”.

Ensina Tourinho Filho (2001, p. 346) que “provar é, antes de mais nada, estabelecer existência da verdade; e as provas são os meios pelos quais se procura estabelecê-la”. Logo, as provas revelam-se como meios de fundamental importância da processualística, visto que tem como finalidade precípua a reconstrução dos fatos ocorridos, contribuindo na formação do convencimento do magistrado acerca da lide. Nessa perspectiva, ao passo que ele conhecer o caso, será conduzido a sua veracidade, adquirindo motivação para declarar o direito de forma justa, contribuindo para a harmonia social. Na concepção de Greco Filho (1999, p. 196):

A finalidade da prova é o convencimento do juiz, que é seu destinatário. No processo, a prova não tem um fim em si mesma ou um fim moral ou filosófico: sua finalidade 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.

Contudo, analisando bem a questão, constata-se que além de produzir o convencimento do juiz, a finalidade da prova também é destinada a causar o convencimento das partes, podendo resultar não somente na solução do litígio, mas a uma definitiva pacificação do conflito, com benefícios para as partes interessadas e para a atividade jurisdicional. Cite-se ainda, em última análise, que a prova além de instruir o juiz e produzir o convencimento das partes, se reserva à apuração da verdade histórica sobre o fato, definindo a responsabilidade criminal ou a inocência do réu e embasando a decisão final da lide perante a coletividade.

Com efeito, cumpre destacar que ao tratar de provas, o campo processual busca a verdade dos fatos sobre as quais ela versa, denominada de verdade processual, pois que essa tarefa reconstrutiva é sempre relativa, dada a impossibilidade de reproduzir os fatos ocorridos em todos os seus detalhes. Destarte, como afirma o doutrinador Oliveira (2008, p.282), “por mais difícil que seja e por mais improvável que também seja a hipótese de reconstrução da realidade histórica (ou seja, do fato delituoso), esse é um compromisso irrenunciável da atividade estatal jurisdicional”.

De tal forma, a prova constitui-se em elemento essencial para o processo, capaz de reconstruir um fato ocorrido e sendo o meio que instiga no espírito do

jugador os sentimentos de verdade e de certeza sobre aquilo em que deve recair o seu juízo valorativo e decisório.

## 2.2 Objeto e meios de prova

Na lição de Capez (2007, p.285) “o 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”. Para Mirabete (2000, p. 257) o objeto da prova abrange não apenas o fato criminoso e sua autoria, como também todas as “circunstâncias objetivas e subjetivas que possam influir na responsabilidade penal e na fixação de pena ou na imposição de medida de segurança”. Assim, tudo aquilo que de alguma forma seja relevante na resolução do litígio ou convicção do julgador constitui-se como objeto da prova, devendo ser excluídos apenas aqueles que não apresentam qualquer relação ou conexão com a lide ajuizada.

O ilustre doutrinador afirma também que o chamado fato incontroverso, ou seja, aquele admitido pelas partes, não será excluído do objeto da prova no processo penal, ocorrendo de forma diversa quanto aos fatos axiomáticos, evidentes por si mesmo ou notórios e, portanto, dispensáveis de comprovação. Neste aspecto, diversamente do processo civil, até mesmo os fatos incontroversos devem ser provados, pois que o julgador não está obrigado a acolher como verdadeiro o que é admitido pelas partes, em vista ao princípio da busca da verdade material.

Por outro lado, convém destacar que há quem entenda, como Greco Filho (1999), que quando o fato tratar de circunstância elementar do tipo penal ele depende de prova, pois mesmo sendo a morte de alguém um fato notório, é indispensável o exame de corpo de delito. Referindo-se aos meios de prova, estes por sua vez consistem em instrumentos empregados pelas partes para evidenciar uma circunstância ou ocasião afirmada no processo. Ensina Tourinho Filho (2007, p. 217) que “é tudo quanto possa servir, direta ou indiretamente, à comprovação da verdade que se procura no processo: testemunhas, documentos, perícias, etc.”.

O Código de Processo Penal Brasileiro, a partir de seu artigo 155 e seguintes, disciplina os aspectos gerais e os meios de prova atinentes ao processo penal, quais

sejam: as perícias em geral, notadamente o exame de corpo de delito (arts. 158 a 184), o interrogatório do réu (arts. 185 a 196), a confissão (arts. 197 a 200), as perguntas ao ofendido (art. 201 e parágrafo), as testemunhas (arts. 202 a 225), o reconhecimento de pessoas ou coisas (arts. 226 a 228), a acareação (art. 229 e 230), os documentos (arts. 231 a 238), os indícios (art. 239) e a busca e apreensão (arts. 240 a 250 e parágrafos).

Dispondo a respeito, Mirabete (2000, p. 259) ressalva que “visando o processo penal o interesse público ou social de repressão ao crime, qualquer limitação à prova prejudica a obtenção da verdade real e, portanto, a justa aplicação da lei”. Assim, posto que a função precípua da prova é a busca da verdade dos fatos objeto do processo, nada impede que o julgador utilize de outros meios não previstos em lei, a requerimento ou de ofício, desde que juridicamente admissíveis ou moralmente legítimos, em atendimento ao princípio da liberdade das provas.

É preciso destacar, contudo, que o princípio da liberdade probatória não é absoluto, vez que a lei considera certos interesses de maior valor do que a simples prova de um fato e, portanto, estabelece algumas limitações para o exercício dessa faculdade, como as estabelecidas na lei civil no que concerne ao estado das pessoas bem como a questão das provas ilícitas que serão analisadas nesta pesquisa monográfica.

### 2.3 Classificação

Diversas têm sido as classificações apresentadas pela doutrina no que diz respeito às provas, sendo tradicionalmente mais utilizada a aludida por Capez (2007) que aprecia quatro critérios principais, quais sejam: quanto ao objeto, quanto ao sujeito, quanto à forma e quanto ao efeito.

No que tange ao objeto, “[...] todos vêem que ela pode referir-se tanto à coisa que se quer verificar como a uma coisa diversa, de que se deduz a primeira”. (MALATESTA, 1996, p. 112). Nesse diapasão, a prova pode ser direta, quando dispor sobre próprio fato relevante para o julgamento, ou seja, por si só demonstrar o fato alegado, como os documentos ou o depoimento de uma testemunha

presencial; e indireta, quando alcançar um fato principal em decorrência de outros fatos secundários, como os indícios.

Considerado o sujeito de que emana, “[...] todos vêem que não existem apenas dois sujeitos possíveis: como produtores de provas, pode apresentar-se uma pessoa ou coisa perante a consciência de quem deve apurar [...]” (MALATESTA, 1996, p. 112). Assim, fala-se em prova pessoal ou real. Ensina Mirabete (2000) como sendo pessoal aquela que exprime o conhecimento atribuído a alguém, tal como ocorre com o interrogatório e depoimentos; e real, quando versarem de coisa ou bem exterior e distintas do indivíduo, como é o caso da arma e impressões digitais.

No tocante à forma, a prova classifica-se em testemunhal, documental ou material. A prova testemunhal consiste no depoimento sobre fatos pertinentes ao processo, todavia seja realizado por pessoa estranha a ele, tal como ocorre na inquirição de testemunhas ou das partes. A documental constitui em afirmação escrita produzida por documentos, como na mera exibição e juntada de documentos aos autos. E a prova material é aquela obtida por meio físico, biológico ou químico, como é o caso, por exemplo, de exames e provas técnicas.

Relativamente ao efeito que produz, a prova pode ser plena, quando significar aqueles elementos que comprovam de forma inequívoca a realidade do fato, ou não plena, quando tratar-se apenas de um juízo de mera probabilidade. Nesse sentido acentua Mirabete (2000, p. 258), “em razão de seu efeito ou valor, a prova deve ser plena, completa, convincente (exigida, p. ex., para a condenação), ou não plena, uma probabilidade de procedência da alegação (suficiente para medidas preliminares [...])”.

Por último, cabe consignar ainda a chamada “prova emprestada” que constitui naquela produzida em um processo, criminal ou não, e depois trasladada para outro, acabando por tornar-se prova documental. Nas lições de Grinover (1998, p.60), ela é definida como sendo aquela produzida num processo para nele gerar efeitos em processo distinto. Entretanto, a questão sobre sua eficácia para o processo penal diverge na doutrina, pois para alguns se ela for produzida sem o contraditório no processo em que deve suscitar efeitos, equipara-se à prova ilícita ou ilegítima.

## 2.4 Ônus da prova

Consiste o ônus da prova – ou ônus *probandi* – na faculdade auferida aos litigantes de manifestar, pelos meios admissíveis, aquilo que alegam ou afirmam. Segundo lição de Rangel (2007), a palavra ônus tem origem latina (*onus*), significando carga, peso, fardo, encargo, aquilo que sobrecarrega. Daí por que, sob o ponto de vista jurídico, ônus da prova é o encargo que as partes têm de provar as alegações que fizeram em suas postulações. Sobre o tema Nucci (2004, p.378) defende que:

Ônus não é dever, pois este é uma obrigação, cujo não cumprimento acarreta uma sanção. Quanto ao ônus de provar, trata-se do interesse que a parte que alega o fato possui de produzir prova ao juiz, visando fazê-lo crer na sua argumentação.

Destarte, na busca pela veracidade dos fatos, compete às partes o encargo de produzirem as provas a fim de demonstrarem o que foi alegado em juízo a respeito dos fatos que lhe interessam. Como ensina Capez (2007, p. 311), “a prova é indubitavelmente um ônus processual, na medida em que as partes provam em seu benefício, visando dar ao juiz os meios próprios e idôneos para formar a sua convicção”.

Pelo disposto no art. 156, *caput* 1ª parte, do CPP, “a prova da alegação incumbirá a quem a fizer”. Assim, como regra genérica, o ônus da prova recai sempre àquele que alega o fato em juízo.

De tal modo, cabe à acusação o ônus de provar os fatos constitutivos da pretensão punitiva, especialmente sobre a ocorrência do fato típico, sua respectiva autoria e as circunstâncias elementares do crime, ficando incumbida à defesa a prova dos fatos e circunstâncias por ela alegados, com objetivo de impedir, modificar ou extinguir a pretensão deduzida na inicial pela acusação.

Contudo, não ficando nem a pretensão punitiva da acusação nem a pretensão de liberdade do réu comprovados, o caso será sempre de absolvição, pois o ônus da prova pertence primeiramente ao órgão acusador. A nova redação do inciso VI, parte final, do artigo 386 do Código de Processo Penal, dirimiu a controvérsia havida sobre o ônus da prova quando houver fundada dúvida sobre a existência de

circunstâncias que excluam o crime ou isentem o réu de pena (arts. 20, 21, 22, 23, 26 e § 1º do art. 28, todos do Código Penal). Destarte, mesmo a defesa alegando, por exemplo, legítima defesa, se restar constituída dúvida, o acusado deverá ser absolvido, não cabendo o ônus de saná-la.

Dessa forma, cabe ao autor da ação provar o fato típico, a culpa, a autoria e as circunstâncias que causem aumento de pena, ficando a cargo do réu a prova das excludentes de antijuridicidade e culpabilidade, bem como das causas de diminuição da pena. No entanto, essa regra comporta exceções, como ocorre quando a defesa postula a absolvição com base em uma causa específica, caso em que incumbe a ela (defesa) provar tais circunstâncias. (MACHADO, 2009, p. 363)

Cite-se ainda os casos em que o ônus da prova não recaia sobre os litigantes, cabendo ao juiz colher e produzir outros elementos visando à apuração da verdade, conforme prescreve o artigo 156, inciso II, do Código de Processo Penal, “o juiz poderá, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, determinar, de ofício, diligências para dirimir dúvida sobre ponto que entenda relevante”. Tal prerrogativa deve ser exercida com cautela, mantendo-se sua imparcialidade e atuando de maneira apenas suplementar às partes, com vistas ao alcance da sempre buscada verdade real ou material.

Destaque-se também, que no processo penal o réu não está obrigado a fornecer prova contra si, ou seja, não lhe é exigido a auto-incriminação. Portanto, se as provas que lhes forem pedidas pelo magistrado provocarem prejuízo a sua defesa, podem ser negadas.

Por tudo, constatou-se que no processo penal as partes não têm o dever de produzir provas, mas sim o ônus de realizá-las. Consequentemente, quem tem um dever processual e não o cumpre sofre a pena correspondente. Se ele tem um ônus e não atende, não sofre pena alguma, apenas deixa de lucrar o que obteria se tivesse praticado.

## 2.5 Princípios

Assim como todo instituto jurídico, as provas amparam-se em determinados princípios, os quais constituem como elementos que dão suporte e alicerce à regra e

que o jurista muito se utiliza para a construção da norma jurídica. Nos ensinamentos de Prado (2009, p. 6), fazendo referência às lições de Nunes, assevera que:

Os princípios situam-se no ponto mais alto de qualquer sistema jurídico, de forma genérica e abstrata, mas essa abstração não significa in incidência no plano da realidade. É que, como as normas jurídicas incidem no real e como elas devem respeitar os princípios, acabam por levá-los à concretude. E é nesse aspecto que reside a eficácia dos princípios: como toda e qualquer norma jurídica deve a eles respeitar, sua eficácia é – deve ser – plena.

Indispensável, portanto, a realização de um breve relato dos princípios que norteiam às provas no processo penal, em virtude de sua relevância quando da aplicação das normas penais, pois que constituem postulados fundamentais da política processual penal de um Estado, servindo de base para a interpretação, integração, conhecimento e aplicação das normas regentes do processo.

Dentre os princípios inerentes à atividade probatória, Machado (2009, p.361) aponta que pelo menos cinco princípios fundamentais são informadores da prova penal: o princípio da legalidade, da comunhão das provas, da liberdade de produção, da não-autoincriminação e o da livre apreciação da prova.

O princípio da legalidade está consagrado pela Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso LVI, como também no artigo 157, *caput*, do Código de Processo Penal, com a redação dada pela Lei 11.690/08, os quais determinam serem inadmissíveis as provas e seus meios de produção que estejam vedados ou em confronto com a lei. Este princípio é sinônimo do princípio da inadmissibilidade das provas ilícitas ou da licitude das provas conforme entendimento esposado pela doutrina majoritária a exemplo de Rangel (2007), Oliveira (2008) e Feitosa (2009).

Pelo princípio da comunhão das provas, consoante Machado (2009, p. 361) “as partes sempre poderão utilizar em benefício próprio qualquer uma das provas constantes dos autos, mesmo aquelas que não tenham sido nem propostas nem realizadas pela parte beneficiária”. Assevera Nucci (2004, p. 253):

a prova, ainda que produzida por iniciativa de uma das partes, pertence ao processo e pode ser utilizada por todos os participantes da relação processual, destinando-se a apurar a verdade dos fatos alegados e contribuindo para o correto deslinde da causa pelo juiz.

Isso significa que sendo a prova incluída no processo por uma das partes, não lhe pertence exclusivamente, podendo então ser invocada por qualquer dos litigantes e ao interesse da Justiça.

Outro princípio a ser apontado é o da liberdade da produção probatória, em que “na busca da verdade, deve o juiz desenvolver as atividades necessárias, com o escopo de dar a cada um aquilo que, efetivamente, a ele pertence”. (RANGEL, 2007, p.411). A doutrina e a jurisprudência são unânimes em concordar que os meios de provas disciplinados nos artigos 185 e 239 do CPP são simplesmente exemplificativos, tornando admissível o uso de outros meios de prova, que não os previstos legalmente.

Vale ponderar, entretanto, que apesar da importância do referido princípio para o processo, essa liberdade probatória não é absoluta e sofre limitações constitucionais em atendimento à dignidade e moralidade da pessoa humana. Nesse sentido, a legislação impõe algumas limitações quanto aos meios de prova: a prova quanto ao estado das pessoas (art. 155, parágrafo único, do CPP, com redação dada pela Lei nº 11.690/2008), exame de corpo de delito obrigatório para as infrações que deixam vestígios (art. 158, CPP), limitações de algumas pessoas que não podem depor ou que podem recusar-se a fazê-lo (arts. 206 e 207, CPP), e ainda, a proibição de uso de provas obtidas por meios ilícitos (art. 5º, LVI, CF/88). Sobre o tema versa Capez (2007, p. 310):

No Código de Processo Penal, vislumbram-se, dentre outras, as seguintes limitações ao princípio da liberdade dos meios de prova: art. 155, que manda observar as mesmas exigências e formalidades da lei civil para a prova quanto ao estado das pessoas; art. 158, que exige o exame de corpo de delito para as infrações que deixarem vestígios, não admitindo seja suprido nem pela confissão do acusado [...]

Logo, além das espécies de provas previstas na legislação, também poderão ser produzidas outras que não foram consolidadas, desde que não sejam expressamente vedadas nem contrárias à lei, à moral e aos bons costumes.

Concernente ao princípio da não-autoincriminação ensina Machado (2009, p.361) “que os acusados não estão obrigados a produzir prova contra si mesmos, nem terão a obrigação de colaborar com a produção da prova que possa eventualmente incriminá-los”. É o que determina o artigo 5º, inciso LXIII da Constituição Federal, onde o réu no processo penal tem o direito de permanecer calado, não precisando provar a sua inocência, pois que o ônus de fornecer os meios probatórios para a condenação do acusado cabe a quem alega o fato em juízo.

Pode-se afirmar, portanto, que a tutela do direito da não-autoincriminação além da proteção ao direito de permanecer em silêncio, também proíbe que o réu seja submetido a exames físicos compelido por ordem do juízo.

O instituto da atividade probatória também é regido pelo princípio da livre apreciação da prova, que resulta da regra contida no artigo 155, primeira parte, do Código de Processo Penal, que dispõe que “o juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial”. Como dispõe Capez (2007, p. 315), no princípio do livre convencimento motivado “as provas não são valoradas previamente pela legislação; logo, o julgador tem liberdade de apreciação, limitada apenas aos fatos e circunstâncias constantes nos autos”.

Note-se por oportuno o disposto sobre o tema na Exposição de Motivos do Código de Processo Penal, *in verbis*:

Todas as provas são relativas; nenhuma delas terá, *ex vi legis*, decisivo, ou necessariamente maior prestígio que outra. Se é certo que o juiz fica adstrito às provas constantes dos autos, não é menos certo que não fica subordinado a nenhum critério apriorístico no apurar, através delas, a verdade material. O juiz criminal é, assim, restituído à sua própria consciência. Nunca é demais, porém, advertir que o livre convencimento não quer dizer puro capricho de opinião ou mero arbítrio na apreciação das provas. O juiz está livre de preconceitos legais na aferição das provas, mas não pode abstrair-se ou alhear-se ao seu conteúdo. Não estará ele dispensado de motivar a sentença. E precisamente nisto reside a suficiente garantia do direito das partes e do interesse social.

Não obstante, verifica-se que apesar do julgador estar livre na apreciação das provas, só poderá valer-se daquelas encontradas no processo, sendo estas admitidas pela lei e sujeitas a um prévio juízo de credibilidade, não podendo ser ilícitas ou ilegítimas. Assim, pelo princípio analisado, constitui-se como direito do magistrado analisar criticamente o conjunto probatório, decidindo segundo o seu convencimento, sendo, porém, indispensável à fundamentação de sua decisão por embasamento das provas constantes no processo.

Por fim, cabe mencionar mais um princípio de relevante importância na produção probatória, o princípio da auto-responsabilidade das partes, segundo o qual tanto o acusador quanto o acusado são plenamente responsáveis pelos atos que realizarem no processo, como também por aqueles que, eventualmente, deixarem de realizar. Como se observou no item que abordou o ônus da prova, os litigantes possuem o encargo de demonstrar a verdade dos fatos que lhe interessam, sendo que do seu não cumprimento decorre-se uma sanção. Assevera

Prado (2009, p. 6) que “cada parte assume as conseqüências por suas ações e omissões na produção de provas, posto ser esta uma faculdade processual”. De tal modo, se de forma negligente deixar de produzir em juízo os elementos comprobatórios das alegações feitas e que lhes compete demonstrar, sofrerá o resultado dessa omissão.

### 3 AS PROVAS ILÍCITAS NO PROCESSO PENAL

Dentro da problemática que se pretende abordar, é plausível que se faça uma incursão, ainda que breve, sobre as limitações e regras que a legislação pátria prevê em relação ao exercício dos direitos e deveres assegurados aos cidadãos. Essa análise torna-se imprescindível ainda mais quando se tratar das provas ilícitas no processo penal e a efetividade das mesmas.

Tratando da produção das provas, em virtude da reforma do processo penal provocada pela Lei nº 11.690/08, o sistema de provas sofreu intensas modificações quanto à sua estruturação, devendo assim ser observadas as previsões legais no que tange à abrangência da vedação constitucional das provas obtidas por meios ilícitos, já que a questão da inadmissibilidade deste meio probatório foi regulamentada pela mencionada legislação. Por fim, analisará ainda no decorrer deste capítulo a relativização desta proibição fazendo-se uma breve abordagem acerca do princípio da proporcionalidade.

#### 3.1 Conceito

Em sentido *latu sensu*, tem-se por provas ilícitas aquelas obtidas com violação aos direitos constitucionais, como as advindas por meio de interceptação e gravação clandestina, tortura, invasão de domicílio, violação de correspondência, dentre outros. Para Capez (2007, p. 288) "prova vedada ou proibida é aquela produzida em contrariedade a uma norma legal específica". Na lição de Noronha (1997, p. 114), o sentido do termo ilícito é muito amplo e constitui em "tudo quanto à lei não permite que se faça ou que é praticado contra o direito, a justiça, a equidade, os bons costumes, a moral social e a ordem pública".

Como se vê, para que a prova sirva de sustentáculo a uma decisão judicial, necessário se faz sua obtenção por meios lícitos, não contrariando a moral e os bons costumes e ainda dentro dos limites éticos do homem. É, pois, função do Estado a descoberta da verdade dos fatos, todavia não pode ele fazê-la a qualquer custo. Nesse sentido afirma Marques (2000, p. 353-354):

Limitações várias, decorrentes dos princípios constitucionais de proteção e garantia da pessoa humana, impedem que, para a procura da verdade, lancem-se mão de meios condenáveis e iníquos de investigação e prova, além de outros fundados em superstições, credices ou práticas não mais consagradas pela ciência processual.

Sobre o tema, entende Mirabete (2000, p. 261) que, “não são ilícitas, entretanto, as provas admitidas quando o interessado consente na violação de seus direitos assegurados constitucionalmente ou pela legislação ordinária, desde que sejam bens ou direitos disponíveis”. Logo, genericamente, as provas ilícitas são as provas proibidas, impedidas no processo mediante uma sanção, podendo ser divididas em provas ilícitas propriamente ditas e provas ilegítimas.

Nesse contexto, por apresentar como finalidade a comprovação da verdade dos fatos prestados em juízo, a atividade probatória possui larga liberdade, podendo às partes utilizar-se de todos os meios de provas, capitulados ou não no sistema jurídico, ficando proibidas as provas sobrevindas de meios ilícitos.

### 3.2 Provas ilícitas, ilegítimas e ilícitas por derivação

Em meio às provas vedadas na legislação processual penal, a doutrina costuma classificar as provas ilegais em duas espécies: ilícitas e ilegítimas. A teor da regra constitucional inserta no inciso LVI do artigo 5º da CF/88, as provas obtidas por meios ilícitos são inadmissíveis no processo. Como bem ensina Capez (2007, p. 288-289), a prova será considerada ilícita “quando a prova for vedada, em virtude de ter sido produzida com afronta às normas de direito material”.

Sendo assim, entende-se por provas ilícitas aquelas cuja obtenção transgride preceitos legais de natureza material, ou seja, se o vício se deu na captação da prova, por violação de uma norma material, como no caso de prova obtida por meio de tortura.

Diversamente, definem-se por provas ilegítimas aquelas que afrontam a norma de natureza processual. Machado (2009, p. 368) as considera como sendo “aquelas vedadas por critério jurídico processual, ou seja, provas que as próprias regras processuais cuidam em excluir expressamente”.

Portanto, se o vício decorre da produção ou inserção da prova no processo, por desobediência a uma norma processual, como, por exemplo, no testemunho de pessoa proibida de depor por dever de sigilo, será configurada a prova em ilegítima e conseqüentemente haverá sanção prevista na própria lei processual, podendo ser decretada a nulidade da mesma, conforme previsto no artigo 564, inciso IV, do Código de Processo Penal. Discorre Avólio (1999, p. 44) que:

É possível distinguir, perfeitamente, as provas ilícitas das ilegítimas. A prova ilegítima é aquela cuja colheita estaria ferindo normas de direito processual, por exemplo, a proibição de depor em relação a fatos que envolvam o sigilo profissional. Diversamente, por prova ilícita, ou ilicitamente obtida, é de se entender a prova colhida com infração as normas ou princípios de direito material.

Diferenciação significativa existente entre as provas ilícitas e ilegítimas reside no momento da sua infração. Tratando das provas ilícitas, ocorre a ilegalidade no momento da sua violação, enquanto nas provas ilegítimas a transgressão se consuma no momento de sua captação, de forma externa ao processo, podendo ser anterior ou concomitante a este.

Insta observar também, a expressiva diferenciação entre elas no que concerne à sanção a ser aplicada aquele que violar. Quanto às provas ilícitas, o próprio direito material estabelece a imputação de uma sanção penal ao infrator, ressaltando que a prova é inadmissível no processo, devendo também ser excluída. Já, a sanção a ser aplicada às provas ilegítimas está prevista pela própria lei processual, não tendo a prova validade, sendo excluída do processo.

Cumprido destacar ainda o que se determina prova ilícita por derivação, lícita se vislumbrada de modo estrito, mas acoimada de vícios quanto a sua origem ilícita. Na lição de Capez (2007, p. 307) são consideradas provas ilícitas por derivação aquelas lícitas em si mesmas, mas produzidas a partir de um fato ilícito. Tal situação pode ser vislumbrada no caso da apreensão de documento em domicílio, por meio de diligência, sem prévia ordem judicial. Nessa ocasião, a prova será considerada ilícita, no entanto, a partir dessa prova ilícita obtêm-se testemunhas e outros documentos regulares produzidos (provas lícitas em si mesmas).

A teoria da prova ilícita por derivação está fundada na doutrina dos “frutos da árvore envenenada” (*fruits of the poisonous tree*) da jurisprudência norte-americana, vista adiante. Sua maior problemática residia sobre a possibilidade ou não de utilização no processo, ante a ausência de disposição legal expressa e vez que

apesar de lícitas, derivam de prova ilícita. Não obstante, a matéria passou a ser tratada com o advento da Lei nº 11.690/08, prevendo no § 1º do artigo 157 do CPP o afastamento das provas obtidas através da produção ilegal de outras.

Essencialmente, deve ser entendido que a forma de como as provas são obtidas encontra limitações no processo penal, estabelecendo o legislador o processo legal à produção de provas lícitas e legítimas. Assim, verificando a produção de provas ilícitas no processo, conforme a nova redação dada pela Lei nº 11.690/2008 ao artigo 157, § 3º do CPP, deverão elas ser desentranhadas dos autos e inutilizadas por decisão judicial, visto que se apresentam imprestáveis e destituídas de qualquer eficácia jurídica.

Quanto ao restante do processo, desde que não contaminado pela prova ilícita, permanece válido, devendo ter andamento sempre que haja outras provas autônomas e independentes, tornando-se legítima eventual condenação, desde que amparada em outras provas lícitas.

No que diz respeito aos casos em que a sentença transitada em julgado se baseou em prova ilícita, poderá ser decretada sua nulidade em sede de revisão criminal, em face da existência de prova ilícita (GRINOVER, FERNANDES E GOMES FILHO, 2001, p. 144).

Muito embora haja previsão expressa acerca da inadmissibilidade das provas ilícitas, doutrina e jurisprudência se manifestam de forma bastante controvertida a respeito, inclusive com opiniões no sentido de admitir a prova obtida ilicitamente como válida e eficaz no processo penal em algumas situações.

### 3.3 A Doutrina dos Frutos da Árvore Envenenada

A teoria dos frutos da árvore envenenada é proveniente do direito norte-americano, sendo conhecida como "*Fruits of the poisonous tree*" e utilizada pela primeira vez na decisão do caso "*Silverthorne Lumber Co v. United States*" (1920), no qual a Suprema Corte desconsiderou intimação expedida com base em informação havida em busca ilegal, proclamando a exclusão de qualquer prova advinda de

práticas ilegais, pois que todo o processo fica contaminado com o vício da origem, o que gera a nulidade das provas ulteriores. Segundo Machado (2009, p. 371)

o direito norte-americano se socorreu da metáfora bíblica dos “frutos da árvore envenenada”, argumentando que uma árvore contaminada só pode gerar frutos também contaminados, ou seja, a prova derivada de uma ilicitude só pode ser também ilícita, portanto, inadmissível no processo penal.

Nesse sentido, interessante é a lição de Ávila (2007, p. 102) asseverando que:

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 a qual se originou.

Com efeito, o emprego dessa Teoria tem por finalidade evitar que os agentes produtores de uma prova advinda por meio ilegal acabem utilizando delas para a obtenção de nova prova, cuja existência apenas seria observada a partir daquela prova ilícita.

No Brasil, até o advento da Lei n° 11.690/2008, não existia no ordenamento legal qualquer dispositivo tratando sobre a aceitação ou não das provas ilícitas por derivação, sendo questão tormentosa na doutrina e jurisprudência pátria. O Supremo Tribunal Federal, quando chamado a se manifestar sobre o assunto, inicialmente havia decidido pela inaplicabilidade da doutrina dos frutos da árvore envenenada, entendendo que não havia contaminação, e, portanto, válida era a referida prova. Todavia, posteriormente, após alguns questionamentos, firmou o posicionamento no sentido de proibir este meio probatório.

Assim, a decisão adotada pela Suprema Corte, seguindo a teoria dos frutos da árvore envenenada, foi a de que a prova adquirida em decorrência de uma prova obtida por meio ilícito é inadmissível no processo. Destarte, vedou-se a prova ilícita por derivação, acarretando a nulidade do processo.

Por sua vez, a alteração no CPP, promovida pela Lei n° 11.690/2008, veio solucionar expressamente a questão, em que ficou determinada a inadmissibilidade

das provas ilícitas por derivação, consagrando-se na legislação brasileira a teoria em análise:

CPP, art. 157, § 1º: São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras.

Cumpra observar, que não existindo nexo entre as provas, não há que se falar em uma derivada da outra, e conseqüentemente, não havendo contaminação. Importante enfatizar ainda que a doutrina dos frutos da árvore envenenada apresenta limitações, tendo o ordenamento jurídico brasileiro reconhecido a exceção com as alterações realizadas no texto do Código de Processo Penal pelo legislador em 2008.

Considerando o dispositivo legal, no seu artigo 157, § 1º, abre-se a possibilidade de se utilizar a prova ilícita por derivação, adotando a chamada teoria da fonte independente, que segundo lição do doutrinador Oliveira (2008, p. 311) “baseia-se precisamente na ausência fática de relação de causalidade ou de dependência lógica ou temporal (produção da prova posteriormente à ilícita”.

Tem-se então, que para o reconhecimento da limitação da fonte independente, é necessário que se haja uma autonomia entre a prova ilícita e a prova derivada, sem qualquer relação de dependência entre ambas. No Brasil, com a recente reforma, o próprio legislador versou da conceituação a exceção da fonte independente:

CPP, art. 157, § 2º. Considera-se fonte independente aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova.

Todavia, tal dispositivo recebe críticas, vez que parte da doutrina sustenta que essa redação atribuída ao § 2º trata-se, em verdade, da chamada teoria da descoberta inevitável, aplicada pela Suprema Corte norte-americana como mais uma exceção a aplicação da teoria dos frutos da árvore envenenada.

Conforme essa limitação, a prova decorrente de uma violação constitucional deve ser avaliada se ficar demonstrado que o elemento probatório colhido

ilicitamente seria inevitavelmente descoberto por outros meios jurídicos disponíveis. Nesse diapasão, estabelece Machado (2009, p. 372) que: “admite-se a utilização de uma prova revelada por outra ilícita, desde que se demonstre que a comprovação dos fatos seria inexorável e, fatalmente, decorreria da atividade probante realizada de praxe pela investigação ou instrução criminal”. A respeito do tema Feitosa (2009, p. 700):

A Suprema Corte entendeu que a “doutrina dos frutos” não impediria a admissão de prova derivada de uma violação constitucional, se tal prova teria sido descoberta “inevitavelmente” por meio de atividades investigatórias lícitas sem qualquer relação com a violação, bem como que a “descoberta inevitável” não envolve elementos especulativos, mas concentra-se em fatos históricos demonstrados capazes de pronta verificação”.

De tal forma, portanto, que nem sempre que se deparar com uma prova produzida por meio ilícito se terá como consequência a inadmissibilidade de todas aquelas outras provas a ela subseqüentes, sendo imprescindível o exame cuidadoso de cada situação concreta, de modo que se avalie a eventual derivação da ilicitude.

Com efeito, a vedação das provas ilícitas está inserida no título da Constituição que trata dos direitos e garantias fundamentais e configura-se como uma das colunas da proteção constitucional à intimidade, à honra e à integridade física do indivíduo, impondo a total observância dos seus preceitos. Não obstante, o que arrazoa, hodiernamente, é se essa proibição deve ser analisada de forma taxativa ou se admite alguma flexibilização, a fim de impedir injustiças.

### 3.4 O princípio da proporcionalidade

A Lei Fundamental promulgada em 1988 consagrou em seu artigo 5º diversos direitos e garantias fundamentais individuais e coletivos, não apresentando qualquer tipo de hierarquia entre eles, visto que lhe são atribuídos mesmo valor e força vinculativa.

Todavia, os preceitos constitucionais não possuem valor absoluto, devendo ser interpretados harmonicamente em relação a todo o ordenamento jurídico, de modo a não aniquilar outro princípio de equivalente grau de importância. Conforme

leciona Moraes (2005), os direitos humanos fundamentais não podem ser empregados como um verdadeiro escudo protetivo da prática de atividades ilícitas, assim também como argumento para o afastamento ou diminuição da responsabilidade penal por atos criminosos, sob pena de ser consagrado o desrespeito a um legítimo Estado de Direito.

Na lição de Grinover (1998), pelo que dispõe a moderna doutrina constitucional, os direitos do homem não podem ser percebidos em sentido absoluto, em face da natural restrição advinda do princípio da convivência das liberdades, onde não se permite que qualquer delas seja exercida de modo danoso à ordem pública e às liberdades alheias.

É a partir daí que surge a teoria da proporcionalidade, também chamada de princípio da razoabilidade, ou ainda, princípio do interesse predominante, por meio do qual, em casos excepcionais e de extrema gravidade, existindo alguma circunstância mais importante a ser protegida, onde o direito tutelado prepondera sobre aquele atingido, poder-se-ia afastar aquela proibição, sendo efetivada a sua utilização.

O princípio da proporcionalidade foi aplicado de forma ampla na Alemanha do pós-guerra, sob o argumento de que as garantias constitucionais não deveriam ser empregadas de forma inflexível, admitindo abrandamento em situações excepcionais, quando se última por priorizar um princípio de maior valor social em detrimento de outro, de menor relevância. A respeito do tema vale mencionar o ensinamento de Avólio (1999, p. 60):

A transposição do princípio da proporcionalidade para o plano constitucional deve-se em boa parte ao papel do Tribunal Constitucional Alemão. Através de sucessivos pronunciamentos, expressões claramente associadas ao pensamento da proporcionalidade foram se tornando recorrentes, até se estabelecer de forma incisiva [...]

Implicitamente calcado na Constituição Federal, a teoria da proporcionalidade é apresentada por diversos doutrinadores como um importante meio de proteção da liberdade na ordem constitucional atual, tendo por escopo a flexibilização da norma constitucional quando houver conflito entre direitos e garantias fundamentais. Estabelece Mirabete (2000) que a proporcionalidade vale-se da "teoria do sacrifício", onde de acordo com a situação especificamente avaliada, deve prevalecer aquele princípio que parece ser o mais importante.

Seguindo a tese adotada por Alexy (1997), a explicação mais adequada para fundamentar a utilização do princípio da proporcionalidade como ferramenta metodológica no controle de validade das restrições aos direitos fundamentais encontra-se na própria estrutura das normas que os consagram.

Quanto à sua finalidade, Nucci (2004, p. 330) aduz que a teoria da proporcionalidade tem por intuito "equilibrar os direitos individuais com os interesses da sociedade, não se admitindo, pois, a rejeição contumaz das provas obtidas por meios ilícitos". Sua finalidade é de servir como uma carga argumentativa dos direitos fundamentais ou não, bem como estruturar e aplicar os postulados normativos que impliquem em intervenção dos direitos fundamentais.

A proporcionalidade subdivide-se ainda em outros subprincípios. São eles: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Pelo subprincípio da adequação entende-se que toda intervenção nos direitos fundamentais deve ser idônea a obter um fim constitucionalmente legítimo, ou seja, qualquer medida que o Poder Público adote deve ser apto a atingir o objetivo pretendido. Assim, é necessário verificar se as medidas aplicadas para a consecução de um caso concreto representam o meio certo para a obtenção do fim desejado, garantindo conseqüentemente a sua validade.

Já, o subprincípio da necessidade, preleciona que a adequação do meio utilizado ao fim pretendido não é suficiente, sendo necessário o emprego de medida menos gravosa na aplicação de determinados direitos fundamentais. Portanto, consoante o pressuposto da necessidade, é exigida a utilização de um meio que menos interfira no direito fundamental, sem entrar na questão da adequação entre meios e fins.

Por fim, o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito que estabelece que mesmo quando uma medida for aplicada e nela já se tenha verificado a sua adequação e necessidade, ainda assim, deve-se averiguar se o resultado obtido com a intervenção é proporcional com sua carga coativa. De tal modo, havendo a colisão entre os bens jurídicos protegidos, devem ser impostas restrições recíprocas a ambos, de acordo com a ponderação de interesses, sendo admissível o ônus apenas quando o benefício lhe for superior.

Por tudo, o princípio da proporcionalidade significa que analisando uma lei restritiva de direitos, o que se deve ter em vista é a sua finalidade, os meios adequados e necessários para alcançá-lo e o grau de limitação e de promoção que

ela acarretará aos princípios constitucionais que estejam envolvidos, quais sejam: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. (PAULO E ALEXANDRINO, 2009, p. 72)

Se acaso os meios não forem adequados ao fim desejado ou se o seu emprego vier a ocasionar restrição de direitos em um grau maior do que o necessário, ou ainda se as desvantagens da adoção da medida, que trazem cerceamento a princípios constitucionais, excederem as vantagens, que é a realização ou promoção de outros princípios constitucionais, deve a lei ser invalidada por ofensa à Constituição, especificamente, por violação ao princípio da proporcionalidade ou razoabilidade.

Enfim, a avaliação do princípio da proporcionalidade não é exaurida na ponderação de compatibilidade entre os meios e os fins, indo além, pois o que se busca investigar é se o ato é adequado e necessário ao fim colimado, além de analisar entre os bens, direitos e interesses protegidos e atingidos pela atuação estatal, qual deve prevalecer no caso concreto.

Desta forma, o princípio da proporcionalidade serve de alicerce para que o juiz analise o caso concreto e faça uma ponderação de valores entre os bens jurídicos conflitantes, a fim de que se possa determinar a possibilidade de se utilizar a prova ilícita, atentando o juiz para uma boa administração das liberdades em colisão.

## 4. A EFICÁCIA DAS PROVAS ILÍCITAS NO PROCESSO PENAL

Em certas ocasiões, a sociedade, representada pelo Estado, é posta diante de interesses fundamentais e antagônicos, os quais cabe a ela tutelar. Nesse contexto, apesar da vedação constitucional, é que se anseia delinear a importância do princípio da proporcionalidade, vislumbrado como indispensável norma constitucional.

De tal modo, o capítulo que segue passa a examinar a problemática central do presente trabalho monográfico, qual seja, a possibilidade de utilização da prova produzida ilicitamente no processo penal bem como a eficácia advinda de sua provável aplicação, cujo aproveitamento será discutido sob a perspectiva do emprego do princípio da proporcionalidade.

### 4.1 Aspectos Gerais

É de se observar que os direitos e garantias do homem não podem ser entendidos de forma irrestrita. O princípio da conveniência das liberdades deve ser respeitado e utilizado de forma que a ordem pública e as premissas alheias não possam ser prejudicadas.

Com a nova redação do artigo 157 do CPP, o polêmico tema da inadmissibilidade e do destino das provas ilícitas no processo penal sofreu maior enfoque, tornando-se questão controvertida na doutrina e na jurisprudência pátria, com opiniões e decisões divergentes no que tange à possibilidade de utilização de provas obtidas por meios ilícitos.

A inadmissibilidade das provas ilícitas não é absoluta. Ainda que alguns doutrinadores considerem totalmente inaceitáveis as provas ilícitas, a doutrina constitucional hodierna tem admitido uma leve atenuação à vedação das provas ilícitas, em situações de excepcional gravidade, visando não cometer injustiças decorrentes do excessivo formalismo. Segundo ensinamento de Gomes (2008):

O tema das provas ilícitas tem total afinidade com o dos direitos fundamentais da pessoa. Todas as regras que disciplinam a obtenção das provas são, evidentemente, voltadas para os órgãos persecutórios do Estado, que não podem conquistar nenhuma prova violando as limitações constitucionais e legais existentes. Descobrir a verdade dos fatos ocorridos é função do Estado, mas isso não pode ser feito a qualquer custo.

O único abrandamento do princípio da inadmissibilidade das provas ilícitas tem sido a Teoria da Proporcionalidade, onde estabelece que o julgador, em caráter excepcional e em casos extremamente graves, ao apreciar a admissibilidade de uma prova ilícita no processo, o faça ponderando os bens jurídicos abrangidos no caso em exame, de modo que sejam corrigidas prováveis injustiças oriundas da pura vedação constitucional.

Na lição de Moraes (2005, p. 97):

Essa atenuação prevê, com base no Princípio da Proporcionalidade, hipóteses de admissibilidade das provas ilícitas, que, sempre em caráter excepcional e em casos extremamente graves, poderão ser utilizadas, pois nenhuma liberdade pública é absoluta, havendo possibilidade, em casos delicados, em que se perceba que o direito tutelado é mais importante que o direito à intimidade, segredo, liberdade de comunicação, por exemplo, de permitir-se sua utilização.

Assim, de acordo com o princípio da proporcionalidade deve ser feita uma ponderação entre os bens jurídicos a serem tutelados, não aceitando todas as provas ilícitas, como também não proibindo qualquer prova pelo fato de ser ilícita, sendo ele aplicado quando, no caso concreto, houver choque entre preceitos constitucionais de igual relevância. Como bem assevera Capez (2007), nem toda prova obtida ilicitamente pode ser desprezada, posto que em situações peculiares o interesse a ser defendido possua uma maior relevância do que a intimidade a ser preservada.

Sendo a prova imprescindível, considerada como a única forma possível e razoável de proteção de outros valores fundamentais considerados mais urgentes, apesar de obtida por meios ilícitos, deve ser aceita e admitida em atenção ao princípio da proporcionalidade, sendo empregada *pro reo* ou *pro societate*. Nesse sentido Capez (2007) faz ressalva apenas quanto à prática de tortura, visto que, por afrontar normas de direito natural, anteriores e superiores às próprias Constituições, nunca pode ser acolhida.

Segundo essa teoria, em alguns casos excepcionais, analisando o fato concreto, entende-se que o legislador poderá sopesar se outra norma também

constitucional, não supera em valor aquela que está sendo violada, ou seja, ante o conflito de princípios igualmente constitucionais, compete ao magistrado aplicar a razoabilidade na sua decisão, submetendo o princípio de menor importância ao de maior valor social.

Pelo ensinamento do ilustre doutrinador Aranha (1999, p. 63), “direitos fundamentais como os de liberdade, de proteção à vida, de segurança e outros não podem ser restringidos por outros que estabelecem proteção à intimidade, à correspondência, à comunicação telefônica, à imagem etc”.

Nos casos de provas ilícitas por derivação, também se tem sustentado a aplicação do princípio da proporcionalidade, quando a proteção dos valores atingidos pelo crime justificar o sacrifício dos valores atingidos pela ilegalidade da prova. (MACHADO, 2009, p. 372)

A respeito da natureza subjetiva do princípio da proporcionalidade, Grinover, Fernandes e Gomes Filho (2001, p. 136) ressaltam que:

[...] embora reconhecendo que o subjetivismo ínsito no princípio da proporcionalidade pode acarretar sérios riscos, alguns autores tem 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 tão extraordinárias que levariam a resultados desproporcionais, inusitados e repugnantes se inadmitida a prova ilicitamente colhida.

Partindo dessas premissas é que, ponderando a busca pela justiça e vedação constitucional de provas ilícitas, na prática, tem aceitado certas provas ilícitas. Ademais, tem-se que a regra deve ser a inadmissibilidade das provas ilícitas, sendo admitidas em juízo, excepcionalmente, pelo acatamento às liberdades públicas e ao princípio da dignidade humana na colheita de provas e na própria persecução penal do Estado.

#### 4.2 A admissibilidade das provas ilícitas em favor do réu

A utilização do princípio da proporcionalidade para a validação de prova obtida ilicitamente em favor do réu tem sido amplamente aceita no processo penal

pela doutrina e jurisprudência. Praticamente a unanimidade acolhe a possibilidade de uso da prova ilícita em benefício da defesa do réu, no intuito de evitar que o mesmo seja injustamente prejudicado ou ainda evitando a condenação de um inocente. Nesse sentido afirma Fernandes (2000, p. 82):

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. Não se conseguiria justificar a condenação, até mesmo a pena elevada, de uma pessoa quando há nos autos provas de sua inocência, ainda que tenha sido obtida por meios ilícitos.

Destarte, amparando-se pelo fato de que nenhum direito fundamental é absoluto e que em razão da natureza protecionista em favor do réu, sustentado pelo direito de liberdade e as demais garantias, se admite o uso de provas ilícitas *pro reo* em face do princípio da proporcionalidade. De tal modo, sob a ótica do direito de defesa, também assegurado constitucionalmente, onde impera o princípio do *favor rei* ou *favor libertatis*, nega-se a aplicabilidade ao preceito constitucional de inadmissibilidade das provas ilícitas.

Além disso, nos casos em que o próprio acusado colhe uma prova de forma inidônea, tem-se entendido que não pode esta ser considerada ilícita vez que estaria ele acobertado por causas de justificação legais de antijuridicidade, como a legítima defesa. Nas palavras de Machado (2009), ainda que a ilegalidade tenha sido perpetrada pelo próprio beneficiado, admiti-se o uso da prova obtida por meios ilícitos *pro reo*. Nessa circunstância argumenta-se que o autor da ilegalidade na obtenção da prova terá agido em legítima defesa ou até mesmo pressionado pelo estado de necessidade, o que levaria a excluir a ilicitude do comportamento.

Sobre o tema, Oliveira (2008) assevera que em quaisquer circunstâncias a prova da inocência do réu deve ser aproveitada, pois que em um Estado de Direito não há como se conceber a idéia da condenação de alguém que o próprio Estado acredita ser inocente. Ademais, a violação de direitos na busca da prova da inocência poderá ser movida em razão do estado de necessidade e o princípio da inadmissibilidade da prova ilícita constitui-se em garantia individual expressa, não podendo ser utilizado contra quem é o seu primitivo e originário titular.

Como se vê, tal posição abranda o rigorismo da inadmissão absoluta das provas ilícitas, argumentando ser admissível, em matéria penal, a prova que seja favorável ao acusado em obediência ao princípio do *favor rei* e do direito de defesa

de sua liberdade. Corroborando com esse entendimento afirma Capez (2007, p. 308):

De fato, a tendência na doutrina pátria é a de acolher essa teoria, para favorecer o acusado (a chamada prova ilícita *pro reo*), em face do princípio do *favor rei*, admitindo sejam utilizadas no processo penal as provas ilicitamente colhidas, desde que em benefício da defesa.

Através do princípio da proporcionalidade pode-se contrapor a vedação constitucional às provas ilícitas ao direito, ao devido processo legal e à ampla defesa. Nesse diapasão, sendo o uso de uma prova ilícita o único meio de alguém provar sua inocência, a mesma pode ser considerada. Ressalte-se, nesse caso, que tal prova, quando enquadrada nessa regra excepcional, perderia o caráter de ilicitude ou antijuricidade, sendo então tida por prova lícita. (PRADO, 2009, p. 31).

Confirmando a aceitação da teoria da proporcionalidade, Bastos (1990) destaca algumas regras de imposição obrigatória ao julgador a serem observadas no momento da avaliação da admissibilidade das provas ilícitas.

Inicialmente, deve ser constatada a indisponibilidade da prova para proteção de direito mais encarecido e valorizado pela Lei Maior do que aquele afetado pela sua produção. Por conseguinte, a prova deverá ser produzida em favor do réu e não do Estado como titular da ação penal. Finalmente, do evento inconstitucional que resultou na coleta da prova, não poderá ter ocorrido à participação direta ou indireta do réu.

Inversamente a essa posição manifesta-se Tourinho Filho (2001), em que destaca que a liberdade do indivíduo e a dignidade da pessoa humana constituem valor absoluto e, por isso, devem prevalecer em relação ao interesse estatal de punir. Segundo ele, é preferível que um criminoso fique impune a se tolerar o desrespeito à Lei Maior.

De se notar, porém, que não parece ser razoável o caráter inflexível de se desprezar sempre, toda e qualquer prova ilícita. Em algumas situações, o interesse que se deseja resguardar contém muito mais relevância do que a intimidade que se quer conservar.

De fato, verifica-se uma certa tendência doutrinária e jurisprudencial no Brasil de se aplicar, excepcionalmente, o princípio da proporcionalidade *pro reo*, sustentando-se a eliminação da ilicitude por causas excludentes, como a legítima defesa ou o estado de necessidade. Entretanto, há que se enfatizar a exigência da

observância da razoabilidade, através da ponderação extremamente cautelosa dos valores contrapostos, sob pena de violação do preceito inserto no artigo 5º, inciso LVI, da Carta Magna.

O Supremo Tribunal Federal há algum tempo atrás, entendia não ser possível a utilização da prova ilícita em qualquer circunstância. Todavia, hodiernamente esse entendimento modificou-se no sentido de aceitar a prova obtida ilicitamente, ainda que com ressalvas, quando for aplicado o princípio da proporcionalidade em favor do réu.

Nesse sentido, interessantes julgados jurisprudenciais que ponderam as normas constitucionais em confronto, em atenção dos princípios da proporcionalidade e da relatividade ou convivência das liberdades públicas merecem ser a seguir transcritos:

Em matéria de provas ilícitas, a jurisprudência pátria apenas aplica o princípio da proporcionalidade *pro reo*, entendendo-se que a ilicitude é eliminada por causas excludentes de ilicitude, tendo em vista o princípio da inocência (STF, HC 74.678 – SP, Rel. Min. Moreira Alves, 1 Turma).

GRAVAÇÃO DE CONVERSA TELEFÔNICA POR UM DOS INTERLOCUTORES. PROVA LÍCITA. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. "HABEAS CORPUS". RECURSO. 1. A gravação de conversa por um dos interlocutores não é interceptação telefônica, sendo lícita como prova no processo penal. 2. **Pelo Princípio da Proporcionalidade, as normas constitucionais se articulam num sistema, cujo harmonia impõe que, em certa medida, tolere-se o detrimento a alguns direitos por ela conferidos, no caso, o direito à intimidade.** 3. Precedentes do STF. 4. Recurso conhecido mas não provido. (STJ, RHC 7.216/SP, relator Ministro Edson Vidigal, publicação DJ 25/05/1998) (grifos nossos)

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 2ª Turma. Ementa: CONSTITUCIONAL. PENAL. GRAVAÇÃO DE CONVERSA FEITA POR UM DOS INTERLOCUTORES: LICITUDE. PREQUESTIONAMENTO. Súmula 282-STF. PROVA: REEXAME EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO: IMPOSSIBILIDADE. Súmula 279-STF. I. - **A gravação de conversa entre dois interlocutores, feita por um deles, sem conhecimento do outro, com a finalidade de documentá-la, futuramente, em caso de negativa, nada tem de ilícita, principalmente quando constitui exercício de defesa.** II. - Existência, nos autos, de provas outras não obtidas mediante gravação de conversa ou quebra de sigilo bancário. III. - A questão relativa às provas ilícitas por derivação  $\frac{3}{4}$  "*the fruits of the poisonous tree*"  $\frac{3}{4}$  não foi objeto de debate e decisão, assim não prequestionada. Incidência da Súmula 282-STF. IV. - A apreciação do RE, no caso, não prescindiria do reexame do conjunto fático-probatório, o que não é possível em recurso extraordinário. Súmula

279-STF. V. - Agravo não provido. (AI nº 503617 AgR/PR. Relator: Min. Carlos Velloso. Julgamento: 01.02.05.) (grifos nossos)

Dessa forma, o Supremo Tribunal Federal, seguindo o posicionamento majoritário da doutrina, acolhe expressamente a utilização da prova colhida com transgressão às normas legais, desde que para beneficiar o acusado. De tal modo, ao confrontar a prova ilícita obtida pelo acusado com outros direitos e valores fundamentais individuais através do princípio da proporcionalidade, entende-se que os princípios constitucionais da liberdade, da ampla defesa e do contraditório, bem como o princípio da verdade real e da presunção de inocência, quando em choque com as demais liberdades individuais, aqueles possuem maior valor que estes, justificando a admissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos no processo penal.

#### 4.3 A admissibilidade das provas ilícitas em favor da sociedade

Embora seja praticamente pacífica a utilização da prova ilícita em benefício do réu, o posicionamento doutrinário e jurisprudencial é divergente quanto à aceitação da prova obtida por meios ilícitos empregada para condenar o indivíduo culpado, ou seja, em favor da sociedade.

Segundo os defensores desta corrente, o fundamento do raciocínio da admissão das provas ilícitas *pro societate* é o mesmo que admite sua utilização a favor do réu, o princípio da proporcionalidade, visto que a principal finalidade do processo penal é a busca da verdade real, sendo a punição do indivíduo culpado pelo crime a resposta eficaz à sociedade e a outros criminosos. Sobre o assunto Capez enfatiza que (2007, p. 269):

Entendemos que o princípio da proporcionalidade deve ser também admitido *pro societate*, pois o confronto que se estabelece não é entre direito ao sigilo, de um lado, e direito da acusação à prova, do outro. Trata-se de algo mais profundo. A acusação, principalmente a promovida pelo Ministério Público, visa a resguardar valores fundamentais para a coletividade, tutelados pela norma penal. Quando o conflito se estabelecer entre a garantia, o sigilo e a necessidade de tutelar a vida, o patrimônio e a segurança, bens também protegidos por nossa Constituição, o juiz, utilizando de seu alto poder de discricionariedade, deve sopesar e avaliar os valores contrastantes envolvidos.

Portanto, o uso do princípio da proporcionalidade não seria exclusivamente a favor do réu, podendo fazer uso dessa mesma teoria em prejuízo de alguém, mas em favor da sociedade, desde que de forma excepcional, levando-se em conta o caso concreto, com atenção à razoabilidade da medida e o adequado temperamento entre a violação de um direito e o atendimento a outro de maior importância. Como afirma Barbosa Moreira, citado por Feitosa (2009, p. 702) “a admissibilidade da prova ilícita por aplicação do princípio da proporcionalidade também pode servir à acusação, com fundamento no princípio da isonomia e tendo em vista a crescente criminalidade organizada”.

Ademais, a possibilidade de utilização de prova ilícita *pro societate* somente pode ser admitida em situações extremas e excepcionais, pois, do contrário, o Estado estaria sendo incentivado a violar direitos fundamentais, e conseqüentemente confrontando a própria noção de provas ilícitas, que foram originariamente idealizadas e instituídas exatamente para dissuadir o Estado de violar direitos fundamentais. No tocante ao tema, o Superior Tribunal de Justiça, ainda que implicitamente, admitiu a incidência em favor da acusação, conforme o seguinte julgado:

CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL PENAL. "HABEAS CORPUS". ESCUTA TELEFÔNICA COM ORDEM JUDICIAL. RÉU CONDENADO POR FORMAÇÃO DE QUADRILHA ARMADA, QUE SE ACHA CUMPRINDO PENA EM PENITENCIÁRIA, NÃO TEM COMO INVOCAR DIREITOS FUNDAMENTAIS PRÓPRIOS DO HOMEM LIVRE PARA TRANCAR AÇÃO PENAL (CORRUPÇÃO ATIVA) OU DESTRUIR GRAVAÇÃO FEITA PELA POLÍCIA. O inciso LVI do art. 5.º Da constituição, que fala que 'são inadmissíveis as provas obtidas por meio ilícito', não tem conotação absoluta. Há sempre um substrato ético a orientar o exegeta na busca de valores maiores na construção da sociedade. A própria constituição federal brasileira, que é dirigente e programática, oferece ao juiz, através da 'atualização constitucional (*verfassungsaktualisierung*), base para o entendimento de que a cláusula constitucional invocada é relativa. A jurisprudência norte-americana, mencionada em precedente do Supremo Tribunal Federal, não é tranqüila. Sempre invocável o princípio da 'razoabilidade' (*reasonableness*). O 'princípio da exclusão das provas ilicitamente obtidas' (*exclusionary rule*) também pede temperamentos. Ordem denegada. (STJ, 6ª Turma, HC-3.982/RJ, Rel. Min. Adhemar Maciel, j. 05/dez./1995, DJU 26/fev./1996)

No tocante ao Supremo Tribunal Federal, em vários julgados deixa claro o seu posicionamento de contrariedade à admissão, em qualquer hipótese, da prova ilícita com intuito de condenação do acusado. Todavia, interessante mencionar um julgado da Suprema Corte aludido por Oliveira (2008, p. 324) que envolve a

extradição de uma artista mexicana, alegando a mesma, que teria sido vítima de estupro no interior das dependências da Polícia Federal. Diante de tais fatos, o STF deferiu a produção de exame de DNA na placenta da gestante, recolhida sem sua autorização, tendo por fundamento uma necessária ponderação entre os valores contrapostos, admitindo assim, a aplicação da proporcionalidade na produção da prova (RCL nº 2.040/DF, Rel. Min. Néri da Silveira, em 21.2.2002 – Informativo STF nº 257, 18 a 22 de fevereiro de 2002).

De se notar, que o ordenamento brasileiro não autoriza o exame de DNA contra a vontade do titular e se tratando dos indiciados, o meio de prova utilizado seria ilegal. De tal forma, patente é a constatação de que a Suprema Corte valeu-se do critério de proporcionalidade para a aceitação de prova não prevista em lei e em favor da acusação.

Nesse passo, de acordo com essa corrente, o emprego das provas ilícitas em favor da sociedade não deixa de lado os direitos fundamentais assegurados ao ser humano, mas coloca-se no sentido de que não se pode admitir que criminosos fiquem impunes pela imposição irrestrita do Estado em respeitar suas intimidades. Sua admissibilidade em favor da sociedade fundamenta-se na garantia de igualdades das partes no processo, apregoando a paridade entre a defesa e a acusação, além de sustentar também o fato de que a própria ordem constitucional versou com mais rigidez crimes de maior gravidade, objetivando garantir maior proteção à sociedade. Logo, quando em colisão e com base no princípio da proporcionalidade, o direito individual do réu poderia possuir um peso menor do que o direito conferido para toda a coletividade.

#### 4.4 Análise sobre a eficácia das provas ilícitas no processo criminal

A prestação jurisdicional tem como principal objetivo a correta composição da lide e para que se cumpra tal finalidade, imprescindível o descobrimento da verdade, ou quando não for possível, a descoberta do que lhe seja próximo, pelo menos. No entanto, para a sua configuração recomenda-se uma postura mais efetiva do magistrado, não implicando, porém, na perda da imparcialidade, mas, apenas, um exercício mais eficaz do dever de julgar.

Sabe-se que a regra geral é que as provas ilícitas sejam afastadas do processo, contudo o tema não é tão simples quanto parece, visto que em diversas situações não se pode rechaçá-las definitivamente sob pena de implicações desastrosas. De tal modo, o julgador se vislumbra diante de uma árdua tarefa, pois detém em suas mãos uma enorme responsabilidade e tem que decidir sobre a admissão ou não das provas ilícitas. Nas palavras de Vasconcellos (2001, p. 461):

O juiz, ao ter que enfrentar um caso em que esteja sendo discutida a admissibilidade de uma prova ilicitamente obtida, deve atentar para uma boa administração das liberdades em conflito de forma a tornar possível a incidência do 'justo' na decisão final a ser proferida.

Destarte, a rigidez na exclusão das provas ilícitas na instrução processual não representa a postura mais adequada a ser adotada pelo aplicador do direito, podendo ocasionar resultados gravemente desproporcionais. Ressalte-se que, nunca a tortura poderá ser utilizada para obter uma prova que será validamente admitida no processo, pois os bens jurídicos tutelados não dão margem para aplicação do princípio da proporcionalidade.

Greco (2005, p. 13), fazendo referência a Vittorio Denti, aduz que a problemática das provas ilícitas não pode ser analisado no plano meramente processual, mas como garantia de respeito a direitos fundamentais protegidos por normas constitucionais. Para ele, não se protegem direitos fundamentais suprimindo direitos fundamentais. Verifica-se aí, que a proporcionalidade serve como um mecanismo de harmonização que pondera um princípio de menor relevância com um que tenha um valor social de maior relevância, apresentando como melhor solução a análise do caso concreto feita pelo julgador. O senso comum e a discricionariedade, desde que observe certos critérios de razoabilidade e proporcionalidade, devem ser vistos pelo magistrado quando tiver que sacrificar um interesse em conflito com outro de maior relevância social que beneficie o indivíduo que se utiliza da prova ilícita. A respeito do tema Carnaúba (2000, p. 86-87) aduz que:

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, observe-se, são, na 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 ambientes sigilosos. 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.

Em resumo, a inadmissibilidade das provas obtidas ilicitamente deve ser sempre a regra, todavia, para resolução de determinadas situações, problemáticas por natureza, os bens jurídicos tutelados deverão passar pelo juízo de ponderação, de modo razoável, proporcional, adequado e necessário, sendo exercido de forma que o sacrifício de um direito seja imprescindível para a solução do caso.

Enfim, apesar dessa não ser a posição majoritária, da doutrina e da jurisprudência brasileiras, entende-se que nada impede que o juiz baseie o seu convencimento em uma prova ilícita desde que, assumindo ele uma postura mais ativa, venha a utilizar-se do princípio da proporcionalidade para sopesar as circunstâncias do caso concreto, os valores e os bens envolvidos, buscando-se o ponto de equilíbrio entre os interesses conflitantes.

## 5 CONCLUSÃO

No processo penal, a prova é entendida como o meio pelo qual às partes se valem para convencer o julgador das suas pretensões e realizar a reconstrução dos fatos, sendo, portanto, o instrumento de que o juiz se utiliza para proferir a sua decisão. De tal forma, a produção probatória assume importância fundamental no provimento jurisdicional e mostra-se como o cerne do processo.

Realizada a análise da prova como meio indispensável à atividade jurisdicional, constatando que ela possui uma ampla liberdade na sua produção, em decorrência de que se busca a reconstrução do fato histórico da forma mais próxima possível da realidade, verifica-se que essa liberdade não pode ser entendida como absoluta, tendo a Constituição Federal da República de 1988, de modo expresso, estabelecido limitações no seu exercício, rejeitando o uso das provas obtidas por meios ilícitos, afastando-as do processo.

No entanto, a inadmissibilidade das provas obtidas ilicitamente deve ser vista apenas como um ponto de partida para o tratamento do tema, pois que, na prática processual penal, perante determinadas circunstâncias concretas, há um extenso caminho a se percorrer e abolir definitivamente as provas ilícitas do processo pode ocasionar resultados desastrosos.

Nesse diapasão surgem diversas divergências na doutrina e na jurisprudência pátria, analisando sobre a possibilidade de utilização das provas produzidas ilicitamente no processo, mitigando a idéia de rigorismo formal imposta pela lei processual penal.

Verificou-se que existindo conflitos entre os bens jurídicos tutelados deve ser empregado o princípio da proporcionalidade para sopesar as circunstâncias do caso concreto e solucionar a demanda, realizando um juízo de ponderação entre os interesses conflitantes, identificando qual deve merecer maior valor e é o mais adequado ao fim pretendido.

Tratando-se da utilização das provas ilícitas em benefício do réu, com base no princípio da proporcionalidade, a doutrina e a jurisprudência hodierna admitem amplamente tal possibilidade, fundamentando o seu posicionamento no sentido de que os princípios da liberdade, da ampla defesa e do contraditório, bem como o

princípio da verdade real e da presunção de inocência, possuem maior valor quando em choque com as demais liberdades individuais.

Diversamente, constatou-se que no tocante à utilização da prova obtida ilícitamente no processo penal em benefício da sociedade, ou seja, para condenação do acusado, inúmeras são as discussões apresentadas, prevalecendo esse posicionamento apenas por parte da doutrina e da jurisprudência, em que face à aplicação do princípio da proporcionalidade e com fundamento no princípio da isonomia e tendo em vista a crescente criminalidade organizada, em situações extremas e excepcionais são admitidas, servindo de base para uma eventual sentença condenatória.

Em decorrência do atual posicionamento do Supremo Tribunal Federal e da recente proibição expressa no Código de Processo Penal (artigo 157, §1º), pode-se concluir que, em determinados casos concretos, pela relevância dos bens jurídicos em exame, utilizando-se da ponderação de direitos, seria admissível as provas ilícitas no processo.

Por fim, concluiu-se do estudo que embora as provas ilícitas neguem validade às decisões jurisdicionais, em determinados casos devem ser levadas a cabo pelo órgão julgador ao proferir a sua decisão, embasado no princípio da proporcionalidade, admitindo seu emprego seja em favor do réu, seja na controversa aplicação em favor da sociedade, mostrando-se eficazes na atuação das esferas judiciais e apresentando-se como a melhor forma de solução do litígio. Ademais, depreendeu-se que a análise do caso concreto é quem vai dizer se as provas ilícitas merecem ser consideradas ou se devem ser desentranhadas do processo.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. **Da Prova no Processo Penal**. 3ª ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1999.

ÁVILA, Thiago André Pietrobon de. **Provas ilícitas e proporcionalidade**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2007.

AVÓLIO, Luis Francisco Torquato. **Provas ilícitas**: interpretações telefônicas e gravações clandestinas. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 1990.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Vade Mecum. 7ª ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009.

\_\_\_\_\_. **Código de Processo Penal**. Vade Mecum. 7ª ed. atual e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009.

\_\_\_\_\_. **Código Penal**. Vade Mecum. 7ª ed. atual e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 11.690/2008**. Altera dispositivos do Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, relativos à prova, e dá outras providências. Brasília, DF: Senado, 2008.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas corpus 3.982/RJ**. Relator Ministro Adhemar Maciel. Órgão julgador: 6ª Turma. Julgado em 05.12.1995. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br/SCON/pesquisar.jsp#DOC3>>. Acesso em: 10 nov. 2009.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Ordinário em Habeas corpus 7.216/SP**. Relator Ministro Edson Vidigal. Órgão julgador: 5ª Turma. Julgado em 28.04.1998. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br/SCON/pesquisar.jsp?b=ACOR&livre=RHC%207216%20SP#DOC9>>. Acesso em: 10 nov.2009.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Agravo de instrumento 503617 AgR/PR**. Relator Ministro Carlos Velloso. Órgão julgador: 2ª Turma. Julgado em 01.05.2005. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=AI%20503617&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 10 nov. 2009.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus 74.678/SP**. Relator Ministro Moreira Alves. Órgão julgador: 1ª Turma. Julgado em 10.06.1997. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=\(74678.NUM E.%20OU%2074678.ACMS.\)\(PRIMEIRA.SESS.\)&base=baseAcordaos](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=(74678.NUM E.%20OU%2074678.ACMS.)(PRIMEIRA.SESS.)&base=baseAcordaos)>. Acesso em: 10 nov.2009.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação 2.040/DF**. Relator Ministro Néri da Silveira. Órgão julgador: Tribunal Pleno. Julgado em 21.02.2002. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=Rcl-QO.SCLA.%20E%202040.NUME.&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 10 nov.2009.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 14ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

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

FEITOSA, Denilson. **Direito processual penal**: teoria, crítica e práxis. 6ª ed. rev. ampl. e atual. com a “reforma Processual penal” (Leis 11.689/2008, 11.690/2008 e 11.719/2008) e Videoconferência (Lei 11.900/2009). Niterói, RJ: Impetus, 2009.

FERNANDES, Antônio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. 2 ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

GOMES, Luiz Flávio. Lei 11.690/2008 e provas ilícitas: conceito e inadmissibilidade. **LFGN**, São Paulo, 12 jul. 2008. Disponível em: <[http://www.lfg.com.br/public\\_html/article.php?story=2008071117152660](http://www.lfg.com.br/public_html/article.php?story=2008071117152660)>. Acesso em: 10 nov. 2009.

GRECO FILHO, Vicente. **Manual de processo penal**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

GRECO, Leonardo. **Estudos de direito processual**. Campos dos Goytacazes, RJ: Faculdade de Direito de Campos, 2005.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **O Processo em Evolução**. 2ª ed. São Paulo: Forense Universitária, 1998.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antônio Scarance; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **As nulidades no processo penal**. 7ª ed. São Paulo: RT, 2001.  
MACHADO, Antônio Alberto. **Curso de Processo Penal**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2001.

MALATESTA, Nicola Framarino Dei. **A Lógica das Provas em Matéria Criminal**. Tradução e notas de Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: Bookseller, 1996.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal**. 2ª ed. v. 2, Campinas: Millennium, 2000.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo Penal**. 10ª ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2000.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 18ª ed. São Paulo: Atlas, 2005.

NORONHA, E. Magalhães. **Curso de direito processual penal**. 25ª ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1997.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 3ª ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Curso de processo penal**. 10ª ed. atualizada de acordo com a reforma processual penal de 2008 (Leis 11. 689, 11.690 e 11.719). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

PRADO, Leandro Cadenas. **Provas ilícitas: teoria e interpretação dos tribunais superiores**. 2ª ed. Niterói, RJ: Impetus, 2009.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 13ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SILVA, De Plácido. **Vocabulário Jurídico**. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de processo penal**. 3ª ed. rev.

atual. e aumen. São Paulo: Saraiva, 2001.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 29ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

VASCONCELLOS, Roberto Prado de. Provas Ilícitas (Enfoque Constitucional). **Revista dos Tribunais**, São Paulo, nº 791, p. 461, set. 2001.

VICENTE, Paulo & ALEXANDRINO, Marcelo. **Resumo de direito constitucional descomplicado**. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Método, 2009.