

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE – UFCG  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS – CCJS  
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO**

**MARIA CECILIA FERREIRA DA COSTA ANDRADE**

**A POSSIBILIDADE DE ADMISSÃO DA PROVA ILÍCITA NO PROCESSO PENAL  
BRASILEIRO EM BUSCA DA VERDADE REAL**

**SOUSA - PB**

**2016**

**MARIA CECILIA FERREIRA DA COSTA ANDRADE**

**A POSSIBILIDADE DE ADMISSÃO DA PROVA ILÍCITA NO PROCESSO PENAL  
BRASILEIRO EM BUSCA DA VERDADE REAL**

Trabalho monográfico apresentado ao Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande como instrumento parcial de avaliação da disciplina de Monografia do Curso de Direito para obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador: Prof. Pós-Dr. Iranilton Trajano da Silva.

**SOUSA – PB**

**2016**

**MARIA CECILIA ANDRADE FERREIRA DA COSTA**

**A POSSIBILIDADE DE ADMISSÃO DA PROVA ILÍCITA NO PROCESSO PENAL  
BRASILEIRO EM BUSCA DA VERDADE REAL**

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

Orientador(a): Prof. Pós-Dr. Iranilton Trajano da Silva

BANCA EXAMINADORA:

DATA DE APROVAÇÃO: \_\_\_\_/\_\_\_\_/\_\_\_\_.

---

Orientador (a): Prof. Pós-Dr. Iranilton Trajano da Silva.

---

Membro (a) da Banca Examinadora

---

Membro (a) da Banca Examinadora

A Deus pelas conquistas e sabedoria. À  
minha mãe Roberta e irmãs Maria  
Eugênia e Maria Augusta pelo apoio de  
uma vida inteira.

## AGRADECIMENTOS

Primeiramente agradeço ao Senhor Deus, todo poderoso, por sempre me conceder graça e sabedoria, e me guiar do melhor caminho;

A minha mãe, Roberta Costa, meu maior e mais profundo agradecimento, por ser minha maior torcedora e incentivadora na concretização desse sonho, por torná-lo possível, por todo amor incondicional que me dá, e por mesmo à distância se fazer sempre presente;

As minha irmãs, Maria Eugenia e Maria Augusta, meus eternos alicerces de vida, por todo apoio, conselhos e incentivos constantes, e por sonharem junto comigo;

A minha sobrinha Maria Alice amor da minha vida.

A minha tia Patrícia Alapenha, e meus primos Helena, Abílio, Maria e Antônio, por acreditarem sempre em mim e estarem sempre por perto;

Ao meu Tio Ivonaldo Gomes (In Memoriam), que tenho certeza que está vibrando lá de cima por essa conquista.

Aos meus avós, Irene e Roberto Costa, meus maiores exemplos de vida e trabalho, por acreditarem também nesse sonho, e me impulsionarem a sempre ir cada vez mais longe;

As minhas amigas, Ana Márcia, Neiliane Estanislau, Yasmin Lima, Débora Lopes, Hérica Marinho, Edna Jamily, Thais Carlos e Maynara Maria, meus anjos do dia a dia, por terem tornado esta caminhada mais fácil e feliz. A Renan Lima, João Afonso e Carlos Vinícius por tornarem a estadia em Sousa-PB mais divertida. Vocês todos estão do “lado direito” do meu peito.

Aos demais amigos pela compreensão e torcida.

Ao meu orientador, Professor e Pós Doutor Iranilton Trajano da Silva, pelos conhecimentos compartilhados, paciência, orientação e tempo doado;

Enfim, a todos que, de forma direta ou indireta, contribuíram para que eu chegasse a conclusão deste trabalho.

“A justiça não consiste em ser neutro entre o certo e o errado, mas em descobrir o certo e sustentá-lo, onde quer que ele se encontre, contra o errado”.

**Theodore Roosevelt**

## RESUMO

O presente trabalho tem por escopo adentrar no estudo das provas ilícitas com a possibilidade de sua admissão no Processo Penal Brasileiro. A prova é o meio pelo qual o juiz obtém informação e conhecimento sobre os fatos relatados na relação processual, bem como através delas que formará seu juízo de valor sobre os fatos demonstrados. Contudo, nem sempre as provas juntadas ao processo são obtidas de maneira lícita, confrontando assim princípios constitucionais e legais, sendo também consideradas ilegítimas, ou seja, afrontam normas de natureza processual. O caput do artigo 157 do Código de Processo Penal, com a redação dada pela Lei 11.690/2008, trata sobre a admissibilidade da prova ilícita, todavia deve-se observar que não há bem jurídico que receba proteção absoluta em nosso ordenamento, visto que até mesmo o direito à vida pode ser relativizado quando se verificar, por exemplo, a incidência de excludente de ilicitude. Assim sendo, se tratando de proibição ao uso de provas ilícitas não é diferente. Quando sua aplicação reproduzir transgressão a direito que se mostre mais relevante, como por exemplo, o intuito de se buscar a verdade sobre os fatos alegados, é preciso que se relativize a regra da vedação, utilizando como fundamento o princípio da proporcionalidade. A presente pesquisa objetiva analisar as consequências da admissibilidade de provas ilícitas no Processo Penal e seus reflexos na busca pela verdade real. Com a finalidade de se chegar aos resultados propostos para o presente trabalho se utilizará o método de abordagem dedutivo, ou seja, iniciando pela concepção geral, que no caso será a análise dos dispositivos e princípios constitucionais, para se chegar a análise do caso concreto, qual seja, a admissibilidade das provas ilícitas no Processo Penal. No que diz respeito aos métodos de procedimento específico far-se-á o uso do histórico-evolutivo a fim de entender a evolução doutrinária e jurisprudencial com o objetivo de adaptar a visão do legislador com a necessidade social no momento. A técnica de pesquisa a ser utilizada será a documentação indireta, através da análise legislativa, doutrinária e jurisprudencial, leitura e análise de documentos preexistentes, monografias, artigos científicos, dissertações, impressos ou em meio digital.

**Palavras-chave:** Prova ilícita. Admissibilidade. Princípio da proporcionalidade.

## ABSTRACT

This work aims to enter in the study of illegal evidence with the possibility of admission in the Brazilian criminal proceedings. The proof is the way by which the judge gets information and knowledge about the facts reported in the procedural relationships and through them to form its judgment on the facts stated. However, not all the evidence collected in the process are obtained in a lawful manner, thus confronting constitutional and legal principles, it is also considered illegitimate, in other words, confronting procedural rules. The heading of article 157 of the Criminal Procedure Code, as amended by Law 11.690 / 2008, deals with the admissibility of illegal evidence, however it should be noted that there is no legal interest to receive absolute protection in our legal system, since even the right of life can be relativized when it is found, for example, the incidence of legal excuse. Therefore, when it comes to banning the use of illegal evidence is no different. When this rule causes transgression to the right that proves more relevant, for example, in order to seek the truth about the alleged facts, it is necessary to relativize the rule of the seal, using as a basis the principle of proportionality. This work wants to analyze the consequences of the admissibility of illegal evidence in criminal proceedings and their effects on the search for the real truth. In order to reach the proposed outcomes for this study will be use the deductive method of approach, that is, starting with the overall design, which in the case will analyze the devices and constitutional principles, to reach the analysis of the case, namely, the admissibility of illegal evidence in criminal proceedings. As regards the methods of specific procedure far shall be the use of historical evolution in order to understand the doctrinal and jurisprudential evolution in order to adapt the legislator's vision with the social need right now. The research technique to be use will be indirectly documentation, through legislative, doctrinal and jurisprudential analysis, reading and analysis of existing documents, monographs, journal articles, dissertations, both print and digital media.

**Key-words:** Illegal evidence. Admissibility. Principle of proportionality.

## **LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS**

**CP** – Código Penal

**CPP** – Código de Processo Penal

**CRFB/88** – Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

**STF** – Supremo Tribunal Federal

**STJ** – Supremo Tribunal de Justiça

## SUMÁRIO

<b>1</b>	<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>11</b>
<b>2</b>	<b>ANÁLISE SOBRE PROVAS E SUA VISÃO NO MUNDO JURÍDICO</b>	
	<b>PROCESSUAL PENAL .....</b>	<b>13</b>
2.1	BREVE HISTÓRICO E CONCEITO DA PROVA .....	13
2.1.1	Objeto da prova .....	15
2.1.2	Finalidade da prova.....	16
2.1.3	Meios de prova .....	17
2.1.4	Ônus da prova .....	18
2.1.5	Classificação da prova .....	19
2.1.6	Sistemas de avaliação da prova .....	20
2.2	PRINCÍPIOS GERAIS DA PROVA .....	22
2.2.1	Oralidade.....	22
2.2.2	Concentração .....	23
2.2.3	Publicidade .....	23
2.2.4	Auto de responsabilidade das partes.....	23
2.2.5	Audiência contraditória .....	24
2.2.6	Comunhão da prova.....	24
2.2.7	Livre convencimento motivado ou persuasão racional.....	25
2.2.8	Liberdade probatória .....	25
2.2.9	Vedação das provas obtidas por meio ilícito.....	26
2.3	PROVAS ILÍCITAS .....	27
2.3.1	Conceito.....	27
2.3.2	Provas ilícitas e provas ilegítimas.....	28
2.3.3	Provas ilícitas por derivação.....	29
<b>3</b>	<b>O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO</b>	
	<b>PÁTRIO.....</b>	<b>31</b>
3.1	PRINCÍPIOS E REGRAS NO ORDENAMENTO JURÍDICO .....	32
3.2	PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS .....	34
3.3	DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS.....	36
3.4	PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE.....	37
3.4.1	Breve histórico .....	38

3.4.2	<b>Evolução teórica no Brasil .....</b>	<b>41</b>
3.4.3	<b>O princípio da proporcionalidade na Constituição Federal de 1988 .....</b>	<b>43</b>
3.4.4	<b>Conceito.....</b>	<b>44</b>
3.4.5	<b>Princípio da proporcionalidade versus princípio da razoabilidade .....</b>	<b>47</b>
4	<b>A POSSIBILIDADE DE ADMISSÃO DE PROVAS ILÍCITAS NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO .....</b>	<b>49</b>
4.1	<b>A PRODUÇÃO DE PROVAS ILÍCITAS .....</b>	<b>50</b>
4.1.1	<b>Inadmissibilidade das provas ilícitas .....</b>	<b>50</b>
4.1.2	<b>Admissibilidade das provas ilícitas.....</b>	<b>52</b>
4.1.3	<b>Admissibilidade das provas ilícitas e o princípio da proporcionalidade .....</b>	<b>53</b>
4.2	<b>INCONGRUÊNCIA DA TEORIA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA .....</b>	<b>55</b>
4.3	<b>RELATIVIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DO USO DE PROVAS ILÍCITAS E O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE.....</b>	<b>58</b>
4.4	<b>PROVAS ILÍCITAS A FAVOR DO RÉU.....</b>	<b>61</b>
4.5	<b>PROVAS ILÍCITAS EM FAVOR DA SOCIEDADE.....</b>	<b>65</b>
4.5.1	<b>Provas ilícitas e a macrocriminalidade .....</b>	<b>68</b>
4.5.2	<b>Gravidade do crime.....</b>	<b>69</b>
4.5.3	<b>Prova ilícita produzida por particular .....</b>	<b>69</b>
4.5.4	<b>Encontro fortuito de provas .....</b>	<b>70</b>
4.6	<b>A POSSIBILIDADE DE ADMISSÃO DE PROVAS ILÍCITAS NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO E SUAS CONSEQUÊNCIAS.....</b>	<b>71</b>
5	<b>CONCLUSÃO .....</b>	<b>73</b>
	<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICA.....</b>	<b>76</b>

## 1 INTRODUÇÃO

A presente pesquisa monográfica que ora se apresenta traz como pressuposto tecer reflexões acerca da admissibilidade da utilização de uma prova obtida por meio ilícito no Processo Penal como busca da verdade real dos fatos, ponderando princípios e normas que devem prevalecer em detrimento de outros em prol do alcance de tal objetivo. A prova, como elemento comprovador dos fatos alegados no processo, deve ser apreciada, mesmo que ilícita, uma vez que não se pode descartar sua eficácia de forma absoluta sem ponderar os interesses que encontram-se em conflito. Discorrer sobre tal assunto possui grande relevância tendo em vista ser uma abordagem iminente no cenário jurídico e que não se encontra de maneira pacificada na doutrina e jurisprudência brasileira.

O trabalho em comento, ainda, analisa a aplicação do princípio da proporcionalidade diante do caso concreto, estabelecendo que nenhuma norma deverá ter sua aplicabilidade tida como absoluta no direito, devendo prevalecer o que se mostrar mais correto para o réu, bem como para a sociedade.

Cumprindo ainda, ressaltar a abordagem do presente estudo de caráter qualitativo, para tanto, utilizará o método dedutivo e concretizado pela pesquisa documental indireta, por intermédio da pesquisa tanto bibliográfica, através de livros, e artigos eletrônicos, quanto jurisprudencial, através dos informativos dos tribunais brasileiros.

Surgem então inúmeros questionamentos em forma de problematizações: Questiona-se sobre as consequências que a admissibilidade de provas ilícitas no Processo Penal brasileiro em busca da verdade real pode trazer, ou seja, como as provas, como elemento fundamental do processo que são, poderão ser valoradas pelo magistrado mesmo sendo ilícitas, se esta admissibilidade vai contra a disposição da lei ou se sua inadmissibilidade prejudicaria o poder dever do julgador em sua busca pela real verdade dos fatos alegados.

Durante muito tempo, as provas consideradas ilícitas, por violarem preceitos legais, fossem de natureza material ou processual, não eram admitidas de maneira absoluta como meio de prova válido e eficaz no sistema probatório do Processo Penal, uma vez que expressamente vedadas no artigo 5º, inciso LVI, da Constituição Federal de 1988, bem como no artigo 157, caput, do Código de Processo Penal.

Com o progresso da sociedade, da doutrina e da jurisprudência, que fora se adequando a evolução jurídica, notou-se que as normas devem ser relativizadas ponderando direitos, assim, quando uma norma estabelecida no artigo 157 do Código de Processo Penal transgredir interesse que se mostre socialmente mais relevante, esta referida regra deve ser relativizada.

Será analisado a proporcionalidade que deve haver entre a aplicação da norma e sua adequação ao caso concreto, levando em consideração aspectos importantíssimos, como a busca pela verdade real dos fatos alegados e as consequências do ato do Estado caso aplique uma condenação injusta por não analisar provas a ele oferecidas devido uma restrição legal.

O primeiro capítulo será composto por três sessões, sendo a primeira responsável por tratar dos aspectos básicos sobre as provas, definirá o conceito de prova e especificará sua função no processo. A segunda abordará os princípios basilares do sistema probatório brasileiro, em destaque o da vedação das provas obtidas por meio ilícito, objeto de análise da presente pesquisa. A terceira sessão buscará trazer os elementos conceituais que envolvem as provas ilícitas, objeto de questionamento desse trabalho, e a diferenciação de suas derivações, quais sejam as provas ilegítimas e as provas ilícitas por derivação, e como a omissão desse conceito na legislação interfere na sua aplicação.

Em continuidade, o segundo capítulo se propõe estruturalmente em quatro sessões, onde trata do princípio da proporcionalidade, fundamento basilar da defesa da possibilidade de admissão de prova ilícita no processo, onde na primeira sessão falar-se-á da diferenciação entre regras e princípios, na segunda abordará os princípios constitucionais brasileiros no qual o princípio da proporcionalidade se insere, na terceira abrangerá os direitos e garantias fundamentais expressos na Constituição Federal de 1988 nos quais garantem a efetivação de princípios basilares do ordenamento jurídico pátrio, e na quarta, será tratado efetivamente do princípio da proporcionalidade, desde sua evolução histórica, definição e aplicabilidade no caso concreto.

Finalizando, será estudado no terceiro capítulo a possibilidade de admissão de uma prova ilícita no Processo Penal brasileiro, analisando a relativização do princípio da vedação das provas obtidas por meio ilícito. Estudar-se-á a necessidade da admissibilidade das provas ilícitas na busca pela verdade real tendo como sustentação doutrinária o princípio da proporcionalidade.

## 2 ANÁLISE SOBRE PROVAS E SUA VISÃO NO MUNDO JURÍDICO PROCESSUAL PENAL

O processo é o instrumento de autuação da norma jurídica, todavia, para que ocorra é preciso que o órgão julgador tenha discernimento dos fatos que autorizem a aplicação da norma. A prova se apresenta, portanto, como o meio pelo qual o magistrado passa a ter ciência dos acontecimentos que envolvem a relação jurídica, para assim, formar seu convencimento.

Desse modo, a prova é de fundamental importância, visto que, influi na convicção do julgador que a examina, do mesmo modo que é o meio utilizado pelas partes atuantes no processo para fundamentar suas alegações.

Por fim, é preciso conhecer a evolução histórica, conceituação, e os aspectos gerais da prova, para entender o seu papel no poder dever do julgador em busca da verdade real dos fatos relatados.

### 2.1 BREVE HISTÓRICO E CONCEITO DA PROVA

Os assuntos abordados no direito processual penal, dentre os quais o sistema probatório, com o passar dos tempos sofreram modificações, e conseqüentemente foram aprimorados. Na Idade Antiga, em seu ordenamento jurídico, o que prevalecia eram os meios de prova com sua valoração estabelecida pelo juiz, no qual poderia usar do seu livre arbítrio e valorar a prova a seu critério. Por exemplo, o julgador poderia delimitar as provas que considerasse inferiores, como os testemunhos de escravos, mulheres, incapazes, crianças, e descartá-las. Esse sistema dava ao magistrado uma liberdade excessiva, pois ele poderia julgar apenas com base no seu conhecimento particular, sem precisar solucionar o caso sob algum embasamento legal, o que inevitavelmente levava as partes a ser alvo de arbitrariedades.

Consecutivamente, veio o chamado sistema religioso. Nesse sistema o suposto infrator era submetido a torturas, nas quais, se resistisse era presumida sua inocência; foi o chamado período das ordálias. O sistema ordálico cresceu entre os europeus perante o domínio germânico-barbárico, na Idade Média. Na época ordálica era utilizado dois tipos de ordálias: o duelo judicial e o ferro em brasa. Caso

nada acontecesse aos pretensos culpados no duelo, ou, seus pés não se queimassem após passarem sobre a chapa de ferro em brasa, seriam inocentes, caso contrário, a culpa estava evidenciada. Continuando, surgiu a era em que a confissão do réu era tida como a soberana das provas, o que impreterivelmente resultou em incessantes torturas para obter as confissões. Posteriormente veio o sistema da íntima convicção, também chamado de livre convencimento motivado do juiz ou persuasão racional.

A origem desse sistema é concomitante à origem da revolução francesa, e sua existência perdura até os dias de hoje. De maneira geral o sistema da íntima convicção permite a utilização de todos os meios de prova e seu livre exame, sucedendo em uma certeza moral, assim, o magistrado apesar de ter que valorar sua decisão em uma fundamentação legal, ele não está limitado a ela, pois possui uma maior liberdade decisória, agregando também sua convicção pessoal. No momento, este é o sistema probatório aplicado no Direito Processual Penal brasileiro, como prevê o artigo 93, inciso IX, da CRFB/88:

Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:

IX- todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação.

Conceituando, a prova é o instrumento utilizado pelas partes para comprovar os fatos da causa, ou seja, é o meio usado para validar alegações que são expostas pelas partes como fundamento para o exercício da tutela jurisdicional.

Neste sentido Capez (2015, p. 367), assim se manifesta:

Do latim probatio, é o conjunto de atos praticados pelas partes, pelo juiz (CPP, arts. 156, I e II, 209 e 234) e por terceiros (p. ex. peritos), destinados a levar ao magistrado a convicção acerca da existência ou inexistência do fato, da falsidade ou veracidade de uma afirmação.

As provas fazem parte da chamada fase da instrução processual, na qual têm o papel de revelar a verdade dos fatos narrados no processo em busca de uma decisão judicial favorável. A demonstração da verdade do que se alega é feita pelo sistema probatório, ou seja, pelas provas. São elas que irão auxiliar na formação do conhecimento e informação do magistrado, para que ele construa seu

convencimento sobre o que é relatado, são as provas que vão como se manifestam Távora e Alencar (2013, p. 388) “demonstrando os fatos, atos, ou até mesmo o próprio direito discutido no litígio”.

A palavra prova pode conter diferentes sentidos, sendo esta uma expressão dinâmica. Neste seguimento, esclarece Nucci (2013, p. 397):

Há, fundamentalmente, três sentidos para o termo prova: a) *ato de provar*: é o processo pelo qual se verifica a exatidão ou verdade do fato alegado pela parte no processo (ex.: fase probatória); b) *meio*: trata-se do instrumento pelo qual se demonstra a verdade de algo (ex.: prova testemunhal); c) *resultado da ação de provar*: é o produto extraído da análise dos instrumentos de prova oferecidos, demonstrando uma verdade daquele fato.

Quando a ilicitude está caracterizada, implica que uma norma penal foi transgredida. Em resposta a isso, o Estado se manifesta, aplicando uma censura contra o transgressor da norma. Contudo, para que o magistrado forme seu convencimento, e aplique a censura necessária, é preciso que ele tenha conhecimento dos fatos alegados, por meio de uma retrospectiva do fato ocorrido, com intuito de alcançar a verdade real, chegando a uma certeza moral. Serão as provas que permitirão essa retrospectiva e conseqüentemente a alcançar o objetivo final.

### 2.1.1 Objeto da prova

O objeto da prova equivale aos fatos, alegações ou circunstâncias que se referem à demanda judicial, onde aparece dúvidas e que devem ser apresentadas ao juiz para julgamento do processo. Deste modo, observa-se que os fatos que restarem dúvidas e sejam de grande importância para o litígio devem ser alcançados pela atividade probatória, independente da sua origem.

Sobre o tema, é necessário fazer a distinção entre objeto da prova e objeto de prova, sobre o assunto Távora e Alencar (2013, p. 389), explicam:

- a) Objeto da prova: o foco são os fatos relevantes. Lembre-se que o réu defende-se dos fatos, e não da tipificação jurídica dada a estes. É a coisa, o fatos, o acontecimento que deve ser conhecido pelo juiz, a fim de que possa emitir um juízo de valor.
- b) Objeto de prova: diz respeito ao que é pertinente ser provado. É saber o que se precisa provar. Identificando o que é preciso provar, por exclusão, elimina-se o que a parte não precisa perder tempo em demonstrar, pois a lei dispensa.

Os fatos que não dependem de prova são os fatos notórios, aqueles conhecidos pela maior parte da população, como por exemplo os feriados nacionais; os fatos que contêm uma presunção legal absoluta, são estas as afirmações extraídas na própria lei, como por exemplo o menor de 18 anos é penalmente inimputável; os fatos impossíveis, são fatos irrealis, improváveis, inviáveis, como o réu dizer que estava na Lua no momento do crime; e por fim, os fatos irrelevantes, pois como o próprio nome diz são irrelevantes para o objetivo final de formação do convencimento do magistrado.

### **2.1.2 Finalidade da prova**

A prova tem como finalidade reconstituir os fatos arguidos pelas partes processuais, buscando essencialmente alcançar o mais próximo possível da realidade, ou seja, como ocorreram nas devidas circunstâncias.

Com base no próprio conceito, extraímos a finalidade, comprovar a verdade, para convencer o juiz do que é alegado, e fazê-lo formar seu juízo de valor sobre os fatos. As provas buscam, segundo Távora e Alencar (2013, p. 388) “o melhor resultado possível, a verdade viável dentro daquilo que foi produzido nos autos”.

Na concepção de Capez (2015, p. 367) “no que toca a finalidade da prova, destina-se à formação da convicção do juiz acerca dos elementos essenciais para o deslinde da causa”.

Sobre o assunto Nucci (2013, p. 401) se manifesta “que a finalidade da prova é convencer o juiz a respeito da verdade de um fato litigioso. Busca-se a verdade processual, ou seja, a verdade atingível ou possível”.

Diante destas afirmações, surge uma indagação bastante discutida entre os doutrinadores, o da verdade. No exercício da tutela jurisdicional a verdade sobre os fatos em litígio é a chamada verdade processual, aquela concernente com a certeza moral. Pois ao final do processo estarão juntadas aos autos as provas requeridas e mostradas pelas partes litigantes, que podem ser aceitas ou não pelo julgador, as quais serão analisadas, e após esta apreciação probatória ele construirá o seu convencimento, seja no sentido da certeza, ou da incerteza do ocorrido, e formará sua verdade processual/certeza moral, fundamentada em lei, ou seja, ainda que forme seu livre convencimento em sentença, deve ater-se aos ditames da legal.

### 2.1.3 Meios de prova

São todas as coisas que podem ser usadas, direta ou indiretamente, à comprovação da verdade que se busca no litígio, como um documento, uma perícia, uma testemunha, todos estes são meios de prova. Logo, os meios de prova são os instrumentos, os recursos utilizados para alcançar a finalidade da prova, que é a busca da verdade processual do que se alega, como anteriormente explicado.

Devido ao chamado princípio da liberdade probatória, são vários os meios de prova admitidos, segundo ele não há o que se falar em restrição quanto aos meios de prova. O que prevalece no Direito Processual Penal é o princípio da verdade real, e para tanto, o que vigora na doutrina e jurisprudência é a liberdade probatória para que o Estado alcance essa verdade e não frustrate o interesse social da correta aplicação da lei.

A liberdade probatória é unânime entre os estudiosos, tanto que os meios de provas elencados nos artigos 158 a 250 do Código de Processo Penal, são considerados meramente exemplificativos, podendo ser admitidos outros meios não listados.

Contudo, o princípio supracitado não possui caráter absoluto, e possui limitações, pois existem os meios de provas lícitos, permitidos por lei, e os chamados meios de prova ilícitos, considerados contrários a lei. Capez (2015, p. 403-404), explica sobre essa limitação:

[...] dentre outras, as seguintes limitações ao princípio da liberdade probatória dos meios de prova: o art. 155, parágrafo único, que 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); art. 158, que exige o exame de corpo de delito para as infrações que deixarem vestígios [...] não admitindo seja suprido nem pela confissão do acusado; art. 159, *caput*, que veda, durante os debates em plenário, a leitura de documento ou a exibição de objeto que não tiver sido juntado aos autos com antecedência mínima de três dias úteis, dando-se ciência à outra parte; e a inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos (CF, art., 5º, LVI).

Sobre a limitação dos meios de prova, mais especificamente acerca da proibição do uso de provas ilícitas no processo, esse tema será devidamente abordado em outro tópico mais pertinente, para alcançar o objetivo deste trabalho, devido sua relevância na construção do corpo probatório necessário para fundamentar um estado de direito.

#### 2.1.4 Ônus da prova

Assim como a maioria das palavras jurídicas, a expressão ônus surgiu do latim *onus*, que significa encargo, peso.

Definindo, ônus da prova é o encargo que as partes na relação processual têm de provar a verdade do que alegam. Em outros termos, é uma posição jurídica ocupada pelo litigante, na qual o ordenamento jurídico determina certa conduta para que o litigante possa obter um resultado favorável, ou seja, para que o sujeito onerado alcance um resultado ao seu favor. As partes devem praticar um ato estabelecido pelo ordenamento jurídico, e em caso de não realização desse ato, resulta na perda de tal benefício.

O ônus da prova possui previsão legal, e no âmbito penal está caracterizado no artigo 156 do CPP: prova:

Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício: (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008)  
I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida; (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)  
II – determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008).

Cabe o ônus a quem alega. Na esfera do Processo Penal, geralmente quem alega é o Ministério Público, pois no âmbito penal ele é o autor da ação e representa o Estado, por meio da denúncia. Por isso cabe ao Estado o ônus da prova, ou seja, ele quem deve provar o fato.

Como na maioria das regras, o artigo 156, e seus incisos I e II, não é uma regra absoluta e possui suas exceções. A regra do artigo é de que o ônus da prova pertence a quem alega os fatos, porém o magistrado tem a faculdade de instaurar de ofício a produção de provas antecipadamente que ele as considere imediatas e importantes, e determinar durante a fase de instrução, ou antes de pronunciar a sentença, que essas diligências sejam feitas com o objetivo de diminuir suas dúvidas sobre um assunto relevante.

Outra exceção à regra é no caso em que cabe ao réu o ônus da prova, no caso de haver causa de diminuição de pena, excludente de antijuridicidade e culpabilidade.

### 2.1.5 Classificação da prova

Os atos probatórios podem ter inúmeras classificações a depender do doutrinador. Seguindo os ensinamentos de Capez (2015), as provas são classificadas quanto ao objeto, quanto ao sujeito ou causa, quanto à forma, e quanto ao seu efeito ou valor.

É sabido que o objeto da prova é o fato que carece ser provado. Assim, quanto ao objeto as provas se dividem em: a) diretas: quando a prova se refere diretamente ao fato que deve ser provado. Sozinha ela comprova o fato alegado no litígio; b) indireta: quando a prova não está diretamente relacionada com o fato principal, ela diz respeito a um outro episódio, e alcança o fato principal secundariamente, por meio de um raciocínio-lógico, por meio de outros fatos que não o principal, como por exemplo um álibi.

Quanto ao sujeito ou causa, elas classificam-se em: a) real: é um lugar, um cadáver, uma arma, uma faca. São provas constituídas em algo externo e diverso da pessoa e decorre do fato; b) pessoais: são provas consistentes na pessoa humana, provas provenientes do conhecimento de alguma pessoa, como por exemplo, afirmações pessoais, um testemunho, um depoimento.

Em razão da forma, podem ser: a) testemunhal: consequente de um testemunho dado por alguém de fora da relação processual sobre os fatos alegados e que são de seu conhecimento; b) documental: originada de documentos; c) material: são as perícias, os exames de corpo de delito, por exemplo, pois são provas conseguidas por meios físicos, químicos ou biológicos, são provas que concretizam a ocorrência do fato.

E por fim, as provas relativas ao efeito ou valor: a) plena: é uma prova verossímil, convincente, que dá ao magistrado uma ideia de certeza em relação ao fato que está sendo julgado, pois, quando a prova não é convincente prevalecerá o *in dubio pro reo*; b) não plena ou indiciária: são provas que trazem consigo uma concepção duvidosa, uma probabilidade.

Estes tipos de provas são permitidas apenas em fases processuais em que não é exigido um juízo de certeza, onde ainda se perdura a conjectura de atos e fatos que vislumbram um acontecimento real, como por exemplo, uma prova para ser decretada a prisão preventiva.

### 2.1.6 Sistemas de avaliação da prova

A depender do sistema escolhido, a apreciação da prova pela autoridade judicial, podem sofrer variações. As normas de avaliação da prova comprovam a veracidade da perspicuidade do ato de julgar, demonstrando por qual meio o julgador chegou aquele convencimento que gerou a decisão, agindo como um sistema fiscalizador do órgão judicial, bem como, meio de conformação das partes litigantes.

Capez (2015, p. 407-408), explica os três sistemas de avaliação da prova:

a) *Sistema da prova legal, da certeza moral do legislador, da verdade legal, da verdade formal ou tarifado*: a lei impõe ao juiz rigoroso acatamento a regras preestabelecidas, as quais atribuem, de antemão, o valor de cada prova, não deixando para o julgador qualquer margem de discricionariedade para emprestar-lhe maior ou menor importância. Não existe convicção pessoal do magistrado na valoração do contexto probatório, mas obediência estrita ao sistema de pesos e valores impostos pela lei; b) *Sistema da certeza moral do juiz ou da íntima convicção*: é o extremo oposto da anterior. A lei concede ao juiz ilimitada liberdade para decidir como quiser, não fixando qualquer regra de valoração das provas. Sua convicção íntima, formada não importa por quais critérios, é o que basta, não havendo critérios balizadores para o julgamento; c) *Sistema da livre (e não íntima) convicção, da verdade real, do livre convencimento ou da persuasão racional*: equilibra-se entre os dois extremos acima mencionados. O juiz tem liberdade para formar sua convicção, não estando preso a qualquer critério legal de prefixação de valores probatórios. No entanto, essa liberdade não é absoluta, sendo necessária a devida fundamentação. [...] Atende às exigências da busca da verdade real, rejeitando o formalismo exacerbado, e impede o absolutismo pleno do julgador, gerador do arbítrio, na medida em que exige motivação. [...] Vale dizer, o convencimento do juiz deve ser tal que produza o mesmo resultado na maior parte das pessoas que, porventura, examinem o conteúdo probatório.

O sistema da prova legal restringe totalmente a arbitrariedade do juiz. Pois a legislação estabelece para cada prova um valor e uma hierarquia entre elas, extinguindo a margem de liberdade valorativa da prova pelo julgador, restando a ele atender ao regramento de forma vinculada.

Este tipo de sistema determina a melhor prova para comprovar determinado ato ou fato, como ocorre no artigo 158 do CPP, que prevê: “Quando a infração deixar vestígios, será indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado”. No referido artigo a lei claramente estabelece que para a comprovação de materialidade em um crime que deixe vestígios, seja realizada imprescindivelmente a perícia, e mais, rejeita a confissão como meio de prova. Aqui tem-se uma distinção qualitativa feita pela lei entre

provas, e este artigo 158 do CPP é o vestígio do sistema da prova legal em nosso ordenamento jurídico.

O sistema da intima convicção dá ao magistrado ampla arbitrariedade para decidir e julgar sobre os fatos, dispensando ele de qualquer necessidade de apoio legal em sua decisão. Nesse sistema as provas não têm valor previamente atribuídos pela lei, podendo o juiz usar de suas crenças pessoais, e até utilizar o que não se encontra nos autos. Atualmente, o maior exemplo que tem-se desse tipo de sistema em nosso ordenamento jurídico é o Tribunal do Júri, no qual os jurados em sua atuação na segunda fase no tribunal votam nos requisitos, sem precisar de fundamentação.

No sistema do livre convencimento ou persuasão racional, há um equilíbrio entre a convicção pessoal do juiz e a fundamentação legal. O juiz formará o seu juízo de valor sobre os fatos alegados sem estar preso a qualquer prefixação legal de valores, contudo, a liberdade decisória não é absoluta, pois ela necessita da devida fundamentação. Ou seja, o magistrado decide livremente de acordo com sua convicção pessoal, mas explicando sua motivação e obedecendo flexíveis delimitações legais. É o sistema adotado em nosso ordenamento pelo Processo Penal brasileiro, no artigo 155, caput, do CPP:

Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas. (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008).

A expressão liberdade usada para caracterizar este sistema não é sinônimo de arbítrio, pois este independe de fundamentação, já o ato do juiz, apesar de liberto, autônomo, precisa da devida fundamentação, com amparo do sistema probatório, o porquê da sua decisão, assegurando o direito das partes no processo e o interesse social.

Dessa forma, no sistema processual penal o juiz aprecia e valora as provas de forma livre de acordo com seu juízo de valor, sua convicção pessoal, podendo até dispensar as provas que considerar desnecessárias para o processo, mas ligando a explicação, justificação, ao fundamento de seu julgamento.

O sistema de apreciação da prova escolhido em nosso ordenamento é abordado também como um dos princípios gerais da prova: o princípio do livre convencimento motivado ou persuasão racional.

## 2.2 PRINCÍPIOS GERAIS DA PROVA

Os princípios são os instrumentos que dão base a toda e qualquer norma jurídica, são os fundamentos que condicionam, orientam e dão sentido as leis. São os alicerces do direito, e não estão escritos em nenhum diploma legal.

Portanto, como tudo que faz parte do nosso ordenamento jurídico é guiado pelos princípios, com a atividade probatória não é diferente. As provas possuem seus princípios gerais norteadores que motivam a criação de suas normas, e guiam o legislador em sua aplicação.

Por conseguinte, é necessário o estudo dos princípios norteadores do sistema probatório do Direito Processual Penal, que serão explanados nos tópicos a seguir.

### 2.2.1 Oralidade

O princípio da oralidade dispõe que no processo deve preponderar o discurso falado. Os maiores exemplos desse fundamento são os testemunhos, os interrogatórios, os depoimentos orais, etc.

O artigo 403 do Código de Processo Penal traz a aplicação desse princípio quando expõe em seu corpo a disposição de que as alegações finais devem ser feitas de maneira oral. Sobre a oralidade Távora e Alencar (2013, p. 411) acrescentam:

A oralidade ganhou destaque pela previsão do art. 62 da Lei nº 9.099/1995, tomando-a expressamente como critério reitor nos Juizados Especiais Criminais. Foi também o desejo da reforma, assegurando-se, como regra, a realização dos debates orais, ao invés de alegações finais escritas, que só excepcionalmente terão cabimento (art.403 do CPP).

O princípio da oralidade está intimamente ligado ao princípio da concentração que prevê que as provas devem ser produzidas todas em audiência única, dessa forma, as provas orais são mais eficientes em relação ao tempo sobre as escritas para obedecer o princípio da concentração.

Portanto, o discurso oral deve predominar sobre a escrita no sistema probatório, pois no Processo Penal brasileiro a preferência da produção de prova por meio oral, concretiza um juízo de valor com eficiência mais profunda quanto ao grau de certeza e valor probante.

### **2.2.2 Concentração**

Dele decorre a ideia de que toda a produção de provas sobre o processo deve ser realizada em audiência. Sobre o princípio da concentração Capez (2015, p. 409), assim manifesta que “como consequência do princípio da oralidade, busca-se concentrar toda a produção da prova na audiência”.

Esse princípio advém da necessidade de agilidade e economia processual, devendo-se concentrar a produção de provas em um único momento, na audiência, preferencialmente.

### **2.2.3 Publicidade**

De acordo com o princípio da publicidade os atos realizados no processo, consequentemente a produção de provas, são atos públicos, apenas com a exceção do segredo de justiça.

O STF proferiu a súmula vinculante de número 14, que corporifica o aludido princípio:

É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa.

Bem como no artigo 5º, inciso XXIII, da nossa Carta Maior:

Art. 5º, CF [...]:

XXXIII-Todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade.

O mandado de segurança ou a reclamação constitucional, são os remédios constitucionais aplicáveis em caso de barreira à esta liberdade.

### **2.2.4 Auto de responsabilidade das partes**

Em caso de inércia, erro ou qualquer outro tipo de ato praticado ou omissão por parte dos litigantes no processo, são elas as responsáveis pelas consequências

desses atos, significando que o fracasso ou sucesso relacionados à conduta probatória das partes no decorrer da instrução processual, é de inteira responsabilidade delas. Isso porque cabe a elas, o dever de apresentar as provas e os elementos necessários para comprovar os fatos alegados, o chamado ônus da prova.

### **2.2.5 Audiência contraditória**

Nas palavras de Capez (2015, p. 409) o princípio da audiência contraditória denota que “toda prova admite a contraprova”.

Esse princípio advém do contraditório e da ampla defesa, assegurados pela Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso LV que afirma que: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”, pois para toda e qualquer prova alegada deve existir outra que a contrarie.

O princípio da audiência contraditória proporciona a chance de manifestação da parte contrária, isso porque não é admitido no ordenamento nenhum tipo de produção de prova ou contraprova sem o conhecimento da parte contrária.

### **2.2.6 Comunhão da prova**

Também chamado de princípio da aquisição da prova, ele indica que as provas produzidas no processo não pertencem as partes que a produz, e sim a ambas as partes participantes no processo e ao processo em si, pois elas servem ao interesse da justiça.

Dessa forma, se o litigante decidir desistir de uma prova, a outra parte deve obrigatoriamente ser ouvida (princípio da audiência contraditória), pois a prova já está sob domínio do processo, e não da parte.

Demonstra-se a eficácia do princípio em questão no caso concreto na regra contida no artigo 401, § 2º, do Código de Processo Penal, que prevê: “a parte poderá desistir da inquirição de qualquer das testemunhas arroladas, ressalvado o disposto no art. 209 deste Código”.

O artigo pronuncia que as partes podem desistir de qualquer uma das testemunhas arroladas no processo, com exceção das que o órgão julgador terminar sua oitiva de ofício, mas essa regra deve ser examinada com cuidado, pois apesar de não conter na lei, esse artigo não é absoluto, pois à luz do princípio da comunhão da prova, se a parte contrária persistir, a testemunha deverá ser ouvida.

### **2.2.7 Livre convencimento motivado ou persuasão racional**

À luz do livre convencimento motivado as provas não possuem hierarquia, nem valores previamente estabelecidos pelo ordenamento jurídico por meio de lei. Cabe ao órgão julgador valorar as provas demonstradas da fase instrutória e de acordo com sua convicção pessoal valora-las entre si.

O magistrado é livre para analisar as provas e as dar importância de acordo com o seu convencimento, desde que limitado aos fatos e situações contidos nos autos, desse modo, verifica-se que o juiz tem liberdade para decidir sobre o processo, desde que motivadamente.

### **2.2.8 Liberdade probatória**

Intrinsecamente ligado ao princípio da verdade real, que busca a genuinidade do conflito processual, a liberdade probatória defende a admissão de todo e qualquer meio de prova para o alcance da verdade processual.

Ratifica Boschi (2008, p. 163) afirmando:

No seu objetivo de realizar justiça, tentando chegar o mais próximo possível da denominada “verdade real”, não existem limitações aos meios de prova no Processo Penal, portanto, tudo o que lícito, for idôneo será como prova, consagrando-se, assim, o princípio da liberdade dos meios de prova colocados à disposição dos sujeitos processuais.

O aludido princípio encontra-se consolidado, em vários artigos do nosso Código de Processo Penal, dos quais cabe destacar o artigo 6º, inciso III, do CPP:

Art. 6º - Logo que tiver conhecimento da prática da infração penal, a autoridade policial deverá:

III - colher todas as provas que servirem para o esclarecimento do fato e suas circunstâncias.

Assim, como visto no item anterior, este princípio sofre diversas restrições em nosso ordenamento jurídico. Referindo-se a uma dessas limitações, mais especificamente do artigo 155, parágrafo único, do CPP, Boschi (2008, p. 163) fala:

Entretanto, esse princípio não é absoluto, pois o artigo em comento estabelece restrições quanto às provas sobre o “estado das pessoas”, que devem ser aquelas estabelecidas na lei civil.

Dentre tais restrições, é de bastante relevância ressaltar a vedação dos artigos 5º, inciso LVI, da Constituição Federal, bem como artigo 157, do Código de Processo Penal, que tratam da inadmissibilidade das provas ilícitas no processo, pois tais vedações tornam-se também um dos princípios norteadores do sistema de provas.

### **2.2.9 Vedação das provas obtidas por meio ilícito**

Surge como consequência de uma das restrições do princípio da liberdade probatória. Como o próprio nome demonstra, este princípio proíbe o uso de provas ilícitas para a resolução do processo. O princípio da vedação do uso de provas ilícitas está consolidado nos artigos 5º, inciso LVI, da CRFB/88: “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos; bem como no artigo 157, do CPP: “são inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais”.

Porém, apesar de figurar como princípio constitucional, o presente trabalho procura demonstrar a necessidade de relativização dessa regra, uma vez que, tendo como base o princípio da verdade real, que gera a liberdade probatória, que por sua vez constitui a presente vedação, o órgão julgador não tem por obrigação ficar preso aos autos do processo, e sim a todos os componentes que levem a realidade dos fatos, devendo ser aceito até mesmo provas ilícitas, mas que levem à verdade real. Por este motivo, que se argumenta a respeito da possibilidade de utilização de provas ilícitas apesar de sua vedação legal.

O princípio da vedação do uso de provas obtidas por meio ilícito deve ser abandonado quando entrar em conflito com um outro princípio de maior importância. Portanto, a vedação do artigo 157, do CPP, deve ser analisado com cautela quando

aplicado ao caso concreto, uma vez que não há em se falar em regras absolutas, devido a importância das demais garantias de igual ou maior valor.

O princípio da vedação das provas obtidas por meio ilícito é a chave do da presente pesquisa, que defende a relativização da regra defendida por este princípio, portanto, esta relativização será melhor discutida no decorrer do trabalho.

## 2.3 PROVAS ILÍCITAS

O processo busca a verdade processual, contudo, como anteriormente demonstrado, essa busca pela verdade sofre diversas limitações definidas por lei, como o disposto no artigo 5º, inciso LVI, da Carta Política, e seu desrespeito provoca violação aos direitos e garantias fundamentais do cidadão.

A prova, seja qual for sua natureza, visa no processo por comprovar os fatos alegados e convencer o juiz. As provas juntadas aos autos processuais podem ser ilícitas ou ilegítimas, confrontando normas de natureza legal, constitucional, ou processual, e podem ser aceitas no processo caso o agente esteja agindo em caso de necessidade, sendo a ilicitude desconsiderada, e a prova valorada pelo magistrado. Uma vez que o objetivo do processo é a busca pela verdade real.

A exclusão de uma prova ilícita do processo seria injusta, uma vez que, o uso dessa prova evitaria uma injusta condenação, o que é mais gravoso do que uma valoração dessa tipo de prova pelo juiz.

Não deve-se deixar de permitir um prova apenas pelo meio ilícito que se deu sua obtenção, uma vez que tem o poder de reconstruir os fatos, esclarecê-los e trazer a verdade aos olhos do julgador, e conseqüentemente a justa aplicação da sanção.

### 2.3.1 Conceito

O próprio artigo 157, caput, do Código de Processo Penal com sua nova redação dada pela Lei nº 11.690/2008, traz o conceito de provas ilícitas em seu corpo normativo quando diz: “[...] assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais”. Dessa maneira, as provas consideradas ilícitas são os

atos instrutórios que confrontam normas legais, constitucionais, ou princípios do nosso ordenamento jurídico, portanto, são aquelas que violam o direito material.

Direito material, é o conjunto de regras e princípios que têm o intuito de reger a vida em sociedade bem como as relações jurídicas, é ele que dá um direito, o retira, ou modifica um direito que já possuído, como as normas constitucionais e legais. Em síntese, provas ilícitas são aquelas violadoras do direito material. Bem como afirma Távora e Alencar (2013, p. 392): “as provas ilícitas são aquelas que violam disposições de direito material ou princípios constitucionais penais”.

Uadi (2011, apud CAPEZ, 2015, p. 370) trata sobre a ilicitude material, explicando: “Já a ilicitude material delinea-se através da emissão de um ato antagônico ao direito e pelo qual se consegue um dado probatório [...]”.

São exemplos desse tipo de prova: a confissão obtida sob tortura (artigo 5º, inciso III, CRFB/88 c/c artigo 1º da Lei nº. 9455/97); a prova obtida por meio de uma busca apreensão domiciliar realizada sem mandado judicial (artigo 5º, inciso XI, CRFB/88 c/c artigo 150, CP); interceptação telefônica sem a respectiva autorização judicial (artigo 5º, inciso XII, CRFB/88 c/c artigo 10 da Lei nº. 9.296/96). Pode-se notar, que os atos instrutórios ilícitos infringem normas legais, normas constitucionais, e de direito material.

A definição do termo provas ilícitas pode ser feita de duas maneiras, lato sensu e de forma genérica. De maneira lato sensu as provas ilícitas são aquelas conseguidas por meio de uma transgressão de uma norma previamente estabelecida pelo ordenamento jurídico, como as anteriormente exemplificadas, e de maneira genéricas são definidas como provas proibidas, divididas em provas ilícitas e ilegítimas (PRADO, 2009).

### **2.3.2 Provas ilícitas e provas ilegítimas**

Provas proibidas ou vedadas são o gênero, que violam normas de natureza processual e material, das quais derivam as espécies: ilícitas e ilegítimas (CAPEZ, 2015).

Após as provas ilícitas serem devidamente conceituadas, cabe agora distingui-las das provas consideradas ilegítimas. Provas ilegítimas são aquelas que contrariam normas de natureza processual, como por exemplo, uma prova juntada

ao processo submetido ao procedimento do Tribunal do Júri, desrespeitando a antecedência de três dias úteis, e acaba por usá-las no processo, essas são consideradas provas ilegítimas, pois contrariam uma regra processual do nosso ordenamento (artigo 479, caput, do CPP); interrogar acusado sem a presença do seu advogado, uma vez que é obrigatória (artigo 185, do CPP); a escuta de uma quantidade de testemunhas acima do permitido (artigo 401, do CPP).

A diferença entre provas ilícitas e provas ilegítimas foi omitida pelo legislador quando no artigo 157, caput, do Código de Processo Penal, se refere às provas ilícitas, como aquelas obtidas em violação às normas constitucionais legais, não especificando se são de natureza formal ou material. Portanto, serão consideradas provas ilícitas aquelas que violarem normas legais ou princípios constitucionais de natureza material, e ilegítimas aquelas que para sua obtenção infrinjam normas de natureza processual. Uma infringe lei fora do processo, a prova ilícita, e a outra uma regra de dentro, do curso do processo.

Outra diferença a ser apontada entre as duas, são as consequências quanto sua produção. Quando uma prova ilegítima é produzida é determinada sua nulidade, e em seguida sua retirada do processo com base na regra processual violada, pois são regidas pela “Teoria das Nulidade”. Já a provas ilícita, quando produzidas no processo, além de desentranhada do processo, ela pode ainda gerar efeitos penais, uma vez que transgredi uma norma penal.

Ressalta que, a diferenciação feita entre prova ilícita e ilegítima tem intuito meramente explicativo, uma vez que a garantia fundamental estabelecida pela Constituição Federal, no artigo 5º, inciso LVI, bem como o texto do artigo 157, do CPP referem-se ao gênero provas proibidas, quando fala em “obtidas por meios ilícitos”, referindo-se tanto a prova ilegítima quanto a prova ilícita (CAPEZ, 2015). Ou seja, independente da natureza da norma violada, se material ou processual, a ilicitude da prova está caracterizada, causando violação ao devido processo legal.

### **2.3.3 Provas ilícitas por derivação**

As provas ilícitas por derivação, categoria de prova ilícita, em síntese é um ato probatório consequente de uma prova ilícita e, portando, também ilícita considerada.

A Lei 11.690/2006 introduziu no ordenamento jurídico penal a temática das provas ilícitas por derivação, anteriormente não tratada, dando a parte inicial do artigo 157, §1º, do Código de Processo Penal a seguinte redação: “São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas [...]”. Sobre a origem das provas ilícitas por derivação, Nucci (2013, p. 400) manifesta-se: “Considerando-se que a prova ilícita não pode gerar outra ou outras que se tornem lícitas[...]”.

Inicialmente, essa modalidade de prova ilícita fora reconhecida pela Suprema Corte norte-americana, e origina-se da chamada Teoria dos frutos da árvore envenenada ou *fruits of the poisonous tree*, “segundo a qual o vício da planta se transmite a todos os seus frutos” (CAPEZ, 2015). Ou seja, se a prova é adquirida por meio de uma prova ilícita, esta ilícita também será, pois estará contaminada pela prova que a originou. Capez (2015, p. 372), traz o exemplo mais clássico para desta espécie de prova:

É o caso da confissão extorquida mediante tortura, que venha a fornecer informações corretas a respeito do lugar onde se encontra o produto do crime, propiciando a sua regular apreensão. Esta última prova, a despeito de ser regular, estaria contaminada pelo vício da origem. Outro exemplo seria o da interceptação telefônica clandestina – crime punido com pena de reclusão de dois a quatro anos, além de multa (art. 10 da Lei n. 9.296/96) – por intermédio da qual o órgão policial descobre uma testemunha do fato que, em depoimento regularmente prestado, incrimina o acusado. Haveria, igualmente, ilicitude por derivação.

A parte final do artigo 157, § 1º, do CPP, prevê uma exceção para a admissão das provas ilícitas por derivação, quais sejam: quando não houver nexo de causalidade entre as provas, ou quando puderem ser obtidas por uma fonte independente que não a primeira. O parágrafo 2º do mesmo artigo trata da definição de fonte independente: “aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova”, ou seja, conseguiria ter sido obtida da mesma maneira, mas por outros meios que não ilícitos, não havendo assim o que falar em prova por derivação.

Então, inicia-se uma questão que é controvertida na doutrina. Se a prova ilícita por derivação, é uma prova ilícita, e conseqüentemente inadmissível, porque o legislador trouxe a possibilidade de sua admissão, e esta não se estender as demais provas ilícitas. Percebe-se que o próprio ordenamento jurídico trouxe possibilidade de exceção ao princípio da vedação das provas obtidas por meios ilícitos, abrindo

portas a aplicação em outros casos, sob a ótica do princípio da proporcionalidade, numa análise do caso concreto, gerando não um conflito junto às garantias constitucionais, mas sim uma harmonização, que sujeita o direito de menor relevância ao de maior importância social.

### **3 O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO**

Os princípios são as normas que regem a base de todo o ordenamento jurídico pátrio. O Poder Constituinte, introduziu no sistema jurídico brasileiro os direitos e garantias fundamentais por meio da Carta Maior, presentes em sua maioria no artigo 5º da CRFB/88. São direitos destinados a todos os indivíduos, com caráter gerais e abstratos.

O princípio da proporcionalidade não possui localização expressa na Constituição, mas é unanimemente reconhecido como princípio constitucional, uma vez que ele decorre da ideia do Estado Democrático de Direito, o qual preconiza que nenhuma disposição contida na Constituição tem caráter absoluto, pois seria impossível a existência pacífica entre eles, considerando outros valores jurídicos que podem estar também em jogo.

É o que acontece com o princípio da proibição da prova ilícita contido na Constituição. Existe nesse caso um conflito entre norma e princípio, e essa possibilidade de sobrepor um sobre o outro é regulado pelo princípio da proporcionalidade que visa equilibrar os valores fundamentais que se contrastarem. Desta forma, havendo conflito entre valores constitucionais, estes serão analisado para verificar qual deverá se sobrepor no caso concreto.

Assim, a busca por uma proteção absoluta e integral desses direitos e garantias se torna uma utopia, uma vez que no caso concreto há um conflito entre direitos, regras ou até mesmo entre princípios no qual cabe aos próprios princípios preponderá-los, em especial ao princípio da proporcionalidade.

O princípio ora em voga não está limitado ao âmbito processual, ele encontra-se presente em todo ordenamento jurídico, uma vez que o antagonismo entre valores jurídicos é um fato comum a todas as áreas do direito.

Ele é imprescindível a qualquer matéria jurídica, principalmente na apreciação de matéria probatória. É necessária uma análise da lei aplicada no litígio a qual regula valores protegidos constitucionalmente, para que não se interprete nenhuma norma de forma absoluta, e evitem-se decisões extravagantes que reduzam ou eliminem certo direito em benefício de outro. Faz-se necessário entender a origem do termo princípios, e dos direitos e garantias fundamentais para alcançar o princípio da proporcionalidade em si e compreender sua aplicação no caso concreto.

### 3.1 PRINCÍPIOS E REGRAS NO ORDENAMENTO JURÍDICO

Antes de entrarmos no tema principal do capítulo, qual seja o princípio da proporcionalidade, é bastante relevante fazer uma breve análise da distinção entre princípios e regras, bem como suas definições jurídicas.

Sobre o tema Bonavides (2004, p. 271) afirma: “[...] faz-se, agora, de todo o ponto possível asseverar, a exemplo de Esser, Alexy, Dworkin e Crisafulli, que os princípios são normas e as normas compreendem igualmente os princípios e as regras”. Extrai-se dos ensinamentos de Bonavides, que existem dois tipos de normas: as normas princípios e as normas regras.

Sob os preceitos de Esser, Guerra (2005, p. 02) esclarece os princípios como: “Os princípios, ao contrário das normas (regras), não contêm diretamente ordens, mas apenas fundamentos (critérios para a justificação de uma ordem)”.

Ainda conceituando os princípios, para Crisafulli (1952, apud BONAVIDES, 2004, p. 257):

Princípio é, com efeito, toda norma jurídica, enquanto considerada como determinante de uma ou de muitas outras subordinadas, que a pressupõe, desenvolvendo e especificando ulteriormente o preceito em direções mais particulares (menos gerais), das quais determinam, e portando resumem, potencialmente, o conteúdo: sejam, pois, estas efetivamente postas, sejam, ao contrário, apenas dedutíveis do respectivo princípio geral que as contém.

Definindo as regras Canotilho (1993, p. 167-168) estabelece: “As regras são normas que prescrevem imperativamente uma exigência (impõem, permitem ou proíbem) que é ou não é cumprida”. Silva (2014, p. 1799) assim define: “é o modo de proceder, é a imposição de forma ou a conduta imposta no texto legal”.

Nota-se, diante dos diferentes conceitos, que as regras são normas previstas no texto legal que impõem condutas, enquanto os princípios são normas basilares de todo o ordenamento jurídico, que diferentemente das regras, podem ou não estar expressos no texto legal, como explica Bonavides (2004, p. 272):

Repartem-se os princípios, numa certa fase da elaboração doutrinária, em duas categorias: as dos que assumem o caráter de ideias jurídicas norteadoras, postulando concretização na lei e na jurisprudência, e a dos que, não sendo apenas *ratio legis*, mas, também, *lex*, se cristalizam desse modo, consoante Larenz assinala, numa regra jurídica de aplicação imediata.

Nesse contexto de explicação acerca da distinção entre regras e princípios e numa busca de medida sobre o grau de abrangência, Canotilho (1993, p. 166-167) carrega em sua obra nos seguintes critérios:

- a) Grau de abstração: os princípios são normas com um grau de abstração relativamente elevado; de modo diverso, as regras possuem uma abstração relativamente reduzida;
- b) Grau de determinabilidade na aplicação do caso concreto: os princípios, por serem vagos e indeterminados, carecem de mediações concretizadoras, enquanto as regras são susceptíveis de aplicação direta;
- c) Carácter de fundamentalidade no sistema das fontes de direito: os princípios são normas de natureza ou com um papel fundamental no ordenamento jurídico devido à sua posição hierárquica no sistema das fontes (ex: princípios constitucionais) ou à sua importância estruturante dentro do sistema jurídico (ex: princípio do Estado de Direito);
- d) Proximidade da ideia de direito: os princípios são standards juridicamente vinculantes radicados nas exigências de justiça (DWORKIN) ou na ideia de direito (LARENZ); as regras podem ser normas vinculativas com um conteúdo meramente funcional;
- e) Natureza normogénica: os princípios são fundamento de regras, isto é, são normas que estão na base ou constituem a *ratio* de regras jurídicas, desempenhando, por isso, uma função normogénica fundamentante.

Fica evidenciado que regras e princípios diferenciam-se por diversos aspectos, e são muitas as teorias que os distinguem. Regras são feitas para uma determinada situação jurídica, enquanto os princípios podem ser aplicados a várias situações jurídicas. Diante de um caso concreto, os princípios possuem diferentes escalas de importância, assim, um mesmo princípio não terá a mesma relevância em um determinado caso do que em outro necessariamente, essa oscilação não ocorre entre as regras, se uma regra é mais importante que outra, deve aquela ser aplicada.

Sobre essa dimensão do peso ou importância acerca dos princípios Dworkin (2002, apud GUERRA, 2005, p. 4) afirma: “Os princípios possuem um dimensão que as regras não têm – a dimensão do peso ou importância. Quando os princípios se

intercruzam (...), aquele que vai resolver o conflito tem de levar em conta a força relativa de cada um”.

No caso de conflito entre princípios ou regras, os primeiros não excluem um ao outro, apenas é aplicado o de maior peso, no caso das regras, se há um confronto entre elas, elas não coexistem, uma invalida a outra. As regras são descritivas, e os princípios finalísticos pois sua aplicação depende da existência dos pressupostos necessários a sua efetivação na situação.

Portando, diante do exposto sobre os conceitos e diferenças entre regras e princípios, conclui-se que os princípios são mais abstratos, ou seja, são de alto grau de generalização, e possuem vários parâmetros de efetivação, e mesmo que se confrontem podem existir simultaneamente, além de possuírem um grau de relevância maior que as regras, pois, são as pedras basilares de todo o ordenamento jurídico, até mesmos das próprias regras, restando ao cidadão obedecer e cumprir como imposição legal, numa busca de meios para melhor conviver em sociedade.

### 3.2 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Primeiramente discernir-se-á brevemente os princípios gerais do direito e os princípios constitucionais, para depois ser conceituado.

Espíndola (1999, p. 52) esclarece que os princípios gerais são: “posições descritivas (e não normativas), através das quais os juristas referem, de maneira sintética, o conteúdo e grandes tendências do direito positivado”.

São os princípios que conduzem na conceituação, efeito e interpretação de toda a disciplina jurídica, pois são assertivas de caráter geral com grande peso valorativo.

Os princípios gerais podem estar ou não positivados, e caso positivados passam a integrar o ordenamento jurídico, e passam a ser pautados por um texto legal.

Mas existem também princípios gerais que são a base de um determinado ramo do direito, como do Direito Constitucional, e mesmo que esses princípios não estejam presentes de forma expressa, são integrados por meio da doutrina ou jurisprudência.

Nesse sentido ensina Bonavides (2004, p. 289):

O ponto central da grande transformação por que passam os princípios reside, em rigor, no caráter e no lugar de sua normatividade, depois que esta, inconcussamente proclamada e reconhecida pela doutrina mais moderna, salta dos Códigos, onde os princípios eram fontes de mero teor supletório, para as Constituições, onde em nossos dias se convertem em fundamento de toda a ordem jurídica, na qualidade de princípios Constitucionais.

Acerca dos princípios constitucionais, conforme doutrina majoritária, de modo geral são eles os contidos no artigo 5º da Constituição Federal, dentro do título dos Direitos e Garantias Fundamentais, dentre os quais vale destacar: o princípio do devido processo legal, o princípio da isonomia, princípio do contraditório e da ampla defesa, o princípio do juiz natural, o princípio da publicidade dos atos processuais, o princípio da proibição da prova ilícita, e o princípio do duplo grau de jurisdição. São os princípios constitucionais conceituados na lição de Tavares (2012, p. 127), como:

Os princípios constitucionais são normas reconhecidas pela doutrina majoritária como sendo normas abertas, de textura imprecisa quanto à sua incidência direta e concreta, presentes na Constituição, e que se aplicam, como diretrizes de compreensão, às demais normas constitucionais. Isso porque são dotados de grande abstratividade, e têm por objetivo justamente imprimir determinado significado ou, ao menos, orientação às demais normas. Daí resulta o que se denomina sistema constitucional, que impõe a consideração da Constituição como um todo coeso de normas que se relacionam entre si (unidade da Constituição). Os princípios constitucionais, portanto, servem de vetores para a interpretação válida da Constituição.

Uma das características dessa espécie de princípio é seu caráter não absoluto, podendo ser passíveis de limitações. É o que acontece por exemplo com o princípio da proibição da prova ilícita, objeto de estudo e análise do presente trabalho, que amparado pelo princípio da proporcionalidade, contrabalança valores constitucionais que encontram-se em confronto, tornando cabível a utilização de uma prova obtida por meio ilícito ou sua derivação no litígio em casos excepcionais e graves, considerando a relatividade das normas constitucionais.

Dessa forma sempre será permissível a renúncia de um direito em prol de outro de igual ou superior valor. Além do que, seria injusto a condenação de uma pessoa por uma violação penal quando seria possível comprovar sua inocência por meio de uma prova ilícita. Dentro dessa questão, há um fundamento ético a guiar o juiz na busca de valores maiores na construção da sociedade. Hoje, não há uma corrente majoritária sobre o tema, mas já existe uma forte corrente doutrinária e jurisprudencial que acolhe o princípio da proporcionalidade na aplicação das provas

ilícitas no processo em casos relevante, seja em favor do réu para absolvê-lo, ou contra seu favor para o condenar, uma vez que nenhum princípio constitucional tem natureza absoluta.

Sobre a origem de um princípio constitucional, quando um princípio geral é acolhido pela Constituição Federal, seja de maneira expressa ou não em seu texto, este princípio torna-se um fundamento de maior valor no ordenamento jurídico, nascendo assim um princípio constitucional. E assim como os gerais, existem princípios constitucionais que não estão necessariamente escritos na Constituição, mas apenas no plano teórico, e também se integram ao Direito Constitucional por meio da doutrina e da jurisprudência.

### 3.3 DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS

Previstos na Constituição de 1988, no título dois, do artigo 5º ao artigo 17º, os direitos e garantias fundamentais estão divididos em cinco capítulos: dos direitos e deveres individuais e coletivos, dos direitos sociais, da nacionalidade, dos direitos políticos, e dos partidos políticos.

São direitos inerentes a pessoa humana, e por esta razão Silva (2007, p. 178) os define como “direitos fundamentais do homem”, e justifica-se: “é reservada para designar, no nível do direito positivo, aquelas prerrogativas e instituições que ele concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas”. São direitos que abordam matérias consideradas de maior importância para o indivíduo, que restringem o poder do Estado na busca do seu cumprimento e obediência. Silva (2014, p.743) explana de maneira detalhada sobre o conteúdo e conceito dos direitos fundamentais:

O direitos fundamentais são considerados indispensáveis à pessoa humana, para que se possa assegurar uma existência livre, igual e digna; também são designados como direitos humanos e direitos individuais, nesta expressão compreendendo os direitos coletivos. Os direitos fundamentais são indivisíveis e interdependentes e podem vir expressos em normas declaratórias (que imprimem existência legal aos direitos reconhecidos - Ex.: art. 5º, XV, da CRFB/88) ou em normas assecuratórias (garantias, que asseguram o exercício desses direitos; em defesa dos direitos limitam o poder - Ex.: art. 5º, LXVIII da CRFB/88). Embora extensa a relação de direitos previstos no título II da Lei Maior, esse rol não é taxativo, ou seja, não esgota todos os direitos fundamentais, os quais são expressos ou decorrentes de normas situadas em outros títulos da Constituição de 1988. São características dos Direitos fundamentais a inalienabilidade,

imprescritibilidade, irrenunciabilidade, universalidade, limitabilidade (não são absolutos, podendo, portanto, ser limitados se houver uma hipótese de colisão entre direitos fundamentais). [...]. Os direitos e garantias fundamentais consagrados pela Constituição não são ilimitados; eles encontram seus limites nos demais direitos consagrados pela Carta Magna e, portanto, não podem ser utilizados como escudo para a prática de atividades ilícitas. No caso de colisão em direitos fundamentais deve-se utilizar-se do princípio da concordância prática ou princípio da harmonização, de forma a coordenar e harmonizar os bens jurídicos em conflito, evitando o sacrifício total de uns em relação aos outros e fazendo uma ponderação.

Os direitos fundamentais garantem princípios de extrema importância para o homem, como segurança, liberdade, direito a uma vida digna, igualdade, e até mesmo o direito à vida. Com a evolução jurídica e dos tempos, os direitos fundamentais do homem foram adaptando-se e adquirindo uma concepção cada vez mais universal.

### 3.4 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

No âmbito processual penal, pode haver confronto entre princípios constitucionais e legais, ou entre normas, havendo uma transgressão a direito que se mostre mais relevante, como por exemplo, o intuito de se buscar a verdade sobre os fatos alegados.

Neste contexto está incluído o princípio da verdade real, segundo o qual o processo deve elucidar, com maior clareza possível, a verdade dos fatos alegados, diz respeito ao poder dever inquisitivo do juiz, tendo como objeto a demonstração da existência do crime e da autoria. Por definição verifica-se que o princípio da verdade real pode se confrontar com outros princípios ou normas, é nesse momento que o princípio da proporcionalidade se faz necessário para dirimir o conflito e esclarecer quem se sobrepõe.

A norma constitucional que proíbe o uso de uma prova ilícita ou derivada da ilícita está intimamente ligada ao princípio da verdade real, quando se impede que a parte prove o fato alegado, utilizando de prova categoricamente ilícita, e nesse caso em questão, há um conflito entre os dois princípios, e é dentro desse contexto que entra a aplicação do princípio da proporcionalidade, assim, é preciso que relativize uma regra, o utilizando como fundamento.

O princípio da proporcionalidade existe como forma de resguardar hipóteses de exceções que devem ser levadas em consideração pelo julgador na ocasião da aceitação ou não de uma determinada norma no caso concreto, como a permissão do uso de uma prova ilícita no processo em prol de um bem maior, rejeita-se a norma constitucional e aplica-se o princípio.

Deve assim haver uma proporcionalidade entre a aplicação da norma e sua adequação ao caso concreto levando em consideração aspectos importantes como a busca pela verdade e a responsabilidade do Estado na possibilidade de oferecer uma condenação injusta por não analisar e balancear um conflito de normas devido a uma restrição legal.

No processo há a possibilidade de ferir princípios ou normas constitucionais e processuais, todavia, ao analisar o caso concreto e observar quais direitos se sobrepõem, como: a dignidade da pessoa humana, a liberdade e até mesmo a vida, é possível aceitar a violação de uma norma em prol de um bem maior.

Essa possibilidade de sobrepor um princípio ou norma é regulado pelo princípio da proporcionalidade que visa equilibrar os valores fundamentais que se contrastarem. Desta forma, havendo conflitos entre valores constitucionais, estes serão analisados para verificar qual deverá se sobrepor no caso concreto.

Para alcançar este objetivo se torna relevante os estudos desse princípio, de maneira a entender sua evolução, definição e conteúdo para então ser aplicado no caso concreto.

### **3.4.1 Breve histórico**

A gênese do princípio da proporcionalidade se deu concomitante à evolução dos direitos e garantias individuais da pessoa humana com a origem do Estado de Direito burguês na Europa. Assim, o marco de início do referido princípio remonta aos séculos XII e XVII, quando surgiu as Teorias Jusnaturalistas, também chamado de Direito Natural, na Inglaterra. A Teoria Jusnaturalista defendia ter o homem, direitos precedentes ao advento do Estado e inerentes a sua pessoa humana, devendo o soberano respeitá-los, por serem esses direitos, anteriores ao próprio Estado.

Desta maneira, é correto afirmar que as primeiras aplicações do princípio da proporcionalidade vieram com a passagem do Estado absolutista, no qual o soberano possuía poderes irrestritos, para o Estado de Direito, com o objetivo de restringir os poderes monárquicos sobre os demais, como expõe Canotilho (1993, p. 382) “O princípio da proporcionalidade dizia primitivamente respeito ao problema da limitação do poder executivo, sendo considerado como medida para restrições administrativas da liberdade individual”.

Percebe-se, assim, que nesta fase inicial, o princípio surge como uma ferramenta de garantia dos direitos da classe burguesa, criando meios de limitação do poder, garantindo a não-intervenção do Estado no âmbito em que sua omissão era fundamental ao exercício destes direitos.

Portanto, o princípio da proporcionalidade surge “no direito administrativo como princípio geral do direito de polícia” (CANOTILHO, 1993, p. 382), como forma de conter o Poder Executivo no exercício de suas funções, evitando o abuso de poder e o livre arbítrio.

A introdução do princípio da proporcionalidade no patamar constitucional se deu devido às revoluções burguesas no século XVIII, revoluções essas que eram guiadas pela teoria iluminista especialmente no que diz respeito à crença na intangibilidade do homem e na necessidade incondicionada de respeito à sua dignidade.

A Constituição Francesa de 1791, previa expressamente em seu artigo 3º o princípio da legalidade, mas não o da proporcionalidade, o qual impulsionou a doutrina francesa a criar meios processuais com o intuito de garantir esse princípio expressamente previsto, no qual em seu íntimo percebe-se implicitamente configurado o princípio da proporcionalidade.

Acerca do implícito princípio da proporcionalidade no ordenamento francês, o qual não fora reconhecido, Braibant (1974, apud BONAVIDES, 2004, p. 415-416) assevera:

Até o presente, o princípio da proporcionalidade não foi reconhecido no sistema francês; não tem sido afirmado como tal nem na jurisprudência, nem na doutrina – mas isso não quer dizer que ele não desempenha nenhum papel. O termo ‘proporção’ há sido empregado reiteradas vezes no arestos do Conselho de Estado, nas conclusões dos delegados de governo e nos comentários da doutrina. E mesmo quando não aparece expressamente, a ideia se acha subjacente. O juiz administrativo tem, em suma, aplicado o princípio da proporcionalidade sem saber que o faz ou mais sem exatamente dizer.

Como exemplo da omissão expressa da proporcionalidade no ordenamento francês, contudo, da sua efetiva aplicação, tem-se o instituto do *récours pouexcès de pouvoir* que possibilitava requerer legalmente em face do Conselho do Estado, recurso com o intuito de reforma de qualquer ato administrativo, com fundamento por abuso de poder ou transgressão ao princípio da legalidade. Então, este instituto possibilitou a restrição do Poder do Executivo, indagando da proporção entre os fins almejados e os meios utilizados.

Sob ação da teoria da limitação do poder de polícia do Direito Administrativo francês, foi a Alemanha que primeiro trouxe de maneira expressa a conceituação do princípio da proporcionalidade em âmbito constitucional, em especial no campo dos direitos humanos, como aduz Bonavides (2004, p. 407): “A Alemanha é o país onde o princípio da proporcionalidade deitou raízes mais profundas, tanto na doutrina quanto na jurisprudência”.

Apesar de durante a Constituição de Weimar, documento que governou a curta República de Weimar (1919-1933) da Alemanha, os tribunais já darem relevo ao princípio da proporcionalidade em suas sentenças, foi apenas após o término da Segunda Guerra Mundial que os tribunais passaram progressivamente a emitir decisões nas quais afirmavam não possuir o legislador autoridade infundável para formular regras propensas a restringir direitos fundamentais.

A promulgação da Lei Fundamental de Bonn representa, assim, marco inaugural do princípio da proporcionalidade em âmbito constitucional, ao colocar o respeito aos direitos fundamentais como núcleo central de toda a ordem jurídica (BONAVIDES, 2004).

Foi em conformidade com a Lei Fundamental de Bonn que os tribunais alemães iniciaram a elaboração de leis reconhecendo o princípio da proporcionalidade, ou inafastabilidade do controle de constitucionalidade das leis, em seus três aspectos básicos: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito ou *stricto sensu*.

No ordenamento jurídico pátrio, o princípio da proporcionalidade foi recebido sob a influência da doutrina portuguesa, que como nos demais países europeus, conceituou e retirou o conteúdo do princípio nas fontes alemãs.

O princípio ora em voga é amplamente aplicado no país em todos os conteúdos jurídicos, em especial, no sistema probatório. Em ordenamentos nos quais provas ilícitas não são admitidas expressamente, como no Brasil, o princípio da

proporcionalidade surge como um caminho adjacente pela aplicação do que se chama “Teoria da Proporcionalidade”, herança da Corte Alemã, pela qual valores e interesses são colocados frente à frente e valorados.

Em tópico a seguir, ter-se-á melhor oportunidade de explicar acerca da evolução do princípio da proporcionalidade no Brasil, bem como ele se encontra consagrado na Constituição Brasileira de 1988.

### **3.4.2 Evolução teórica no Brasil**

Em nosso ordenamento pátrio, a Constituição não traz o princípio da proporcionalidade de maneira expressa em seu texto. Contudo, existe em nosso país inúmeras teorias, quase de maneira unânime, que defendem a existência desse princípio de maneira implícita no texto constitucional vigente, seja derivado do princípio da igualdade, da essência do Estado de Direito, do princípio do devido processo legal, ou como um princípio independente.

Segundo Bonavides (2004, p. 434), o princípio da proporcionalidade, apesar de não existir como direito escrito, encontra-se implícito na noção do princípio da igualdade:

No Brasil a proporcionalidade pode não existir enquanto norma geral de direito escrito, mas existe como norma esparsa no texto constitucional. A noção mesma se infere de outros princípios que lhe são afins, entre os quais avulta, em primeiro lugar, o princípio da igualdade, sobretudo em se atentando para a passagem da igualdade-identidade, à igualdade-proporcionalidade, tão característica da derradeira fase do Estado de direito.

Ainda Bonavides (2004, p. 436), que trata o princípio como uma máxima do Direito Constitucional continua:

Poder-se-á enfim dizer, a esta altura, que o princípio da proporcionalidade, é hoje axioma do Direito Constitucional, corolário da constitucionalidade e cânone do Estado de Direito, bem como regra que lhe tolhe toda a ação ilimitada do poder do Estado no quadro de juridicidade de cada sistema legítimo de autoridade.

Para o autor, apesar de não estar previsto de forma expressa no texto constitucional, o princípio em questão existe, de maneira implícita, no Direito Constitucional em razão do princípio da igualdade e do Estado de Direito.

Por outro lado há autores que defendem ter o princípio da proporcionalidade fundamento no devido processo legal, como ensina Torrano (2015, p. 1):

A experiência jurídica brasileira assimila o devido processo legal de um modo peculiar. Utiliza-o como fundamento constitucional das máximas da proporcionalidade (também chamada de “postulado”, “princípio” ou “regra da proporcionalidade”, conforme o pensamento doutrinário que adotar) e da razoabilidade.

Na mesma linha de pensamento está o Supremo Tribunal Federal que extrai da cláusula geral do devido processo legal os deveres da proporcionalidade no RE 374.981, do Ministro Celso de Mello, Informativo 381:

É por essa razão que EDUARDO FORTUNATO BIM, em excelente trabalho dedicado ao tema ora em análise ("A Inconstitucionalidade das Sanções Políticas Tributárias no Estado de Direito: Violação ao 'Substantive Due Process of Law' (Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade)" in "Grandes Questões Atuais do Direito Tributário", vol. 8/67-92, 83, 2004, Dialética), conclui, com indiscutível acerto, "que as sanções indiretas afrontam, de maneira autônoma, cada um dos subprincípios da proporcionalidade, sendo inconstitucionais em um Estado de Direito, por violarem não somente este, mais ainda o 'substantive due process of law'" (grifei).

Para alguns outros autores, como Guerra Filho (2001, apud GUERRA, 2005, p. 8) o princípio da proporcionalidade é um princípio independente dos demais princípios presentes no ordenamento jurídico, pois ele é por si só um princípio constitucional:

A ausência de uma referência explícita ao princípio no texto da nova Carta não representa nenhum obstáculo ao reconhecimento de sua existência positiva, pois ao qualificá-lo como 'norma constitucional', nos termos da Teoria Pura Kelseniana, se lhe atribui o caráter ubíquo de norma a um só tempo 'posta' (positivada) e 'pressuposta' (na concepção instaurada da base constitucional sobre a qual repousa o ordenamento jurídico como um todo).

Há também quem defenda que o princípio da razoabilidade e o da proporcionalidade sejam sinônimos, ou seja, que ambos apesar de não se confundirem, ser o princípio da proporcionalidade uma faceta do princípio da razoabilidade (MELLO, 2010, p. 111).

Diante do exposto, é notável que a doutrina e a jurisprudência não é unânime quanto a fundamentação do princípio da proporcionalidade, porém, são unânimes quanto a existência do princípio seja de maneira implícita ou de forma expressa no texto constitucional e sua relevância no direito para restringir o poder do Estado para

que este não atue com abuso, além de solucionar os conflitos entre os princípios fundamentais, ou normas devendo ser tratado como princípio constitucional, regra de interpretação e emprego dos direitos fundamentais.

### **3.4.3 O princípio da proporcionalidade na Constituição Federal de 1988**

Conforme explanado no item anterior, o princípio da proporcionalidade não encontra previsão expressa na Carta Maior, mas existe como um princípio implícito, que possui proteção em diversas normas constitucionais. Tal princípio está vinculado a vários princípios e normas expressos na Constituição, se fazendo dessa forma presente. Como será analisado a seguir.

Previsto legalmente no artigo 1º, inciso III, da CFRB/88, o princípio da dignidade da pessoa humana, fundamento basilar da República Brasileira, defende a proteção de direitos inalienáveis do homem, como a liberdade e o direito à vida, bem como a garantia da existência de meios essenciais para o desenvolvimento digno de uma pessoa, além de defender também a existência de uma proteção contra imposição de condições desumanas de vida. Quando o princípio da proporcionalidade é aplicado no caso concreto para coibir um abuso de poder, ou para preservar um direito fundamental transgredido, tem-se presente a defesa ao princípio da dignidade da pessoa humana que busca assegurar uma vida digna e respeito mútuo.

O princípio da proporcionalidade também se encontra implícito no ordenamento pátrio nos remédios constitucionais, os quais são ações judiciais postas à disposição do cidadão brasileiro para sanar ilegalidades do Estado proporcionalmente desmedidas. Os remédios constitucionais são, nas palavras de Scarlet (2007, apud NUNES JÚNIOR, 2010, p. 110):

Procedimentos de matriz constitucional (e, neste sentido, ações constitucionais), que outorgam ao indivíduo, inclusive na condição de integrante de uma coletividade, a possibilidade de se defender de ingerências indevidas em sua esfera privada, protegendo-se contra abusos de poder, agressões aos seus direitos, além de viabilizarem a efetivação dos direitos e garantias fundamentais em geral.

São alguns exemplos o habeas corpus (artigo 5º, inciso, LXVIII, da CRFB/88), habeas data (artigo 5º, inciso LXXII, da CRFB/88), mandado de

segurança (artigo 5º, inciso LXIX, da CRFB/88), mandado de injunção (artigo 5º, inciso LXXI, da CRFB/88), a ação popular (artigo 5º, inciso LXXIII, da CRFB/88), entre outros.

Assim, quando o princípio da proporcionalidade age como diretriz para orientação das normas com o intuito de que elas cumpram o objetivo constitucional, ou quando atua como proteção ao indivíduo que teve prejuízo a um direito por abuso de poder, ou quando atua para resguardar um direito, o princípio atua como uma dessas matrizes constitucionais, pois, atuam simultaneamente na proteção dos mesmo direitos.

O princípio da isonomia, também chamado de princípio da igualdade que preconiza: “[...] igualdade de aptidão, uma igualdade de possibilidades virtuais, ou seja, todos os cidadãos têm o direito de tratamento idêntico pela lei, em consonância com os critérios albergados pelo ordenamento jurídico [...]” (MORAES, 2014, p. 35), conecta-se com o princípio da proporcionalidade, de modo que o princípio da isonomia busca uma igualdade proporcional característica do Estado de Direito, pois como Moraes (2014, p. 35) explica: “[...] o que se veda são as diferenciações arbitrárias, as discriminações absurdas, pois, o tratamento desigual dos casos desiguais, na medida em que se desiguam, é exigência tradicional do próprio conceito de Justiça [...]”.

Portando, a Constituição ao garantir tratamento igualitário, além de garantir essa igualdade formal, preconizou também a igualdade material, ou seja, tratamento diferenciado e adequação da lei de acordo com as peculiaridades de cada um, consequência do princípio da proporcionalidade.

Sendo princípio constitucional notoriamente reconhecido, implícito em outras normas ou em outros princípios expressos, é corretamente aplicado no sistema probatório brasileiro para solucionar o conflitos que surgem no litígio, de maneira que um direito valorado no caso concreto que seja tido como mais relevante prevaleça sobre os demais.

#### **3.4.4 Conceito**

Perante o que foi exposto com a evolução histórica e teórica do princípio da proporcionalidade percebe-se que esse é um princípio muito dinâmico, não havendo

uma definição única e unânime, e que se faz bastante relevante trazer alguns dos seus conceitos e o conteúdo desse importante princípio.

A Corte Suprema brasileira adotou o conceito clássico “princípio da proporcionalidade”, conceituação que vem sendo utilizada desde a primeira sentença emitida em sede de controle da constitucionalidade, que utilizou do princípio como argumento jurídico em 1993, e vem sendo usado constantemente nos acórdãos do STF. Foi o caso líder em assunto de proporcionalidade, quando o Supremo Tribunal Federal proferiu um acórdão considerando que uma lei obrigando a pesagem de botijões de gás à vista do consumidor no ato da compra e venda constituía “violação ao princípio de proporcionalidade e razoabilidade das leis restritivas de direitos”.

Na concepção de Souza (2008, p. 8) o princípio da proporcionalidade: “Trata-se de instrumento moderador que norteia todo o sistema jurídico, tendo como principal finalidade a contenção de excessos, apresentando-se como mecanismo apto para ponderar direitos, valores e interesses, quando estes se encontram em rota de colisão”. É o que ocorre quando o aplica-se como meio permissivo de admissão de uma prova ilícita no processo. O princípio quando permite a utilização da prova ilícita, apesar da existência de norma expressa contrária, pondera os direitos, e dentro dessa ponderação prevalece a aplicação dessa espécie de prova diante do caso concreto como meio de se achar a real verdade.

Nas palavras de Guerra Filho (1997, apud PACHECO, .2016, p.1):

O princípio da proporcionalidade é oriundo do direito alemão, e não pode ser confundido com o princípio da razoabilidade, de origem anglo-saxônica, pois são absolutamente diversos em sua destinação, sendo que a desobediência ao princípio da razoabilidade significa ultrapassar os limites do que as pessoas em geral, de plano, consideram aceitáveis, em termos jurídicos. É um princípio com função negativa. Já o Princípio da proporcionalidade tem função positiva a exercer, na medida em que pretende demarcar aqueles.

Com relação ao seu conteúdo, é importante analisar a doutrina alemã, que construiu com densidade e clareza o princípio da proporcionalidade, do qual deriva seus subprincípios. Para a doutrina alemã o princípio ora em voga é uma explicação entre a adequação necessária entre o fim de uma norma e os meios que esta designa para atingi-lo, ou seja, entre a norma elaborada e o uso que dela foi feito pelo Estado.

Devido aos avanços doutrinários, sobretudo na Alemanha onde o princípio da proporcionalidade tomou forma, o princípio da proporcionalidade fora subdividido em subprincípios, quais sejam: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito.

Com base nas citações anteriores, nota-se que a doutrina não possui uma definição homogênea sobre o princípio em questão. Todavia, é possível extrair no geral que, o princípio da proporcionalidade possui função orientadora na interpretação e aplicação de outros princípios e normas, é uma defesa do homem contra os abusos de poder, age na preservação dos direitos fundamentais de forma a alcançar devidamente os objetivos constitucionais, podendo ser o princípio ressaltado ao mesmo grau de justiça.

Além do mais, é sabido que o princípio da proporcionalidade é formado por três subprincípios: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, os quais compõem o princípio da proporcionalidade.

Sobre as três manifestações essenciais do princípio da proporcionalidade: adequação, necessidade, e proporcionalidade em sentido estrito, Canotilho (1993, p. 382-383), preceitua:

- a) Princípio de conformidade ou adequação de meios: Com esta exigência pretende-se salientar que a medida adotada para a realização do interesse público deve ser apropriada para a prossecução do fim ou fins a ele subjacentes. Consequentemente, a exigência de conformidade pressupõe a investigação e a prova de que o ato do poder público é apto para e conforme os fins justificativos da sua adoção. Trata-se, pois, de controlar a relação de adequação medida fim.
- b) Princípio da exigibilidade ou da necessidade: Este requisito, também conhecido como princípio da necessidade ou da menor ingerência possível colocar a tônica na ideia de que o cidadão tem direito à menor desvantagem possível. Assim, exigir-se-ia sempre a prova de que, para a obtenção de determinados fins, não era possível adoptar outro meio menos oneroso para o cidadão
- c) O princípio da proporcionalidade em sentido estrito: Quando se chegar à conclusão da necessidade e adequação do meio para alcançar determinado fim, mesmo neste caso deve perguntar-se se o resultado obtido com a intervenção é proporcional à carga coactiva da mesma. Meios e fim são colocados em equação mediante um juízo de ponderação, a fim de se avaliar se o meio utilizado é ou não desproporcionado em relação ao fim. Trata-se, pois, de uma questão de medida ou desmedida para se alcançar um fim: pesar as desvantagens dos meios em relação às vantagens do fim.

Frisa-se, que sem a aplicação destes subprincípios não ocorrerá a autêntica aplicação dos pressupostos do princípio da proporcionalidade, qualquer que seja: a interpretação correta da norma, a garantia de um direito fundamental, a fiscalização de constitucionalidade dos atos Estatais ou a resolução de um conflito.

### 3.4.5 Princípio da proporcionalidade versus princípio da razoabilidade

Se mostra relevante uma análise da temática em questão, uma vez que há uma divergência em relação ao conceito e a ligação entre o princípio da proporcionalidade e o princípio da razoabilidade. Alguns estudiosos os veem como sinônimos, outros como princípios autônomos, ou que um se originou do outro.

Existem doutrinadores que apenas os diferenciam em razão da territorialidade, pois como visto em item anterior, o princípio da proporcionalidade nasceu na Europa, enquanto o princípio da razoabilidade surgiu nos Estados Unidos.

Para doutrinadores, como Barroso (1999), os dois princípios são tratados como sinônimos, traz em suas obras a expressão “razoabilidade-proporcionalidade” para defini-los. Compartilha da mesma ideia Mello (2010, p. 111) que aduz: “Parece-nos que o princípio da proporcionalidade não é senão uma faceta do princípio da razoabilidade”.

Braga (2009, p. 156-159) em sua obra Princípio da proporcionalidade e da razoabilidade, menciona o parecer de diferentes autores referentes a estes princípios. Para Carlos Ari Sunfeld o princípio da proporcionalidade é expressão de sentido semelhante ao princípio da razoabilidade, para Odete Medauar, a razoabilidade esta abarcado pela proporcionalidade; para José Cardozo, a proporcionalidade se origina da razoabilidade. Já para a própria autora, eles são princípios independentes entre si, pois a razoabilidade procura distanciar as ações divergentes ao bom senso admissível pelo homem comum, enquanto a proporcionalidade compreende a proporção, o equilíbrio entre duas grandezas.

Segundo Braga ainda (2009), os princípios da proporcionalidade e o da razoabilidade se diferenciam quanto à origem, pelos elementos, pelo nível de objetividade, pelo fundamento, pelo conteúdo, e pelas funções.

- a) Quanto à origem: os princípios se diferenciam quanto sua territorialidade de origem, enquanto a razoabilidade se originou do devido processo legal nos Estados Unidos, a proporcionalidade adveio da Europa, aprimorado principalmente na Alemanha. Assim princípios vindos de territórios diversos, com características e pensamentos diversos, dificilmente terão conceitos iguais.

- b) Pelos elementos: a razoabilidade não apresenta elementos, enquanto a proporcionalidade possui três subprincípios: a necessidade, a adequação e a proporcionalidade em sentido estrito.
- c) Pelo nível de objetividade: a proporcionalidade procura por uma aplicação uniforme, pois possui parâmetros predefinidos, já a razoabilidade possui critério subjetivos, de forma que sua percepção varia de acordo com o momento histórico, o lugar, o senso pessoal, é um princípio variável.
- d) Pelo fundamento: quanto a sua fundamentação teórica, enquanto a proporcionalidade se respalda, conforme doutrina majoritária, no Estado de Direito, o princípio da razoabilidade se fundamenta no devido processo legal.
- e) Pelo conteúdo: a razoabilidade examina o nexo entre motivo e finalidade da medida aplicada, enquanto a proporcionalidade para a autora, compreende a equivalência entre meios com os fins, além de possuir maior relevância, pois objetiva dar suporte a interpretação jurídica e o aprimoramento dos direitos fundamentais, dando-lhe soluções para os conflitos.
- f) Pelas funções: por fim, quanto a função, enquanto o princípio da razoabilidade busca valorar os atos provenientes do Estado, para que sejam conferidos de justiça, motivação e prudência, e então avaliar se o ato é legítimo ou não, o princípio da proporcionalidade, diferentemente, não avalia a existência de legitimidade, mas sim pondera dois atos legítimos, e os coloca contrabalança, para seja verificado qual deles deve preponderar.

Diante do exposto, é notável que apesar de haver divergências doutrinárias, o princípio da proporcionalidade e o princípio da razoabilidade são princípios autônomos, o que quer dizer que cada um é dotado da faculdade de determinar as próprias normas de conduta, sem imposições de outrem

A doutrina majoritária, bem como o ordenamento jurídico pátrio não os confundem em sua aplicação, e utiliza o princípio da proporcionalidade como um princípio constitucional independente de forma a solucionar conflitos entre direito fundamentais, em destaque no sistema probatório, tema que se abordará de forma mais profunda no capítulo seguinte.

#### **4 A POSSIBILIDADE DE ADMISSÃO DE PROVAS ILÍCITAS NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO**

A possibilidade de admissão de provas ilícitas no Processo Penal pátrio é um tema discutido de forma relevante e frequente na doutrina e jurisprudência, uma vez que a prova é o objeto esclarecedor dos fatos narrados pelas partes. Porém, as provas anexadas ao processo, podem ter sido obtidas por meio ilícito, divergindo de normas e princípios constitucionais e legais, sendo conflitante sua não aceitação por seu caráter ilícito diante de sua importante função em busca da verdade real no processo.

Em casos excepcionais, quando o indivíduo atua em situação de necessidade, com intuito de provar sua inocência, as provas ilícitas ou ilegítimas são aceitas no Direito Brasileiro. Nesses casos, a ilicitude da ação é desconsiderada, e a prova vedada poderá ser analisada pelo juiz no processo como prova.

O caput do artigo 157 do CPP trata acerca da proibição do uso de provas ilícitas no Processo Penal brasileiro regido pelo princípio constitucional da vedação das provas obtidas por meio ilícito, ressalta-se que nenhuma norma ou princípio no ordenamento jurídico pátrio possui aplicabilidade absoluta, como também o princípio da vedação das provas obtidas por meios ilícitos.

No momento em que seu efeito no caso concreto representar violação a uma norma, direito, ou princípio que se mostre mais importante, como a busca pela verdade real no processo sobre os fatos alegados, é preciso que essa norma seja relativizada com base no princípio da proporcionalidade.

Do mesmo modo que existe no ordenamento uma norma que veda a admissibilidade de provas ilícitas no processo penal, existem também princípios que resguardam hipóteses de exceção que devem ser levadas em consideração pelo julgador na decisão da aceitação ou não das referidas provas.

Tendo como base o princípio da proporcionalidade e da verdade real, o magistrado não precisa ficar preso às informações constantes nos autos, mas deve utilizar vários elementos que o leve a alcançar os reais acontecimentos dos fatos alegados, podendo até aceitar provas contaminadas, que em face de sua importância, podem trazer, por exemplo, a verdade dos fatos, evitando, destarte, a violação de direito que se mostre de maior importância.

O assunto não é pacificado, o que gera multiplicidade de argumentos e opiniões, e dessa forma, uma discussão de ideias e contrapostos que devem ser analisados, como o efeito mais benéfico da aceitação de uma prova vedada a favor do acusado como único meio para provar sua inocência, ou até mesmo como forma de descobrir a verdade processual e acusá-lo corretamente, ou sua aceitação em prol de um direito coletivo maior, além da incongruência da teoria da árvore envenenada, bem como a omissão contida no próprio artigo 157 do CPP, proporcionalizando normas e princípios que devem prevalecer no caso concreto.

#### 4.1 A PRODUÇÃO DE PROVAS ILÍCITAS

Uma vez não pacificado e compondo diversas correntes teóricas, a aceitação ou não de uma prova ilícita no processo como meio de produção probatória é tema bastante discutido dentre debates jurídicos.

Há doutrinadores que defendem com fidelidade o disposto no artigo 5º, inciso LVI, da Constituição Federal, e no artigo 157 do Código de Processo Penal, os tendo como garantias absolutas.

Outros defendem que tais dispositivos não são onipotentes, e argumentam que toda vez que as provas ilícitas se mostrarem como elemento importante para o processo devem ser admitidas, estes defendem sua utilização de forma ampla.

Já outros estudiosos assumem a posição em prol da utilização das provas consideradas contrárias a lei, contudo de maneira restrita, apenas quando estas violarem direito menor do que o direito protegido em busca da verdade processual.

##### 4.1.1 Inadmissibilidade das provas ilícitas

A doutrina majoritária trata o princípio da vedação das provas obtidas por meio ilícito, contido no artigo 5º, inciso LVI, da CRFB/88 e artigo 157 do CPP como normas de eficácia absoluta, nas quais não cabe nenhum tipo de exceção.

Para os adeptos dessa teoria, a prova ilícita deve imediatamente ser retirada do processo em obediência ao disposto nos referidos artigos, não recebendo nenhum tipo de valoração pelo magistrado, sem possuir nenhuma eficácia, pois,

para estes, o direito não deve proteger ninguém que tenha violado um dispositivo legal, mesmo que em benefício de um direito que tenha maior relevância.

Assim, para essa teoria, são vedadas com rigor absoluto, por exemplo, as buscas e apreensões sem o devido respeito à lei, pois violam a intimidade do indivíduo assegurado no artigo 5º, inciso X, da CRFB/88, as confissões obtidas mediante coação ou violência, pois violam o direito da dignidade da pessoa humana previsto no artigo 1º, inciso III, da CRFB/88, bem como, viola a vedação a tortura e o tratamento desumano ou degradante previstos no artigo 5º, inciso III, da CRFB/88, dentre outros.

É o que assevera Rangel (2010, p. 422):

Veda-se, destarte, o depoimento colhido através da utilização de lie detector, tortura ou qualquer outro meio desumano ou degradante (cf. art. 5º, III, da CRFB), bem como a interceptação telefônica, colhendo informações comprovadoras da prática de crime, sem a devida autorização judicial.

Em busca da verdade real, a liberdade probatória assegura ao Juiz um vasto poder para constatar os fatos, bem como às partes para apresentar uma grande possibilidade de produção de provas para comprovar o que alega, portanto, a inadmissibilidade da prova ilícita surge como uma limitação a esse princípio.

Adepto dessa teoria, Rangel (2008, p. 422) a defende fundamentando-se no Estado Democrático de Direito:

No Estado Democrático de Direito, os fins não justificam os meios. Não há como se garantir a dignidade da pessoa humana admitindo uma prova obtida com violação às normas legais em vigor. Do contrário, estaríamos em um Estado opressor, totalitário e não Democrático de Direito (cf. art. 1º da CRFB).

Bem como parte da jurisprudência, a exemplo do HC de número 90.376, julgado pelo STF, tendo como relator o Ministro Celso de Mello, em 03 de abril de 2007, que argumenta acerca da defesa no princípio da inadmissibilidade da prova ilícita tendo como base o princípio do devido processo legal, cuja aceitação é tida como ofensa a este princípio:

PROVA PENAL - BANIMENTO CONSTITUCIONAL DAS PROVAS ILÍCITAS (CF, ART. 5º, LVI)- ILICITUDE (ORIGINÁRIA E POR DERIVAÇÃO) - INADMISSIBILIDADE - BUSCA E APREENSÃO DE MATERIAIS E EQUIPAMENTOS REALIZADA, SEM MANDADO JUDICIAL, EM QUARTO DE HOTEL AINDA OCUPADO - IMPOSSIBILIDADE - QUALIFICAÇÃO JURÍDICA DESSE ESPAÇO PRIVADO (QUARTO DE

HOTEL, DESDE QUE OCUPADO) COMO "CASA", PARA EFEITO DA TUTELA CONSTITUCIONAL DA INVOLABILIDADE DOMICILIAR - GARANTIA QUE TRADUZ LIMITAÇÃO CONSTITUCIONAL AO PODER DO ESTADO EM TEMA DE PERSECUÇÃO PENAL, MESMO EM SUA FASE PRÉ-PROCESSUAL - CONCEITO DE "CASA" PARA EFEITO DA PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL (CF, ART. 5º, XI ECP, ART. 150, § 4º, II)- AMPLITUDE DESSA NOÇÃO CONCEITUAL, QUE TAMBÉM COMPREENDE OS APOSENTOS DE HABITAÇÃO COLETIVA (COMO, POR EXEMPLO, OS QUARTOS DE HOTEL, PENSÃO, MOTEL E HOSPEDARIA, DESDE QUE OCUPADOS): NECESSIDADE, EM TAL HIPÓTESE, DE MANDADO JUDICIAL (CF, ART. 5º, XI). IMPOSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO, PELO MINISTÉRIO PÚBLICO, DE PROVA OBTIDA COM TRANSGRESSÃO À GARANTIA DA INVOLABILIDADE DOMICILIAR - PROVA ILÍCITA - INIDONEIDADE JURÍDICA - RECURSO ORDINÁRIO PROVIDO. BUSCA E APREENSÃO EM APOSENTOS OCUPADOS DE HABITAÇÃO COLETIVA (COMO QUARTOS DE HOTEL) - SUBSUNÇÃO DESSE ESPAÇO PRIVADO, DESDE QUE OCUPADO, AO CONCEITO DE "CASA" - CONSEQÜENTE NECESSIDADE, EM TAL HIPÓTESE, DE MANDADO JUDICIAL, RESSALVADAS AS EXCEÇÕES PREVISTAS NO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL

[...]

A ação persecutória do Estado, qualquer que seja a instância de poder perante a qual se instaure, para revestir-se de legitimidade, não pode apoiar-se em elementos probatórios ilicitamente obtidos, sob pena de ofensa à garantia constitucional do "due process of law", que tem, no dogma da inadmissibilidade das provas ilícitas, uma de suas mais expressivas projeções concretizadoras no plano do nosso sistema de direito positivo.

[...]

Como base no exposto, nota-se que há diversos argumentos que protegem a inadmissibilidade da prova ilícita no Processo Penal brasileiro, porém, apesar de possui uma maioria de adeptos, cada vez mais essa teoria vem sendo relativizada e trocada por uma nova tendência que procura corrigir possíveis defeitos que a rigidez dessa teoria possa causar com a exclusão absoluta da aceitação de uma prova ilícita no processo.

Refere-se a possibilidade de admissão das provas ilícitas com fundamento no princípio da proporcionalidade, o qual busca ponderar no caso concreto o conflito entre direitos e fazer prevalecer aquele que se mostra mais relevante de forma que se chegue a verdade dos fatos.

#### **4.1.2 Admissibilidade das provas ilícitas**

Fundamentada no livre convencimento do juiz e na liberdade probatória, a teoria defende de forma ampla a admissibilidade da prova obtida por meio ilícito e

estabelece que, o que deve prevalecer é o interesse da Justiça em busca da verdade processual, devendo tal prova ser sempre admitida.

A prova ilícita, caso seja ela o único meio de trazer a verdade sobre os fatos relatados, deve ser valorada e ter eficácia no processo, levando a formação do conhecimento do julgador sobre os acontecimentos e fundamentando sua decisão, ou seja, diante da sua importância para o processo na busca pela verdade, a prova ilícita não deve perder seu valor.

É o que defende Barbosa (2005, p.1) quando aduz sobre os pensamentos de Fernando Pedroso, e assim, expõe:

FERNANDO DE ALMEIDA PEDROSO, dentre os nacionais, é filiado a essa corrente doutrinária. Apoia-se ele no argumento de que se o fim precípua do processo é a descoberta da verdade real, aceitável é que, se a prova ilicitamente obtida mostrar essa verdade, seja ela admissível, sem olvidar-se o Estado da persecução criminal contra o agente que infringiu as disposições legais e os direitos do réu.

Então, como o objetivo da ação penal é a punição dos culpados e a elucidação dos fatos, para os adeptos dessa teoria, a prova ilícita toda vez que levar a verdade processual deve ser sempre acolhida.

Menos aceita que a teoria exposta em item anterior, e apesar de possuir alguns adeptos, a teoria ora em voga que defende a total admissibilidade da prova ilícita é pouca aceita, pois ela rejeita de maneira absoluta o princípio da vedação das provas obtidas por meio ilícito, e apesar de não dever ser aplicada de forma plena não deve ser absolutamente banida, um vez que compõe uma garantia constitucional.

O total desprezo do princípio da vedação da prova ilícita acarretaria abuso estatal, bem como a aceitação que um indivíduo cometa crimes em prol da elucidação de outro, o que vai contra o que defende o Estado Democrático de Direito, devendo haver, portanto, uma ponderação entre os casos.

#### **4.1.3 Admissibilidade das provas ilícitas e o princípio da proporcionalidade**

As duas teorias expostas nos itens anteriores são teorias extremistas uma vez que uma veda de maneira total a utilização das provas obtidas ilicitamente no

processo, sem haver exceções, enquanto a outra defende a admissão dessas provas de maneira ampla, sempre que anexadas ao processo.

Por levarem o tema ao extremo, nenhuma delas é apta a resolver a problemática que envolve as provas ilícitas e sua possibilidade ou não de utilização. É o que argumente Júnior (1997, apud, BARBOSA, 2005, p.1):

Não devem ser aceitos os extremos: nem a negativa peremptória de emprestar-se validade e eficácia à prova obtida sem o conhecimento do protagonista da gravação sub-reptícia, nem a admissão pura e simples de qualquer gravação fonográfica ou televisiva. (A propositura da doutrina quanto à tese intermediária é a que mais se coaduna com o que se denomina modernamente de princípio da proporcionalidade), Devendo prevalecer, destarte, sobre as radicais.

Nesse seguimento sobressalta o princípio da proporcionalidade que surge como mediador entre os direitos fundamentais. No caso concreto, por não serem absolutos, podem os direitos e garantias fundamentais entrar em confronto, podendo um ser relativizado diante de outro de maior valor jurídico. Nesse sentido Bonavides (2004, p. 425) dispõe:

Uma das aplicações mais proveitosas contidas potencialmente no princípio da proporcionalidade é aquela que o faz instrumento de interpretação toda vez que ocorre antagonismo entre direitos fundamentais e se busca desde aí solução conciliatória, para a qual o princípio é indubitavelmente apropriado.

O que essa teoria defende, é que diferentemente das anteriores, o princípio da proibição das provas obtidas ilicitamente apenas deve ser afastado em casos graves, em que no fato concreto faça necessário a ponderação entre princípios constitucionais.

Contudo, a função do magistrado em valorar e balancear direitos fundamentais colocados frente à frente não é tarefa fácil, posto que cada um possui uma carga distinta de acordo com a situação, de maneira que um direito nem sempre prevalecerá em todos os casos, o que determinará se esse direito imperará será sua comparação no conflito real diante do outro direito.

Então, diante do princípio da proporcionalidade, a teoria da admissibilidade de provas ilícitas já é aceita por doutrinadores e pela jurisprudência pátria, inclusive usada como fundamento em vários julgados.

A discussão que cerca essa teoria é se o princípio da proporcionalidade poderá ser usado apenas para favorecer o réu, ou também para acusar, temas estes

que serão abordados em itens posteriores, bem como o aprofundamento da teoria em análise.

#### 4.2 INCONGRUÊNCIA DA TEORIA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA

Outro fundamento acerca da admissão das provas ilícitas está na incongruência contida na teoria dos frutos da árvore envenenada. Também conhecida como “fruits of the poisonous tree”, a teoria dos frutos da árvore envenenada assevera serem ilícitas não apenas as provas obtidas através de meios ilícitos, mas também aquelas oriundas de eventuais provas, são os frutos das provas ilícitas, chamadas provas ilícitas por derivação.

A teoria sempre foi tema polêmico dentre os debates jurídicos. De um lado encontra-se os doutrinadores que argumentam ter, a teoria dos frutos da árvore envenenada, criada pelos norte-americanos, sido recepcionada pelo ordenamento jurídico brasileiro desde a Constituição de 1988.

Do outro lado estão os doutrinadores que defendem que até o acontecimento da reforma no Código de Processo Penal em 2008, no ordenamento jurídico pátrio não havia nenhuma previsão acerca das provas ilícitas por derivação, nem no âmbito constitucional, nem no âmbito legal, já que o artigo 5º, inciso LVI, da CF/88 apenas refere-se expressamente, e de forma exclusiva, as provas ilícitas, não fazendo nenhum tipo de referência as provas ilícitas por derivação, motivo pelo qual não seria possível a aplicação da teoria em questão, é o que dispõe Távora e Alencar (2013, p. 395):

O tema por sua vez não é pacificado, havendo posição em sentido contrário, ao fundamento de que a Constituição Federal, no seu art. 5º, inciso LVI, só vedou a admissibilidade das provas ilícitas, não dispondo acerca das provas ilícitas por derivação. Não haveria o nexó necessário a contaminar as provas derivadas de uma ilícita. Esta omissão, pela corrente minoritária, levaria ao afastamento da contaminação da prova derivada pela prova ilícita que lhe deu origem.

O que se defende é que não cabe a doutrina interpretar, ou acrescentar algo ao dispositivo que o próprio legislador, formulador das leis, fora omissivo. É o posicionamento de doutrinadores como Rangel (2003, apud, TÁVORA E ALENCAR, 2013, p. 395): “do entendimento de que a prova obtida licitamente, através daquela colhida com infringência à lei, é admissível no processo, pois onde a lei

(Constituição) não distingue, não cabe ao intérprete distinguir, a Constituição não tratou da prova derivada”.

Na mesma linha de pensamento de Rangel, na esfera jurisprudencial, em discussão sobre um habeas corpus, os Ministros Sepúlveda Pertence, Francisco Rezek, Ilmar Galvão, Marco Aurélio e Celso de Mello posicionaram-se a favor da aplicação da teoria dos frutos da árvore envenenada, entendendo que somente através dela é possível dar eficácia à garantia do artigo 5º, LVI, da CRFB/88, os ministros Carlos Velloso, Paulo Brossard, Sydney Sanches, Néri da Silveira, Moreira Alves e Octavio Gallotti, por sua vez, concluíram não ser cabível ignorar todas as provas disponíveis, mesmo as lícitas, apenas por serem derivadas de uma ilícita. Segundo eles, seria preferível admitir tais provas a manter a impunidade de grandes organizações criminosas, e por seis votos contra cinco, o remédio constitucional foi indeferido. O instrumento em questão trata-se do Habeas Corpus de número 69.912/RS, julgado pelo STF, tendo como relator o Ministro Sepúlveda Pertence, que dispõe:

CONSTITUCIONAL. PENAL. PROVA ILICITA: "DEGRAVAÇÃO" DE ESCUTAS TELEFONICAS. C.F., ART. 5, XII. LEI N. 4.117, DE 1962, ART. 57, II, "E", "HABEAS CORPUS": EXAME DA PROVA.

I. O SIGILO DAS COMUNICAÇÕES TELEFONICAS PODERA SER QUEBRADO, POR ORDEM JUDICIAL, NAS HIPÓTESES E NA FORMA QUE A LEI ESTABELECEER PARA FINS DE INVESTIGAÇÃO CRIMINAL OU INSTRUÇÃO PROCESSUAL PENAL (C.F., ART. 5, XII). INEXISTÊNCIA DA LEI QUE TORNARA VIAVEL A QUEBRA DO SIGILO, DADO QUE O INCISO XII DO ART. 5. NÃO RECEPCIONOU O ART. 57, II, "E", DA LEI 4.117, DE 1962, A DIZER QUE NÃO CONSTITUI VIOLAÇÃO DE TELECOMUNICAÇÃO O CONHECIMENTO DADO AO JUIZ COMPETENTE, MEDIANTE REQUISICÃO OU INTIMAÇÃO DESTA. E QUE A CONSTITUIÇÃO, NO INCISO XII DO ART. 5, SUBORDINA A RESSALVA A UMA ORDEM JUDICIAL, NAS HIPÓTESES E NA FORMA ESTABELECIDADA EM LEI.

II. NO CASO, A SENTENÇA OU O ACÓRDÃO IMPUGNADO NÃO SE BASEIA APENAS NA "DEGRAVAÇÃO" DAS ESCUTAS TELEFONICAS, NÃO SENDO POSSIVEL, EM SEDE DE "HABEAS CORPUS", DESCER AO EXAME DA PROVA.

III. H.C. INDEFERIDO.

Outro argumento é que a teoria também não possui aplicabilidade absoluta, sofrendo limitação como ensina a doutrina. Acerca dessas limitações Távora e Alencar (2013, p. 396-399), ensinam:

a) Prova absolutamente independente: se existirem provas outras no processo, independentes de um determinada prova ilícita produzida, não há de se falar em contaminação, nem em aplicação da teoria dos frutos da

árvore envenenada, pois, em não havendo vinculação nem relação de dependência, a prova ilícita não terá o condão de contaminar as demais.

b) Descoberta inevitável: se aprova, que circunstancialmente decorre de prova ilícita, seria conseguida de qualquer maneira, por atos de investigação válidos, ela será aproveitada, eliminando-se a contaminação.

c) Contaminação expurgada ou conexão atenuada: é possível que o vínculo entre a prova ilícita e a derivada seja tão tênue ou superficial que acabe não havendo contaminação

d) Boa-fé: objetiva-se aqui evitar o reconhecimento da ilicitude da prova, caso os agentes de polícia ou da persecução penal como um todo, tenha atuado destituídos do dolo de infringir a lei, pautados verdadeiramente em situação de erro.

Nota-se que sobre a exceção de uma prova absolutamente independente da ilícita o que busca-se é evitar a automática declaração de nulidade do processo apenas por nele existir uma prova ilegal, pois sua existência não vincula as demais provas anexadas ao processo instantaneamente, podendo elas serem lícitas, caberá ao magistrado usar da exegese necessária para verificar o nexo de causalidade ou não entre elas.

Pode ser também que a prova seja realmente derivada de uma ilícita, mas que sua descoberta seria feita independentemente da existência da ilícita, ou seja, mesmo que a ilícita não tivesse sido produzida, a prova analisada seria descoberta de qualquer maneira, o objetivo dessa limitação é evitar a desconsideração e a consequente nulidade processual de algo que seria descoberto de qualquer forma, dando assim, uma flexibilização a teoria dos frutos da árvore envenenada.

Na contaminação expurgada, o nexo de causalidade entre as provas é mínimo, não parecendo razoável a desconsideração de uma delas, considerada derivada da ilícita, como um fundamento mínimo em proporção a relevância que ela poderia ter para a elucidação do processo. Sobre a prova ilícita por derivação de boa-fé, em conformidade com o princípio da proporcionalidade, não seria razoável descartar uma prova eficiente para a resolução do processo se esta apesar de ilícita não fora obtida com tal consciência.

A teoria do fruits of the poisonous tree, em consonância com o princípio da proporcionalidade, estabelece limites e exceções a sua aplicabilidade, não devendo assim, a necessidade das provas ilícitas por derivação serem obrigatoriamente sempre desconsideradas, e carentes de valoração pelo magistrado.

A vedação das provas obtidas ilicitamente é uma problemática que exige cuidado na sua interpretação, e o emprego da teoria dos frutos da árvore

envenenada surge como um imprudente exagero. Por si só, o princípio que inadmite a utilização das provas ilícitas, uma vez que o objetivo do direito é a busca na verdade, sua aplicação constitui uma renúncia dessa verdade, em detrimento de garantias que muitas vezes devem ser relativizadas, e a desprezo das chamadas provas ilícitas por derivação apenas impede por completo a busca dessa verdade, como a condenação de um culpado, por um ato ilícito cometido no início das investigações. Nessa linha Leão (2014, p 11-12) traz um segmento que explica as consequências da desconsideração das provas ilícitas por derivação:

No Supremo Tribunal Federal, o Ministro Sydney Sanches, ao apreciar a supracitada Ação Penal 307DF, percebeu este problema e, para explicá-lo, utilizou-se de exemplo bastante pertinente. O Ministro imaginou hipótese na qual um homem entra em contato com a polícia para relatar o suposto desaparecimento de sua esposa. Por sua vez, os agentes da polícia se utilizam de interceptação telefônica sem autorização judicial, e descobrem, por meio desse artifício ilícito, que a mulher, na verdade, havia sido assassinada pelo marido. Após descobrirem este fato, os policiais aprofundam-se nas investigações, promovendo a realização de exames periciais, tais como necropsia e exame de balística. Se for aplicada a Teoria dos Frutos da Árvore Venenosa em tal caso, todas essas provas periciais obtidas posteriormente serão contaminadas pela ilicitude daquela interceptação ilícita.

Nota-se diante do exemplo, que o infrator teria impossibilidade de sofrer uma punição devido a uma operação ilícita realizada pelos policiais, situação que seria incabível e desproporcional.

Além do mais, é relevante destacar que a teoria em questão não possui ao menos categoria constitucional, pois o artigo 5º, inciso LVI, da Carta Maior é omissa, não fazendo nenhuma referência as provas ilícitas por derivação.

#### 4.3 RELATIVIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DO USO DE PROVAS ILÍCITAS E O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

A proporcionalidade desenvolvida originalmente na doutrina e jurisprudência germânica, atua como uma limitação, exceção, relativização do princípio constitucional da vedação das provas obtidas por meio ilícito, quando, ponderando o caso concreto, conclui-se pela admissibilidade da prova ilícita como meio a alcançar a absoluta e evidente Justiça. Sobre a função do princípio da proporcionalidade

Alexy (2008, apud, TÁVORA E ALENCAR, 2013, p. 400) aduz em seus ensinamentos:

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

As provas, são fundamentos basilares das sentenças processuais penais, assim sendo, demonstram a verdade real dos fatos. Esta verdade para o Processo Penal busca descobrir o real culpado infrator da lei penal e sua punição pelo Estado. Capez (2015, p. 71) em suas palavras diz que segundo o princípio da verdade real “o juiz tem o dever de investigar como os fatos se passaram na realidade, não se conformando com a verdade formal constante nos autos”.

Diante do princípio da verdade real, como o intuito do processo é achar a verdade dos acontecimentos, o magistrado responsável pelo julgamento do conflito não precisa necessariamente ficar preso às informações constantes apenas nos autos do processo, devendo utilizar-se de todos os elementos possíveis para a elucidação do litígio o mais próximo possível do real, devendo, até mesmo, se preciso, aceitar provas com vícios de legalidade se estas forem o meio necessário para provar a inocência de um acusado injustamente, ou até mesmo para acusar o verdadeiro culpado do delito.

Capez (2015, p. 378) trata sobre a admissão de prova ilícita afirmando que:

Ressalva-se, no entanto, que essa vedação legal não será apta a afastar a incidência do princípio constitucional da proporcionalidade, admitindo-se a prova ilícita sempre que estiverem em jogo interesses de extrema magnitude para o cidadão, como a vida, liberdade ou a segurança.

É justamente essa nova redação dada ao artigo 157 do CPP, pela Lei 11.690/2008, que veda a utilização das provas ilícitas, por existirem vícios de legalidade no momento da sua obtenção, que vem sendo constantemente discutido.

A Carta Magna, em seu artigo 5º, inciso LVI e sendo o artigo 157 do CPP uma reafirmação desta norma, ao mesmo momento que inadmite o uso da prova obtida ilicitamente, ela também traz em seu conteúdo, diversos outros princípios e garantias que colidem com a referida norma.

É nesse contexto que origina a necessidade de aplicação da proporcionalidade, para que seja realizado uma análise do caso em conflito, e decida-se sobre qual princípio deve se sobrepor.

A Constituição elenca vários direitos, podendo dar destaque ao direito à vida, sendo o mais valioso, seguido pela dignidade da pessoa humana e a liberdade, entre outros. Esses bens jurídicos possuem tamanha importância que no mesmo modo que a Carta Maior os preveem, ela também criou princípios que os asseguram, como o devido processo legal, a ampla defesa, a presunção de inocência e a legalidade. Nota-se que tais princípios, que resguardam garantias de tamanho valor se sobrepõem ao princípio constitucional da vedação das provas ilícitas. É o que afirma Capez (2015, p. 373):

Entendemos não ser razoável a postura inflexível de se desprezar, sempre, toda e qualquer prova ilícita. Em alguns casos, o interesse que se quer defender é muito mais relevante do que a intimidade que se deseja preservar. Assim, surgindo conflito entre princípios fundamentais da Constituição, torna-se necessária a comparação entre eles para verificar qual deva prevalecer. Dependendo da razoabilidade do caso concreto, ditada pelo senso comum, o juiz poderá admitir uma prova ilícita ou sua derivação, para evitar um mal maior, como, por exemplo, a condenação injusta ou a impunidade de perigosos marginais. Os interesses que se colocam em posição antagônica precisam ser cotejados, para escolha de qual deva ser sacrificado.

[...]

Em outras palavras, o direito à liberdade (no caso da defesa) e o direito à segurança, à proteção da vida, do patrimônio etc. (no caso da acusação) muitas vezes não podem ser restringidos pela prevalência do direito à intimidade (no caso das interceptações telefônicas e das gravações clandestinas) e pelo princípio da proibição das demais provas ilícitas.

A casual possibilidade de se poder utilizar uma prova ilícita sendo ela a única forma de provar a inocência de um acusado, ou como único meio para acusar o verdadeiro culpado, seja qual hipótese for a verdade real, deve-se ponderar a aplicação das provas ilícitas e analisar qual hipótese seria mais justa para o indivíduo ou para sociedade, mesmo que seja ferido algumas garantias ou princípios constitucionais, pois havendo conflito de interesses, estes devem ser sopesados, devendo verificar qual deles deve prevalecer, optando assim pela utilização ou não de um prova obtida ilicitamente se necessário.

Ressalte-se que em alguns casos a vedação de provas vedadas deve ser ignorada, isso quando estiver em conflito princípio de maior valor, como explica Prado (2009, p.31):

Assim, tem como base o equilíbrio, a proporcionalidade entre valores contrastantes. Dessa forma, o princípio da vedação às provas ilícitas não deve ser visto como absoluto, sendo excepcionalmente relevado, sempre que estiver em jogo um valor significativo, podendo um princípio de menor importância ceder a um de maior importância.

Sabe-se que não existe hierarquia entre princípios. Devem sempre ser analisados no caso concreto atribuindo-se valor a cada um dos princípios envolvidos. Se existir alguma circunstância mais importante a ser protegida que a vedação ao uso das provas ilícitas, pode-se, aplicando-se este princípio da proporcionalidade, afastar aquela proibição.

Uma vez que todas as normas do ordenamento jurídico brasileiro não possuem caráter absoluto de aplicação, pois todas as normas e princípios não só podem, como devem ser relativizados diante do caso concreto.

A jurisprudência pátria já se posicionou a favor da relativização do princípio da inadmissibilidade das provas ilícitas no processo, utilizando como justificativa o princípio da proporcionalidade no HC de número 3982/RJ.

Então, diante da proporcionalidade de valores, não seria justo condenar alguém que não cometeu o crime, violando sua dignidade, liberdade, presunção de inocência, ou ainda deixar impune aquele que transgredir a norma penal causando prejuízo à sociedade, caso seja possível realizar a comprovação de tais fatos por meio de uma prova ilícita.

Quando aplicado para repelir o princípio que veda o uso das provas ilícitas, o princípio constitucional da proporcionalidade não tem o intuito de ferir garantias individuais, ao contrário, seu objetivo é assegurar o exercício de um direito, seja individual ou coletivo, de maior valia.

Cada vez mais a doutrina e jurisprudência vem admitindo o uso das provas ilícitas no processo penal em casos graves e relevantes sob o acolhimento do princípio da proporcionalidade, uma vez que todas as normas constitucionais podem ser relativizadas.

#### 4.4 PROVAS ILÍCITAS A FAVOR DO RÉU

O posicionamento acerca da admissibilidade da prova ilícita no Processo Penal para favorecer o réu, é tema quase pacífico na doutrina.

Em caso de um indivíduo ser acusado de um crime de homicídio, mas no decorrer do seu processo, consegue gravar uma ligação telefônica não autorizada judicialmente, na qual o verdadeiro autor do crime confessa o ato, diante dessa

prova, teoricamente ilícita, existe um conflito entre direitos fundamentais, quais sejam a inviolabilidade das comunicações telefônicas e o direito à intimidade, em face da ampla defesa, da liberdade e a presunção de inocência.

À frente desse conflito, cabe ao princípio da proporcionalidade analisar os princípios no caso concreto, e proporcionar a consequência que será mais benéfica, aceitar um prova qualificada como ilícita em prejuízo da inviolabilidade do sigilo telefônico e a intimidade, ou restringir direitos como a liberdade, a presunção de inocência e a ampla defesa.

Em conformidade a maioria da doutrina, parece mais ajustado com o ordenamento jurídico que seja aceita a prova vedada em detrimento dos demais direitos. Com efeito, assevera Capez (2015, p.375) que o princípio da proibição do uso de provas ilícitas não pode acolher condenações injustas:

Entre aceitar um prova vedada, apresentada como único meio de comprovar a inocência de um acusado, e permitir que alguém, sem nenhuma responsabilidade pelo ato imputado, seja privado injustamente de sua liberdade, a primeira opção é, sem dúvida, a mais consentânea com o Estado Democrático de Direito e a proteção da dignidade humana.

Na doutrina brasileira existem vários argumentos que defendem a possibilidade de utilização de uma prova ilícita no litígio. Um dos argumentos é que o princípio ora relativizado da proibição das provas obtidas por meio ilícito é um princípio constitucional inerente aos direitos e garantias fundamentais, devendo ser aplicado para resguardar direitos e garantias e não para prejudicar o indivíduo.

Capez (2015, p. 375) ainda estabelece:

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

A aceitação do princípio da proporcionalidade *pro reo* não apresenta maiores dificuldades, pois o princípio que veda as provas obtidas por meios ilícitos não pode ser usado como um escudo destinado a perpetuar condenações injustas.

É mais razoável aplicar a proporcionalidade entre direitos e princípios, assunto abordado mais profundamente em itens anteriores, no qual se a prova contaminada for a única maneira de comprovação de inocência do acusado, esta deverá ser aceita, diante da proporcionalidade, no qual é mais razoável resguardar o direito de liberdade do réu em detrimento do princípio da vedação das provas obtidas por meios ilícitos. É o que defende Prado (2009, p. 32):

Como se percebe, o princípio da proporcionalidade tem lugar em situações nas quais, usando-se validamente um prova ilícita, possa ser absolvido o réu. Outro caminho não é possível.

[...]

Então, poder-se-á admitir uma prova ilícita no processo, excepcionalmente, quando tal providência seja favorável ao réu. Essa posição é praticamente unânime na doutrina nacional.

Junto à ponderação entre liberdade e utilização de uma prova ilícita, é que a última surge como meio para a correta aplicação da Justiça, de modo que não ocorra uma condenação injusta. Alguns doutrinadores e a jurisprudência, ainda argumentam a possibilidade de admissão de uma prova vedada por lei em casos de necessidade e legítima defesa, uma vez que, agindo resguardados por estes institutos, não haverá transgressão da lei, por a mesma permitir estes institutos. É o que confirma a jurisprudência no Habeas Corpus número 74.678/SP, julgado pelo STF, tendo como relator o Ministro Moreira Alves:

Habeas corpus. Utilização de gravação de conversa telefônica feita por terceiro, com a autorização de um dos interlocutores, sem o conhecimento do outro quando há, para essa utilização, excludente da antijuridicidade. Afastada a ilicitude de tal conduta - a de, por legítima defesa, fazer gravar e divulgar conversa telefônica ainda que não haja o conhecimento do terceiro que está praticando crime -, é ela, por via de consequência, lícita e, também consequentemente, essa gravação não pode ser tida como prova ilícita, para invocar-se o art. 5º, LVI, da Constituição com fundamento em que houve violação da intimidade (art. 5º, X, da Carta Magna).

Outro fundamento encontrado para relativizar o princípio da proibição das prova obtidas por meio ilícito, encontra-se no princípio da ampla defesa, expresso no artigo 5º, inciso, LV da CRFB/88, que abrange os princípios da presunção de inocência e do favor rei, os quais garantem a todos aos indivíduos acusados utilizarem todos os meios de provas cabíveis para a comprovação de sua inocência.

Assim, nota-se que a vedação ora em questão pode ser afastada em alguns casos, como para o benéfico do réu. É o que aduz Capez (2015, p. 375): “A aceitação do princípio da proporcionalidade pro reo não apresenta maiores dificuldades, pois o princípio que veda as provas obtidas por meios ilícitos não pode ser usado como um escudo destinado a perpetuar condenações injustas”.

O artigo 157 do CPP, apenas traz em seu texto sobre a inadmissibilidade da prova ilícita e o seu desentranhamento do processo, omitindo-se quanto á admissibilidade do uso de provas ilícitas a favor do acusado, uma vez que, no âmbito do processo penal, a prova ilícita desde que usada em benefício do réu é pacificamente admitida. Sobre o assunto Silva (2008, p. 67-68) dispõe:

Imagine o réu que responde por tráfico de drogas juntando no processo a confissão do verdadeiro traficante para ser absolvido, obtida mediante tortura. Ela será lícita? Obviamente que não. A tortura contamina a prova com a ilicitude. Parece-nos que ela não deve ser desentranhada do processo. A verdade real deve ser considerada mais importante pelo juiz do que a contaminação da prova pela tortura. No exemplo dado, a prova contaminada servirá apenas para impedir a condenação do inocente, e nunca para condenar aquele que confessou sob condições extremas.

Assim, havendo uma prova ilícita juntada ao processo, essa deve ser valorada pelo julgador que tiver conhecimento dela, ponderando os bens protegidos, evitando uma condenação injusta por sua não valoração, e conseqüentemente um mal maior a um indivíduo em face da sua não apreciação.

Além do mais, o artigo 157 do CPP é omissivo quanto a possibilidade de admissão de uma prova ilícita em favor do réu. Levando em consideração o princípio da legalidade, consagrado no artigo 5º, inciso II, da CRFB/88 que dispõe: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de Lei”, a omissão do artigo ora em voga, leva ao entendimento de que é possível a aceitação de uma prova ilícita em prol do acusado, uma vez que a conduta não está descrita em lei, não há crime.

No mais, o princípio da proporcionalidade não é afastado devido ao princípio da vedação de prova obtida por meio ilícito, visto que no processo penal, a utilização de uma prova caracterizada como ilícita é admitida sempre que houver um direito de maior importância em jogo.

A prática que demonstra claramente a adoção do princípio da proporcionalidade pelo ordenamento jurídico brasileiro é a absoluta aceitação da prova obtida por meio ilícito no processo em favor do réu. E assim é, pois, quando o acusado utiliza no processo uma prova que obteve de forma contrária ao que a lei permite surge uma divergência entre princípios, na qual deve prevalecer a presunção de inocência, a ampla defesa e principalmente a liberdade.

Assim, o princípio da proporcionalidade traz em si certas excludentes, prevalecendo a ideia de que nenhum indivíduo deve ser sacrificado desarrazoadamente de um direito em proveito de outro, sendo esta o eixo do princípio.

A admissibilidade de prova ilícita a favor do réu é um entendimento quase que pacificado na doutrina e jurisprudência brasileira, desde que respeitados os requisitos legais, tendo como objetivo o bem estar social que só se perdura com transparência na atuação da justiça, seja durante a fase inquisitorial ou durante o

processo, de modo, que seja garantido todos os bens resguardados na lei e na Constituição.

#### 4.5 PROVAS ILÍCITAS EM FAVOR DA SOCIEDADE

No âmbito do interesse social, em se tratando da aplicação da lei penal sobre àqueles que infringem bem jurídicos tutelados com maior importância, o assunto das provas ilícitas manifesta-se com maior pertinência. Se de um lado existe as prerrogativas concedidas aos indivíduos contra os abusos de poder que podem ser cometidos pelo Estado, do outro existe o interesse da coletividade no sentido de proteção dos bem jurídicos que são protegidos pela lei penal, tal como o dever de punir do Estado, o chamado *jus puniendi*.

Apesar de ser teoria minoritária, defende-se que as provas ilícitas também podem ser usadas na resolução do litígio em prol da sociedade, sendo assim usadas também para provar a acusação de um indivíduo, e não apenas em benefício do réu. Nesta linha de pensamento está Fernandes (1999, p. 82), ao mencionar que “Outros entendem que o princípio também pode servir à acusação, justificando-se com a aplicação do princípio da isonomia, principalmente em face da crescente criminalidade organizada”.

Atualmente, é inquestionável que a sociedade brasileira vem sofrendo com a corrupção, a falta de estrutura e policiamento, e principalmente com o grande crescimento da violência, tudo isso agregado a uma legislação penal obsoleta que colabora com a impunidade.

À frente da problemática torna-se difícil a captação de provas seja pelos policiais na investigação criminal, seja pelo Ministério Público na persecução penal ou pelo Juiz na formação do seu convencimento, sobretudo em concorrência com as grandes organizações criminais e os chamados crimes de colarinho branco que contam com um planejamento estrutural muito organizado para a prática dos crimes, exigindo do Estado uma investigação aguçada, dificuldade esta que acaba barrando o dever punitivo do sistema criminal.

Diante dessa estrutura muito organizada das organizações criminais para o cometimento de crimes, muitas vezes é necessário a violação de algum direito e garantia fundamental, como a violação a intimidade, para que se alcance provas que

incriminem essas organizações. A jurisprudência já se posicionou na mesma ideia, proferindo o seguinte julgado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, anterior à Lei 9.296/96, que regulamentou a interceptação telefônica, exposto por Silva (2008, p.1):

Prova criminal – Interceptação Telefônica – Inviolabilidade do sigilo que não tem caráter absoluto – Aplicação do princípio da proporcionalidade – Hipótese em que a polícia tendo suspeita razoável sobre o envolvimento no comércio de drogas, obteve autorização judicial – Recurso provido. Havendo conflitância entre o direito à intimidade e o direito à prova (due process of law), deve prevalecer o que atenda ao interesse maior, vale dizer ao interesse da sociedade” (*ApCrim nº 185.901-3 - Indaiatuba - 3ª Câmara Criminal - Relator Segurado Braz - 30/10/95 - v.u.*).

Surge então um debate sobre a possibilidade ou não de usar o princípio da proporcionalidade para relativizar a vedação das provas ilícitas em favor da sociedade. Sobre o assunto Mendonça (2009, p. 166) se pronuncia:

[...] a questão da proporcionalidade em desfavor do cidadão. Segundo os defensores dessa tese, “a efetiva realização da justiça penal constitui um importante interesse do Estado de Direito, que, em determinadas circunstâncias, pode, justificar o sacrifício dos direito individuais; à vista disso entende-se legítima a derrogação de certas regras de exclusão de prova, ditadas pelo interesse de proteção ao indivíduo, em nome da prevenção e repressão das formas mais graves de criminalidade.

Criado para proteger direitos e garantias assegurados a todos os indivíduos que compõe a sociedade, o princípio da vedação das provas obtidas por meio ilícito deve ser interpretado com cautela, de maneira que o mesmo siga os preceitos constitucionais, os dando eficácia. Portanto, o princípio da inadmissibilidade não pode ser aplicado como meio de proteger a prática de delitos, pois contrariaria as diretrizes da Carta Magna.

De outro modo, existe um conflito entre o interesse individual frente ao interesse público, não sendo possível medir do plano teórico qual possui maior peso, devendo por isso ser aplicado o princípio da proporcionalidade no caso concreto.

Verificam-se dois lados quando há a existência de um delito somado a um indivíduo que esteja no alvo da Justiça para ser condenado: de um lado está o dever-poder do Estado em tornar eficaz sua ação punitiva, condenando àquele que cometeu uma infração penal, promovendo desse modo a segurança pública e o bem estar social, e de outro lado o acusado, que quer que todos os seus direitos sejam protegidos, sem prejuízo de qualquer tipo de abuso por parte do Estado.

Para resolver o conflito, é nesse contexto que atua o princípio da proporcionalidade ponderando os interesses no caso concreto para reconhecer qual deve ser preservado. Dado que, denegar o emprego desse princípio de maneira inquestionável seria impedir que em situações graves os indivíduos não recebessem a devida resposta do Estado, deixando a comunidade exposta diante de atos infracionais, caso em que a autoria do crime poderia apenas ser feita por meio de uma prova ilícita. Prejudicando a sociedade e beneficiando infratores.

A exemplo tem-se a seguinte situação: um agente penitenciário que viola as correspondências dos presos e acaba por descobrir o planejamento do sequestro de um Juiz e a fuga da cadeia. Nesse caso, deve-se aplicar o princípio da proporcionalidade e pesar os interesses envolvidos, sendo mais razoável defender que a segurança pública e a integridade física do Juiz é mais relevante do que a violação do sigilo de correspondência, como já decidiu o STF (GALVÃO, 2008, p.1).

Se um indivíduo está sendo acusado injustamente e sua liberdade pode ser protegida pela aplicação do princípio da proporcionalidade, nada mais justo é do que sua aplicação para salvaguardar a liberdade coletiva que está sendo ameaçada com o aumento da violência. Não poderia o infrator argumentar sobre direitos fundamentais para assegurar sua impunidade.

Antes do advento da Lei nº 9.296/96 que regulou sobre as interceptações telefônicas, o Supremo Tribunal Federal decidiu sobre o HC de nº 3982/RJ, julgado pelo STJ, tendo como relator o Ministro Adhemar Maciel, admitindo a aplicação do princípio da proporcionalidade em favor da sociedade:

CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL PENAL. "HABEAS CORPUS". ESCUTA TELEFÔNICA COM ORDEM JUDICIAL. REU CONDENADO POR FORMAÇÃO DE QUADRILHA ARMADA, QUE SE ACHA CUMPRINDO PENA EM PENITENCIARIA, NÃO TEM COMO INVOCAR DIREITOS FUNDAMENTAIS PRÓPRIOS DO HOMEM LIVRE PARA TRANCAR AÇÃO PENAL (CORRUPÇÃO ATIVA) OU DESTRUIR GRAVAÇÃO FEITA PELA POLÍCIA. O INCISO LVI DO ART. 5. 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 PROPRIACONSTITUIÇÃO FEDERAL BRASILEIRA, QUE É DIRIGENTE E PROGRAMÁTICA, OFERECE AO JUIZ, ATRAVÉS DA 'ATUALIZAÇÃO CONSTITUCIONAL' (VERFASSUNGSAKTUALISIERUNG), BASE PARA O ENTENDIMENTO DE QUE A CLAUSULA CONSTITUCIONAL INVOCADA É RELATIVA. A JURISPRUDÊNCIA NORTE-AMERICANA, MENCIONADA EM PRECEDENTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, NÃO É TRANQUILA. SEMPRE É INVOCÁVEL O PRINCÍPIO DA 'RAZOABILIDADE' (REASONABLENESS). O 'PRINCÍPIO DA EXCLUSÃO DAS PROVAS ILICITAMENTE OBTIDAS'

(EXCLUSIONARY RULE) TAMBEM LA PEDE TEMPERAMENTOS.  
ORDEM DENEGADA

Em especial nos crimes de extrema gravidade, o julgador tem o dever de ponderar cada caso em particular e aplicar o princípio da proporcionalidade e seus elementos, não podendo ser admitido do Estado abusos e excessos, como o uso de tortura para obter confissão em um depoimento pessoal.

Deve-se optar pela admissão de uma prova vedada por lei nos casos de ofensa a defesa da segurança da coletividade, buscando a execução da Justiça.

Diante do exposto, não resta dúvida que as provas ilicitamente obtidas na esfera processual penal é uma regra que deve ser interpretada de maneira relativa, e não aplicada de forma absoluta. É incontestável que no caso da utilização de uma prova ilícita em favor da sociedade, ou seja, em proveito de um interesse coletivo é uma exceção ao princípio da vedação das provas obtidas por meio ilícito.

#### **4.5.1 Provas ilícitas e a macrocriminalidade**

A primeira ideia variável sobre esse tema em questão é a proposta de usar as provas ilícitas como meio para combater a macrocriminalidade. Essa tese evidencia o interesse público, pois, por exemplo, nos chamados crimes de colarinho branco, são desviados milhões em dinheiro de verbas públicas que deveriam ser aplicadas em saúde, educação, programas sociais, obras de infraestrutura, ou para promover o desenvolvimento do país, que ao contrário, causa um inestimável prejuízo para sociedade como um todo.

Também chamados de “crimes dourados”, os crimes de colarinho branco, são crimes de alta seriedade, ocupando um alto grau de gravidade da esfera jurídica, tanto pelo seu modus operandi, ou seja, pela forma que foi agido, como pela extensão de seus danos, causando prejuízo não só para um indivíduo mas si para a sociedade em geral.

Assim, deve-se aceitar um prova ilícita no combate da macrocriminalidade, os crimes de grande extensão, onde estará protegendo um bem jurídico amplo e coletivo, em detrimento de um individual, sempre tendo como base o princípio da proporcionalidade, haja vista, que o ápice do direito é fomentar os interesses coletivos em detrimento do privado, tanto, que o poder de polícia existe para

ministrar regras administrativas nesse intuito, fazendo com que o interesse particular não ultrapasse limites e nem prejudique o bem coletivo, seja em que nível ou esfera for.

#### **4.5.2 Gravidade do crime**

A norma que veda as provas ilícitas e determina o seu desentranhamento do processo rege todo o Processo Penal, não havendo punição ao indivíduo que produziu a prova ilícita, mesmo sendo o agente transgressor de uma norma imperativa, ou seja, de uma norma que contém uma ordem ou preceito a que todos estão obrigados.

Analisando o sistema probatório no Processo Penal, pode-se dizer que as provas produzidas no âmbito processual penal são advindas de delitos tipificados, contudo protegidos pela excludente de ilicitude do estrito cumprimento do dever legal previsto no artigo 23, inciso II, do Código Penal, viabilizando a absoluta validade e eficácia das provas.

A Carta Maior, considerando o repúdio e a instabilidade social causada, procurou dar um tratamento diferenciado aos crimes de natureza grave, objetivando sua censura. São estes os crimes de tráfico de entorpecentes, terrorismo, tortura e os chamados crimes hediondos previstos na Lei nº 8.072/90, no artigo 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal.

Devido a natureza grave desses crimes, e sua necessidade de resolução, não seria razoável a aceitação da vedação da utilização de uma prova obtida ilicitamente no caso concreto. Nesses casos não seria possível regra de exclusão probatória a fim de estender a excludente de ilicitude policial e proporcionar um efetivo combate à esses crimes.

#### **4.5.3 Prova ilícita produzida por particular**

Quando um particular, ocasionalmente produz uma prova que infringe a lei, esta não deve fazer parte das provas ilícitas, uma vez que o particular não tem a intenção de se dedicar à persecução penal, ou seja, ele não tem o objetivo de

perseguir o crime. Alia-se ao raciocínio de que o particular não age pensando na possibilidade de punição da invalidação da prova, muito menos na possível posterior punição penal contra sua pessoa, isto porque o particular não tende a sempre violar a lei, muito menos de forma reiterada.

A Corte Suprema, em decisão dada pelo RE 251.445/GO, proferiu pelo prevalectimento da regra de exclusão das provas ilícitas deixando de reconhecer a possibilidade de utilização de uma prova ilícita produzida por particular.

Essa decisão contraria todas as teses de ponderação até então defendida nesse trabalho, convalidando a impunidade, o que não é o intuito do Estado Democrático de Direito, e sim a busca pela verdade e a correta aplicação da justiça.

#### **4.5.4 Encontro fortuito de provas**

Outro tópico inerente a admissão de provas ilícitas em favor da sociedade, é o tema acerca do encontro fortuito de provas por meio de uma interceptação telefônica devidamente autorizada por lei.

A inviolabilidade da interceptação telefônica está prevista na Carta Maior no artigo 5º, inciso XII, que prevê: “é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal”, ou seja, a Constituição protege a interceptação telefônica no âmbito constitucional determinando ser um direito inviolável, prevendo no mesmo artigo a única hipótese de violação, qual seja nos casos previstos em lei.

Ressalta-se que a lei estabelece que a regra é o sigilo, sendo a quebra desse sigilo, a sua exceção. A medida que autoriza a interceptação telefônica tem caráter cautelar, devendo tal medida ser coberta de *fumus boni juris* e *periculum in mora*, que quer dizer haver perigo por uma decisão tardia, reforçando o seu caráter excepcional.

Portanto, assim como a admissão de uma prova ilícita no Processo Penal, o recebimento de provas encontradas fortuitamente terá proteção no sopesamento dos critérios do princípio da proporcionalidade, especialmente quanto a gravidade do crime praticado.

#### 4.6 A POSSIBILIDADE DE ADMISSÃO DE PROVAS ILÍCITAS NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO E SUAS CONSEQUENCIAS

Perante todo o teor apresentado neste capítulo, conclui-se que é possível a admissão de utilização das provas ilícitas anexadas ao processo. Todavia, vê-se que esta não é uma corrente adotada de forma unanime, pelo contrário, a maioria doutrinária defende a vedação das provas obtidas ilicitamente, e mesmo para aqueles que defendem a admissibilidade, apenas a defende em benefício no réu.

Contudo, o presente trabalho, em conformidade com uma minoria, demonstrou a possibilidade de admissão de uma prova ilícita não apenas para beneficiar o réu, mas também em prol da sociedade, defendendo também a violação de um direito individual, se necessário, em detrimento de um direito coletivo seja para inocentar ou acusar um indivíduo.

A inadmissibilidade das provas ilícitas no processo está contida de maneira expressa na Constituição Federal de 1988, não abrangendo nenhuma exceção, nem consequências relativas ao uso dessas provas.

O princípio constitucional da proporcionalidade e sua teoria, surge como limitação a norma da vedação constitucional e legal das provas ilícitas, que depende de uma interpretação hermenêutica dos princípios constitucionais.

A respeito das consequências da efetiva utilização de uma prova ilícita juntada aos autos e apreciada pelo magistrado, não existia nenhuma norma acerca. O que se debatia era se a antijuricidade do ato era excluída por meio da legítima defesa ou do estado de necessidade, ou se deveria investigar e responsabilizar o culpado que produziu a prova contrária a lei, e cometeu a infração no ato da obtenção da prova.

Outrossim, os julgadores quando decretavam a ilicitude probatória, apenas não a aceitavam como motivo único para propor a denúncia ou com exclusiva fundamentação para a condenação.

O que ocorre é que após a reforma em 2008 no CPC, pela Lei nº 11.690/08, o artigo 157 do CPP teve uma nova composição, prevendo que as provas ilícitas não são admitidas bem como devem ser desentranhadas, ou seja, retiradas do processo. Além do mais, elas passaram a ser ineficazes e nulas.

Conclui-se que, se não utilizado concomitante ao princípio da proporcionalidade, ou seja, se a prova ilícita quando não contém o princípio de proporcionalidade, ela inexistente e é nula de pleno direito devendo ser retirada do processo, não podendo servir de fundamento na decisão judicial.

## 5 CONCLUSÃO

A Constituição Federal de 1988 consagrou em seu interior a essência dos direitos e garantias fundamentais, e os princípios constitucionais como forma de efetivar a justiça social. Os direitos e garantias fundamentais surgem como forma de efetivação dos princípios, e os mesmos como fontes de orientação e interpretação de todas as normas. Assim, ao mesmo tempo que há uma norma que veda a juntada e a apreciação da prova ilícita pelo magistrado, existe um outro princípio que interpreta a norma no caso concreto e resguarda exceções, como, a aceitação ou não da prova ilícita, trata-se do princípio da proporcionalidade.

Nesse contexto foi analisado dentre os operadores do direito e de outras ciências afins o debate acerca da admissão de uma prova ilícita, como prova eficaz no processo, apesar de sua vedação expressa na Constituição e na legislação infraconstitucional, para que esta não viole um bem considerado mais importante.

O presente estudo buscou esmiuçar a problematização sobre a necessidade de admissão de uma prova ilícita no Processo Penal brasileiro, perscrutando analisar o malefício que a aplicação com caráter absoluto do dispositivo 157 do Código de Processo Penal causa, ferindo direitos e garantias fundamentais se não interpretado com ponderação.

Procurou-se pesquisar sobre a função das provas, afim de que se entendesse seu fundamental papel de reconstruir a verdade dos fatos alegados, e formar o conhecimento do juiz sobre o conflito, gerando uma sentença com a correta aplicação da justiça, objetivo primordial do Estado Democrático de Direito.

Em seguida fora analisado que os princípios constitucionais possuem força normativa, mas, bem como qualquer dispositivo legal não podem ser interpretados de forma absoluta. No ordenamento jurídico pátrio, nem mesmo o bem jurídico considerado de maior relevância que é a vida possui absoluta proteção jurídica.

É nesse contexto que surge o princípio na proporcionalidade, que funciona como uma balança, analisando, quais direitos, e quais normas devem prevalecer em cada caso em particular. Isso quer dizer que assim como o princípio que veda as provas ilícitas, a teoria que admita a aplicação dessas provas não será sempre aceita, o que determinará se uma prova ilícita ou não deverá ser apreciada para a elucidação do caso, será o próprio caso em análise.

Conclui-se que o Estado, detentor da ação penal, que visa condenar ou absolver o indivíduo que está sendo julgado, deve ponderar se a melhor opção será a utilização ou não de uma prova ilícita caso anexada ao processo, e não seu imediato desentranhamento.

O que se busca é a verdade real, portanto se uma prova ilícita for o meio necessário para descobrir a inocência de um réu, levando em conta que a violação de intimidade de um indivíduo é menos relevante do que a liberdade de outro, ou que a apreciação desta categoria de prova seja o único meio de provar a culpa de um crime de grande gravidade que fere direitos coletivos em detrimento de um direito individual, deve-se tender a aceitação da prova ilícita e a consequente relativização do princípio da vedação de provas obtidas por meio ilícito.

Assim sendo, pode-se afirmar que o princípio da inadmissibilidade das provas ilícitas no processo pode ser ignorado quando estiver em conflito com outro princípio de maior importância, como a liberdade.

No mesmo sentido, se a prova ilícita for a única forma de se provar a inocência do réu, esta deve ser aceita, posto que a liberdade do réu se sobrepõe a vedação das provas ilícitas, tornando-se fator de garantia que a Justiça seja feita, não condenando alguém que é inocente e que de uma única forma pode provar essa condição, ou também, acusando um indivíduo não o deixando impune.

Deste modo, resta evidenciado que a vedação do artigo 157, caput, do Código de Processo Penal, deve ser analisada com prudência, posto que, no enfoque do caso concreto há de se analisar o cabimento da sua aplicação para temperar o rigor da inadmissibilidade da prova ilícita, mesmo porque, no sistema constitucional vigente, não há que se falar em garantia absoluta, extremada e isenta de restrição decorrente do respeito que se deve a outras garantias de igual ou superior relevância.

Por fim, foi utilizado o método histórico-evolutivo aliado ao observacional. Concomitantemente, foi empregado o método dedutivo, que parte de leis gerais para questões específicas, compreendendo a doutrina, jurisprudência e dispositivos de lei na presente pesquisa bibliográfica, integrando, assim, o conhecimento científico e as problematizações que foram analisadas, investigando a necessidade da relativização das normas preconizadas no artigo 5º, inciso LVI, da Constituição Federal, e no artigo 157 do Código de Processo Penal, conseqüentemente do princípio constitucional da vedação das provas obtidas por meio ilícito, com

fundamento no princípio da proporcionalidade, o qual pondera interesses, para que assim, respeitando direitos, possa evitar a violação de um direito de maior relevância em detrimento de outro de menor importância social.

Conclui-se que a norma contida no artigo 157 do Código de Processo Penal deve ser relativizada quando esta ferir direito que se mostre mais importante no caso concreto do que a vedação da prova ilícita expressa em lei. Pois na persecução penal o que se busca é a verdade real dos fatos, e caso a prova ilícita seja o meio necessário para provar essa verdade, deve ser ela aceita como meio probatório no processo, um vez que a Justiça nunca busca condenações injustas.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARBOSA, José Olindo Gil. **As provas ilícitas no processo brasileiro**. Revista Jus Vigilantibus, Domingo, 19 de junho de 2005. Disponível em: <<http://jusvi.com/artigos/16034>>. Acesso em: 20 de abr. 2016.

BARROSO. Luis Roberto. **Elementos e interpretação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 3. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1999.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BOSCHI, Marcus Vinicius. **Código de Processo Penal Comentado**. Marcus Vinicius Boschi e Aramis Nassif (org.). Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

BRAGA, Roberta Chaves. **Direito de Propriedade e a Constituição de 1988**. Disponível em: <<http://bdjur.tjce.jus.br/jspui/bitstream/123456789/229/1/Monografia%20Roberta%20Chaves%20Braga.pdf>>. Acesso em 10 de abr. de 2016.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em 20 de mar. de 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. STF. **HC nº 90376**. Ministro Celso de Mello (Relator). Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/757640/recurso-em-habeas-corpus-rhc-90376-rj>>. Acesso em 15 de abr. de 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. STF. **HC nº 69912**. Ministro Sepúlveda Pertence (Relator). Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14707490/habeas-corpus-hc-69912-rs>>. Acesso em 18 de abr. de 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. STF. **HC nº 74678**. Ministro Moreira Alves (Relator). Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/742275/habeas-corpus-hc-74678-sp>>. Acesso em 19 de abr. de 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. STF. **HC nº 3982**. Ministro Adhemar Maciel (Relator). Disponível em: < <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/548539/habeas-corpus-hc-3982>>. Acesso em 20 de abr. de 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. STF. **Súmula Vinculante nº 14**. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1230>>. Acesso em 20 de mar. de 2016.

\_\_\_\_\_. **Código de Processo Penal**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm)>. Acesso em 05 de mar. de 2016.

\_\_\_\_\_. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. STF. **RE 374981**. Ministro Celso de Mello (Relator). Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo381.htm#transcricao1>>. Acesso em 10 de abr. de 2016.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 6. ed. Livraria Almedina: Coimbra, 1993.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de princípios constitucionais**: elementos teóricos para uma formulação dogmática constitucionalmente adequada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

GALVÃO, Bruno Haddad. **Quebra de sigilo de correspondência**: possibilidade. Disponível em <<http://www.lfg.com.br>>. Acesso em 22 de abr. de 2016.

GUERRA, Sérgio. **O princípio da proporcionalidade na pós-modernidade**. Revista Eletrônica de Direito de Estado (REDE). Salvador/BA. n. 2, abril/maio/junho 2005.

LEÃO, André Felipe Torquato. **A vedação das provas ilícitas e a busca da verdade no processo penal**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/29976/a-vedacao-das-provas-ilicitas-e-a-busca-da-verdade-no-processo-penal>>. Acesso em 20 de abr. de 2016.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

MENDONÇA, Andrey Borges de. **Nova reforma do Código de Processo Penal: comentada artigo por artigo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 30. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Atlas, 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 10. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

NUNES JÚNIOR, Flávio Martins Alves. **Remédios Constitucionais**. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

PACHECO, Eliane Descovi. **A proporcionalidade enquanto princípio**. Disponível em: [http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=artigos\\_leitura\\_pdf&artigo\\_id=4351](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=artigos_leitura_pdf&artigo_id=4351)>. Acesso em 20 de fev. de 2016.

PRADO, Leandro Cadenas. **Provas ilícitas: teoria e interpretação dos tribunais superiores**. 2. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2009.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 15. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. Nagib Slaibi Filho e Priscila Pereira Vasques Gomes (atualizadores). 31. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

SILVA, J. A. **Comentário contextual à constituição**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 29. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

SOUZA, Sérgio Ricardo. **Manual de processo penal constitucional: pós-reforma de 2008**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues **Curso de Direito Processual Penal**. 8. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Editora JusPODIVM, 2013.

TORRANO, Marco Antonio Valencio. **Uma homenagem a Fredie Didier Jr.:** o devido processo legal e outros princípios constitucionais do processo. Disponível em: <<http://advtorrano.jusbrasil.com.br/artigos/139178458/uma-homenagem-a-fredie-didier-jr-o-devido-processo-legal-e-outros-principios-constitucionais-do-processo>>. Acesso em 05 de abr. de 2016.