



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

IARA FERREIRA RAMOS

A APLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE FACE
ÀS PROVAS ILÍCITAS NO PROCESSO CRIMINAL

SOUSA - PB
2008

IARA FERREIRA RAMOS

A APLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE FACE
ÀS PROVAS ILÍCITAS NO PROCESSO CRIMINAL

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.

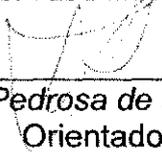
SOUSA - PB
2008

IARA FERREIRA RAMOS

A APLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE FACE ÀS
PROVAS ILÍCITAS NO PROCESSO CRIMINAL

Trabalho de Conclusão de Curso aprovado em, _____

BANCA EXAMINADORA



Carla Pedrosa de Figueiredo
Orientadora

Examinador (a)

Examinador (a)

Sousa - PB
junho-2006

Aos meus pais, que sempre estiveram ao meu lado, contribuindo incondicionalmente, para o meu crescimento e participando das minhas lutas e conquistas.

Ao Diego Ambrósio L. Santiago, meu noivo, que me ofertou amor e compreensão quando era disso que eu carecia.

AGRADECIMENTOS

Ao nosso Pai Celestial, que nos guia por estes caminhos de trevas.

À minha orientadora, professora Carla Pedrosa de Figueiredo, que possibilitou a transferências de conhecimentos necessários à realização desse trabalho.

As minhas amigas Laura Priscila Abdon da Fonseca e Luciana Martins da Silva as quais vivenciaram este bacharelado comigo e ao amigo Genivaldo Bernardino de Araújo que tanto me auxiliou na finalização deste trabalho científico.

A professora Carla Rocha Pordeus, a qual foi uma grande colaboradora bibliográfica.

As minhas irmãs pelo carinho e apoio nesta caminhada.

RESUMO

A metodologia empregada para o desempenho desta pesquisa consistiu-se em analisar os aspectos doutrinários, jurisprudenciais e legais acerca da aplicabilidade do princípio da proporcionalidade face às provas ilícitas em processo criminal. O termo prova oriundo do latim *probatio*, significa exame, verificação, demonstração, etc. Esta significação denota a maneira como o homem utiliza tal instrumento para demonstração da verdade dos fatos. A prova à luz do processo penal é estabelecida como o instrumento retórico utilizado pelas partes para manifestação em juízo de um fato supostamente adequado ao tipo penal. A Constituição Federal trata em seu art. 5º de todos os direitos e garantias fundamentais dos cidadãos Encontrando nessa mesma linha, um dispositivo que não admite a utilização de provas ilícitas no processo. Todavia, tal norma não é absoluta, devendo ser interpretada em consonância com as outras normas legais, visto que, todos os dispositivos do sistema constitucional são atinentes ao processo, transformando-o em verdadeiro meio garantidor dos direitos do homem. Sendo assim, a previsão constitucional que estabelece a vedação das provas ilícitas não pode ser empregada como um obstáculo às finalidades principais do Estado, tais como a segurança jurídica e a consecução da justiça, sendo indispensável empregá-la como um dos meios de constituir uma sociedade mais justa. Realiza-se, neste aspecto, uma interpretação mais minuciosa do valor da vedação das provas ilícitas, propondo a constituição de uma organização estatal eficaz na repreensão do cidadão, permitindo a corporificação dos princípios e garantias fundamentais para o Estado de Direito. A aplicação do princípio da proporcionalidade em face da vedação das provas ilícitas, não compromete a segurança jurídica, tendo em vista que este critério deixa de valorizar em demasia esta garantia constitucional, associando esta proibição a um estudo sistemático e criterioso da Constituição. Assim, para que este princípio seja adotado pelos operadores do direito é essencial que tal medida seja utilizada de forma adequada, necessária e proporcional, de modo a conseguir-se a perfeita realização da justiça através da justa medida para a solução de uma colisão. Destarte, o princípio da proporcionalidade deve ser utilizado como meio de admitir as provas ilícitas no processo criminal, em casos graves e extremos com o fim de harmonizar os direitos e garantias fundamentais contrastantes. Este critério é uma maneira de se efetuar a justiça, que estabelece um direito e, principalmente, uma exigência do Estado Democrático de Direito. Desse modo, conclui-se que em casos, onde o réu, buscando defender-se, faz uso de uma prova ilícita, deve ser adotado o referido princípio, *pro réu* para comprovação de sua inocência, pois tal direito é adquirido constitucionalmente. Igualmente, em casos de crimes de grave transtorno para a sociedade, deve-se aplicar tal dispositivo, procurando admitir as provas ilícitas *pro societate*, com a finalidade de garantir a efetiva justiça.

Palavras chaves: **prova ilícita. aplicabilidade. proporcionalidade.**

ABSTRACT

The methodology used for the performance of this research was consisted of analyzing the doctrinal, jurisprudenciais and legal aspects concerning the applicability of the principle of the proportionality face to the illicit tests in criminal proceeding. The term proves deriving of the Latin probatio, means examination, verification, demonstration, etc. This significação denotes the way as the man uses such instrument for demonstration of the truth of the facts. The test to the light of the criminal proceeding is established as the rhetorical instrument used by the parts for manifestation in judgment of a fact supposedly adjusted to the criminal type. The Federal Constitution treats in its art. 5° of all the rights and basic guarantees of the citizens Finding in this same line, a device that does not admit the use of illicit tests in the process. However, such norm is not absolute, having to be interpreted in accord with the other rules of law, since, all the devices of the constitutional system is atinentes to the process, transforming it into true half warranting of the rights of the man. Being thus, the constitutional forecast that establishes the prohibition of the illicit tests cannot be used as an obstacle to the main purposes of the State, such as the legal security and the achievement of justice, being indispensable to use it as one of the ways to constitute a society more joust. It is become fulfilled, in this aspect, a more minute interpretation of the value of the prohibition of the illicit tests, considering the constitution of efficient a state organization in the rebuke of the citizen, allowing the basic corporificação of the principles and guarantees for the Rule of law. The application of the principle of the proportionality in face of the prohibition of the illicit tests, does not compromise the legal security, in view of that this criterion leaves to value in surplus this constitutional guarantee, associating this prohibition to a systematic and criterioso study of the Constitution. , So that this principle either adopted by the operators of the right is essential that such used measure either of adjusted form, necessary and thus proportional, in order to obtain it perfect accomplishment of justice through the joust measured for the solution of a collision. Destarte, the principle of the proportionality must be used as half to admit the illicit tests in the criminal proceeding, in serious and extreme cases with the end to harmonize the contrastantes rights and basic guarantees. This criterion is a way of if effecting the justice, that establishes a right and, mainly, a requirement of the Democratic State of Right. In this manner, pro is concluded that in cases, where the male defendant, searching to defend, makes use of an illicit test, the related principle must be adopted, male defendant for evidence of its innocence, therefore such right is acquired constitutionally. Equally, in cases of crimes of serious upheaval for the society, such device must be applied, looking for to admit the illicit tests pro societate, with the purpose to guarantee the effective justice.

Words keys: illicit test. applicability. proportionality.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	08
CAPÍTULO 1 A PROVA NO PROCESSO PENAL	10
1.1 Disposições gerais.....	10
1.2 Direito à prova.....	12
1.3 Meios de provas.....	13
1.4 Ônus da prova.....	14
1.5 Valoração da prova.....	15
1.6 Princípios gerais.....	16
1.6.1 Princípio do livre convencimento	16
1.6.2 Princípio da busca da verdade real	17
1.6.3 Princípio da liberdade probatória.....	18
1.6.4 Princípio da vedação da prova ilícita.....	18
1.6.5 Princípio da comunhão da prova.....	20
CAPÍTULO 2 AS PROVAS ILÍCITAS.....	21
2.1 Conceito, caracteres e método classificatório.....	21
2.2 A inadmissibilidade das provas ilícitas	23
2.3. Fundamentação histórica referente à proibição das provas ilícitas	24
2.4 Conseqüências da prova ilícita no processo.....	25
2.5 Provas ilícitas por derivação.....	27
CAPÍTULO 3 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE	29
3.1 Histórico.....	29
3.2. O princípio da proporcionalidade e a Constituição de 1988.....	30
3.3 Fundamentos da proporcionalidade.....	32
3.4 Elementos estruturais do princípio da proporcionalidade.....	34
3.5 A proporcionalidade dos princípios conflitantes.....	35
3.6 O aspecto subjetivo na apreciação dos valores conflitantes.....	37
3.7 Aplicabilidade da proporcionalidade.....	38
CAPÍTULO 4 SOLUÇÃO PELA ADMISSIBILIDADE DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE FACE AS PROVAS ILÍCITAS.....	39
4.1 Aplicabilidade do princípio da proporcionalidade <i>pro reo</i> em face das provas	39
4.2 Aplicabilidade do princípio da proporcionalidade <i>pro societate</i> face das provas ilícitas.....	42
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	47
REFERÊNCIAS.....	49

INTRODUÇÃO

A pesquisa científica tomará por base a aplicabilidade do princípio da proporcionalidade face às provas ilícitas no processo criminal, tendo por finalidade precípua analisar, criticamente, a possibilidade da operacionalização do referido princípio no tocante a utilização das provas obtidas ilicitamente, desde que para beneficiar o réu ou a sociedade, baseando-se na Constituição, especificamente, em seu art. 5º, onde estão contidos diversos direitos e garantias a serem observados de forma equilibrada, antes da aplicação de qualquer norma indicativa de sanção.

A metodologia empregada para o desempenho da atividade investigatória consistiu-se em analisar os aspectos doutrinários, jurisprudenciais e legais acerca do tema, obedecendo ao método de procedimento comparativo, de modo a estabelecer um contraponto entre as várias teorias que cercam o assunto.

A aplicação do princípio da proporcionalidade na problemática das provas ilícitas no processo criminal tem muita importância na atualidade, tendo em vista que a garantia constitucional, a qual veda a utilização das provas ilícitas no processo, embora seja uma norma legal, não pode ser interpretada de forma absoluta, pois tal dispositivo diversas vezes entra em colisão com outros direitos e garantias individuais dos cidadãos, impedindo a busca da verdade real diante do caso concreto e favorecendo a admissão de qualquer resultado que advenha de sua exclusão.

O trabalho monográfico tem por objetivo genérico investigar a teoria geral das provas, mormente no que se refere às provas ilícitas, e a aplicabilidade do instituto da proporcionalidade como um exercício real da cidadania e o respeito aos preceitos constitucionais referentes aos direitos e garantias fundamentais, sempre que existir colisão entre os mesmos. Dentre os objetivos específicos, procurará demonstrar as hipóteses em que o referido princípio é adotado para favorecer o réu, no caso em que as provas obtidas por meios ilícitos, vêm a ser necessária para demonstrar a sua inocência e no tocante à sociedade quando for para resguardar os direitos que versam sobre o bem estar de todos, os quais são violados pelas condutas dos criminosos.

No tocante ao uso dessa espécie de provas para favorecer o réu não se vê muita polêmica dentro da doutrina ou jurisprudência, pois todos são favoráveis pela utilização dessas provas para tal finalidade. A maior problemática a ser levantada nesta pesquisa consiste na possibilidade de se utilizar meios probatórios que contrariam o direito, em desfavor do acusado para beneficiar a sociedade.

Para melhor entendimento do estudo, será apresentada no primeiro capítulo às disposições gerais relativas à prova penal, estabelecendo qual a sua finalidade no decorrer da instrução processual, fazendo, também, uma abordagem geral no que se refere ao direito à prova, ao ônus probatório, bem como, a valoração da mesma pelo órgão julgador, traçando os contornos gerais dos princípios que norteiam o referido instituto.

Depois se discorrerá no segundo capítulo, acerca das provas ilícitas, mostrando o seu conceito, seus caracteres e sua classificação dentro do ordenamento jurídico atual, estabelecendo sua fundamentação histórica e quais as conseqüências de sua utilização no processo. Não deixando, também, de evidenciar de uma forma genérica sobre as provas ilícitas por derivação.

Já no terceiro capítulo, tratar-se-á do princípio da proporcionalidade, buscando expor o seu esboço histórico, sua operacionalização em face da estruturação normativa do texto constitucional, firmando os fundamentos existentes a luz deste princípio, mostrando, também, a importância da utilização de seus subprincípios antes de estabelecer a sua aplicabilidade, analisando, por último, qual o seu papel frente às normas conflitantes e no que se refere ao aspecto subjetivo na apreciação de tais normas.

Por último, no capítulo final serão apresentadas as soluções sobre a questão da aplicabilidade do princípio da proporcionalidade face às provas ilícitas para beneficiar o réu, bem como, demonstrar posicionamentos favoráveis para a utilização do referido princípio quando for para beneficiar a sociedade.

CAPÍTULO 1 A PROVA NO PROCESSO PENAL

A título de considerações iniciais o processo penal pátrio é bifásico por natureza: a partir da infração penal, as autoridades encarregadas de proceder à investigação (membros da Polícia Judiciária) serão acionadas com o objetivo de coletar provas acerca da autoria, das circunstâncias e demais informações relevantes que contribuam para o conhecimento cabal do fato investigado.

Em seguida, concluída a primeira fase investigatória, presente os requisitos, será iniciada a fase judicial na qual o Poder Judiciário será instado a se pronunciar sobre o fato criminoso, até porque proclama a Constituição em seu artigo 5º, XXXV, que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito exigindo, assim, o pronunciamento oficial em caso de prática de infração penal.

O juiz, por sua vez, não conhece o fato, mas terá condições de conhecê-lo através do sistema probatório, daí a importância do estudo que será feito no decorrer deste capítulo.

1.1 Disposições gerais

Conceituar prova não é uma tarefa fácil, tendo em vista não possuir uma única definição. Observa-se que, o referido termo possui vários sentidos, tanto no sentido comum como no sentido jurídico.

Para o ilustre doutrinador Nucci (2004, p. 327):

O termo prova origina-se do latim – *probatio* -, que significa ensaio, verificação, inspeção, exame, argumento, razão, aprovação ou confirmação. Dele deriva o verbo “provar”-*probare* -, significação ensaiar, verificar, examinar, reconhecer por experiência, aprovar, estar satisfeito com algo, persuadir alguém a alguma coisa ou demonstrar.

Já, no dicionário jurídico de Silva (1987, p. 491), observa-se o seguinte:

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.

Pode-se definir prova como sendo o instrumento utilizado pelo homem para demonstração em juízo, da veracidade de suas alegações. A prova à luz do processo penal é estabelecida como sendo o instrumento retórico utilizado pelas partes para manifestação em juízo de um fato supostamente adequado ao tipo penal, da existência deste fato ou ainda de sua autoria, com o objetivo de formar o convencimento do juiz, que é seu destinatário.

No decorrer da instrução processual, a prova tem um fim específico de fornecer ao julgador elementos suficientes para que possa conhecer a verdade acerca do fato delituoso e, assim aplicar o direito. Consoante Mirabete (2006, p. 250), o objeto da prova abrange, portanto, não só o fato criminoso e sua autoria, como todas as circunstâncias objetivas e subjetivas que possam influir na responsabilidade penal e na fixação da pena ou na imposição de medida de segurança. Refere-se, pois, aos fatos relevantes para a decisão da causa, devendo ser excluídos aqueles que não apresentam qualquer relação com o que é discutido e que, assim nenhuma influência pode ter na solução do litígio.

Entretanto, deve-se salientar que, embora o objeto da prova sejam os acontecimentos relacionados direta ou indiretamente à lide penal, alguns destes acontecimentos não necessitam ser provados. É o que acontece com as presunções legais, onde a lei estabelece uma presunção de existência ou veracidade de um determinado acontecimento. Neste caso, se a presunção for absoluta a parte a quem interessa o fato está dispensado de prová-lo, e se a presunção for relativa à parte a quem o fato aproveita também será desobrigado de prová-lo, cabendo a parte contrária o ônus de desconstituir a presunção, provando o contrário. Além disso, permanecem afastados da atividade probatória os fatos axiomáticos ou intuitivos (fatos que por si mesmo são evidentes), os fatos notórios (por todos conhecidos) e os fatos presumidos (pelo fato da lei presumi-los verdadeiros, não necessitam de prova).

No processo penal os fatos controvertidos ou não, precisam ser provados, face os princípios da verdade real e do devido processo legal, pois, mesmo que o réu confesse todos os fatos narrados na denúncia, sua confissão não tem valor absoluto, devendo ser confrontada com os demais elementos de prova dos autos, até porque em nosso ordenamento jurídico, o valor probatório dos meios de prova é relativo.

Assim, a prova é o meio de fundamental valor para o processo, visto que, através dela busca-se no processo uma decisão mais justa e baseada na verdade dos fatos ou mais próximo possível deles.

1.2 Direito à prova

A instrução probatória é o momento de suma importância para o processo, de modo que para dar cumprimento aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, torna-se imprescindível assegurar às partes o direito de produzir provas, com o fim de expor a procedência da acusação ou da defesa.

No processo, sabe-se que as partes levam as provas ao conhecimento do juiz e que, conceitualmente o direito à prova implica na ampla possibilidade de utilizar quaisquer meios probatórios disponíveis. A regra é a admissibilidade das provas e as exceções devem ser expressas de forma taxativa e justificada.

Com isso, o direito à prova juntamente com o princípio da verdade real tornam a atividade probatória, no processo penal, mais livre do que no processo civil e também menos sujeita a limitações, contudo, essa liberdade que é dada à prova no processo penal não é absoluta, insuscetível de limite. Por outras palavras, a verdade real não justifica o surgimento de toda e qualquer prova, já que o processo só pode desenvolver-se de acordo com as regras morais e existentes, antes de qualquer coisa, como instrumento de garantia do réu.

Nessa mesma linha a Constituição Federal de 1988 assegura a todas as pessoas o direito de ir a juízo e apontar violações ou ameaças a seus

direito, com efeito, deve-se destacar o que determina-se o art. 5º, XXXV¹ da Constituição Federal.

Esse dispositivo torna-se claro pelo fato de que o ente estatal, ao coibir a autotutela, atribui para si à responsabilidade pela decisão de litígios ocorridos no meio social. Dando, assim o direito às pessoas de ir até o Estado-Juiz expor as razões que lhe embasam o pedido de reconhecimento do direito, e uma vez acionado tem o dever de prestar a jurisdição.

Sendo assim convém destacar que, os direitos dos litigantes não se encerram nas normas constitucionais, pois esse direito à produção de provas tem origem no próprio direito de ação e no de ampla defesa, onde asseguram todas as pessoas os meios necessários para que possam de maneira eficaz trazer suas razões e prová-las perante o juízo competente.

1.3 Meios de provas

No período probatório podem as partes utilizar-se de quaisquer meios para provar a veracidade dos fatos que lhe possam ser úteis. Não há um rol exaustivo de provas, pois existem inúmeros meios para que um fato seja demonstrado em juízo de modo que seria impossível uma enumeração legal de todos. Segundo Capez (2004, p. 271) “o meio de prova compreende tudo quanto possa servir direta ou indiretamente, à demonstração da verdade que se busca no processo”.

No processo penal, os meios de provas se estabelecem através do princípio da verdade real, onde impõe sempre ao juiz procura conhecer o mais fielmente possível os fatos que motivaram a acusação, de forma que a atividade probatória não encontra limites na forma, não sendo admissível à verdade formal comum ao processo civil.

Mais essa maior liberdade não significa, no processo penal, que os meios de provas são absolutamente livres, insuscetíveis de limites. Por outras palavras, a verdade real não justifica toda e qualquer prova, já que o processo só pode desenvolver-se dentro de regras morais e existe, antes de tudo, como instrumento de garantia do réu.

¹ A lei não excluirá da apreciação do Poder judiciário lesão ou ameaça a direito.

No Código de Processo Penal, encontram-se as seguintes restrições ao princípio da liberdade dos meios de prova: o art. 155 manda observar as mesmas exigências e formalidades da lei civil para a prova quanto ao estado das pessoas (casamento, morte e parentesco são situações que somente se provam mediante as respectivas certidões); o art. 158 exige o exame de corpo de delito para as infrações que deixarem vestígios, não admitindo que seja suprido nem pela confissão do acusado; o art. 406, § 2º proíbe a produção de prova documental na fase de oferecimento das alegações finais escritas, no procedimento do Júri; o art. 475 proíbe no decorrer dos debates em plenário a produção ou leitura de qualquer documento, embora indispensável, se não tiver sido comunicada a parte contrária com, no mínimo de antecedência de três dias; e a inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos no processo, conforme previsto no artigo 5º, LVI, da Carta Magna vigente.

1.4 Ônus da prova

A priori, deve-se estabelecer a diferença entre obrigação processual e ônus, visto que, a prova não estabelece uma obrigação processual e sim um ônus. A fundamental diferença entre ambas as situações está na obrigatoriedade, onde na obrigação processual a parte tem o dever de executar o ato, sob pena de violar à ordem legal, enquanto que, no ônus esse adimplemento é facultativo, de modo que o seu não-cumprimento não exprime atuação contrária ao ordenamento jurídico.

Entretanto, vale salientar que apesar dessa última hipótese não infringir à ordem legal, a parte terá que se responsabilizar pelo prejuízo da sua inação ou deixará de conseguir o benefício que sucederia com sua atuação. A prova é indubitavelmente um ônus processual, onde a parte buscando o êxito da causa produz perante o juiz, e ao longo do processo, os meios necessários e idôneos para que o convencimento do julgador lhe seja favorável.

Logo, ônus da prova (*onus probandi*) é a incumbência que têm as partes de provar pelos meios admissíveis à veracidade dos fatos, de acordo com a ordem de tal determinação. A distribuição do ônus da prova entre as partes está submetida à razão da oportunidade e experiência, concedendo a palavra igualmente para o ataque e a defesa, tendo em vista não fixar só a um único

litigante o ônus da prova. Sendo assim, não se pode do autor exigir senão as provas dos fatos que formam o direito por ele alegados e do réu as provas das circunstâncias da exceção.

O ônus da prova está previsto no Código de Processo Penal no art. 156², portanto, caberá a parte defender seus argumentos através da atividade probatória, permitindo ao juiz, caso considere indispensável, determinar a produção de provas para suprimir dúvidas que poderiam interferir na decisão adequada, visto que, a principal finalidade dessa demanda é a busca da verdade real.

1.5 Valoração da prova

Concluída a fase de produção das provas, competirá ao juiz, apreciá-las formando a sua convicção, buscando com isso justificar sua sentença. A valoração da prova se estabelece através de três sistemas que orientam a decisão do juiz: o sistema da livre apreciação ou da convicção íntima, o sistema da prova legal e o sistema da persuasão racional.

No sistema da livre apreciação ou da convicção íntima, o juiz tem a faculdade para avaliar livremente às provas produzidas, não estando obrigado a apreciá-las de acordo com a legalidade. No entanto, ressalta-se que esse sistema só foi empregado com utilidade pelos povos em épocas remotas, tendo validade em nosso ordenamento jurídico nos julgamentos do Tribunal do Júri.

Já o sistema da prova legal procura impedir os abusos e a falta de segurança criada pelo sistema da convicção íntima. Neste sistema o legislador através da norma jurídica impõe ao juiz a observância de certos parâmetros, estabelecendo o valor de cada prova, com isso institui uma hierarquia entre os meios probatórios, não deixando magistrado livre para apreciar a prova.

Por fim, vale destacar que, encontra-se predominante nos nossos dias atuais o sistema da persuasão racional, também conhecido como o sistema da livre convicção, o qual é adotado pelo nosso ordenamento jurídico moderno e está expressamente determinado no art. 157³ do CPP. Deste modo, o julgador tem liberdade para formar a sua convicção, não precisando ficar restrito inteiramente

² A prova da alegação incumbirá a quem a fizer [...]

aos critérios legais para fixar a avaliação das provas, podendo dessa formar basear-se no depoimento de uma testemunha e recusar o depoimento de outras duas, devendo sempre está limitado ao que está registrado nos autos.

No entanto, adverte Tourinho (apud Nascimento, 2005) que:

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 está dispensado de motivar sua sentença.

Sobre este aspecto, pode-se instituir o sistema de livre convencimento fundamentado ou motivado, visto que a decisão do juiz deve está restrita e fundamentada consoante com o art. 93, IX⁴ da Constituição de 1988, sendo tal fundamentação uma garantia constitucional aos litigantes, ou seja, às partes que compõe o processo.

Sendo assim, o referente estudo sobre o sistema do livre convencimento exerce vital importância sobre a análise da matéria, visto que, a inadmissibilidade das provas ilícitas restringe o livre convencimento do julgador, não podendo este firmar sua decisão em prova obtida ilicitamente. Por conseguinte, esse tema será abordado de forma mais detalhada posteriormente quando da análise do princípio do livre convencimento.

1.6 Princípios gerais

1.6.1 Princípio do livre convencimento

O momento culminante do processo ocorre quando o juiz irá examinar e valorar as provas fixadas nos autos, de forma a assentar sua decisão. Através do princípio do livre convencimento a lei atribui ao juiz à liberdade para examinar as provas, onde cada hipótese de fato será avaliada no encadeamento das

³ O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova.

⁴ Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade podendo a lei se o interesse público o exigir, limitar a presença em determinados atos às próprias partes e seus advogados, ou somente a estes.

demais provas existentes, recebendo maior ou menor importância conforme o julgamento do juiz.

Com efeito, o ato resolutivo do mérito é de ser examinado como uma operação complexa incorporada por questionamentos de ordem racional, histórica e crítica que se ligam mutuamente nas sucessivas fases de sua produção. A sentença, ato de suma importância para o processo, não é apenas uma decisão prática do juiz, deve ser ela uma convicção jurídica do magistrado, onde ele de maneira expressa, coerente e lógica, transforma a lei em direito.

Do assunto exposto, fica evidente que o juiz criminal não fica restrito a critérios predeterminados quanto à apreciação da prova, mas fica adstrito às provas constantes nos autos em que deverá sentenciar sendo-lhe vedado não fundamentar a decisão, ou fundamentá-la em circunstâncias estranhas às provas produzidas durante a instrução do processo.

1.6.2 Princípio da busca da verdade real

O princípio da verdade real está expressamente fixado no art. 156, caput, 2ª parte, do CPP⁵, o qual é próprio do processo penal, visto que no cível o juiz deve conformar-se com a verdade conduzida aos autos pelas partes, ainda que não seja um mero expectador inerte a produção das provas.

Na atividade processual penal, o julgador tem a obrigação de examinar com atenção, como todos os fatos se passaram na realidade, quando não reconhece suficiente à verdade formal existente nos autos. E, é procurando investigar a verdade real, como os fatos ocorreram que se outorgam vitais poderes ao juiz, possibilitando a ele reconstruir todos os fatos importantes para delimitar a justa e a correta imposição da sanção penal, em consideração aos valores fundamentais da pessoa humana, como a honra, a dignidade e a liberdade, bem como a defesa da sociedade como o todo.

Todavia, apesar de a busca da verdade real ser extremamente importante para o processo penal, ela não é absoluta, sofrendo algumas restrições decorrentes do princípio constitucional de defesa da dignidade da

⁵ [...] o juiz poderá no curso da instrução, ou antes, de proferir a sentença determinar de ofício, diligências para dirimir sobre ponto relevante.

pessoa humana, impossibilitando que na busca da verdade lance-se mão dos meios condenáveis e iníquos, e todos os meios desconhecidos à ciência processual. Logo, não são admitidos no processo penal formas de obtenção de provas que não se incorporam com a idéia de processo como instrumento de proteção aos direitos fundamentais do cidadão.

1.6.3 Princípio da liberdade probatória

Em linhas gerais, pode conceituar o princípio da liberdade das provas como sendo o direito que têm as partes dentro do processo penal, de provar através de qualquer meio de prova, todos os fatos primordiais ao processo, sempre e quando a inclusão dos mesmos se efetue em conformidade com o instituído no Código Processual Penal, e com os preceitos da Constituição Federal de 1988. Nesse sentido, se compreende então por liberdade de prova, a faculdade que têm as partes de provar tudo e mediante qualquer meio.

Colhe-se, dos ensinamentos de Rangel (2005, p. 420), a seguinte passagem:

O princípio da liberdade da prova é um consectário lógico do princípio da verdade real, ou seja, se o juiz deve buscar sempre a verdade dos fatos que lhe são apresentados, óbvio nos parece que tem toda a liberdade de agir, com o fim de reconstruir o fato praticado e aplicar a ele a norma prática que for cabível.

Destarte, na busca da veracidade dos fatos o julgador procura produzir as diligências indispensáveis, onde cada parte receberá aquilo que é seu por direito, entretanto, sua atuação encontra limites prescrito na própria lei.

Sobre esse aspecto, o que se consta é que liberdade probatória existe dentro do processo penal, porém ela não é absoluta, sofrendo as mesmas limitações indicadas na busca da verdade real.

1.6.4 Princípio da vedação da prova ilícita

O princípio da vedação da prova ilícita está expressamente determinado no art. 5º, LVI⁶, da CF, onde confere uma garantia individual em

⁶ São inadmissíveis no processo, as provas obtidas por meios ilícitos.

qualquer espécie de processo, seja ele processo civil, processo administrativo, processo tributário ou processo penal, enfim toda espécie de processo em que se confrontam Estado e particular, ou particular e particular.

O legislador ao estabelecer como direito e garantia fundamental a inadmissibilidade das provas ilícitas, determina uma delimitação ao princípio da liberdade da prova, ou seja, o julgador tem liberdade para examinar com atenção os fatos imputados nos autos, todavia, essa restrição depara-se com limites inseridos no próprio processo ético ocasionado por princípios políticos e sociais que tem por fim a conservação de um Estado Democrático de Direito.

Destarte, as provas obtidas por meios ilícitos serão rejeitadas sempre que ocorrer uma violação à norma constitucional expressa, ou alguma infração a um princípio geral da Constituição no colhimento da prova.

Nessa mesma direção, o jurista Grinover (1982, p. 150) destaca que é:

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

No entanto, cumpre destacar o que prescreve o jurista Oliveira (2004, p. 34):

Na realidade a vedação da prova não se dá unicamente em relação ao meio escolhido, mais também em relação aos resultados que podem ser obtidos com a utilização de determinado meio de prova. Uma interceptação telefônica, enquanto meio de prova, poderá ser lícita se autorizada judicialmente, mas ilícita quando não autorizada. No primeiro caso, a afetação (resultado) do direito à privacidade e/ou intimidade é permitida, enquanto, no segundo, não, daí resultando uma violação.

Neste aspecto, entende-se que quando os resultados obtidos com a utilização de determinado meio de prova forem autorizados judicialmente, a prova poderá ser lícita, estabelecendo desse modo, que o princípio da vedação da prova ilícita não pode ser aplicado em nosso ordenamento jurídico de forma

absoluta, visto que, em determinadas circunstâncias essa prova seja admissível no processo.

No decorrer do estudo em análise se tornará mais evidente tal discussão no que se refere esse princípio, já que o mesmo muitas vezes entra em conflito com os outros princípios fundamentais da Constituição.

1.6.5 Princípio da comunhão da prova

De acordo com o princípio da comunhão da prova, esta após ser admitida dentro do processo pertencerá a todos os sujeitos processuais (partes e juiz) apesar de ter sido levada apenas por um deles, ou seja, a prova que for produzida por uma parte pode ser usada por outra. Pode-se concluir que, não há prova pertencente a uma das partes, as provas pertencem ao processo, ao interesse da justiça e servem a ambos os litigantes.

Desse modo, se o Ministério Público arrolar um indivíduo como testemunha, não pode na oitiva, o mesmo desistir da testemunha sem a anuência da parte contrária (a defesa) e se esta consentir, pode o juiz requerer que seja ouvida a mesma testemunha, pois ela não pertence ao Ministério Público, e sim ao processo. E, da mesma forma, pode ocorrer com a testemunha da defesa.

O princípio da comunhão da prova tem eficácia plena consequentemente a partir da junção dos princípios da verdade real e da igualdade das partes na vinculação jurídica processual, onde as partes, a fim de fixar a verdade histórica nos autos do processo, não se afastam de quaisquer meios de provas levados para os autos.

CAPÍTULO 2 AS PROVAS ILÍCITAS

O método probatório judicial constitui um conjunto de regras cuja função garantidora dos direitos das partes e da própria legitimação da jurisdição implica limitações ao objeto da prova, seus meios de obtenção, e, ainda estabelece os procedimentos adequados à colheita da prova.

Com isso, existem as provas ilícitas, proibidas constitucionalmente pelo artigo 5º do CF, e se tal espécie probatória for inserida e encontrada nos autos, o julgador afastará a mesma do processo. Neste capítulo, será feita uma abordagem geral sobre as provas ilícitas, a sua inadmissibilidade e a sua apreciação feita pelo órgão julgador.

2.1 Conceito, caracteres e método classificatório.

A prova ilegal é o gênero, o conjunto de todas as provas obtidas com infração as normas de direito. Dentro desta encontra-se a prova ilícita e a ilegítima como espécies da mesma. A primeira viola o direito material, transgredindo normas e princípios postos pela Constituição e pelas leis, que têm como finalidade proteger a liberdade pública, os direitos da personalidade e sua manifestação – direito à intimidade. E, a segunda infringe norma de ordem processual, exemplificando para melhor entendimento: exibição de documentos em plenário, na segunda fase do procedimento do júri, visto que o art. 475 do Código de Processo Penal não permite a produção ou leitura de documentos que não tiverem sido comunicados à parte contrária com antecedência, de pelo menos, três dias.

Pode-se analisar dessa forma, que as provas obtidas por meios ilícitos são adquiridas com a violação de domicílio, da correspondência e das comunicações telegráficas e telefônicas; as colhidas com infringência à intimidade ou privacidade das pessoas, com desrespeito à inviolabilidade do sigilo e com violação ao direito de propriedade; as obtidas mediante torturas ou em decorrência de qualquer prática degradante, como a chantagem, constrangimento físico ou moral, bem como ameaças; dentre outras.

Destarte, a ilicitude da prova decorre de sua obtenção ilícita, ou seja, adquirida através de meios que violam uma norma legal de proteção à intimidade

ou a privacidade, dentre outros direitos. Existindo, nesse caso um confronto de normas, sendo uma de proteção da intimidade e outra ao direito de produção de prova, como forma de garantir a ampla defesa. É, por conseguinte que o sigilo assegura a intimidade e a transgressão daquela viola esta.

Em função de tal compreensão, as provas ilícitas devem ser analisadas através de um método classificatório¹, ou seja, pode-se dizer que a ilicitude pode estar: na criação, na obtenção ou na produção.

Na criação as provas ilícitas em sua essência são falsas, pois são desenvolvidas com base em meios não cientificamente comprovados, que muitas vezes, atingem a dignidade do acusado, por exemplo: depoimentos falsos, documentos inverídicos, soro da verdade, detector de mentiras, psicografias, dentre outros.

Já na obtenção, as provas são verdadeiras em sua essência, todavia elas são conseguidas com violação as normas do direito material, ou seja, para sua obtenção foram praticados crimes, como buscas domiciliares, sem mandado judicial, ou no decorrer da noite, sem a permissão do morador, interceptação telefônica sem autorização judicial, interceptação de correspondências (que a Constituição proíbe, em quaisquer circunstâncias), etc.

Na produção as provas são verdadeiras em sua essência, porém são inseridas no processo com violação as regras de direito processual, cita-se exemplo de documentos juntados as autos violando ao disposto nos arts. 406, § 2º e 475 do CPP. Esse tipo de produção de prova é denominado em nosso ordenamento jurídico como provas ilegítimas.

Contudo, vale salientar, que o objeto de análise do presente trabalho será apenas a questão atinente à espécie prova ilícita obtida com violação às normas do direito material, visto que, existe maior controvérsia no ordenamento jurídico atual, no que se refere a esse tipo de prova.

2.2 A Inadmissibilidade das provas ilícitas

A partir da vigência da Constituição de 1988 pode-se afirmar que são totalmente inadmissíveis no processo penal tanto as provas ilícitas quanto as

¹ <http://www.direitonet.com.br/textos/x/13/16/1316/2>.

provas ilegítimas. Desta forma, a prova ilícita é inidônea. Muito mais do que isso, a prova ilícita é uma prova inútil e por essa explícita circunstância não se reveste de qualquer aptidão jurídico-material.

Essa norma estabelecida constitucionalmente, vem firmar orientação no sentido de que tal modalidade de prova não pode jamais ser admitida no processo pouco importando a sua relevância para o deslinde da causa penal. Sacrifica-se, dessa forma, o princípio da verdade real em favor da vedação absoluta da prova obtida por meio ilícito. Ainda, que tenha em jogo apuração de infração penal da maior gravidade, não poderá o juiz se valer em hipótese alguma de prova conseguida por meio ilícito para condenar o réu, apesar de que nela reste evidenciada a culpabilidade do imputado.

No que se refere ao exame das prova ilícitas, Grinover (1982, p.151 e 166) leciona o seguinte:

A inadmissibilidade processual da prova ilícita torna-se absoluta sempre que a ilicitude consista na violação de uma norma constitucional em prejuízo das partes ou de terceiros.

Nesses casos, é irrelevante indagar se o ilícito foi cometido por agente público ou por particulares, porque, em ambos os casos, a prova terá sido obtida com infringência aos princípios constitucionais que garantem os direitos da personalidade. Será também irrelevante indagar-se a respeito do momento em que a ilicitude se caracterizou (antes e fora do processo ou curso do mesmo); será irrelevante indagar se o ato ilícito foi cumprido contra terceiro, desde que tenha importado em violação a direitos fundamentais; e será, por fim irrelevante indagar-se se o processo no qual se utilizaria prova ilícita deste jaez é de natureza penal ou civil.

[...] toda vez que uma prova for colhida em desrespeito aos princípios constitucionais, expressos ou implícitos, no que concerne à tutela do direito à intimidade e de seus desdobramentos, a referida prova não poderá ser admitida no processo, por subsumir-se no conceito de inconstitucionalidade.

Todavia, cumpre destacar que embora a proibição da prova ilícita no processo seja uma garantia constitucional, também, o direito à prova da mesma forma o é. Sendo assim, antes de proibir determinada prova, deve-se busca solucionar, acima de tudo, o conflito que pode surgir entre os princípios constitucionais de acesso à justiça e do direito à prova, de um lado, e, de outro, o da proibição do uso da prova ilícita.

É importante, também, compreender que banir as provas ilícitas do processo, definitivamente, seria como o Estado-Juiz tolerasse qualquer resultado, que advenha de sua exclusão.

2.3. Fundamentação histórica referente à proibição das provas ilícitas

A vedação das provas ilícitas tem sua fundamentação constituída, em grande parte, por determinadas condições históricas referentes à elaboração da atual Constituição Federal.

Antes de a Carta Magna estabelecer a vedação das provas ilícitas, diversos juristas procuravam firmar tal proibição no art. 332 do CPC, impedindo à inclusão das provas obtidas por meios ilegais ou moralmente ilegítimos no processo e o art. 295 do CPPM, proibia a utilização de provas que atentassem contra a moral, a saúde e a segurança individual ou coletiva, adequando as mesmas por analogia a diversos tipos de processos.

O Código Processual Penal fazia alusão ao tema no art. 233, o qual estabelece que as cartas particulares interceptadas ou conseguidas por meios criminosos, não serão admitidas em juízo, estabelecendo uma espécie de vedação a prova ilícita. E no que se referem aos demais tipos de provas, a lei não aborda.

Destarte, a Constituição que se encontra em vigor, foi promulgada no momento em que o País passava por importantes mudanças políticas. Abolia-se o regime autoritário, onde eram bastante freqüentes as violações dos direitos fundamentais, sem recusa dos proclamados na própria Lei Maior que se encontra em vigor, como a inviolabilidade do domicílio e da correspondência e instituíam-se o Estado Democrático de Direito que proporcionou o desapontamento referente às limitações legais da colheita de prova, perquirindo-se precaver a recaída daquele gênero de violências.

E desse modo ficou-se afastado o aproveitamento das provas obtidas por meios ofensivos aos direitos, buscando-se preservar os direitos conquistados na Carta Magna. Essa vedação depara-se com ampla e irrestrita utilização das provas conseguidas transgredindo ao mais questionável direito individual.

2.4 Conseqüências da prova ilícita no processo

A prova se apresenta no decorrer do processo em quatro momentos: no requerimento, na admissão ou juízo de admissibilidade feito pelo julgador, na produção da prova e, por último, na sua valoração. Quando a Constituição Federal veda o uso de provas ilícitas no processo, está, indubitavelmente, se referindo ao momento da sua admissibilidade, determinando ao juiz que não aceite a produção ou, se já produzida anteriormente, sua inclusão no processo.

Contudo, a Constituição não estabeleceu nem uma ressalva no caso de descumprimento dessa proibição, ou seja, a Carta Magna deveria ter estabelecido uma sanção quando houver a inclusão no processo e valoração, pelo julgador, de uma prova ilícita.

A esse respeito prescreve Grinover (1997, p. 141) que as provas ilícitas, sendo consideradas pela Constituição inadmissíveis, não são por esta tida como prova, trata-se de não-ato, de não-prova, que as reconduz à categoria de inexistência jurídica.

Neste aspecto, deve-se analisar que de acordo com a teoria da tipicidade do ato processual, o mesmo deve estar em consonância com os moldes estabelecidos na norma adjetiva, uma vez que, não se pode determinar qualquer pena de nulidade ao ato que aceitasse uma prova ilícita no processo, pois no direito brasileiro a sanção de nulidade submete-se a um sistema de expressa previsão legal, estabelecida no art. 564 do CPP.

Destarte, a solução para essa problemática vem da atipicidade constitucional que corresponde à desproporção do ato com os ensinamentos da Constituição. Contrariamente do que ocorre no caso da falta da adequada decisão judicial, vez que o art. 93, X da Carta Magna estabelece de forma expressa a pena de nulidade, pela falta de observância dos princípios protetores dos direitos fundamentais do cidadão, como ocorre no caso da proibição das provas ilícitas, fixando uma sanção processual, sem sujeição a qualquer imposição.

Caracterizada a ilicitude da prova, esta deverá ser retirada do processo, não pode o julgador nela fundamentar sua decisão. Com isso o tribunal, em grau de recurso, deverá desentranhar as provas ilícitas que forem ilegalmente inseridas e valoradas na sentença, julgando o processo sem a existência dessas provas.

Convém ressaltar que, a sentença passada em julgado que tiver se baseado em provas ilícitas, será nula e poderá ser desconstituída pela via da revisão criminal, caso em que o juízo rescisório poderá examinando o mérito absolver o imputado. Não se pode olvidar, porém, que os Tribunais Superiores têm sustentado que a prova vedada não gerará a nulidade do processo, se a condenação não estiver fundada exclusivamente na prova ilícita.

Reforçando esse entendimento o Supremo Tribunal Federal tem sido chamado diversas vezes para se pronunciar sobre o tema, tendo formado jurisprudência pacífica, desconsiderando as provas obtidas por meios ilícitos no processo, anulando a sentença que nelas tenha indevidamente sido fundamentada. Em consonância com STF, traz-se a lume ementa de acórdão do Superior Tribunal de Justiça:

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. DELEGADO DE POLÍCIA CIVIL. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. DEMISSÃO. QUEBRA DE SIGILO FUNCIONAL. PROVA ILÍCITA. INVALIDADE. – O direito constitucional-penal inscrito na Carta Política de 1988 e concebido num período de reconquista das franquias democráticas consagra princípios do amplo direito de defesa, do devido processo legal, do contraditório e da inadmissibilidade da prova ilícita (CF, art. 5º, LIV, LV e LVI). – O processo administrativo disciplinar que impôs a Delegado de Polícia Civil a pena de demissão com fundamento em informações obtidas com quebra de sigilo funcional, sem a prévia autorização judicial, é desprovido de vitalidade jurídica, porquanto baseado em prova ilícita. – Sendo a prova ilícita realizada sem a autorização da autoridade judiciária competente, é desprovida de qualquer eficácia, eivada de nulidade absoluta e insuscetível de ser sanada por força da preclusão. – Recurso ordinário provido. Segurança concedida. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Processual Penal. ROMS-8.327/MG, Rel. Min. Vicente Leal, j. 24.06.1999.) (RAMOS, 2005).²

Por fim, cumpre registrar, também, que o Pretório Excelso tem compreendido em diversos julgados pela validade do processo e, conseqüentemente da sentença, embora tenha sido admitido no processo à prova ilícita, uma vez que haja outras provas aptas, por si, para fundamentar a decisão.

² <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7432>

2.5 Provas ilícitas por derivação

As provas ilícitas por derivação são aquelas provas obtidas de forma lícita, porém elas chegam ao processo por intermédio da informação extraída de uma prova ilicitamente colhida. Um exemplo clássico para expor esta situação, é o caso dos policiais que interceptam uma ligação telefônica de suspeitos de um crime, sem ordem judicial e sem o conhecimento dos interlocutores, descobrindo por meio desta conversa, que o fato que a eles seria imputado, deve ser oposto perante terceiro, ou seja, o verdadeiro agente do delito. Neste exemplo, baseado em todos o acontecimentos mostrados, não resta dúvida de que a ação dos policiais é ilícita, ainda que tenha descoberto o suposto criminoso.

O questionamento busca analisar se estas provas, formalmente lícitas, mas derivadas de provas materialmente ilícitas, podem ser admitidas no processo. Todas as correntes doutrinárias que propagam a inadmissibilidade processual da prova ilícita estendem-na à prova ilícita por derivação, visto que a ambas se transfere os vícios da obtenção.

É através dessa transferência de vícios que surgiu a conhecida teoria dos frutos da árvore envenenada, criada pela Suprema Corte Norte-Americana, segundo a qual o vício da planta se transmite a todos os seus frutos.

Entretanto, o Supremo Tribunal Federal, em duas importantes decisões históricas, decidiu pela inaplicabilidade da doutrina dos frutos da árvore envenenada, optando pela prevalência da incomunicabilidade da ilicitude da prova. O referido julgamento (HC 69.912-0/RS, DJ em 26.11.93)³ envolveu o ex-presidente Fernando Collor de Mello, em que o Tribunal rejeitou a tese da defesa, considerando lícitas as provas decorrentes da interceptação telefônica.

Outrossim, é importante ressaltar que esse julgamento que indeferiu a ordem, por seis votos a cinco, acabou sendo anulado pela declaração posterior de impedimento de um dos ministros. Em novo julgamento, deferiu-se a ordem, uma vez que mantidos os cinco votos vencidos, o empate beneficia o paciente. O que aparentava assentado, ainda que por maioria apertada, a admissibilidade das provas ilícitas por derivação, acabou-se invertendo o entendimento do STF, com a

³ <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7180>

aposentadoria do Ministro Paulo Brossard, adepto da incomunicabilidade das provas ilícitas.

Destarte, hodiernamente, a posição majoritária do Supremo, refletida em dois Acórdãos definidores da questão, entende que a prova ilícita originária contamina as demais provas dela decorrentes, de acordo com a teoria dos frutos da árvore envenenada. Sendo assim, vê-se que a posição adotada pelo Supremo Tribunal Federal, bem como pela doutrina majoritária está em consonância com os dispositivos constitucionais das liberdades públicas, entendendo que as provas ilícitas, bem como todas aquelas delas derivadas, são inadmissíveis no processo.

Como bem conclui Capez (2004, p. 268):

As provas ilícitas por derivação são aquelas lícitas em si mesmas, mas produzidas a partir de um fato ilícito. Por exemplo: um documento é apreendido em um domicílio, em diligência de busca e apreensão, sem prévia ordem judicial. A prova será considerada ilícita. Entretanto, a partir dessa prova ilícita, não utilizada no processo, chega-se a testemunhas e a outros documentos regularmente produzidos (provas lícitas em si mesma). Essas últimas não poderão ser aceitas, uma vez que contaminadas pelo vício de ilicitude em sua origem, o qual atinge todas as provas subsequentes. Serão ilícitas todas as demais provas que dela se originaram.

Todavia, convém constatar que atualmente vem crescendo muito a admissibilidade de outra teoria, a chamada teoria da fonte independente da prova derivada, a qual admite a aceitação da prova derivada quando não originada diretamente da prova ilícita, podendo ter sido obtida por outra fonte.

Por fim, deve-se destacar que a Constituição Federal Brasileira de 1988 tratou de mencionar acerca da inadmissibilidade das provas obtidas por meio ilícito no processo (art. 5º, LVI) e foi omissa no que tange às provas derivadas, relegando à doutrina e a jurisprudência esta problemática.

CAPÍTULO 3 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

O chamado princípio da proporcionalidade estabelece que a aplicação de uma norma deve se harmonizar com o sistema no qual ela está inserida, devendo ser restringida na medida em que afronte disposições de maior valor ou não satisfaça seus objetivos originários.

No decurso deste capítulo será feito um estudo sobre a sua origem, sua fundamentação, sobre utilização de seus elementos estruturais e aplicação do princípio da proporcionalidade, estabelecendo qual o seu papel perante os princípios conflitantes.

3.1 Histórico

A origem e desenvolvimento do princípio da proporcionalidade encontra-se intrinsecamente ligado à evolução dos direitos e garantias individuais da pessoa humana, verificada a partir do surgimento do Estado de Direito na Europa.

Desta forma, sua procedência remonta aos séculos XII e XVIII, quando na Inglaterra surgiram as teorias jusnaturalistas propugnando ter o homem direitos imanescentes a sua natureza e anteriores ao aparecimento do Estado e, por conseguinte, conclamando ter o soberano o dever de respeitá-los. Pode-se afirmar que é durante a passagem do Estado Absolutista – em que o governante tem poderes ilimitados – para o Estado de Direito, que pela primeira vez emprega o princípio da proporcionalidade, visando a limitar o poder de atuação do monarca face aos súditos.

Conforme Canotilho (1998, p. 259), observa-se que o princípio da proporcionalidade nasceu no âmbito do Direito Administrativo, como princípio geral do direito de polícia e desenvolveu-se como evolução do princípio da legalidade. Requereu, para tanto, a criação de mecanismos capazes de controlar o Poder Executivo no exercício das suas funções, de modo a evitar o arbítrio e o abuso de poder.

A introdução deste princípio no âmbito constitucional, por sua vez, deveu-se às revoluções burguesas do século XVIII, orientadas pela doutrina

iluminista essencialmente no que diz respeito à crença na intangibilidade do homem e na necessidade absoluta de respeito à sua dignidade.

Em 1791, a Carta Magna Francesa estabelece expressamente o princípio da legalidade em seu artigo 3º, iniciando a partir daí, a doutrina francesa na produção de instrumentos processuais almejando sua efetivação em cujos cernes poder-se-á verificar implicitamente esboçado o princípio da proporcionalidade.

Por fim, coube à Alemanha a formulação atual do princípio da proporcionalidade em âmbito constitucional, especificamente no campo dos direitos fundamentais, sedimentando o entendimento de que a proporcionalidade consubstanciava relevante meio de controle estatal, visando à observância e concretização dos direitos fundamentais do cidadão. Contudo, o mesmo somente foi reconhecido após a Segunda Guerra Mundial, onde os Tribunais começaram paulatinamente a proferir sentenças nas quais estabeleciam não ter o legislador poder ilimitado para a formulação de leis tendentes a restringir direitos fundamentais. Segundo o ilustre Canotilho (1998, p. 261) pode-se afirmar que após esse período de guerra o princípio da proporcionalidade expande-se para atender as necessidades dos cidadãos e juristas ciosos da elaboração de um direito materialmente justo.

O referido princípio no sistema jurídico brasileiro foi introduzido a partir da influência da doutrina portuguesa, a qual havia compreendido seu conceito e conteúdo, juntamente com os demais países europeus, nas fontes alemãs, sendo reconhecida em nosso ordenamento jurídico como um princípio, o qual tem sido diversas vezes aplicado nas decisões dos Tribunais do país.

3.2 O princípio da proporcionalidade e a constituição de 1988

A teoria da proporcionalidade fixa-se na organização normativa da Constituição juntamente com os demais princípios gerais orientando na interpretação das regras constitucionais e infraconstitucionais. Uma vez que, a sistemática da Constituição possibilita obter sua existência de forma implícita, conduzindo o julgador na interpretação e o legislador na elaboração das normas hierarquicamente inferiores, obstante não se encontra explicitamente esboçado.

Embora o princípio abordado não se encontre de maneira expressa na Constituição, em relação aos direitos e garantias fundamentais, no inciso V do artigo 5º, constitucionaliza-se o direito de resposta proporcional ao agravo. No âmbito do Direito Penal, ao garantir a individualização das penas (artigo 5º, XLVI, caput), está implicitamente garantindo que estas serão proporcionais ao delito cometido.

Em meio à organização do Estado o princípio da proporcionalidade está inserido dentre os elementos necessários à decretação da intervenção, visto que, a determinação depende do agravo cometido, conforme se verifica a partir da análise do § 3º do art. 36 da CF, que introduz a intervenção por considerá-la desarrazoada nas ocasiões ali explicitadas.

Ao fixar na Constituição que todo homem possui uma esfera intangível de direitos decorrentes de sua existência enquanto ser da espécie humana, ela garante que todos os cidadãos devem ser tratados de maneira eqüitativa, pressupondo que além da igualdade formal, o tratamento diferenciado procura adequar-se a lei e as necessidades de cada indivíduo. Por conseguinte, o princípio da proporcionalidade tem o papel na obtenção de um dos essenciais objetivos do Estado Brasileiro, qual seja “reduzir as desigualdades sociais e regionais”, conforme o artigo 3º, III, da CF.

Em relação ao uso do erário público, em caso de irregularidade nas contas, deverá ser aplicada sem prejuízo de outras sanções, multa proporcional ao dano causado, consoante o art. 71, VIII da CF

Integram-se ao princípio da proporcionalidade, também o princípio republicano (art. 1º, caput da CF), o princípio da cidadania (art. 1º, II, da CF), e o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF). Os direitos e as garantias individuais decorrentes do artigo 5º da Constituição Federal de 1988 representam formas pelas quais o particular procura defender seus direitos contra abuso de poder ou atos ilegais praticados por agentes públicos. Pode-se citar dentre esses direitos e garantias individuais, os institutos do habeas corpus (art. 5º, LXVIII da CF/88), mandado de segurança (art. 5º, LXIX, da CF/88), habeas data (art. 5º, LXIII da CF/88), assim como o direito de petição (art. 5º, XXXIV, a, da CF/88), para se proteger da arbitrariedade do Poder Público.

Não obstante, na compreensão de Carnáuba (2000, p. 99), tal princípio está delineado em nossa Carta Magna, expressamente no art. 5º, § 2º, *in verbis*:

Art. 5º *Omissis*. [...]

§2º. Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Neste aspecto, o mencionado dispositivo vem impedir que ocorra falta de justiça em conseqüência da aplicação de qualquer preceito constitucional, garantindo que as normas estabelecidas como regras gerais sejam empregadas obrigatoriamente, não afastando outros direitos igualmente tutelados pela Lei Maior. Confirmando desse modo, que a aplicabilidade do princípio da proporcionalidade de acordo com a hierarquia dos valores tutelados pela Constituição, impossibilite que os direitos e garantias individuais entrem em colisão uns com os outros.

Por fim, deve-se evidenciar que o princípio da proporcionalidade, hodiernamente, vem sendo aos poucos reconhecido e manifestado pelo Supremo Tribunal Federal, órgão apto para julgar em última instância as causas em que existe lesão à Constituição.

3.3 Fundamentos da proporcionalidade

Atualmente, poucos são os debates referentes à inclusão do princípio da proporcionalidade ao ordenamento jurídico brasileiro, entretanto, incontáveis são as discussões com referência ao seu fundamento, uma vez que, diversas doutrinas não entram em um harmonioso consenso.

Logo, para uma melhor compreensão sobre o fundamento da proporcionalidade faz-se necessário um estudo sobre as eventuais hipóteses mais verossímeis, as quais se devem destacar: o princípio do Estado de Direito, os direitos fundamentais, a cláusula do devido processo legal e a pluralidade de fundamentos normativos no Brasil.

A primeira hipótese estabelece que a proporcionalidade está inserida no princípio do Estado de Direito muito defendido pelo Tribunal Constitucional

Alemão, fundamentando tal caso, ao fato de que o Estado de Direito tem o dever de promover o respeito à pessoa humana, proporcionar o bem-estar de todos, e garantir a realização da justiça, vez que, a proporcionalidade é o instrumento necessário para a efetivação dessa mencionada justiça. Essa fundamentação tem certa coerência, visto que, não se pode falar em aplicação da proporcionalidade nos Estados Absolutistas, pois como é sabido neste regime o governante tem poderes ilimitados.

Outra hipótese busca justificar a proporcionalidade de acordo com os direitos fundamentais, compreendendo parte dos doutrinadores que a teoria da proporcionalidade deriva desses mencionados direitos. Essa fundamentação também teve sua origem no Tribunal Constitucional Alemão, porém essa adoção deparou-se com vários problemas, como bem destaca Bonavides (apud Antunes, 2006)¹:

Embora inicialmente o TCF alemão tenha por vezes fundamentado o princípio da proporcionalidade na intangibilidade do conteúdo essencial dos direitos fundamentais, atualmente há uma preferência pelo princípio do Estado de Direito.

Já a doutrina constitucional pátria busca fundamentar a teoria da proporcionalidade no princípio do devido processo legal, determinado no artigo 5º, inciso LIV, da CF o qual prescreve que ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal. Este princípio tem a finalidade de proteger a pessoa do acusado em relação às ações abusivas praticadas pelo poder público, visto que, o réu não pode ser condenado com auxílio de provas adquiridas e geradas em contraponto com os limites estabelecidos pelo ordenamento jurídico ao poder investigatório estatal e ao poder persecutório.

Neste aspecto, observa-se que diversos são os fundamentos normativos empregados para demonstrar a justificativa no que se refere à proporcionalidade, onde cada hipótese se estabelece de acordo com o âmbito em que se encontra inserida, dado que, na Alemanha, hodiernamente, prevalece o princípio do Estado de Direito tanto na doutrina quanto na jurisprudência e já no Brasil a preferência é de consolidar a proporcionalidade no princípio do devido processo legal. No entanto, deve-se constar que alguns juristas aduzem que o

princípio da proporcionalidade não pode derivar de outro princípio, visto que, ele tem vida própria e orienta os demais princípios que estão sujeitos a apreciação do julgador.

Sendo assim, conclui-se que a nossa doutrina constitucional pátria apresenta diversos fundamentos para a teoria da proporcionalidade, não existindo nada que impossibilite esta multiplicidade de fundamentações. Não obstante, destaca-se que a concepção de Estado de Direito confere a melhor justificação ao princípio da proporcionalidade, pois sua instituição tem por fim proporcionar aos cidadãos um ambiente de segurança social, através da confiança de que sempre haverá previsão legal para conduzir as ações do Estado e dos indivíduos, favorecendo, assim, à harmonia social.

3.4 Elementos estruturais do princípio da proporcionalidade

A priori, é indispensável para um melhor entendimento do princípio da proporcionalidade o reconhecimento e o estudo sobre seus subprincípios que se estabeleceram através da jurisprudência e doutrina alemã. Deste modo, o princípio da proporcionalidade é estruturado por três subprincípios, os quais são: princípio da adequação, princípio da necessidade e princípio da proporcionalidade em sentido estrito.

O primeiro subprincípio, o qual tem a denominação de adequação, prescreve que se examine, no caso concreto, se a decisão normativa restritiva do direito fundamental viabiliza o alcance da finalidade desejada. Portanto, em outros termos, a medida será adequada se por meio dela for possível alcançar o resultado almejado, qual seja a produção de provas para a elucidação de determinados fatos.

Após realizar-se um exame sobre o princípio da adequação, verifica-se que a medida é adequada, passando, então, para um estudo pormenorizado do princípio da necessidade, ou exigibilidade, pelo qual, será necessária à medida que produzirá o menor prejuízo possível.

Em vinculação com o subprincípio da necessidade, faz bem expor o entendimento de Canotilho (1998, p. 262):

¹ <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8153>.

A necessidade diz respeito ao fato de ser a medida restritiva de direitos indispensável à preservação do próprio direito por ela restringido ou a outro em igual ou superior patamar de importância, isto é, na procura do meio menos nocivo capaz de produzir o fim propugnado pela norma em questão. Traduz-se este subprincípio em quatro vertentes: exigibilidade material (a restrição é indispensável), espacial (o âmbito de atuação deve ser limitado), temporal (a medida coativa do poder público não deve ser perpétua) e pessoal (restringir o conjunto de pessoas que deverão ter seus interesses sacrificados).

Por último, o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito estabelece um sistema de valoração, na medida em que ao se garantir um direito, muitas vezes precisa restringir outro, situação juridicamente aceitável somente após um estudo teleológico, no qual se conclui que o direito juridicamente protegido por determinada norma apresenta contexto valorativamente superior ao restringido. Esse terceiro subprincípio exige uma reciprocidade razoável entre a relação meio-fim, visto que, o juízo de proporcionalidade permite um perfeito equilíbrio entre o fim pretendido e o meio empregado, ou seja, o resultado obtido com a intervenção na esfera de direitos do particular deve ser proporcional à carga coativa da mesma.

3.5 A proporcionalidade dos princípios conflitantes

Os direitos fundamentais, de forma sintética, são bens e vantagens essenciais outorgados pelas normas constitucionais e oponíveis ao Estado, bem como aos demais indivíduos. Esses direitos costumam ser expressos por meio de princípios constitucionais, os quais são estabelecidos como juízo de valor, assegurando a proteção aos cidadãos contra arbitrariedade do poder estatal, buscando solucionar os problemas existentes no meio social.

A aplicação desses princípios de forma estrita e absoluta no processo, muitas vezes contraria a finalidade do Estado Democrático de Direito, ocasionando em determinadas circunstâncias consequências negativas para ordem política e social do Estado. Logo, torna-se inevitável a formação de um meio capaz de oferecer a necessária segurança jurídica da sociedade, uma vez

que é de vital importância que estes princípios sejam empregados de forma harmônica com o sistema os quais estão inseridos.

Procurando resolver os conflitos existentes entre os princípios constitucionais, emprega-se o método da ponderação dos bens, que se efetua mediante a teoria da proporcionalidade. O referido método consiste em procurar examinar com atenção os direitos ou bens que se encontram colidentes no decurso do processo, para posteriormente estabelecer qual o direito ou bem deve prevalecer na decisão do julgador, resolvendo, conseqüentemente, o conflito.

O julgador para instituir a aplicação do princípio da proporcionalidade nas normas conflitantes, deve proceder à análise sobre os direitos envolvidos no litígio, determinando qual deles deve prevalecer sob a relação apreciada e tudo irá proceder de acordo com a avaliação a respeito da conformidade, necessidade e razoabilidade do meio utilizado para a obtenção do fim almejado.

O princípio da proporcionalidade está relacionado à harmonia que deve existir entre estes princípios constitucionais, e a sua aplicabilidade no caso concreto, devendo ser utilizado em matéria criminal possibilitando a atenuação da regra da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos, prescrita no art. 5º, LVI, da Constituição Federal.

Nesta mesma acepção, conceitua o jurista Silva (apud Antunes, 2006)², que:

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

Deste modo, conclui-se que os conflitos surgem constantemente pelo fato dos cidadãos viverem em uma sociedade pluralizada, onde diversos são os interesses individuais e dos grupos que a compõe. E para solucionar esses eventuais conflitos entre direitos igualmente protegidos pela Constituição, busca-

² <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8153>.

se aplicar o princípio da proporcionalidade para analisar e interpretar o direito que poderá propiciar as soluções mais convenientes.

3.6 O aspecto subjetivo na apreciação dos valores conflitantes

Alguns operadores do direito mostram o subjetivismo outorgado ao magistrado como um problema no reconhecimento do princípio da proporcionalidade, visto que, através desta teoria o deslinde da causa fica inteiramente ao arbítrio do julgador, em consequência da impossibilidade de se regulamentar todas as situações que sejam indispensáveis à aplicação do princípio da proporcionalidade, o que poderia ocasionar insegurança jurídica.

Todavia, deve examinar o que prescreve Barros (1999, p. 172):

A questão da ponderação radica na necessidade de dar a esse procedimento um caráter racional e, portanto, controlável. Quando o intérprete pondera bens em caso de conflito ente direitos fundamentais, ele estabelece uma precedência de um sobre o outro, isto é, atribui um peso maior a um deles. Se se pode estabelecer uma fundamentação para esse resultado, elimina-se o irracionalismo subjetivo e passa-se para o racionalismo objetivo.

Sendo assim, as decisões do julgador devem ser justificadas com cautelamento, firmando nitidez, adequação, exigibilidade e a proporcionalidade dos direitos abarcados na lide, impedindo eventuais exorbitâncias de poderes.

Cumprе ressaltar que, a possibilidade de equiparação feita através da analogia dos casos julgados, aos poucos, vão determinando decisões diante do caso concreto sobre a ponderação de bens, tipificando muitos conflitos de direitos, impedindo o subjetivismo arbitrário do magistrado nas valorações dos direitos colidentes.

Por fim, nestas hipóteses, imprescindível é o sacrifício do bem menor para que reste salvaguardado o de maior valia. Nestes termos, cabe ao juiz averiguar os pormenores do caso concreto, tudo aquilo que, de alguma forma circunda o processo como os interesses em jogo, o vulto do dano causado, a conjuntura da sociedade, dentre outros aspectos que devem ser sopesados.

3.7 Aplicabilidade da proporcionalidade

A *priori*, antes de aplicar o princípio da proporcionalidade, deve-se analisar a ocorrência de conflitos existentes entre os direitos fundamentais, estabelecidos na Constituição Federal. Posteriormente, deve-se observar a situação do conflito, identificando todas as circunstâncias relevantes a serem examinadas. E por último, se faz um estudo minucioso do princípio da proporcionalidade em conjunto com os seus três subprincípios, os quais foram abordados anteriormente.

Visando estabelecer as três situações expostas, tendo em vista o caráter principal dos direitos fundamentais e as circunstâncias do caso concreto, será indispensável solucionar a decisão através do método da ponderação dos bens conflitantes.

Contudo, vale destacar que existem ainda, alguns juristas que se posicionam contrários ao princípio da proporcionalidade.

Neste aspecto, pode-se prescrever o que relata Barroso (apud., Souza, 2002)³:

Quanto à viabilidade da aplicação do princípio da proporcionalidade no âmbito da vedação da ilicitude probatória, a doutrina está longe de alcançar consenso. Mesmo cultores do referido princípio chegam a proscrever, de maneira radical, ante a literalidade do disposto no art. 5º, LVI, da Constituição da República, a admissão das provas obtidas por meios ilícitos em processo judicial, chegando mesmo a não admitir, nesta hipótese, sua aplicação.

Assim, registra-se que mesmo não havendo um consenso entre os juristas sobre a finalidade deste princípio, o mesmo vem sendo aplicado em algumas decisões, estabelecendo a harmonia entre os princípios constitucionais, protegendo os direitos fundamentais dos cidadãos e garantindo a realização da justiça.

Além disso, observa-se que nenhuma garantia fundamental pode ser tida de forma absoluta, pois a mesma deverá ser restringida sempre que ocasionar danos para o direito individual ou para a ordem pública, daí a justificativa para a aplicabilidade do referido princípio.

³ <http://www.congressovirtual.mprj.org.br/site/uploads/provas-il%>

CAPÍTULO 4 SOLUÇÃO PELA ADMISSIBILIDADE DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE FACE AS PROVAS ILÍCITAS

Ainda que, alguns doutrinadores considerem totalmente inadmissíveis as provas ilícitas no processo criminal, cumpre-se observar que atualmente já existe uma grande maioria que admite a possibilidade de utilização das provas ilícitas em matéria criminal, com o auxílio da aplicação do princípio da proporcionalidade, onde muitos já vislumbram a sua utilização em proveito do réu e alguns em benefício da sociedade.

Destarte, para que se estabeleça a aplicação do princípio da proporcionalidade no caso concreto é indispensável à comprovação da existência de conflito entre dois direitos protegidos constitucionalmente, para que se possa sopesar estes mencionados direitos, buscando observar qual deles, deve prevalecer na decisão do juiz.

No decurso deste capítulo, será feita uma análise sobre quais as hipóteses de direitos fundamentais colidentes deverá ser determinado para a melhor visualização da operacionalização do princípio da proporcionalidade.

4.1 Aplicabilidade do princípio da proporcionalidade *pro reo* em face das provas ilícitas

É sabido que o indivíduo diante do Estado é indubitavelmente um fraco, necessitando que seus direitos fundamentais, constitucionalmente outorgados, sejam cumpridos, limitando assim a arbitrariedade do poder estatal.

Buscando respeitar e preservar esses direitos, diversos doutrinadores e também, a jurisprudência têm admitido, praticamente por unanimidade, a aplicação do princípio da proporcionalidade no que se refere à flexibilização da vedação constitucional às provas ilícitas, no exercício do direito de defesa, estabelecendo a possibilidade da prova produzida em favor do réu ser admitida, ainda que obtida ilicitamente, pois aqui a regra da exclusão da prova ilícita depara-se com outros direitos individuais garantidos pela Constituição e de forma prioritária no processo penal, como: a ampla defesa e a presunção da inocência.

No conflito entre a vedação constitucional às provas ilícitas e o direito de provar a própria inocência, de acordo com o princípio da proporcionalidade *pro reo*, deve prevalecer, evidentemente o segundo direito, uma vez que, a liberdade

e a dignidade da pessoa humana constituem direitos insuperáveis, mais também porque ao próprio Estado não interessa a punição de um inocente, significando desse modo à impunidade do verdadeiro culpado.

Nesta mesma acepção, Silva (*apud* Antunes, 2006)¹, aborda que:

Portanto, se for possível ao acusado demonstrar sua inocência através de uma prova obtida ilicitamente, certamente ela poderá ser utilizada no processo, haja vista a preponderância do direito à liberdade sobre a inadmissibilidade da prova ilícita no âmbito processual.

A aplicabilidade do princípio da proporcionalidade em face das provas ilícitas *pro reo*, também tem estabelecido à utilização das provas ilícitas em favor do acusado, no que se referem ao rol das excludentes de ilicitude, tais como a legítima defesa e o estado de necessidade. Dentro dessa linha de raciocínio, cumpre destacar o que aborda o doutrinador Pacelli (2004, p. 366):

O Código Penal brasileiro prevê (art. 23) determinadas situações em que a ilicitude geral (e abstrata) da conduta seria afastada pelo que a doutrina denomina também de causas justificadas. [...] O que importa, todavia, é que nessas situações, e são elas o estado de necessidade, a legítima defesa, [...], a ação típica realizada estará justificada aos olhos do Direito, não havendo que se falar em crime.

Assim, quando o agente, atuando movido por algumas das motivações antes mencionadas (causas de justificadas) atinge determinada inviolabilidade alheia para o fim de obter prova da inocência, sua ou de terceiros, estará afastada a ilicitude da ação. Em consequência, estará também afastada a ilicitude da obtenção da prova, podendo a mesma ser regularmente introduzida e valorada no processo penal.

Destarte, não se pode exigir conduta diversa do réu que, acusado indevidamente de ter cometido um crime, se vê obrigado a cometer um ilícito para comprovar sua inocência, pois insustentável seria manter a exclusão desta prova colhida ilicitamente, condenando o réu inocente.

A jurisprudência do Pretório Excelso tem seguido nesse sentido, como pode ser verificado no seguinte julgamento:

¹ <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8153>.

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. - **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 "the fruits of the poisonous tree" 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 50.367-PR, 2ª. Turma. Rel. Min. Carlos Velloso. J. 01/02/05. DJ 04/03/05.). (sem grifo no original). (grifo do autor, NASCIMENTO, 2005)².

O réu, que buscando defender-se faz uso de uma prova ilícita, está amparado legalmente pelos princípios constitucionais da liberdade, da ampla defesa e do contraditório, princípio da busca da verdade real, bem como o princípio da presunção da inocência, contudo esses princípios diversas vezes entram em colisão com os princípios constitucionais das liberdades individuais, direito à intimidade, direito ao sigilo das comunicações, direito a inviolabilidade do domicílio, direito à integridade, direito à dignidade, direito ao devido processo legal, direito à propriedade e, por último, o princípio da vedação da provas ilícitas. É por isso, que surgindo delicado problema, onde entram em colisão os princípios constitucionais deverá proceder à aplicação do princípio da proporcionalidade, por meio de uma análise sucessiva de seus três elementos estruturadores, os quais foram mencionados anteriormente.

Através do subprincípio da adequação se buscará observar se no caso concreto a decisão normativa restritiva (meio) do direito fundamental será viável para atingir o fim almejado, inquirindo a seguinte pergunta: a medida a ser tomada será apta, útil e apropriada para atingir o fim desejado?

Se após esse questionamento a resposta for positiva, ou seja, a utilização da prova ilícita é adequada para chegar-se à prova da materialidade e

² <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7180>

da autoria do delito, posteriormente, sucede-se o estudo do segundo subprincípio, o da necessidade, onde verificará se a utilização da prova ilícita produzirá o menor dano possível, ou seja, levar-se-á a menor restrição aos direitos fundamentais do indivíduo. Nesta segunda fase, para melhor decisão far-se-á a seguinte pergunta: existe um meio jurídico menos gravoso, que não a prova ilícita, que torne possível, a partir dele, a consecução da prova da autoria e materialidade do delito? Quando não havendo outro meio menos gravoso, observa-se que este é necessário, passando-se a análise do último subprincípio, o da proporcionalidade em sentido estrito.

O subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito irá observar se existe relação razoável entre o meio e o fim estabelecendo a concepção de justa medida, visto que para se atingir o fim desejado deve-se sopesar as desvantagens dos meios em relação às vantagens dos fins.

Logo, o terceiro e último subprincípio irá mostrar a ponderação de bens, fazendo o seguinte questionamento: do conflito existente entre o princípio da vedação da prova ilícita em processo e o bem jurídico constitucionalmente estabelecido em processo penal, é possível decidir pela utilização das provas ilícitas em matéria criminal?

Se a resposta for positiva, fica claro que será viável a utilização de uma prova ilícita para absolver um inocente com respaldo no princípio da proporcionalidade, contudo, tendo-se em vista que o caráter principal dos direitos fundamentais e as circunstâncias do caso concreto, será sempre necessário fundamentar buscando o resultado da ponderação dos bens.

Ante o exposto, conclui-se que a não aplicabilidade do princípio da proporcionalidade *pro reo* nas provas ilícitas deparar-se-ia com enorme contrariedade aos valores, no que diz respeito aos bens e direitos defendidos pelo Estado.

4.2 Aplicabilidade do princípio da proporcionalidade *pro societate* face das provas ilícitas

A flexibilização da vedação constitucional das provas ilícitas quando for a benefício da sociedade e, como consequência, em desfavor do réu, é questão que ainda merece análise mais aprofundada, face à necessidade de se

proteger a sociedade contra as ameaças geradas pelos grandes índices de criminalidade.

Doutrinariamente, prevalece o posicionamento de que a prova ilícita somente deveria ser aceita em favor do réu, conforme destaca o tópico anterior, e nunca como meio de acusação, visto que, a vedação às provas ilícitas por fazer uso de uma garantia constitucional que visa proteger direitos fundamentais do cidadão contra arbitrariedade do Estado, somente deverá ser admissível quando for para proteger o réu.

Admitir as provas ilícitas *pro societate* é possibilitar que a acusação em determinados casos graves e extremos apresente provas obtidas de formas ilícitas, objetivando convencer o juiz no que se refere à responsabilidade do réu e da necessidade de aplicar-lhe uma sanção.

Tal admissibilidade deve ser estabelecida de acordo com a interpretação sistemática da Constituição, afastando a inadmissibilidade das provas ilícitas, priorizando outros direitos de finalidade maior para o Estado e tomando com base o princípio da proporcionalidade.

Como já abordado anteriormente, nenhuma garantia individual é estabelecida de forma absoluta. Sendo assim, quando ocorre determinado conflito entre direitos constitucionalmente protegidos, cumpre promover aplicação daquele de maior importância. Para tanto, observa-se que existe um predomínio dos dispositivos relativos à promoção da justiça, a erradicação da miséria e da marginalização, e ao princípio do Estado de Direito, em relação a determinados direitos individuais do réu violados pela coleta da prova. Com isto, sempre que se observar que aqueles valores têm maior importância do que o direito individual do acusado deve-se admitir a utilização da prova ilícita, buscando atender aos fins perquiridos pelo Estado de Direito e ao anseio da justiça.

Contudo, é de se evidenciar neste aspecto, que há necessidade de autorização judicial por escrito para a realização ou obtenção da tal prova, pois não pode a autoridade policial, por simples suspeita, fazer diligências que atentem contra os direitos fundamentais individuais. Entretanto, isso não implica em dizer que é admissível a tortura como meio de prova, porque uma coisa é torturar alguém para obter a confissão, o que atenta contra todos os princípios, e outra, é grampear um telefone, fotografar alguém, violando sua intimidade, ou usar um gravador disfarçadamente para obter declarações.

Para melhor esclarecimento, destaca-se o entendimento do Supremo Tribunal Federal, em acórdão da lavra do Ministro Celso de Mello, já se manifesta em decisão que, sopesando os bens jurídicos em conflito, adotou a orientação de que é possível restringir um direito fundamental em benefício da sociedade. A decisão encontra-se assim ementada:

EMENTA: HABEAS CORPUS - ESTRUTURA FORMAL DA SENTENÇA E DO ACÓRDÃO - OBSERVANCIA - ALEGAÇÃO DE INTERCEPTAÇÃO CRIMINOSA DE CARTA MISSIVA REMETIDA POR SENTENCIADO - UTILIZAÇÃO DE COPIAS XEROGRÁFICAS NÃO AUTENTICADAS - PRETENDIDA ANÁLISE DA PROVA - PEDIDO INDEFERIDO. - [...] - A administração penitenciária, com fundamento em razões de segurança pública, de disciplina prisional ou de preservação da ordem jurídica, pode, sempre excepcionalmente, e desde que respeitada a norma inscrita no art. 41, parágrafo único, da Lei n. 7.210/84, proceder a interceptação da correspondência remetida pelos sentenciados, **eis que a cláusula tutelar da inviolabilidade do sigilo epistolar não pode constituir instrumento de salvaguarda de práticas ilícitas.** - "O reexame da prova produzida no processo penal condenatório não tem lugar na ação sumaríssima de hábeas corpus". (HC 70.814-SP. 1ª Turma. Rel. Min. Celso de Mello. J. 01/03/94. DJ. 24/06/94.). (grifo do autor, NASCIMENTO, 2005).³

E o Superior Tribunal de Justiça também em idêntico posicionamento, estabelece a decisão cuja ementa se transcreve:

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 A AÇÃO PENAL (CORRUPÇÃO ATIVA) OU DESTRUIR GRAVAÇÃO FEITA PELA POLÍCIA. O INCISO LVI DO ART 5. 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

³ <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7180>.

INVOCADA É RELATIVA. A JURISPRUDÊNCIA NORTE AMERICANA, MENCIONADA EM PRECEDENTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, NÃO É TRANQUILA. SEMPRE É INVOCÁVEL O PRINCÍPIO DA "RAZOABILIDADE" ("REASONABLENESS"). O "PRINCÍPIO DA ESCLUSÃO DAS PROVAS ILICITAMENTE OBTIDAS" ("EXCLUSIONARY RULE") TAMBÉM LA PEDE TEMPERAMENTO. ORDEM DENEGADA". (HC 3.982-RJ, 6ª Turma. Rel. Min. Adhemar Maciel. J. 05/12/95. DJ. 26/02/96.). (NASCIMENTO, 2005).⁴

Não obstante, cumpre destacar que a aplicabilidade do princípio da proporcionalidade frente a tais provas não deve ser aceita de forma ilimitada, vez que só pode ocorrer em casos graves e extremos, onde não tenha outro meio capaz de fazer prova contra o acusado, e onde seja sua aplicabilidade um imperativo para a realização da justiça.

Nesse sentido, defende Capez (2004, p. 269) que:

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

Para melhor esclarecimento, sobre aplicabilidade do princípio da proporcionalidade *pro societate* nas provas ilícitas, cumpre-se citar, como exemplo os crimes praticados contra o erário público e o crime de tráfico ilícito de entorpecentes, onde se observa que, quando da inutilização da prova ilícita, nestes casos, pode resultar na impossibilidade de punição dos culpados.

Os crimes praticados contra o erário público se estabelece quando o desfalque das verbas do erário reflete na prestação dos serviços estatais destinados à materialização de alguns direitos fundamentais, mencionados no art. 3º da Constituição Federal, os quais são: a construção de uma sociedade livre,

⁴ <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7180>.

justa e solidária; a garantia do desenvolvimento nacional; a erradicação da pobreza e da marginalização, bem como a redução das desigualdades sociais e regionais; e a promoção do bem de todos, sem qualquer preconceito ou discriminação. Sendo assim, através destes princípios, o Estado tem o dever de punir, por isso, não admitir a prova ilícita no processo, causando prejuízo à materialização de alguns desses princípios mencionados, impossibilita que a atividade estatal realize seus objetivos fundamentais, afastando outro direito igualmente constitucional, que consta na assistência estatal, da qual é titular a população necessitada.

Outrossim, inadmitir as provas ilícitas, nos crimes de tráfico ilícito de entorpecentes, gera com freqüência impunidade e transtornos para os cidadãos, visto que, determinando o cumprimento estatal na promoção da justiça e erradicação da marginalização, assim como, pode haver o comprometimento moral da organização estatal perante a força corruptiva do comércio ilícito de entorpecentes e drogas afins.

Destarte, deve-se admitir a aplicabilidade do princípio da proporcionalidade *pro societate* frente às provas ilícitas para garantir a estruturação do Estado Democrático de Direito e seus fundamentos e objetivos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O trabalho apresentou a possibilidade de aplicação do princípio da proporcionalidade na problemática das provas ilícitas em processo criminal, uma vez que, a Constituição Federal, a lei maior, a qual guia todas as outras leis existentes no país, há que se fazer no próprio corpo de seu texto, algumas ressalvas no que se referem à vedação das provas ilícitas, pois, esta garantia constitucional não pode ser estabelecida de forma absoluta.

O artigo 5º da Carta Magna, além de proibir o uso de provas ilícitas no processo, também determina inúmeros princípios que contemplam outros direitos igualmente protegidos, como por exemplo, a vida, a liberdade, a igualdade, a segurança, a propriedade, entre outros.

Contudo, embora estas ressalvas, hodiernamente, não fossem regulamentadas por nossos legisladores, o julgador neste aspecto, deverá se apoiar na aplicação do princípio da proporcionalidade para que em determinados casos graves e extremos, onde dois ou mais princípios constitucionais ou direitos colidirem em suas preceituações, venha viabilizar a harmonia entre estes, permitindo ao magistrado uma solução mais satisfatória para a lide.

Em função de tal compreensão, cumpre-se afirmar que a prova ilícita pode ser utilizada com tranqüilidade quando para beneficiar o réu, visto que essa regra da exclusão da prova ilícita depara-se com outros direitos individuais garantidos pela Constituição e de forma prioritária no processo penal, como: a ampla defesa e a presunção da inocência. Entretanto, vale ressaltar que tal benefício só será viável analisando as conseqüências no caso concreto, fazendo uma ponderação de todos os valores envolvidos na lide.

Igualmente, constatou-se que a teoria da proporcionalidade deve ser aplicada, também, face às provas ilícitas em matéria criminal quando for para beneficiar a sociedade, pois os valores da justiça e da ordem pública apresentam grande relevância para o Estado Democrático de Direito, competindo a este resguardar tais garantias.

Verifica-se que o Estado além de conceder o direito ao réu de exercer a ampla defesa, o mesmo também procura proteger o bem-estar de todos. Sendo assim, as duas teorias devem ser admitidas, não obstante, fazendo sempre uma

mediação de pesos e contrapesos para ter conhecimento sobre qual solução mais satisfatória deve prevalecer: o direito individual ou a ordem pública?

Em suma, não se pode estabelecer que a regra existente no artigo 5º, inciso LVI da Constituição Federal, onde prescreve que são inadmissíveis no processo as provas obtidas por meios ilícitos, seja reconhecida de forma absoluta, considerando que essa garantia constitucional deve ser compreendida de forma ponderada e sob determinadas circunstâncias excepcionais, devendo ceder, em homenagem a sobrevivência do sistema jurídico nacional, seja em favor do réu ou da sociedade. Além disso, não aceitar a aplicação do princípio da proporcionalidade poderia equivaler, em determinadas situações de extrema gravidade, a deixar o ser humano, ou a própria sociedade, inteiramente desamparadas frente ao ato ilícito, em casos para os quais será impossível obter a prova por meios ortodoxos.

Por fim, conclui-se que o princípio abordado no trabalho monográfico encontra-se de forma implícita na própria Constituição, de modo a justificar a utilização do mesmo pelo órgão julgador. A relevância de se aplicar o referido princípio é fundamental para evitar atos de puro arbítrio do magistrado demonstrando que nenhum direito ou garantia fundamental deva ser valorado por este de forma absoluta.

REFERÊNCIAS

ANTUNES, Roberta Pacheco. O princípio da proporcionalidade na problemática das provas ilícitas em matéria criminal. *Jus navigandi*, Teresina, ano 10, 27 de març de 2006. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8153>. Acesso em 25 de maio de 2006.

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

CANOTILHO, J. J Gomes. Direito constitucional e Teoria da Constituição. Coimbra: Almedina, 1998.

CAPEZ, Fernando. Curso de Processo Penal. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

CRINOVER, Ada Pellegrini. Liberdades Públicas de processo Penal. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

FLORES, Eliana Alves. Instituto da Prova Ilícita. *Direitonet*, Porto Alegre, 23 de junho de 2005. Disponível em: <http://www.direitonet.com.br/textos/x/13/16/1316/> Acesso em 19 de març. 2006.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. Processo Penal. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

NASCIMENTO, José Carlos do. As provas produzidas por meios ilícitos e sua admissibilidade no processo penal. *Jus navigandi*, Teresina, ano 9, n.779 , 21 ago. 2005. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7180>. Acesso em 19 de març. de 2006.

NUCCI, guilherme de Souza. Código de Processo Penal Comentado. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelle. Curso de Processo Penal. 3. ed. Belo Horizonte: Debrey, 2004.

PINTO, Antônio Luiz de Toledo; WINDT, Márcia Cristina Vaz dos Santos; CÉSPEDES, Livia. Código Penal, Código de processo Penal, Constituição Federal. 2. ed. São Paulo. Saraiva, 2006.

RAMOS, Maíra Silva da Fonseca. A prova proibida no processo penal: as conseqüências de sua utilização. *Jus navigandi*, Teresina, ano 09, n.837, 18 de out de 2005. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7432>. Acesso em 10 de maio de 2006.

RANGEL, Paulo. Direito Processual penal. 9. ed. Rio de Janeiro: Lumer Juris, 2005.

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

SOUZA, Alexandre Araújo. A inadmissibilidade, no processo penal das provas obtidas por meios ilícitos: uma garantia absoluta? Congresso Virtual, Rio de Janeiro, 15 de out. de 2003. Disponível em: <http://www.congressovirtual.mpri.org.br/site/uploads/provas-il%>. Acesso em 11 de junho de 2006.