



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

JULYANNA CHRISTINA SIQUEIRA FOSS

**PROVAS ILÍCITAS:**

**A teoria da proporcionalidade e a sua aplicação no processo penal  
brasileiro**

Brasília

2013

JULYANNA CHRISTINA SIQUEIRA FOSS

**PROVAS ILÍCITAS:**

**A teoria da proporcionalidade e a sua aplicação no processo penal  
brasileiro**

Trabalho de conclusão de curso apresentado  
como requisito para conclusão de curso de  
bacharelado em Direito do Centro  
Universitário de Brasília – UniCEUB.  
Orientador: Professor Marcus Vinicius Reis  
Bastos.

Brasília

2013

JULYANNA CHRISTINA SIQUEIRA FOSS

**PROVAS ILÍCITAS:**

**A teoria da proporcionalidade e a sua aplicação no processo penal brasileiro**

Trabalho de conclusão de curso apresentado como requisito para conclusão de curso de bacharelado em Direito do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB.

Orientador: Professor Marcus Vinicius Reis Bastos.

Brasília, \_\_\_\_ de novembro de 2013

**Banca Examinadora**

---

Professor Marcus Vinicius Reis Bastos

Orientador

---

Professor José Carlos Veloso

Examinador

---

Professor Humberto Fernandes

Examinador

*“Há quatro características que um juiz  
deve possuir: escutar com cortesia,  
responder sabiamente, ponderar com  
prudência e decidir imparcialmente.”  
Sócrates*

## RESUMO

As provas desempenham um importante papel no processo penal, visto que possuem o objetivo de esclarecer os fatos para o juiz que decidirá o caso. O objetivo principal do processo penal é alcançar a verdade real, aquela na qual o julgador consegue descobrir, através da instrução criminal, exatamente o que aconteceu e como aconteceu. Ocorre que, apesar dos esforços dos magistrados e das partes, a verdade real não é facilmente atingida. Apesar de seu papel indispensável para o processo, a prova deve ser obtida de acordo com a legislação vigente, sob pena de ser considerada ilícita. Porém, embora a Constituição e o Código de Processo Penal disponham sobre a forma de obtenção dessa prova, pode acontecer de uma prova ser obtida de forma ilícita, por diversos motivos (não necessariamente por má-fé ou descuido da autoridade responsável), e ser obrigatoriamente excluída do processo. Em relação a essas provas colhidas ilicitamente, não obstante a legislação utilize o princípio da vedação absoluta, a doutrina e a jurisprudência costumam utilizar a teoria da proporcionalidade quando se trata de prova ilícita *pro reo* – para provar a inocência do réu. Atualmente, discute-se a utilização da prova ilícita *pro societate*, com o objetivo de aplicar a teoria da proporcionalidade em relação às provas ilícitas, de forma favorável à sociedade. A teoria da proporcionalidade já é utilizada em alguns países, como a Alemanha, como forma de impedir que réus comprovadamente culpados saiam impunes de seus crimes em decorrência da forma de obtenção da prova. Para a aplicação dessa teoria, é de suma importância a participação ativa dos magistrados, pois eles que ponderariam e decidiriam qual norma iria preponderar no caso concreto.

Palavras-chave: Processo Penal. Prova Ilícita. Teoria da Proporcionalidade. Prova Ilícita *Pro Reo*. Prova Ilícita *Pro Societate*.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>6</b>
<b>1 PROVAS ILÍCITAS .....</b>	<b>8</b>
1.1 CONCEITO .....	8
1.2 ESPÉCIES .....	10
1.3 REGRA CONSTITUCIONAL.....	12
1.4 DISCIPLINA LEGAL – CPP.....	15
1.5 PROVA ILÍCITA POR DERIVAÇÃO.....	16
<b>2 VEDAÇÃO DA UTILIZAÇÃO DA PROVA ILÍCITA: DOCTRINA E JURISPRUDÊNCIA DOMINANTES SOBRE O TEMA .....</b>	<b>21</b>
<b>3 TEORIA DA PROPORCIONALIDADE E A UTILIZAÇÃO DA PROVA ILÍCITA.. .....</b>	<b>344</b>
3.1 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE – CONCEITO E ORIGEM .....	344
3.2 A TEORIA DA PROPORCIONALIDADE NO BRASIL E A PROVA ILÍCITA <i>PRO REO</i> E <i>PRO SOCIETATE</i> .....	377
3.3 CONSIDERAÇÕES FINAIS .....	455
<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>488</b>
<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>500</b>

## INTRODUÇÃO

As provas ilícitas são aquelas obtidas de forma a infringir direito material ou processual e, são expressamente inadmitidas no ordenamento jurídico brasileiro, tendo vedação expressa na Constituição Federal e no Código de Processo Penal. A justificativa para essa proibição é a de que, caso a prova obtida de forma ilícita fosse aceita no processo penal, a segurança jurídica e o devido processo legal seriam prejudicados, bem como colocaria em risco os direitos do acusado/investigado.

No entanto, apesar desse repúdio em relação às provas ilícitas, a jurisprudência vem se manifestando no sentido de aceitar tais provas, quando forem a única maneira de comprovar a inocência do réu. A justificativa dada pelos magistrados é de que, nessas situações, deve ser aplicado o princípio do *in dubio pro reo* e, que o réu estaria agindo em legítima defesa no momento da produção da prova, pois estaria tentando comprovar a sua inocência.

Não obstante o princípio da presunção da não culpabilidade seja um dos alicerces do direito processual penal brasileiro, discute-se se não seria o caso de acatar também as provas ilícitas *pro societate*, ou seja, em prol da sociedade, e não apenas em prol do réu, visando uma maior segurança jurídica.

Para que a prova ilícita possa ser utilizada visando o bem da sociedade, é necessário que seja feito um juízo de ponderação, aplicado a partir da teoria da proporcionalidade. A aplicação dessa teoria é feita sopesando direitos e garantias que possam vir a ser prejudicados com a admissão da prova ilícita no caso em questão e, verificando qual seria a decisão certa a tomar, admitir ou não a prova.

Portanto, a teoria da proporcionalidade tem como fundamento a ponderação do magistrado diante do caso concreto. Ou seja, o juiz deve analisar o caso em tela e verificar se naquela situação o melhor para a sociedade será a aceitação ou a rejeição da prova. O lado positivo dessa aplicação é o fato de que muitos réus – comprovadamente culpados – que normalmente sairiam impunes, em virtude de erros despropositados da autoridade policial ou da parte, poderiam ser devidamente julgados e condenados, de acordo com a sua culpabilidade. Porém, como infelizmente o judiciário brasileiro não está sendo considerado eficaz, é possível que alguns réus sejam prejudicados e tenham seus direitos lesionados.

Alguns países já adotam a teoria da proporcionalidade no que concerne às provas ilícitas. O Brasil ainda não tem um posicionamento consolidado, possuindo uma grande discussão doutrinária a respeito do tema.

Certos doutrinadores afirmam que o direito do réu de ir e vir (garantia constitucional fundamental) ficaria prejudicado, a partir do momento em que este pode ser preso com base em uma prova obtida de forma ilícita. Além disso, há os que acreditam que a admissão da prova ilícita, mesmo que com a aplicação da teoria da proporcionalidade, iria de encontro aos princípios do devido processo legal e da segurança jurídica. Em contrapartida, há doutrinadores que dizem que, como nenhum direito é absoluto, a utilização da prova ilícita com base na teoria da proporcionalidade não feriria nenhum direito fundamental, uma vez que, antes de admitir a prova ilícita no processo, o juiz faria um juízo de ponderação.

Dessa forma, dada a complexidade do assunto e as diversas correntes jurídicas e doutrinárias acerca do tema, discute-se sobre a utilidade da aplicação da teoria da proporcionalidade em relação às provas ilícitas *pro societate* no direito brasileiro.



## 1 PROVAS ILÍCITAS

### 1.1 CONCEITO

O processo é o instrumento por meio do qual o juiz busca descobrir a verdade e reconstruir os fatos imputados ao réu. Apesar de atualmente haver discussões acerca do conceito da verdade que pode ser alcançada no processo – o ideal é que se consiga a “verdade real”, porém, alguns dizem que só é possível chegar à “verdade formal”, construída durante a instrução, visto que o julgador obtém versões das verdades das partes e, a partir disso, deve montar a sua própria verdade –, o direito deve sempre buscar a descoberta da realidade dos fatos.

Para que se tenha uma atividade probatória em um processo democrático, deve-se buscar a maior aproximação possível da verdade real e, ao mesmo tempo, respeitar os direitos de quem está sendo acusado ou investigado. Em seu artigo, Freitas cita parte do ensinamento de Muñoz Conde:

“[...] o Processo Penal de um Estado de Direito não deve somente manter um equilíbrio entre a busca da verdade e a dignidade dos acusados, mas deve entender a verdade mesma não como uma verdade absoluta, mas sim como o dever de fundamentar uma condenação somente sobre aquilo que indubitável e intersubjetivamente pode ser dado como provado. O resto é puro fascismo e volta aos tempos da inquisição, dos quais se supõe já havermos felizmente saído.”<sup>1</sup>

Portanto, a busca da verdade é um dos fundamentos principais – senão o principal – do processo penal. Essa busca pela verdade é materializada através da produção de provas durante o processo, provas essas produzidas pelas partes para o juiz, em fase de instrução processual – as provas produzidas na fase de inquérito podem ser utilizadas para o convencimento do juiz, porém, não podem ser consideradas unicamente para a condenação.

Sobre a perseguição da verdade no processo, Nucci se manifesta no seguinte sentido:

---

<sup>1</sup> Muñoz Conde *apud* FREITAS, Marcio Luiz Coelho de. *A prova ilícita por derivação e suas exceções*. Disponível em: <<http://blex.com.br/index.php/2010/artigos/1480>>. Acesso em 06 mai. 2013.

“É preciso destacar que a descoberta da verdade é sempre relativa, pois o que é verdadeiro para uns, pode ser falso para outros. A meta da parte, no processo, portanto, é convencer o magistrado, através do raciocínio, de que a sua noção da realidade é a correta, isto é, de que os fatos se deram no plano real exatamente como está descrito em sua petição. Convencendo-se disso, o magistrado, ainda que possa estar equivocado, alcança a certeza necessária para proferir a decisão. Quando forma a sua convicção, ela pode ser verdadeira (correspondente à realidade) ou errônea (não correspondente à realidade), mas jamais *falsa*, que é um ‘juízo não verdadeiro’.”<sup>2</sup>

A prova, como bem explica Aranha, “não constitui uma obrigação processual e sim um ônus, como a própria nomenclatura indica”.<sup>3</sup> Isto significa que a produção da prova é facultativa às partes e, tem o objetivo de beneficiar a parte que optou por produzi-la. Ao mesmo tempo, a partir do momento que uma parte se responsabiliza pela produção de tal prova, tem o encargo de provar a veracidade dos fatos. Em outras palavras, as provas são instrumentos do processo, por meio dos quais as partes podem comprovar o seu ponto de vista para o juiz.

No entanto, não obstante a busca pela verdade seja um dos pressupostos mais importantes do processo penal, isso não significa que tudo possa ser feito e admitido no processo utilizando essa justificativa. A respeito dos limites que devem ser observados pelo Estado durante a persecução penal, a legislação brasileira possui amplo aparato jurídico: tanto a Constituição Federal – em seu art. 5º, incisos XI, XII e LVI, que abordam, respectivamente, a inviolabilidade de domicílio, a inviolabilidade do sigilo de correspondência e das telecomunicações e a inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos – como o Código de Processo Penal (em seu art. 157), e o pacto de São José da Costa Rica, (em seu art. 11º), tratam do tema.

A prova é considerada lícita quando é obtida de forma legal, sem ferir nenhuma norma de direito material ou processual, ao passo que é considerada ilícita quando obtida de forma a infringir norma de direito material ou processual.

Sobre as provas ilícitas, o art. 5º, LVI da Constituição Federal dispõe que “são inadmissíveis no processo as provas obtidas por meios ilícitos”; e, ainda, o Código de Processo Penal, em seu art. 157, preceitua que “são inadmissíveis, devendo ser

---

<sup>2</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

<sup>3</sup> ARANHA, Adalberto José Q. T de Camargo. *Da prova no Processo Penal*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais”.

Quanto à aceitação das provas ilícitas, existem duas correntes: parte da doutrina defende a teoria da proporcionalidade e a outra parte defende a proibição plena da prova ilícita. A primeira corrente é originária na Alemanha e afirma que não se deve rejeitar a prova obtida por meio ilícito sem antes fazer uma ponderação dos interesses em jogo, é necessário equilibrar os direitos individuais e os interesses da sociedade. A segunda corrente acredita que o sistema processual penal brasileiro não tem condições de adotar a teoria da proporcionalidade, pois sequer consegue assegurar os direitos e garantias fundamentais dos indivíduos e, portanto, não seria apto a fazer uma valoração dos direitos individuais em relação aos interesses da sociedade. Portanto, argumenta que é necessário manter o critério da proibição plena da prova ilícita, salvo em casos de embate entre preceitos constitucionais.

O entendimento predominante é o de que a prova ilícita só pode ser aceita quando for destinada a absolver o réu acusado. Isso porque, acredita-se que quando o próprio réu colhe a prova ilícita para a sua absolvição, ele estaria agindo em legítima defesa.

## 1.2 ESPÉCIES

A prova pode ser materialmente ilícita, ou seja, sua forma de obtenção é proibida por lei, ou formalmente ilícita (também conhecida como ilegítima), que se caracteriza por ter a sua forma de introdução no processo vedada por lei. Em seu livro, Alexandre de Moraes diferencia prova ilícita, ilegal e ilegítima, afirmando que a prova ilegal seria o gênero e as provas ilícitas e ilegítimas seriam as espécies. *In verbis*:

“As provas ilícitas não se confundem com as provas ilegais e as ilegítimas. Enquanto, conforme já analisado, as provas ilícitas são aquelas obtidas com infringência ao direito material, as provas ilegítimas são as obtidas com desrespeito ao direito processual. Por sua vez, as provas ilegais seriam o gênero do qual as espécies são as provas ilícitas e as ilegítimas, pois configuram-se pela obtenção com violação de natureza material ou processual ao ordenamento jurídico.”<sup>4</sup>

Maria Thereza Assis Moura, citada no artigo do Juiz Federal Marcio Luiz Coelho de Freitas, possui o mesmo entendimento, conforme disposto abaixo:

---

<sup>4</sup> MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 19. ed. São Paulo: Atlas S.A., 2006.

“As provas vedadas ou ilegais, ensina Maria Thereza Assis Moura, configuram o gênero do qual as provas ilícitas e ilegítimas são espécies. As provas ilegítimas são aquelas que a produção implica na violação de uma regra de direito processual (ex: juntada de documento fora de prazo, inquirição de testemunha proibida de depor, etc). As provas ilícitas, por seu turno, são aquelas produzidas com violação dos direitos fundamentais do indivíduo, cuja produção implique na agressão a um direito material ou constitucional, sendo a ilicitude sempre relacionada a um dado que está fora do processo (ex: gravação telefônica clandestina). [...]”<sup>5</sup>

No entanto, Nucci discorda desse posicionamento, pois acredita que o gênero seja a própria ilicitude:

“[...] assim em Direito Penal, quanto nas demais disciplinas, inclusive porque foi o termo utilizado na Constituição Federal – significando o que é contrário ao ordenamento jurídico, contrário ao Direito de um modo geral, que envolve tanto o ilegal quanto o ilegítimo, isto é, tanto a infringência às normas legalmente produzidas, de direito material e processual, quanto aos princípios gerais de direito, aos bons costumes e à moral”.<sup>6</sup>

Entendimento parecido é o de Vescovi, citado na obra de Ada Pellegrini Grinover:

“O conceito de ilicitude é mais abrangente, abarcando tanto a natureza material, quanto a processual, então, a prova legítima obtida por meios ilícitos, como por exemplo, furto de documento, bem como a prova ilícita declarada inadmissível, como confissão extorquida mediante tortura, se enquadrariam dentro de um conceito de ilicitude”.<sup>7</sup>

De acordo com o artigo publicado por Freitas, essa distinção entre provas ilícitas e ilegítimas “[...] é importante porque as provas ilícitas não podem em momento algum ser convalidadas ou repetidas, ao passo que as ilegítimas podem, em tese, ser repetidas, uma vez afastada a violação processual que ensejou a sua ilegitimidade”.<sup>8</sup>

Freitas comenta também que a distinção entre provas ilícitas e ilegítimas não foi acolhida pelo legislador, que considerou todas como ilícitas. Porém, acredita que mesmo assim essa construção doutrinária deve ser levada em consideração pelo juiz, caso

<sup>5</sup> FREITAS, Marcio Luiz Coelho de. *A prova ilícita por derivação e suas exceções*. Disponível em: <<http://blex.com.br/index.php/2010/artigos/1480>>. Acesso em 06 mai. 2013.

<sup>6</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

<sup>7</sup> VESCOVI apud GRINOVER, Ada Pellegrini. *As Nulidades no Processo Penal*. 6. ed. São Paulo: RT, 1997.

<sup>8</sup> FREITAS, Marcio Luiz Coelho de. *A prova ilícita por derivação e suas exceções*. Disponível em: <<http://blex.com.br/index.php/2010/artigos/1480>>. Acesso em 06 mai. 2013.

eventualmente se depare com uma decisão acerca da admissibilidade ou não da repetição da prova.<sup>9</sup>

Em seu livro, Rachel Pinheiro de Andrade Mendonça explica que os efeitos da prova ilícita variam de acordo com o tipo de prova:

“Os efeitos do ato variam em função das normas processuais ou materiais violadas. Em havendo a violação de um impedimento meramente processual, a sanção estará na nulidade do ato ou na ineficácia da decisão, configurando a ilegitimidade da prova, enquanto que se se tratar de violação de um impedimento substancial, a sanção será a inexistência, uma vez que os efeitos são a desconsideração da prova inapta ao exercício do livre convencimento motivado.”<sup>10</sup>

Portanto, apesar de existir esse embate doutrinário a respeito das espécies de prova – se existe ou não um gênero do qual as provas ilícitas e ilegítimas são espécies –, certo é que a doutrina é pacífica no sentido de defender que existem as provas ilícitas *stricto sensu* (obtidas mediante violação de direito material) e as provas ilegítimas (obtidas mediante violação de direito processual). Ademais, também concordam que cada espécie terá um efeito específico no processo de acordo com a sua valoração, seja a nulidade ou a inexistência do ato.

### 1.3 REGRA CONSTITUCIONAL

A Constituição Federal de 1988 foi a primeira norma a tratar diretamente da questão da inadmissibilidade das provas ilícitas no ordenamento jurídico brasileiro. Até então, o assunto era abordado apenas em discussões doutrinárias e, portanto, caso fosse necessário tomar alguma decisão nesse âmbito, o julgador deveria verificar a doutrina pátria e as teorias de outros países acerca do tema. De acordo com Luiz Francisco Torquato Avolio:

“Até o advento da Constituição de 1988, a doutrina brasileira apresentava duas correntes sobre a admissibilidade processual das provas ilícitas, com preponderância da teoria da admissibilidade, especialmente no direito de família.”<sup>11</sup>

<sup>9</sup> FREITAS, Marcio Luiz Coelho de. *A prova ilícita por derivação e suas exceções*. Disponível em: <<http://blex.com.br/index.php/2010/artigos/1480>>. Acesso em 06 mai. 2013.

<sup>10</sup> MENDONÇA, Rachel Pinheiro de Andrade. *Provas Ilícitas: Limites à Licitude Probatória*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

<sup>11</sup> AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. *Provas Ilícitas: Interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

No entanto, após a entrada em vigor da atual Constituição, a vedação à utilização das provas ilícitas se tornou uma garantia fundamental do cidadão, estando disciplinada em seu art. 5º, inciso LVI:

“Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

LVI – são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos;

[...]”

Portanto, “por força de preceito constitucional, são proibidas em qualquer processo, seja ele judicial, seja administrativo, todas as provas cuja colheita, cuja obtenção, tenha como origem um meio ilícito”<sup>12</sup>.

Para alguns doutrinadores, como Rachel Pinheiro de Andrade Mendonça e Maria Cecília Pontes Carnaúba, o legislador incluiu a inadmissibilidade das provas ilícitas como garantia do cidadão, para garantir maior segurança jurídica e proteger direitos decorrentes da dignidade da pessoa humana.<sup>1314</sup>

Maria Cecília Pontes Carnaúba, em seu livro sobre provas ilícitas, cita o entendimento de Canotilho, segundo o qual:

“[...] as garantias constitucionais têm caráter essencialmente subjetivo, reconduzem-se ao direito de os cidadãos exigirem dos poderes públicos a proteção dos seus direitos, assim como o reconhecimento e a consagração dos meios processuais adequados a essa finalidade”<sup>15</sup>.

Ainda sobre o tema, Carnaúba continua:

“Pensamos, entretanto, que os meios processuais adequados à proteção dos direitos dos cidadãos fazem parte das garantias da Constituição, pois são apenas a forma processual de fazer efetivos os dispositivos constitucionais no que pertine aos direitos dos cidadãos. É modo de assegurar o cumprimento da própria Constituição. Dessa forma, a expressão ‘garantias constitucionais’ deve aplicar-se tão somente em sentido de direito material, portanto, relativamente aos direitos/deveres dos cidadãos enquanto indivíduos, reciprocamente, e quanto à relação Estado-indivíduo. É nessa ordem que a admissibilidade ou não das provas ilícitas assenta suas bases,

<sup>12</sup> ARANHA, Adalberto José Q. T de Camargo. *Da prova no Processo Penal*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

<sup>13</sup> MENDONÇA, Rachel Pinheiro de Andrade. *Provas Ilícitas: Limites à Licitude Probatória*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

<sup>14</sup> CARNAÚBA, Maria Cecília Pontes. *Prova Ilícita*. São Paulo: Saraiva, 2000.

<sup>15</sup> CANOTILHO apud CARNAÚBA, Maria Cecília Pontes. *Prova Ilícita*. São Paulo: Saraiva, 2000.

suas causas e objetivos de permanência no sistema jurídico. Por essa razão é fundamental conhecer os princípios das garantias constitucionais, pois estes são integralmente aplicáveis ao instituto das provas ilícitas.”<sup>16</sup>

Então, quando optou por incluir a inadmissibilidade das provas ilícitas na Carta Magna, a preocupação do legislador, teoricamente, era que o Estado não pudesse se utilizar de seu poder de coerção e, tivesse que observar os limites da individualidade do cidadão quando da persecução penal. Nas palavras de Rachel Pinheiro de Andrade Mendonça:

“O dispositivo constitucional diante de uma análise histórica visa a proteger direitos decorrentes do princípio da dignidade humana, estabelecendo-se uma limitação à persecução penal do Estado. O limite estaria em respeitar a individualidade em detrimento do agir incontrolado do Estado na busca da verdade real, sendo esta uma atitude fruto do sistema acusatório e dos resquícios da história política brasileira.”<sup>17</sup>

Apesar do fato de a Constituição, com o princípio da inadmissibilidade das provas ilícitas, ter objetivado proteger o cidadão e punir as autoridades que obtivessem a prova a partir de violação de direitos, para alguns juristas a Constituição é falha, tendo em vista que o princípio não tem efeito direto sobre os responsáveis por tal obtenção. Esse é o entendimento de Thiago André Pierobom de Ávila:

“O caráter sancionador da garantia da inadmissibilidade atribui-lhe uma característica análoga à de prevenção geral da pena, na medida em que procura reafirmar genericamente o valor de uma norma de conduta de respeito aos direitos fundamentais às autoridades policiais (prevenção geral positiva) e inibir sua realização pela cominação da imprestabilidade dos elementos de convicção decorrentes da violação (prevenção geral negativa). Todavia, o efeito de prevenção especial não ocorre de forma direta, pois o agente concreto que realiza a violação, além de não ser pessoalmente responsabilizado com a sanção da inadmissibilidade, pode muitas vezes sequer tomar conhecimento das consequências de sua atividade investigativa no curso da ação penal. O efeito é indireto, na medida em que se pretenda que uma polícia especializada se preocupe com os efeitos dos atos de seus membros e incentive um programa de investigação pautado em sua utilidade processual.”<sup>18</sup>

Não obstante a Constituição vigente tenha vedado a utilização de provas ilícitas, esse tema ainda gera grande discussão doutrinária e jurisprudencial, tendo em vista

<sup>16</sup> CARNAÚBA, Maria Cecília Pontes. *Prova Ilícita*. São Paulo: Saraiva, 2000.

<sup>17</sup> MENDONÇA, Rachel Pinheiro de Andrade. *Provas Ilícitas: Limites à Licitude Probatória*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

<sup>18</sup> ÁVILA, Thiago André Pierobom de. *Provas ilícitas e proporcionalidade: Uma análise da colisão entre os princípios da proteção penal eficiente e da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos*. Disponível em: <<http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/3103/1/Disserta%C3%A7%C3%A3o%20THIAGO%20ANDR%C3%89%20PIEROBOM%20DE%20C3%81VILA-%20Provas%20Il%C3%ADcitas.pdf>>. Acesso em 21 mar. 2013.

que, em algumas situações, os juristas entendem que a prova ilícita deve ser aceita no processo, principalmente quando em favor do réu, conforme será visto mais adiante.

#### 1.4 DISCIPLINA LEGAL – CPP

Em 2008 ocorreu a reforma processual, que, com o advento da Lei nº 11.690/2008, alterou a redação do art. 157 do Código de Processo Penal, tratando da inadmissibilidade das provas ilícitas e de seu eventual desentranhamento. *In verbis*:

“Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais.

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

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

§3º Preclusa a decisão de desentranhamento da prova declarada inadmissível, esta será inutilizada por decisão judicial, facultado às partes acompanhar o incidente.

§4º (VETADO)”

Para Nucci, essa reforma ocorrida em 2008 optou por ampliar a concepção do conceito de ilícito, flexibilizando o caráter apenas material dado pela Constituição e, englobando também as violações de caráter processual.<sup>19</sup>

De acordo com Thiago André Pierobom de Ávila, “o princípio da inadmissibilidade é uma penalidade imposta à persecução penal (em última análise à sociedade) em favor do indivíduo lesionado [...]”<sup>20</sup>.

Atualmente, no que concerne às provas ilícitas no processo penal brasileiro, o art. 157 do CPP é o instituto de maior importância. Em que pese a Constituição ser a norma máxima do direito brasileiro, seu posicionamento sobre o tema é muito amplo, sendo o CPP mais específico, inclusive, sobre seus efeitos. A respeito dessa aproximação das provas ilícitas

<sup>19</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

<sup>20</sup> ÁVILA, Thiago André Pierobom de. *Provas ilícitas e proporcionalidade: Uma análise da colisão entre os princípios da proteção penal eficiente e da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos*. Disponível em: <<http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/3103/1/Disserta%C3%A7%C3%A3o%20THIAGO%20ANDR%C3%89%20PIEROBOM%20DE%20C3%81VILA-%20Provas%20Il%C3%ADcitas.pdf>>. Acesso em 21 mar. 2013.



e do direito penal, vejamos a opinião de Costa Andrade, citado na dissertação de mestrado de Thiago André Pierobom de Ávila:

“Se, numa primeira aproximação, as proibições de prova aparecem como institutos próprios do processo penal, a verdade é que elas assumem uma função marcadamente protectiva, análoga à do direito penal substantivo. O que explica a comunicabilidade com a dogmática do direito penal material e o apelo cada vez mais frequente aos seus modelos de impositação e categorias.”<sup>21</sup>

Diante disso, sempre que se tratar do assunto provas ilícitas, deve-se observar tanto a norma constitucional, quanto o disposto no Código de Processo Penal brasileiro, tendo em vista a sua especificidade e a sua importância, tanto para o direito material quanto para o direito processual.

## 1.5 PROVA ILÍCITA POR DERIVAÇÃO

O Código de Processo Penal, no §1º de seu art. 157, determina que “são também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras”. Isto é, as provas que derivam das originariamente ilícitas também são inadmissíveis.

Em sua dissertação de mestrado, o promotor de justiça Thiago André Pierobom de Ávila, faz uma introdução do que seria a prova ilícita por derivação, e do tratamento dado a ela no processo penal brasileiro:

“Finalmente, questão tormentosa é relativa à admissibilidade das provas ilícitas por derivação e a eventual recepção no sistema jurídico brasileiro da conhecida teoria estadunidense dos frutos da árvore envenenada. Segundo essa teoria, a prova ilícita é uma árvore que se contaminou com uma mancha (vício); portanto, todas as demais provas que derivem dessa árvore envenenada, ainda que em si mesmas obtidas de forma lícita, também estariam contaminadas com a ilicitude da prova da qual se originou. Contudo, como será exposto à frente, a contaminação por derivação, antes de ser a regra há de ser uma exceção, tão excepcional quanto a gravidade e a imediatidade entre a prova ilícita e a derivada lícita, bem como ante a

---

<sup>21</sup> COSTA ANDRADE apud ÁVILA, Thiago André Pierobom de. *Provas ilícitas e proporcionalidade: Uma análise da colisão entre os princípios da proteção penal eficiente e da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos*. Disponível em: <<http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/3103/1/Disserta%C3%A7%C3%A3o%2020THIAGO%20ANDR%C3%89%20PIEROBOM%20DE%20C3%81VILA-%20Provas%20II%C3%ADcitas.pdf>>. Acesso em 21 mar. 2013.

presença de um nexa causal tão direto que importe em uma verdadeira unidade de ato entre ambas.”<sup>22</sup>

Portanto, em relação à prova ilícita por derivação, a regra de exclusão adotada pelo legislador é a chamada teoria da árvore dos frutos envenenados, que teve origem nos Estados Unidos. Essa teoria pode ser definida, basicamente, como a “construção jurisprudencial americana que determina a inadmissibilidade da prova ilícita por derivação”<sup>23</sup>.

Nucci, em seu *Manual de Processo Penal e Execução Penal*, explica a teoria da prova ilícita, como também dá exemplos nos quais esta deve ser aplicada:

“Consagrou-se ainda, no Brasil, a teoria da *prova ilícita por derivação* (‘frutos da árvore envenenada’ ou ‘efeito à distância’, que advém do preceito bíblico de que a ‘árvore envenenada não pode dar bons frutos’). Assim, quando uma prova for produzida por mecanismos ilícitos, tal como a escuta ilegalmente realizada, não se pode aceitar as provas que daí advenham. Exemplo: graças à escuta ilegal efetivada, a polícia consegue obter dados para a localização da coisa furtada. A partir disso, obtém um mandado judicial, invade o lugar e apreende o material. Note-se que a apreensão está evitada do veneno gerado pela prova primária, isto é, a escuta indevidamente operada. Se for aceita como lícita a segunda prova, somente porque houve a expedição de mandado de busca por juiz de direito, em última análise, estar-se-ia compactuando com o ilícito, pois se termina por validar a conduta ilegal da autoridade policial.”<sup>24</sup>

Em seu artigo, Freitas cita Eugênio Pacelli, que explica o fato no qual fundamenta-se tal teoria:

“Se os agente produtores da prova ilícita pudessem dela se valer para a obtenção de novas provas, a cuja existência somente se teria chegado a partir daquela (ilícita), a ilicitude da conduta seria facilmente contornável. Bastaria a observância da forma prevista em lei, na segunda operação, isto é, a busca das provas obtidas por meio das informações extraídas por via da ilicitude, para que legalizasse a ilicitude da primeira (operação). Assim, a teoria da ilicitude por derivação é uma imposição da aplicação do princípio da inadmissibilidade das provas obtidas ilicitamente.”<sup>25</sup>

<sup>22</sup> ÁVILA, Thiago André Pierobom de. *Provas ilícitas e proporcionalidade: Uma análise da colisão entre os princípios da proteção penal eficiente e da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos*. Disponível em:

<<http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/3103/1/Disserta%C3%A7%C3%A3o%2020THIAGO%20ANDR%C3%89%20PIEROBOM%20DE%20C%81VILA-%20Provas%20Il%C3%ADcitas.pdf>>. Acesso em 21 mar. 2013.

<sup>23</sup> FREITAS, Marcio Luiz Coelho de. *A prova ilícita por derivação e suas exceções*. Disponível em: <<http://blex.com.br/index.php/2010/artigos/1480>>. Acesso em 06 mai. 2013.

<sup>24</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

<sup>25</sup> FREITAS, Marcio Luiz Coelho de. *A prova ilícita por derivação e suas exceções*. Disponível em: <<http://blex.com.br/index.php/2010/artigos/1480>>. Acesso em 06 mai. 2013.

Portanto, para que uma prova seja considerada ilícita por derivação, é imprescindível que estejam presentes seus elementos fundamentais:

“a) uma ação ilegal de um policial ou de alguém atuando como se policial fora policial; b) uma prova obtida por tal pessoa; e, finalmente, c) o nexo causal entre a ação ilegal e a obtenção da prova. Assim, ainda que efetivamente reste configurado um ato ilegal, se não ficar demonstrado que há um nexo causal entre tal ato e a obtenção da prova, não será o caso de sua exclusão.”<sup>26</sup>

Logo, para que a configuração da prova ilícita por derivação, é necessário que seja identificado o nexo de causalidade. Caso contrário, a prova não poderá ser excluída do processo.

Existem quatro possibilidades de exceções a essa teoria: a teoria da fonte independente, a teoria da descoberta inevitável, a teoria da atenuação do nexo causal e a teoria da boa-fé. Essas exceções são situações onde, mesmo que seja configurada a prova originariamente ilícita, a prova derivada não será excluída.

A teoria da fonte independente consiste na admissão de uma prova teoricamente “contaminada” pela primeira, mas que seria obtida por outro meio, que não tenha conexão com aquela. Isto é, a prova derivada seria eventualmente descoberta através de uma fonte independente, sem relação com a prova originariamente ilícita.

Em sua obra, Nucci coloca de forma muito didática a questão da fonte independente:

“A prova originária de fonte independente não se macula pela ilicitude existente em prova correlata. Imagine-se que, por escuta clandestina, logo ilegal, obtém-se a localização de um documento incriminador em relação ao indiciado. Ocorre que, uma testemunha, depondo regularmente, também indicou à polícia o lugar onde se encontrava o referido documento. Na verdade, se esse documento fosse apreendido unicamente pela informação surgida da escuta, seria prova ilícita por derivação e inadmissível no processo. Porém, tendo em vista que ele teve fonte independente, vale dizer, seria encontrado do mesmo modo, mesmo que a escuta não tivesse sido feita, pode ser acolhido como prova lícita.”<sup>27</sup>

---

<sup>26</sup> FREITAS, Marcio Luiz Coelho de. *A prova ilícita por derivação e suas exceções*. Disponível em: <<http://blex.com.br/index.php/2010/artigos/1480>>. Acesso em 06 mai. 2013.

<sup>27</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

A exceção da teoria da descoberta inevitável admite a utilização de uma prova ilícita por derivação – mesmo com a presença do nexa causal –, desde que fique demonstrado que a autoridade policial inevitavelmente chegaria naquela prova utilizando seus métodos de investigação normais.

Tanto a teoria da fonte independente quanto a teoria da descoberta inevitável são aceitas no direito brasileiro e estão presentes no art. 157 do CPP, respectivamente nos parágrafos 1º e 2º.

A terceira exceção à regra de exclusão das provas ilícitas é a teoria da atenuação do nexa causal. De acordo com esta teoria, a prova derivada pode ser usada, desde que o seu nexa causal com a “ilicitude originária” seja quase inexistente ou remoto. Freitas explica que:

“Para a aplicação dessa exceção, devem ser verificados três fatores: a) o tempo decorrido entre a ilegalidade e a obtenção da prova; b) a presença de circunstâncias que dividam a cadeia causal; e, c) a conduta ilegal flagrante proposital.”<sup>28</sup>

A última exceção à regra da exclusão das provas aceita no direito americano é a teoria da boa-fé, que consiste em avaliar o comportamento e a intenção da autoridade que obteve a prova. Isto é, considera-se que a regra de exclusão das provas ilícitas surgiu com um caráter pedagógico, como forma de desestimular as autoridades policiais a agirem de forma ilegal para conseguir provas contra os investigados. Portanto, caso fique demonstrado que, apesar de a autoridade ter agido de boa-fé – sem intenção de ferir direitos materiais ou processuais do acusado –, a prova foi considerada ilícita, essa ilicitude pode ser afastada.

As duas últimas exceções à regra da exclusão das provas não estão previstas no nosso ordenamento jurídico e, também não são amplamente aceitas, diferentemente das primeiras. Isso porque, nos EUA, “a teoria tem como fundamento a garantia procedimental do devido processo legal formal e mira a conformação da atividade policial”<sup>29</sup>, enquanto no

---

<sup>28</sup> FREITAS, Marcio Luiz Coelho de. *A prova ilícita por derivação e suas exceções*. Disponível em: <<http://blex.com.br/index.php/2010/artigos/1480>>. Acesso em 06 mai. 2013.

<sup>29</sup> FREITAS, Marcio Luiz Coelho de. *A prova ilícita por derivação e suas exceções*. Disponível em: <<http://blex.com.br/index.php/2010/artigos/1480>>. Acesso em 06 mai. 2013.

Brasil, assim como na Alemanha, “o fundamento é a proteção dos direitos fundamentais em seu aspecto material”<sup>30</sup>.

Prova desse posicionamento é o fato de a Constituição ter inserido a inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos em seu art. 5º, equiparando-a a garantias fundamentais como a honra e a intimidade. Logo, em um sistema onde a inadmissibilidade da prova é, basicamente, um direito fundamental, é muito difícil que o julgador pondere a boa-fé do investigador no momento da infringência deste direito.

Não obstante a teoria da boa-fé não seja comumente utilizada no processo brasileiro, é possível que o juiz faça concessões, em determinados casos, utilizando a proporcionalidade. É importante ressaltar essa informação, principalmente porque nenhum direito ou garantia é absoluto, portanto, em casos onde ocorra algum embate entre referidos direitos, o julgador precisa usar o bom senso e verificar qual poderá ser relativizado naquele momento. Como bem afirma Freitas:

“O Processo Penal, assim, é em si mesmo expressão do direito fundamental à liberdade e à dignidade da pessoa humana, e não mero meio pelo qual esses direitos são exercidos, de sorte que se torna ainda mais premente a necessidade que os operadores do Direito, em especial os juízes, responsáveis que são pela direção do Processo, sempre estejam voltados à busca pela maximização dos direitos e garantias fundamentais (que, ressalte-se, não se limitam aos direitos que conferem proteção à pessoa do acusado/investigado).”<sup>31</sup>

Diante disso, verifica-se a preocupação do legislador em manter o devido processo legal, bem como proteger a sociedade e o indivíduo, quando da elaboração das normas relacionadas às provas ilícitas, tanto as originárias quanto as chamadas “provas ilícitas por derivação”.

---

<sup>30</sup> FREITAS, Marcio Luiz Coelho de. *A prova ilícita por derivação e suas exceções*. Disponível em: <<http://blex.com.br/index.php/2010/artigos/1480>>. Acesso em 06 mai. 2013.

<sup>31</sup> FREITAS, Marcio Luiz Coelho de. *A prova ilícita por derivação e suas exceções*. Disponível em: <<http://blex.com.br/index.php/2010/artigos/1480>>. Acesso em 06 mai. 2013.

## 2 VEDAÇÃO DA UTILIZAÇÃO DA PROVA ILÍCITA: DOCTRINA E JURISPRUDÊNCIA DOMINANTES SOBRE O TEMA

Conforme dito anteriormente, a questão da admissibilidade das provas ilícitas no direito brasileiro sempre foi motivo de discussão jurisprudencial e doutrinária, principalmente porque, antes da Constituição Federal de 1988, o direito brasileiro não possuía norma específica que admitisse ou não a utilização da prova ilícita no processo.

Dessa forma, até o advento da Constituição, os doutrinadores utilizavam de seu bom senso para analisar se a prova ilícita deveria ou não ser admitida no caso concreto, tendo em vista a falta de norma reguladora sobre o tema. O problema é que, apesar de vários doutrinadores tratarem do assunto, a discordância sempre foi muito grande. Nas palavras de Rachel Pinheiro de Andrade Mendonça:

“A admissibilidade das provas ilícitas dentro de um contexto processual com o fim de instruir o processo e influenciar na decisão final, diante dos valores da personalidade e dignidade humana, resultam em um grande drama processual, onde renomados juristas se debruçam em busca de uma solução, devendo-se, para tanto, delinear os limites, tendo por base o estudo da sociedade brasileira e as evoluções sociais. A admissibilidade das provas ilícitas sempre foi objeto de reflexões, constituindo, desde sempre, posições conflitantes, especialmente em função das consequências e dos efeitos dela decorrentes. Diante do inevitável e perene conflito entre os direitos de defesa social e as liberdades individuais, oscilaram, sempre, a doutrina e a jurisprudência, ora para admiti-las, ora para repudia-las. Variando conforme a situação social, política e emocional de cada Estado, as posições divergentes acerca do intrincado tema por todo o tempo permaneceram presentes.”<sup>32</sup>

A respeito do tema, Luiz Francisco Torquato Avolio diz que, até então, havia duas correntes sobre o assunto, com a preponderância da admissibilidade, principalmente no direito de família. Isto é, de acordo com a corrente preponderante da época, a maior preocupação do magistrado era com o conteúdo da prova, e não com a forma como esta foi obtida, pois, acreditava-se que o que pode ferir ou não o direito alheio é a essência da prova. Vejamos:

“É delicada a questão neste campo, pois se argumenta que a indisponibilidade de certos direitos ligados ao estado das pessoas deveria

---

<sup>32</sup> MENDONÇA, Rachel Pinheiro de Andrade. *Provas Ilícitas: Limites à Licitudo Probatória*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

merecer um tratamento especial, de molde a prestigiar a busca da verdade real. Nesse sentido, autores como Yussef Cahali e Washington de Barros Monteiro sustentam ser irrelevante o meio pelo qual a prova foi obtida, devendo o juiz aproveitar o seu conteúdo, e enviar ao Juízo Criminal eventual indício da existência de ilícito penal. José Rubens Machado de Campos sustenta que, no conflito entre o direito à intimidade e os ilícitos de prova, não se admite mais uma proteção absoluta às liberdades públicas e, entre elas, à intimidade, que devem ceder sempre que entrarem em confronto com a ordem pública e as liberdades alheias. Para Pontes de Miranda, também o essencial não é a modalidade da prova, mas se o seu conteúdo viola ou não norma material ou constitucional, traçando uma conexão com os meios moralmente legítimos de prova: ‘Os microfilmes, os slides, gravadores embutidos em estantes, mesas ou paredes, os computadores e outros meios de reprodução ou gravação não têm proibição. O que se há de examinar é aquilo que colhe, porque o conteúdo é que pode ofender o direito ao sigilo, ou não ser, por outro motivo, moralmente legítimo. O juiz, ao ter de negar ou admitir meio de prova, há de recorrer ao Direito Material e até mesmo à Constituição, porque não fica às leis dizer, a ser arbítrio, o que se há de entender por sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas e telefônicas.’<sup>33</sup>

Esse posicionamento era o mais aceito pela jurisprudência, que utilizava a doutrina do *male captum, bene retentum*. Inclusive, alguns magistrados até repreendiam ou puniam o responsável pela ilicitude da prova, mas, mesmo assim a utilizavam, desde que o teor daquela prova fosse comprovado por outras evidências produzidas durante a instrução processual. O Ministro Cordeiro Guerra justificava esse entendimento da seguinte forma:

“Não creio que entre os direitos humanos se encontre o direito de assegurar a impunidade dos próprios crimes, ainda que provados por outro modo nos autos, só porque o agente da autoridade se excedeu no cumprimento do dever e deva ser responsabilizado.”<sup>34</sup>

Além dele, outros ministros também sustentavam essa corrente, como o Ministro Raphael de Barros Monteiro, por exemplo, que acreditava não ser obrigação dos tribunais julgar a forma como as provas foram obtidas, e sim o conteúdo que lhes foi apresentado.<sup>35</sup>

Entendimento parecido é o de Maria Cecília Pontes Carnaúba, que afirma:

“[...] A admissibilidade no processo de provas produzidas por meio não permitidos pelo sistema legal é uma situação nova, porque quebra os limites

<sup>33</sup> AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. *Provas Ilícitas: Interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

<sup>34</sup> GUERRA, Cordeiro, *apud* AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. *Provas Ilícitas: Interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

<sup>35</sup> MONTEIRO, Raphael de Barros, *apud* AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. *Provas Ilícitas: Interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

de interpretação incondicional do texto legal sobre as atividades persecutória e investigatória do Estado, e cria modernos freios às arbitrariedades estatais através da adoção de limites objetivos impostos pela razão, com base no princípio da proporcionalidade. [...]”<sup>36</sup>

Carnaúba ainda explica que essa admissibilidade das provas produzidas por meios não permitidos no sistema legal não desvirtuaria o comportamento da autoridade policial, permitindo que esta agisse da forma que bem entendesse, mas que, na verdade, “estimula um criterioso trabalho de busca de indícios que faça jus à evolução do sistema jurídico moderno”<sup>37</sup>. Isso porque, todo o trabalho da autoridade policial deverá ser analisado no âmbito judicial, tanto no que diz respeito aos aspectos formais, como no que diz respeito ao conteúdo das informações obtidas (pois este que pode ou não violar o direito ao sigilo, entre outros direitos).

De acordo com Carnaúba, a admissibilidade das provas a partir da avaliação de sua essência, e não da forma como foram obtidas, não deixa brecha para ideais onde a “manutenção da ordem pública é valor absoluto”. Da mesma forma, não deixa de respeitar direitos individuais do cidadão, e nem dá total liberdade para a ação da polícia. Na verdade, na opinião da autora, existiria um maior controle da atividade estatal:

“[...] Não sacrifica, arbitrariamente, o respeito à privacidade das pessoas em favor da supremacia do interesse social. Não faz o aparelho repressor preguiçoso por meio do favorecimento da permissividade da atividade estatal de persecução criminal, criando insegurança aos indivíduos e instalando uma situação de pânico social; portanto, não resulta impossível aos indivíduos conciliar sua condição de seres humanos, carentes de respeito e segurança, com sua situação de cidadãos, devedores de total submissão ao arbítrio estatal. Inversamente, cria-se uma situação de controle das atividades estatais ainda mais criteriosa do que o controle meramente formal e absoluto da inadmissibilidade das provas ilícitas no processo.”<sup>38</sup>

Antes do advento da Constituição de 1988, os direitos e garantias constitucionais vigentes não possuíam respeito do Estado e, por isso, não eram eficazes, o que fez com que várias atrocidades fossem cometidas em nome da segurança nacional, tais como: escutas telefônicas largamente utilizadas pelos organismos de repressão política; invasão domiciliar sem ordem judicial; prática de tortura. Além disso, “o Estado tinha poderes para cassar o direito de expressão e comunicação das pessoas, interferia nos meios de

<sup>36</sup> CARNAÚBA, Maria Cecília Pontes. *Prova Ilícita*. São Paulo: Saraiva, 2000.

<sup>37</sup> CARNAÚBA, Maria Cecília Pontes. *Prova Ilícita*. São Paulo: Saraiva, 2000.

<sup>38</sup> CARNAÚBA, Maria Cecília Pontes. *Prova Ilícita*. São Paulo: Saraiva, 2000.



comunicação, nas artes e, até, na ciência”<sup>39</sup>. Em virtude disso, naquela época, as provas eram, em sua maioria, obtidas de forma a ferir algum direito, fosse ele individual ou coletivo.

Outro posicionamento adotado na época, também mencionado por Avolio, é o de que a prova ilícita não poderia ser admitida no processo, porém, também não poderia ser completamente ignorada, como se não houvesse existido. Em casos como esses, as provas seriam tratadas como indícios e, caso se descobrisse algo lícitamente a partir disso, deveria ser aceito no processo.<sup>40</sup>

Após o advento da Constituição Federal de 1988, mais especificamente com o advento do art. 5º, inciso LVI, o problema da admissibilidade ou não das provas ilícitas teoricamente começou a ser resolvido, tendo em vista que determinou que estas não seriam aceitas, de forma alguma, dentro do processo.

Dessa forma, a Constituição Federal de 1988 passou a adotar o princípio da vedação absoluta da prova obtida por meio ilícito, conforme podemos extrair de partes do voto do Ministro Celso de Mello, no julgamento do HC 93.050:

“[...]

Ilícitude da prova. Inadmissibilidade de sua produção em juízo (ou perante qualquer instância de poder) – Inidoneidade jurídica da prova resultante de transgressão estatal ao regime constitucional dos direitos e garantias individuais. 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. A *Exclusionary Rule* consagrada pela jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos da América como limitação ao poder do Estado de produzir prova em sede processual penal. A Constituição da República, em norma revestida de conteúdo vedatório (CF, art. 5º, LVI), desautoriza, por incompatível com os postulados que regem uma sociedade fundada em bases democráticas (CF, art. 1º), qualquer prova cuja obtenção, pelo Poder Público, derive de transgressão a cláusulas de ordem constitucional, repelindo, por isso mesmo, quaisquer elementos probatórios que resultem de violação do direito material (ou, até mesmo, do direito processual), não prevalecendo, em consequência, no ordenamento normativo brasileiro, em matéria de atividade probatória, a fórmula autoritária do *male captum, bene retentum*. Doutrina. Precedentes.

[...]

<sup>39</sup> CARNAÚBA, Maria Cecília Pontes. *Prova Ilícita*. São Paulo: Saraiva, 2000.

<sup>40</sup> AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. *Provas Ilícitas: Interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

A questão da doutrina dos frutos da árvore envenenada (*Fruits of the poisonous tree*): A questão da ilicitude por derivação. Ninguém pode ser investigado, denunciado ou condenado com base, unicamente, em provas ilícitas, quer se trate de ilicitude originária, quer se cuide de ilicitude por derivação.

[...]

A doutrina da ilicitude por derivação (teoria dos ‘frutos da árvore envenenada’) repudia, por constitucionalmente inadmissíveis, os meios probatórios, que, não obstante produzidos, validamente, em momento ulterior, acham-se afetados, no entanto, pelo vício (gravíssimo) da ilicitude originária, que a eles se transmite, contaminando-os, por efeito de repercussão causal. Hipótese em que os novos dados probatórios somente foram conhecidos, pelo Poder Público, em razão de anterior transgressão praticada, originariamente, pelos agentes estatais, que desrespeitaram a garantia constitucional da inviolabilidade domiciliar. Revelam-se inadmissíveis, desse modo, em decorrência da ilicitude por derivação, os elementos probatórios a que os órgãos estatais somente tiveram acesso em razão da prova originariamente ilícita, obtida como resultado da transgressão, por agentes públicos, de direitos e garantias constitucionais e legais, cuja eficácia condicionante, no plano do ordenamento positivo brasileiro, traduz significativa limitação de ordem jurídica ao poder do Estado em face dos cidadãos. Se, no entanto, o órgão da persecução penal demonstrar que obteve, legitimamente, novos elementos de informação a partir de uma fonte autônoma de prova – que não guarde qualquer relação de dependência nem decorra da prova originariamente ilícita, com esta não mantendo vinculação causal –, tais dados probatórios revelar-se-ão plenamente admissíveis, porque não contaminados pela mácula da ilicitude originária. A questão da fonte autônoma de prova (*an independent source*) e a sua desvinculação causal da prova ilicitamente obtida. Doutrina. Precedentes do STF (RHC 90.376/RJ, Rel. Min. Celso de Mello, v.g.) – Jurisprudência Comparada (A experiência da Suprema Corte americana): casos ‘*Silverthorne Lumber co. v. United States* (1920); *Segura v. United States* (1984); *Nix v. Williams* (1984); *Murray v. United States* (1988)’, v.g.’ (HC 93.050, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 10-6-2008, Segunda Turma, DJE de 1º-8-2008.) No mesmo sentido: HC 90.094, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 8-6-2010, Segunda Turma, DJE de 6-8-2010; HC 90.298, Rel. Min. Cezar Peluso, julgamento em 8-9-2009, Segunda Turma, DJE de 16-10-2009.<sup>41</sup>

Ainda em seu voto, o Ministro se utiliza dos ensinamentos de Ada Pellegrini e de Alexandre de Moraes, para consolidar seu entendimento de que, independentemente da justificativa, qualquer forma obtida por meio ilícito deve ser vedada no processo penal.

Afirma, ainda, que o entendimento de alguns juristas de que, a alguns casos, deve-se utilizar a proporcionalidade para avaliar a prova, tendo em vista o livre convencimento do juiz, é uma forma equivocada de analisar tal princípio, uma vez que a

<sup>41</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal, HC 93050, Relator Ministro Celso de Mello, Segunda Turma. Publicado no Dje em 01 de agosto de 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2576066>>. Acesso em 15 de mai. 2013.

Constituição é bem clara quando diz que tais provas são inadmissíveis, bem como porque aceitar tais provas seria uma ofensa aos direitos e garantias fundamentais dos indivíduos.

Para reforçar o posicionamento da jurisprudência vigente, vejamos a ementa do RE 597752 AgR, do Supremo Tribunal Federal, se relatoria do Ministro Luiz Fux:

“EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PENAL E PROCESSUAL PENAL. POSSE ILEGAL DE ARMA E MUNIÇÕES DE USO RESTRITO. VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO. PROVA ILÍCITA. ACÓRDÃO QUE SE FUNDOU NOS FATOS E NAS PROVAS. REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO JÁ CARREADO AOS AUTOS. IMPOSSIBILIDADE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 279/STF. AGRAVO REGIMENTAL CUJA MINUTA NÃO SE INSURGE CONTRA OS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA.

[...]

**1. Meras suspeitas de que o apelante seria o possível autor de crime cometido no local investigado, não autoriza a entrada dos policiais em sua residência, sob o fundamento de flagrante delito. 2. Sem eficácia probatória a prova colhida, pois obtida ilicitamente, cuja apuração se deu diante de comportamento ilícito dos agentes dos agentes estatais, violando o domicílio do acusado, não servindo de suporte a legitimar sua condenação. 3. Inadmissível também a prova derivada da ilícita, pois evidente o nexó causal entre a invasão de domicílio e a apreensão das armas. 4. Não há, também, que se valorizar a confissão do apelante, eis que esta só ocorreu em decorrência da apreensão ilegal, correndo-se o risco de tornar letra morta a norma constitucional que veda a utilização da prova ilícita. 5. A absolvição é medida que se impõe.” 5. Agravo regimental a que se nega provimento.” (RE 597752 AgR, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 23/04/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-090 DIVULG 14-05-2013 PUBLIC 15-05-2013)<sup>42</sup>**

Porém, apesar desse entendimento de alguns magistrados e doutrinadores, e também pelo fato de essa vedação absoluta das provas ilícitas facilitar, de certa forma, o trabalho do julgador, ela também tem o seu lado negativo. Isso porque, tanto a admissibilidade quanto a inadmissibilidade incondicional das provas ilícitas é prejudicial para o direito e para a sociedade. Apesar de ser necessário que haja um limite legal para a obtenção de provas, algumas vezes é impossível de se conseguir certa prova da forma prevista em lei, em decorrência do comportamento do indivíduo que está cometendo o crime, ou até mesmo em decorrência de fatores externos, que não podem ser modificados pelo indivíduo que coleta a prova. Nas palavras de Carnaúba:

<sup>42</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal, RE 597752 AgR, Relator Ministro Luiz Fux, Primeira Turma. Publicado no DJe em 15 de maio de 2013. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28+prova+il%EDcita+%29&pagina=2&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/crkr8hu>>. Acesso em 25 de mai. 2013.

“A inadmissibilidade intransigente no processo das provas obtidas por meios ilícitos também engendra violência, na medida em que legaliza arbitrariedades do individualismo sobre o bem comum. [...] Na maioria das vezes não há como fazer prova do ocorrido a não ser através de gravações ou filmagens clandestinas. Se esse procedimento para obtenção de prova for inadmissível de forma absoluta, a impunidade estará assegurada e, com ela, o estímulo ao cometimento de outros crimes semelhantes. Os agentes terão certeza de que, se agirem criminosamente, mas sempre utilizando-se de sua privacidade como proteção, não poderão ser processados. [...] Nesse caso, serão postos por terra os fins do Estado de Direito, como promoção da justiça, erradicação da pobreza e marginalização, assim como os direitos individuais de inúmeros cidadãos, titulares dos direitos subjetivos à saúde, habitação, educação, dentre outros. É assim porque concordamos com o pensamento de que, nesses casos, o problema está menos na existência da lei do que na sua aplicação.”<sup>43</sup>

Em situações onde o crime cometido afeta a população como um todo, como por exemplo, crimes contra o erário público – que afeta institutos como saúde, educação e moradia – e tráfico ilícito de entorpecentes – que, em certas situações gera corrupção dentro da administração pública, “atividades financeiras e comerciais ilícitas”, além de aumentar o número de mortes e assaltos –, a inadmissibilidade absoluta das provas ilícitas “significa proteger o abuso do direito à privacidade de alguns criminosos, em detrimento do direito de outros cidadãos a uma existência compatível com a dignidade humana”<sup>44</sup>.

A situação é ainda pior em casos onde somente através de meios ilícitos é possível a obtenção daquela prova. A autora acredita que, em situações como essas, deve-se fazer uma avaliação “da necessidade, urgência dos meios empregados na coleta de provas e plausibilidade das ações investigatória e persecutória do Estado”<sup>45</sup>. Ou seja, é necessário que se avalie o conteúdo da prova produzida, e não que se faça apenas uma avaliação formal e mecânica da lei que deve ser aplicada ao caso concreto.

A Constituição Federal deve ser analisada como um todo, isto é, deve ser interpretada de forma sistêmica. Em vista disso, o art. 5º, inciso LVI da Constituição Federal, que determina a inadmissibilidade das provas ilícitas, não deve ser analisado isoladamente, pois, se assim for feito, será considerado um valor absoluto.

A inadmissibilidade das provas ilícitas visa proteger os direitos à intimidade, integridade física e moral dos cidadãos, previstos respectivamente, nos incisos X,

<sup>43</sup> CARNAÚBA, Maria Cecília Pontes. *Prova Ilícita*. São Paulo: Saraiva, 2000.

<sup>44</sup> CARNAÚBA, Maria Cecília Pontes. *Prova Ilícita*. São Paulo: Saraiva, 2000.

<sup>45</sup> CARNAÚBA, Maria Cecília Pontes. *Prova Ilícita*. São Paulo: Saraiva, 2000.

XI e XII do art. 5º da Constituição Federal. Esses três incisos devem ser analisados conjuntamente, pois “reforçam-se mutuamente”.

De acordo com Carnáuba:

“Em nossos dias via de regra, os direitos não são absolutos, e o seu exercício não exclui limitações e temperamentos mediante o denominado poder de polícia, pois o uso intransigente dos direitos garantidos pela Constituição Federal pode tornar-se fonte de injustiças. O bem maior para o homem é o direito à vida, mas este precisa admitir restrições. É o caso de legítima defesa. Assim também é o direito de propriedade, que durante muito tempo a civilização ocidental considerou absoluto, hoje sofre inúmeras limitações em função do bem-estar comum [...]. Não se pode entender então, que o direito à privacidade, hierarquicamente inferior a esses outros direitos, seja protegido de forma absoluta pelo Estado. Apesar da preocupação constitucional de tutelar a privacidade, a doutrina é quase unânime em reconhecer a natureza relativa do sigilo. [...]”<sup>46</sup>

É importante lembrar que os direitos e garantias estabelecidos na Constituição são para beneficiar os cidadãos, e não para permitir que algum indivíduo prejudique outro utilizando-se da sua prerrogativa de cidadão detentor de direitos. Justamento por isso, “o ordenamento brasileiro conta com pelo menos uma norma expressa tipificando o abuso do direito à privacidade”<sup>47</sup>. No posicionamento de Carnáuba, “tal postura mostra o bom senso do legislador”, pois fixa limites com o objetivo de evitar abusos.

No entanto, não obstante a Constituição tenha começado a resolver o problema, alguns doutrinadores acreditam que foi só após a reforma do Código de Processo Penal, ocorrida em 2008, que a situação ficou realmente bem delineada. Isso porque, os que defendem esse posicionamento dizem que a Constituição foi muito vaga quando determinou em seu artigo 5º, LVI, que “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”, não se atentando para as diversas espécies de provas ilícitas que poderiam surgir.

Essas diversas espécies de provas ilícitas possíveis de surgir seriam as provas derivadas das ilícitas – também não aceitas no direito brasileiro –, as provas autônomas – que são aceitas, caso seja comprovado serem obtidas de forma independentes das primeiras –, entre outras espécies, já tratadas anteriormente, que só vieram a ser tratadas após a reforma de 2008.

<sup>46</sup> CARNAÚBA, Maria Cecília Pontes. *Prova Ilícita*. São Paulo: Saraiva, 2000.

<sup>47</sup> CARNAÚBA, Maria Cecília Pontes. *Prova Ilícita*. São Paulo: Saraiva, 2000.

Sobre as espécies possíveis de provas ilícitas, tratadas no capítulo anterior, podemos verificar que estas são observadas pelo julgador na prática a partir da leitura da ementa do HC 91867, julgado em 2012, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes. Confira-se:

“HABEAS CORPUS. NULIDADES: (1) INÉPCIA DA DENÚNCIA; (2) ILICITUDE DA PROVA PRODUZIDA DURANTE O INQUÉRITO POLICIAL; VIOLAÇÃO DE REGISTROS TELEFÔNICOS DO CORRÉU, EXECUTOR DO CRIME, SEM AUTORIZAÇÃO JUDICIAL; (3) ILICITUDE DA PROVA DAS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS DE CONVERSAS DOS ACUSADOS COM ADVOGADOS, PORQUANTO ESSAS GRAVAÇÕES OFENDERIAM O DISPOSTO NO ART. 7º, II, DA LEI 8.906/96, QUE GARANTE O SIGILO DESSAS CONVERSAS. VÍCIOS NÃO CARACTERIZADOS. ORDEM DENEGADA. 1. Inépcia da denúncia. Improcedência. Preenchimento dos requisitos do art. 41 do CPP. A denúncia narra, de forma pormenorizada, os fatos e as circunstâncias. Pretensas omissões – nomes completos de outras vítimas, relacionadas a fatos que não constituem objeto da imputação — não importam em prejuízo à defesa. 2. Ilicitude da prova produzida durante o inquérito policial - violação de registros telefônicos de corrêu, executor do crime, sem autorização judicial. 2.1 Suposta ilegalidade decorrente do fato de os policiais, após a prisão em flagrante do corrêu, terem realizado a análise dos últimos registros telefônicos dos dois aparelhos celulares apreendidos. Não ocorrência. 2.2 Não se confundem comunicação telefônica e registros telefônicos, que recebem, inclusive, proteção jurídica distinta. Não se pode interpretar a cláusula do artigo 5º, XII, da CF, no sentido de proteção aos dados enquanto registro, depósito registral. A proteção constitucional é da comunicação de dados e não dos dados. 2.3 Art. 6º do CPP: dever da autoridade policial de proceder à coleta do material comprobatório da prática da infração penal. Ao proceder à pesquisa na agenda eletrônica dos aparelhos devidamente apreendidos, meio material indireto de prova, a autoridade policial, cumprindo o seu mister, buscou, unicamente, colher elementos de informação hábeis a esclarecer a autoria e a materialidade do delito (dessa análise logrou encontrar ligações entre o executor do homicídio e o ora paciente). Verificação que permitiu a orientação inicial da linha investigatória a ser adotada, bem como possibilitou concluir que os aparelhos seriam relevantes para a investigação. **2.4 À guisa de mera argumentação, mesmo que se pudesse reputar a prova produzida como ilícita e as demais, ilícitas por derivação, nos termos da teoria dos frutos da árvore venenosa (fruit of the poisonous tree), é certo que, ainda assim, melhor sorte não assistiria à defesa. É que, na hipótese, não há que se falar em prova ilícita por derivação. Nos termos da teoria da descoberta inevitável, construída pela Suprema Corte norte-americana no caso Nix x Williams (1984), o curso normal das investigações conduziria a elementos informativos que vinculariam os pacientes ao fato investigado. Bases desse entendimento que parecem ter encontrado guarida no ordenamento jurídico pátrio com o advento da Lei 11.690/2008, que deu nova redação ao art. 157 do CPP, em especial o seu § 2º.** 3. Ilicitude da prova das interceptações telefônicas de conversas dos acusados com advogados, ao argumento de que essas gravações ofenderiam o disposto no art. 7º, II, da Lei n. 8.906/96, que garante o sigilo dessas conversas. 3.1 Nos termos do art. 7º, II, da Lei 8.906/94, o Estatuto da Advocacia garante ao advogado a inviolabilidade de seu escritório ou local de trabalho, bem como de seus instrumentos de trabalho,

de sua correspondência escrita, eletrônica, telefônica e telemática, desde que relativas ao exercício da advocacia. 3.2 Na hipótese, o magistrado de primeiro grau, por reputar necessária a realização da prova, determinou, de forma fundamentada, a interceptação telefônica direcionada às pessoas investigadas, não tendo, em momento algum, ordenado a devassa das linhas telefônicas dos advogados dos pacientes. Mitigação que pode, eventualmente, burlar a proteção jurídica. 3.3 Sucede que, no curso da execução da medida, os diálogos travados entre o paciente e o advogado do corréu acabaram, de maneira automática, interceptados, aliás, como qualquer outra conversa direcionada ao ramal do paciente. Inexistência, no caso, de relação jurídica cliente-advogado. 3.4 Não cabe aos policiais executores da medida proceder a uma espécie de filtragem das escutas interceptadas. A impossibilidade desse filtro atua, inclusive, como verdadeira garantia ao cidadão, porquanto retira da esfera de arbítrio da polícia escolher o que é ou não conveniente ser interceptado e gravado. Valoração, e eventual exclusão, que cabe ao magistrado a quem a prova é dirigida. 4. Ordem denegada.” (HC 91867, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 24/04/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-185 DIVULG 19-09-2012 PUBLIC 20-09-2012)<sup>48</sup>

Porém, um assunto muito tratado até o momento, que não foi resolvido nem pela Constituição Federal de 1988 e nem pela reforma no Código de Processo Penal de 2008, é a questão da aceitação da prova ilícita em situações de legítima defesa. Essa questão é comumente tratada pela doutrina e pela jurisprudência. Isso porque, atualmente, a jurisprudência entende que, em situações de legítima defesa, a prova ilícita deve ser aceita. Em outras palavras, caso exista somente um prova no processo – sendo esta única prova obtida de forma ilícita –, caso seja para provar a inocência do réu, ela poderá ser usada (prova ilícita *pro reo*). Porém, caso esta única prova, também obtida por meio ilícito, seja para condenar o réu, a jurisprudência considera que ela não poderá ser aceita (prova ilícita *pro societate*).

Muitos autores entendem que a prova ilícita utilizada em situações de legítima defesa deve ser aceita, porque tal instituto é excludente de antijuridicidade e, portanto, não configuraria ilícito processual. Vejamos:

“Legítima defesa é excludente da antijuridicidade que admite até o sacrifício do direito à vida. Apesar do dispositivo constitucional, inadmitindo a prova ilícita no processo, não se aplica ele aos casos em que a obtenção de prova ilícita se constitui numa forma de legítima defesa. Conforme afirmamos anteriormente, a vida é um direito hierarquicamente superior à privacidade, na escala de bens tutelados pelo Estado. Se concorrem as circunstâncias caracterizadoras da legítima defesa, qualquer direito pode ser violado sem

<sup>48</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal, HC 91867, Relator Ministro Gilmar Mendes, Segunda Turma. Publicado o DJe em 20 de setembro de 2012. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28+prova+il%EDcita+%29&pagina=2&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/crkr8hu>>. Acesso em 15 de mai. 2013.

que haja crime, inclusive o direito à privacidade. É assim porque, mesmo constituindo-se a violação em fato típico, não será fato antijurídico.”<sup>49</sup>

Portanto, em situações onde o indivíduo não possua outra forma de provar a sua inocência, a não ser obtendo uma prova de forma ilícita, considera-se que ele está agindo em legítima defesa e, por isso, sua conduta não pode ser considerada antijurídica, o que leva à aceitação daquela prova no processo.

Em sua obra, Carnaúba explica, ainda, que o posicionamento de diversos doutrinadores do âmbito do processo penal é o de que tal prova só pode ser admitida no processo caso seja favorável ao réu, com base no princípio do *favor rei*. Para esses doutrinadores, o fato de acusado colher uma prova em legítima defesa exclui a ilicitude da coleta da prova e, por isso, o comportamento é antijurídico, conforme falado acima. Ressalta também, que se é possível a utilização de legítima defesa quando uma vítima mata o seu agressor, razoável que esta também possa ser utilizada em casos onde a vítima – ou acusado – colhe uma prova ilicitamente.

“A eminente processualista Ada Pellegrini entende que a legítima defesa somente gera a admissibilidade da prova proibida se esta aproveitar ao acusado, pois apenas reconhece a possibilidade de utilização no processo penal da prova que lhe seja favorável. Assegura que tal permissividade abaliza-se no princípio do *favor rei*. Assume essa mesma postura Barandier, quando afirma que as provas ilícitas são admissíveis no processo apenas quando necessárias à defesa do acusado. Pensamos que, havendo legítima defesa, a prova colhida ilicitamente é admissível no processo, pois a ausência de antijuridicidade, que beneficia a legítima defesa, exclui a ilicitude da coleta da prova. ademais, seria absurdo entender que, numa situação de defesa legítima, a vítima encontrasse respaldo legal para violar o direito à vida de seu agressor, mas não o direito de privacidade.”<sup>50</sup>

Então, para parte da doutrina, a inadmissibilidade das provas ilícitas no processo penal possui a exceção da legítima defesa. Os que defendem essa tese, acreditam que “entendimento contrário ensejaria uma enorme inversão de valores no que se refere aos bens e direitos tutelados pelo Estado”.<sup>51</sup> Além disso, por analogia, também se aplica o mesmo pensamento para o acusado que colhe prova “ilicitamente” em estado de necessidade.

<sup>49</sup> CARNAÚBA, Maria Cecília Pontes. *Prova Ilícita*. São Paulo: Saraiva, 2000.

<sup>50</sup> CARNAÚBA, Maria Cecília Pontes. *Prova Ilícita*. São Paulo: Saraiva, 2000.

<sup>51</sup> CARNAÚBA, Maria Cecília Pontes. *Prova Ilícita*. São Paulo: Saraiva, 2000.



Não apenas os doutrinadores pensam dessa forma, como esse também é pensamento consolidado na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, conforme se observa nos julgados abaixo:

“EMENTA: CONSTITUCIONAL. PENAL. GRAVAÇÃO DE CONVERSA FEITA POR UM DOS INTERLOCUTORES: LICITUDE. PREQUESTIONAMENTO. Súmula 282-STF. PROVA: REEXAME EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO: IMPOSSIBILIDADE. Súmula 279-STF. I. - A gravação de conversa entre dois interlocutores, feita por um deles, sem conhecimento do outro, com a finalidade de documentá-la, futuramente, em caso de negativa, nada tem de ilícita, principalmente quando constitui exercício de defesa. II. - Existência, nos autos, de provas outras não obtidas mediante gravação de conversa ou quebra de sigilo bancário. III. - A questão relativa às provas ilícitas por derivação  $\frac{3}{4}$  "the fruits of the poisonous tree"  $\frac{3}{4}$  não foi objeto de debate e decisão, assim não prequestionada. Incidência da Súmula 282-STF. IV. - A apreciação do RE, no caso, não prescindiria do reexame do conjunto fático-probatório, o que não é possível em recurso extraordinário. Súmula 279-STF. V. - Agravo não provido.” (AI 503617 AgR, Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO, Segunda Turma, julgado em 01/02/2005, DJ 04-03-2005 PP-00030 EMENT VOL-02182-08 PP-01509 RT v. 94, n. 836, 2005, p. 466-470 RTJ VOL-00195-01 PP-00363)<sup>52</sup>

"Captação, por meio de fita magnética, de conversa entre presentes, ou seja, a chamada gravação ambiental, autorizada por um dos interlocutores, vítima de concussão, sem o conhecimento dos demais. Ilicitude da prova excluída por caracterizar-se o exercício de legítima defesa de quem a produziu. Precedentes do Supremo Tribunal HC 74.678, DJ de 15-8- 97 e HC 75.261, sessão de 24-6-97, ambos da Primeira Turma." (RE 212.081, Rel. Min. Octavio Gallotti, julgamento em 5/12/97, DJ de 27/3/98)<sup>53</sup>

Diante disso, podemos concluir que, em se tratando de situações de legítima defesa, onde o acusado só possui aquela forma de provar sua inocência, a prova ilícita pode ser aceita. Apesar da grande discussão a esse respeito, o posicionamento majoritário é o de que essas provas devem ser aceitas para que ocorra a observância dos princípios da não culpabilidade – também previsto no art. 5<sup>a</sup> da Constituição Federal de 1988 – e do *in dubio pro reo* – que significa que, quando não for devidamente comprovada a autoria e materialidade do fato, decide-se em favor do réu –, que não podem deixar de ser obedecidos no processo penal brasileiro.

<sup>52</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal, HC 93050, Relator Ministro Celso de Mello, Segunda Turma. Publicado no DJe em 01 de agosto de 2008. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp#resultado>>. Acesso em 15 de mai. 2013.

<sup>53</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal, HC 93050, Relator Ministro Celso de Mello, Segunda Turma. Publicado no DJe em 01 de agosto de 2008. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp#resultado>>. Acesso em 15 de mai. 2013.

Não obstante tal matéria já esteja relativamente pacificada no Supremo Tribunal Federal, ainda existem doutrinadores e juristas que acreditam que, já que pode ser alegada a legítima defesa nesses casos, onde, conseqüentemente e indiretamente aplica-se o princípio da proporcionalidade, pois, a prova deve ser analisada para ficar configurada a legítima defesa (ou estado de necessidade, dependendo do entendimento), tal pensamento também deve ser aplicado inversamente. Isto é, alguns juristas entendem que a teoria da proporcionalidade deve ser aplicada quando houver apenas uma prova – também obtida por meio ilícito –, mas essa prova for para condenar o réu.

Esse pensamento funcionaria da seguinte forma: no momento de julgar o caso, o magistrado analisaria a essência da prova e os direitos que estariam envolvidos (direito à vida, liberdade, integridade física, entre outros) e, dependendo do caso concreto, decidiria em favor do réu ou em favor da sociedade. Em outras palavras, caso a prova fosse obtida de forma ilícita, o juiz deveria analisar se, aceitando aquela prova, o prejuízo seria maior ou menor para a sociedade como um todo (análise *pro societate*). Porque, em determinados casos, seria melhor condenar um indivíduo que, inquestionavelmente irá cometer outros crimes, do que soltá-lo por falta de provas e prejudicar a sociedade.

Enfim, apesar de ser um assunto amplamente tratado tanto na doutrina quanto na jurisprudência, a discussão acerca da admissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos ainda não foi esgotada. Por isso, não obstante existam inúmeras obras e artigos a respeito do tema, ainda há muito que se falar, principalmente a respeito da teoria da proporcionalidade e a sua aplicação no processo penal brasileiro, conforme veremos mais à frente.

### 3 TEORIA DA PROPORCIONALIDADE E A UTILIZAÇÃO DA PROVA ILÍCITA

#### 3.1 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE – CONCEITO E ORIGEM

A origem da ideia de proporção ou proporcionalidade ainda não está pacificada entre os doutrinadores, alguns acreditam que tal conceito já é muito antigo, existindo desde a Antiguidade, enquanto outros defendem que a proporcionalidade surgiu na passagem do Estado absolutista para o Estado liberal, como forma de frear o poder dos governantes.

Em seu livro, o autor Luiz Francisco Torquato Avolio explica que a origem da ideia de proporção sempre esteve ligada ao direito, e cita exemplos desde a Antiguidade até o século XIX:

“Assim, a ideia de proporcionalidade, que já se fazia presente na jurisprudência vindicativa taliônica, expressa na regra da reação a uma agressão sofrida, permaneceu impregnada em todo o pensamento jurídico-filosófico, passando por Aristóteles, Dante, Hugo Grócio e muitos outros. A partir do século XVIII, com maior intensidade no século XIX, guardava relação com as limitações administrativas da liberdade individual, sendo então acolhida pela Teoria do Estado.”<sup>54</sup>

Já Marcos Antonio Koncikoski defende a tese de que a origem da ideia de proporcionalidade aconteceu na passagem do Estado absolutista para o Estado liberal. *In verbis*:

“A origem da proporcionalidade pode ser encontrada na passagem do Estado absolutista, onde o governante estava legalmente incondicionado, sem limites de atuação, para o Estado liberal (individualista), onde a lei passou a ser limitadora das próprias ações do governante. Se antes a lei garantia a totalidade do poder do monarca, agora ela serve de freio aos seus atos. O Estado absolutista, com o poder concentrado nas mãos do monarca, já não conseguia dar as respostas esperadas aos apelos da população, ao contrário, avolumavam-se desmandos e as liberdades individuais restavam a mercê dos interesses da Administração. Percebeu-se então a necessidade de limitar o poder do administrador público, surgindo a proporcionalidade, como

---

<sup>54</sup> AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. *Provas Ilícitas: Interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

obstáculo aos desmandos, demarcando os meios que poderiam ser empreendidos, para obter as finalidades perseguidas.”<sup>55</sup>

Apesar de o entendimento sobre a origem da ideia de proporcionalidade ainda não estar pacificado, grande parte dos doutrinadores concordam que o princípio da proporcionalidade surgiu no direito alemão, que exerceu grande influência no direito brasileiro, principalmente nas áreas administrativa e constitucional.

Em sua obra, Avolio explica que foi no direito administrativo que o termo proporcionalidade ganhou maior destaque, em função do “Direito de Polícia” no direito alemão. Além disso, cita a “obra de Jelinek, sobre aplicação da norma jurídica e proporcionalidade, de 1913”<sup>56</sup>, que “teve o mérito de ressaltar que as leis não distinguem o poder discricionário da polícia daquele dos demais órgãos da administração”<sup>57</sup>.

Para Avolio, a segunda área de maior incidência do princípio da proporcionalidade é o plano constitucional, com a ideia de proibir excessos da atividade estatal. Por isso, ele acredita que “a concepção atual da proporcionalidade é, dotada de um sentido técnico no direito público e teoria do direito germânicos”<sup>58</sup>.

Em relação à proporcionalidade na doutrina brasileira, o autor cita Maria Sylvia Zanella di Pietro, que trata dos limites ao poder de polícia, e também Celso Antonio Bandeira de Mello, que trata dos princípios constitucionais do direito administrativo. Para esse segundo autor, o princípio da proporcionalidade significa que:

“as competências administrativas só podem ser validamente exercidas na extensão e intensidade proporcionais ao que seja realmente demandado para cumprimento da finalidade de interesse público a que estão atreladas. Esclarece, ainda, que o princípio da proporcionalidade não é senão uma faceta do princípio da razoabilidade, com idêntica matriz constitucional: o art. 37 da Lei Magna, conjuntamente com os arts. 5º, II, e 84, IV.”<sup>59</sup>

<sup>55</sup> KONCIKOSKI, Marcos Antonio. *Princípio da Proporcionalidade*. Disponível em <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=11050](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11050)>. Acesso em 10 ago. 2013.

<sup>56</sup> AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. *Provas Ilícitas: Interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

<sup>57</sup> AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. *Provas Ilícitas: Interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

<sup>58</sup> AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. *Provas Ilícitas: Interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

<sup>59</sup> AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. *Provas Ilícitas: Interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

Por fim, Avolio explica o que significa, para ele, a teoria da proporcionalidade:

“A teoria da proporcionalidade ou da razoabilidade, também denominada teoria do balanceamento ou da preponderância dos interesses, consiste, pois, exatamente, numa construção doutrinária e jurisprudencial que se coloca nos sistemas de inadmissibilidade da prova obtida ilicitamente, permitindo, em face de uma vedação probatória, que se proceda a uma escolha, no caso concreto, entre os valores constitucionalmente relevantes postos em confronto.”<sup>60</sup>

Atualmente, o princípio da proporcionalidade se mostra muito importante para o direito brasileiro, tendo uma forte atuação no sentido de impedir o abuso de certos poderes do Estado e de determinar que certos direitos não se sobreponham a outros de forma injusta.

Nas palavras de Luis Roberto Barroso:

“Há, ainda, um terceiro requisito, igualmente desenvolvido na doutrina alemã, identificado como proporcionalidade em sentido estrito. Cuida-se, aqui, de uma verificação da relação custo-benefício da medida, isto é, da ponderação entre os danos causados e os resultados a serem obtidos. Em palavras de Canotilho, trata-se "de uma questão de "medida" ou "desmedida" para se alcançar um fim: pesar as desvantagens dos meios em relação às vantagens do fim.”<sup>61</sup>

Ainda em relação ao princípio da proporcionalidade, Pedro Lenza afirma que:

“Ao expor a doutrina de Karl Larens, Coelho esclarece: “utilizado, de ordinário, para aferir a legitimidade das *restrições* de direitos – muito embora possa aplicar-se, também, pra dizer do equilíbrio na concessão de poderes, privilégios ou benefícios - o princípio da *proporcionalidade* ou da *razoabilidade*, em essência, consubstancia uma pauta de natureza axiológica que emana diretamente das idéias de justiça, equidade, bom senso, prudência, moderação, justa medida, proibição de excesso, direito justo e valores afins; precede e condiciona a positividade jurídica, inclusive de âmbito constitucional; e, ainda, enquanto princípio geral de direito, serve de regra de interpretação para todo o ordenamento jurídico”.”<sup>62</sup>

Por último, mas não menos importante, devemos considerar o posicionamento de Rachel Pinheiro de Andrade Mendonça, que afirma que “o princípio da

<sup>60</sup> AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. *Provas Ilícitas: Interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

<sup>61</sup> BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

<sup>62</sup> LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

proporcionalidade pressupõe, além do confronto entre valores igualmente contemplados, a necessidade de um provimento decisório que permita tal análise<sup>63</sup>.

Nos dias atuais, tendo como ponto de partida a doutrina alemã, a doutrina brasileira tem defendido a aplicação do princípio da proporcionalidade no que tange à resolução de conflitos entre normas constitucionais, sacrificando certo direito ou garantia fundamental para privilegiar outro, desde que exista grande interesse público ou até mesmo interesse do indivíduo cujo direito ou garantia está em jogo – por exemplo, na prova ilícita *pro reo*.

Apesar da importância do princípio da proporcionalidade, ainda existe uma certa hesitação da jurisprudência para utilizá-lo, deixando-o como último recurso, apenas quando não há outra forma menos lesiva às garantias fundamentais. No entanto, se realmente for a última forma de conseguir o resultado almejado, a jurisprudência segue o entendimento doutrinário, ponderando os valores em conflito.

Portanto, ante todo o exposto, é possível chegar à conclusão de que o princípio da proporcionalidade se mostra determinante para certas áreas do direito, inicialmente para o direito administrativo e constitucional e, atualmente, também para o direito processual penal, conforme será demonstrado adiante.

### **3.2 A TEORIA DA PROPORCIONALIDADE NO BRASIL E A PROVA ILÍCITA PRO REO E PRO SOCIETATE**

Conforme dito anteriormente, o princípio da proporcionalidade se baseia em analisar a situação concreta e fazer ponderações sobre qual norma ou direito seria mais importante para aquele caso específico. Ou seja, caso exista um conflito entre garantias constitucionais, estas deverão ser minuciosamente sopesadas para decidir qual deverá ser aplicada no caso concreto.

De acordo com Rachel Pinheiro de Andrade Mendonça:

“Portanto, para a adoção desse princípio, é necessário que a medida tomada seja adequada, necessária e proporcional em sentido estrito, ou

---

<sup>63</sup> MENDONÇA, Rachel Pinheiro de Andrade. *Provas Ilícitas: Limites à Licitude Probatória*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

seja, a justa medida para a resolução do conflito com a plena realização da Justiça”.<sup>64</sup>

Logo, para que a teoria da proporcionalidade seja empregada, além de existir o conflito entre normas ou direitos, é necessário que o magistrado considere a aplicação do princípio da proporcionalidade adequada e consiga utilizá-lo de forma justa, sempre visando o bem maior, que seria a Justiça.

Teoricamente, não existe hierarquia entre os princípios constitucionais vigentes, porém, na maior parte das vezes, observa-se que um direito é sacrificado em prol de outro, como, por exemplo, no caso do aborto: o direito à liberdade da mulher é sacrificado para que o feto tenha direito à vida. Além desse, existem ainda inúmeros exemplos dentro da legislação brasileira.

Novamente nas palavras de Rachel Pinheiro de Andrade Mendonça:

“Também chamado de teoria do balanceamento ou da preponderância dos interesses em conflito, visa, especialmente no caso dos sistemas que consagram a inadmissibilidade das provas ilícitas obtidas ilicitamente, a permitir uma escolha por parte do magistrado entre os valores em conflito.”<sup>65</sup>

No entanto, não obstante a importância do princípio da proporcionalidade para o direito brasileiro, no que concerne às provas ilícitas, o ordenamento utiliza o princípio da vedação absoluta, não aceitando a aplicação da teoria da proporcionalidade. A única exceção já consolidada para essa regra é a utilização da teoria da proporcionalidade quando se trata da prova ilícita *pro reo*.

O emprego do princípio da proporcionalidade quando se trata da prova ilícita *pro reo* ocorre caso só exista uma prova, colhida ilicitamente, para comprovar a inocência do réu. Thiago André Pierobom de Ávila trata desse assunto em sua tese de mestrado:

“Em ao menos uma situação não pairam dúvidas quanto à possibilidade de utilização de uma prova ilícita em juízo: a sua utilização para comprovar a inocência do acusado. Sendo a ampla defesa também um princípio constitucional, no embate entre a eficiência do processo para

---

<sup>64</sup> MENDONÇA, Rachel Pinheiro de Andrade. *Provas Ilícitas: Limites à Licitudo Probatória*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

<sup>65</sup> MENDONÇA, Rachel Pinheiro de Andrade. *Provas Ilícitas: Limites à Licitudo Probatória*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

descobrir a verdade e inocentar um réu injustamente acusado e a garantia fundamental da inadmissibilidade, a absolvição do inocente tem um peso muito maior. A política criminal no Estado de Direito, que se sustenta no valor metajurídico da dignidade da pessoa humana, não pode se contentar com a condenação de um inocente. Uma situação dessa contraria a política criminal do Estado Democrático de Direito, que não pode admitir como fim de pacificação social a condenação de quem não é culpado. Essa posição de admissão da denominada prova ilícita *pro reo* tem recebido o posicionamento amplamente favorável da doutrina nacional e estrangeira.”<sup>66</sup>

No caso exposto acima, verifica-se que o juiz utilizou a razoabilidade para determinar que aquela prova colhida ilicitamente, ao invés de ser excluída do processo, poderia ser usada para provar a inocência do réu, colocando o direito à liberdade acima do devido processo legal.

Temos, ainda, o posicionamento de Ada Pellegrini Grinover sobre o assunto. Confira-se:

“Aliás, não deixa de ser, em última análise, manifestação do princípio da proporcionalidade, a posição praticamente unanime que reconhece a possibilidade de utilização, no processo penal, da prova favorável ao acusado, ainda que colhida com infringência de seus direitos fundamentais. Trata-se da aplicação do princípio da proporcionalidade na ótica do direito de defesa, também constitucionalmente assegurado e de forma prioritária no processo penal, informado pelo princípio do favor rei. Mas a justificativa para a aceitação da prova ilícita *pro reo* também reside em ponderações de caráter político, porquanto sua rejeição poderia estimular investigador desleal, que teria interesse em obtê-la intencionalmente contra as prescrições legais, estabelecendo assim as premissas para a sua exclusão, e quiçá, para a sua condenação.”<sup>67</sup>

Dessa forma, não obstante a legislação proíba expressamente a utilização de provas obtidas de forma ilícita no processo penal, quando se trata de tirar de uma pessoa inocente o direito à liberdade, a doutrina e a jurisprudência são unânimes no sentido de aceitar aquela prova.

<sup>66</sup> ÁVILA, Thiago André Pierobom de. *Provas ilícitas e proporcionalidade: Uma análise da colisão entre os princípios da proteção penal eficiente e da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos*. Disponível em:

<<http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/3103/1/Disserta%C3%A7%C3%A3o%2020THIAGO%20ANDR%C3%89%20PIEROBOM%20DE%20C3%81VILA-%20Provas%20II%C3%ADcitas.pdf>>. Acesso em 21 mar. 2013

<sup>67</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. *Novas Tendências do Direito Processual: De acordo com a Constituição de 1988*. 2. ed. São Paulo: Forense, 1990.



Thiago André Pierobom de Ávila explica o motivo pelo qual acredita que a justiça brasileira aceita a aplicação do princípio da proporcionalidade quando se trata de prova ilícita *pro reo*, fazendo a sua própria ponderação entre os princípios constitucionais:

“A garantia da inadmissibilidade da prova obtida por meio ilícito é uma garantia do cidadão contra o arbítrio do Estado, visando resguardar o sistema de direitos fundamentais pelo efeito dissuasório. Entre a proteção a um direito como a intimidade, privacidade, sigilos epistolar, telefônico etc, e a ampla defesa, representada no processo penal como resguardo à vida e à liberdade, estes últimos possuem valoração muito mais cara. Na ordem de valores para estabelecer a preferência condicionada, sem dúvida a dignidade da pessoa humana desponta como o epicentro da ordem jurídica, revelando-se o Estado e o ordenamento jurídico como meios para a promoção desse valor humano mais elevado. No caso da utilização da prova *pro reo*, o valor em ponderação é diretamente a dignidade da pessoa do réu, injustamente acusado de um delito, com o risco de pagar com sua liberdade, perdendo alguns anos de sua vida, pela má apreciação dos fatos na atividade jurisdicional. Em favor da admissão da prova ilícita *pro reo* coloca-se em ponderação a garantia constitucional da ampla defesa e a consideração da situação do estado de necessidade do acusado. [...]”<sup>68</sup>

Além do fato de ser inconstitucional privar alguém do direito à liberdade, ao contraditório e à ampla defesa, a doutrina também aceita a prova ilícita *pro reo* com a justificativa de que essa prova teria a sua ilicitude excluída, tendo em vista que o réu se encontraria em estado de necessidade ou em legítima defesa quando colheu aquela prova.

Em outras palavras, apesar de aquela prova ter sido considerada ilícita inicialmente, em virtude da aplicação desses institutos – estado de necessidade e legítima defesa –, a sua natureza seria alterada, passando então a ser uma prova lícita.

Exatamente nesse sentido, Luiz Franciso Torquato Avolio explica:

“a aplicação do princípio da proporcionalidade sob a ótica do direito de defesa, também garantido constitucionalmente, e de forma prioritária no processo penal, onde impera o princípio do favor do rei é de aceitação praticamente unânime pela doutrina e pela jurisprudência.”<sup>69</sup>

<sup>68</sup> ÁVILA, Thiago André Pierobom de. *Provas ilícitas e proporcionalidade: Uma análise da colisão entre os princípios da proteção penal eficiente e da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos*. Disponível em:

<<http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/3103/1/Disserta%C3%A7%C3%A3o%20THIAGO%20ANDR%C3%89%20PIEROBOM%20DE%20C3%81VILA-%20Provas%20II%C3%ADcitas.pdf>>. Acesso em 21 mar. 2013

<sup>69</sup> AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. *Provas Ilícitas: Interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

Em suma, não obstante o ordenamento jurídico brasileiro vede expressamente a utilização de provas ilícitas, quando este for o único meio de provar a inocência do réu, a doutrina e a jurisprudência são pacíficas no sentido de acolher a prova, muitas vezes com a justificativa de que “a ilicitude é eliminada por causas de justificação legais da antijuridicidade, como a legítima defesa”<sup>70</sup>.

Rachel Pinheiro de Andrade Mendonça se manifesta quanto à aceitação da prova ilícita *pro reo*:

“Ora, se o Estado protege o indivíduo vedando que as penas passem da pessoa do condenado (artigo 5º, XLV), se garante aos litigantes em processo judicial ou administrativo o contraditório e a ampla defesa (artigo 5º, LV), e ainda, se ordena que ninguém possa ser condenado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória (artigo 5º, LVII), naturalmente se extrairá destes dispositivos o objetivo fundamental da República fundado na Justiça e na Liberdade, não podendo o Estado se insurgir contra esses valores supremos e condenar alguém que seja reputado inocente, apenas porque o meio de admissão das provas foi considerado ilícito.”<sup>71</sup>

No entanto, apesar de a jurisprudência ser pacificada apenas na utilização da prova ilícita *pro reo*, existe uma outra situação na qual o Superior Tribunal de Justiça já autorizou a utilização desse tipo de prova: quando se trata de interceptação de correspondências. Esse assunto também é tratado por Thiago André Pierobom de Ávila em seu trabalho:

“Além dessa situação, ao menos em uma outra vez o Supremo Tribunal Federal admitiu a utilização de provas ilícitas: é válida a interceptação de correspondência de preso realizada pela administração penitenciária, com fundamento em razões de segurança pública, de disciplina prisional ou de preservação da ordem jurídica. Argumentou o STF que a cláusula tutelar da inviolabilidade do sigilo epistolar não pode constituir instrumento de salvaguarda de práticas ilícitas. Esse caso constitui situação inequívoca de ponderação de interesses entre segurança penitenciária e o sigilo da correspondência, que acarretou na admissibilidade da prova decorrente desta formal violação do direito.”<sup>72</sup>

<sup>70</sup> AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. *Provas Ilícitas: Interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

<sup>71</sup> MENDONÇA, Rachel Pinheiro de Andrade. *Provas Ilícitas: Limites à Licitude Probatória*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

<sup>72</sup> ÁVILA, Thiago André Pierobom de. *Provas ilícitas e proporcionalidade: Uma análise da colisão entre os princípios da proteção penal eficiente e da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos*. Disponível em:

<<http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/3103/1/Disserta%C3%A7%C3%A3o%2020THIAGO%20ANDR%20de%20Ávila.pdf>>

Dessa forma, vemos que a justiça brasileira já fez a concessão de utilização da prova ilícita em mais de um caso, apesar de insistir em manter a vedação absoluta dessas provas. Sendo assim, questiona-se: não havendo hierarquia entre as garantias constitucionais e existindo ao menos uma possibilidade de consideração da teoria da proporcionalidade, por que não utilizá-la de forma *pro societate*?

Rachel Pinheiro de Andrade Mendonça define a prova ilícita *pro societate*:

“No que tange à prova ilícita *pro societate*, discute-se a possibilidade do Ministério Público, no exercício do *ius puniendi*, poder utilizar uma prova expressamente vedada no exercício da acusação, com o fim de responsabilizar o infrator.”<sup>73</sup>

Da mesma forma que a utilização da teoria da proporcionalidade *pro reo* significa aceitar uma prova obtida ilicitamente em favor do réu, a utilização da teoria da proporcionalidade *pro societate* é a aceitação da prova ilícita em favor da sociedade. Ou seja, o magistrado deverá analisar o caso e aceitar ou não a prova ilícita de acordo com o maior interesse da sociedade, de forma similar ao comportamento da administração da penitenciária quando viola o sigilo da correspondência do preso em razão da segurança pública, da disciplina prisional e da preservação da ordem jurídica.

Não obstante a Constituição tenha vedado a utilização de provas ilícitas no inciso LVI de seu artigo 5º, considerando que nenhum direito ou garantia constitucional pode ser considerado absoluto, ela também deixa a possibilidade da predileção de uma garantia em detrimento de outra, exatamente como vimos na utilização da prova ilícita *pro reo*.

César Dario Mariano da Silva, em seu artigo “Provas ilícitas e o princípio da proporcionalidade”, critica o posicionamento da justiça brasileira em utilizar a proporcionalidade para aceitar a prova ilícita para inocentar, mas não para acusar o réu:

“É pacífico na doutrina e na jurisprudência que os direitos e garantias individuais elencados na Constituição Federal não são absolutos, encontrando seus limites nos demais direitos e garantias igualmente consagrados na Magna Carta (Princípio da relatividade ou convivência das liberdades públicas). A vedação da utilização da prova ilícita no processo é

---

C3%89%20PIEROBOM%20DE%20C3%81VILA-%20Provas%20II%20C3%ADcitas.pdf>. Acesso em 21 mar. 2013

<sup>73</sup> MENDONÇA, Rachel Pinheiro de Andrade. *Provas Ilícitas: Limites à Licitude Probatória*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

uma garantia de índole constitucional. Contudo, outros direitos e garantias individuais existem e tiveram origem no mesmo poder constituinte originário. Assim é que a Constituição também consagra o direito à vida, à segurança, à tranquilidade, à intimidade, à saúde etc. Perguntamos, quais desses direitos são mais importantes? Será que o direito à intimidade de um perigoso sequestrador homicida é mais valioso que o direito à vida, à saúde e à propriedade do sequestrado? Será que o direito da sociedade a viver em paz é menos importante que o direito à intimidade de um sequestrador ou de um traficante?”<sup>74</sup>

Ainda nesse sentido, Thiago André Pierobom de Ávila:

“Se o princípio admite uma ponderação de interesses ao menos com o direito à prova da defesa, decorrente do princípio da ampla defesa, cumpre definir se é possível a ponderação com outros princípios constitucionais, em especial o direito à prova da acusação, decorrente do direito de ação e requisito essencial para a realização do dever de proteção penal eficiente.”<sup>75</sup>

Uma das questões principais sobre a utilização da prova ilícita *pro reo*, é que a aceitação da prova não é contra ou a favor do réu, mas sim a favor da sociedade num plano geral. A aplicação do princípio da proporcionalidade, nesse caso, apenas analisaria se o que vale a pena é sobrepor o direito de defesa do réu ou o dever de proteção penal, com o objetivo de dar maior segurança à sociedade.

É claro que a aceitação por parte do legislador em aplicar a teoria da proporcionalidade não significaria que toda e qualquer prova que fosse obtida de forma ilícita seria aceita, caso este considerasse ser o melhor para a sociedade. Muito menos significaria que a pessoa responsável pela obtenção daquela prova ilícita sairia ileso da situação, sem nenhum tipo de sanção pelo seu comportamento se a conduta tiver sido criminosa, pois isso traria uma insegurança jurídica ainda maior, considerando que toda a sociedade ficaria exposta e vulnerável.

Para a aplicação da teoria da proporcionalidade na justiça brasileira, o magistrado deverá tentar todos os outros meios de prova existentes no ordenamento, para,

<sup>74</sup> SILVA, César Dario Mariano da. *Provas ilícitas e o princípio da proporcionalidade*. Disponível em <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/provas-ilicitas-e-o-principio-da-proporcionalidade/6191>>. Acesso em 06 mai. 2013.

<sup>75</sup> ÁVILA, Thiago André Pierobom de. *Provas ilícitas e proporcionalidade: Uma análise da colisão entre os princípios da proteção penal eficiente e da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos*. Disponível em: <<http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/3103/1/Disserta%C3%A7%C3%A3o%20THIAGO%20ANDR%C3%89%20PIEROBOM%20DE%20C3%81VILA-%20Provas%20Il%C3%ADcitas.pdf>>. Acesso em 21 mar. 2013

só então, confirmada a sua necessidade e o prejuízo possivelmente existente para a sociedade, aceitar a prova ilícita.

Nas palavras de Rachel Pinheiro de Andrade Mendonça:

“Por certo, tal posicionamento funda-se, especialmente, na prudência do magistrado, que apenas acatará quando não houver outro meio de provar o alegado, ou quando estiver incurso em uma situação excepcional, que autorize, flagrantemente, a admissão da prova ilícita *pro societate*, com o fim de proteger a ordem pública e a paz na sociedade. Nesse sentido, entende-se que quando se visa a proteger a sociedade como um todo, não se tem em mente a proteção de um ente abstrato, mas ao contrário, a cada um dos membros da coletividade individualmente. Portanto, quando se admite como forma de convencimento uma prova inicialmente contaminada pelo vício da ilicitude, se busca proteger a todos e a cada um dos jurisdicionados em particular que poderão vir a sofrer as consequências da atividade delituosa. Há igualdade em ambos os polos da relação processual, uma vez que, em última análise, se defenderiam os interesses dos indivíduos, personalizada ou conjuntamente, buscando a mesma proteção estatal.”<sup>76</sup>

Logo, a utilização da teoria da proporcionalidade, tanto vista do âmbito do direito processual penal, quanto vista do âmbito constitucional, deverá ser aplicada pelo intérprete quando se mostrar útil e necessária. Quando a prova ilícita *pro societate* é admitida, o direito à liberdade está sendo posto de lado para que um direito igualmente importante seja dado à sociedade, qual seja, o direito à segurança.

Contudo, da mesma forma que existem posicionamentos a favor da teoria da proporcionalidade e da aceitação da prova ilícita *pro societate*, também existem diversos posicionamentos contrários, ou apenas opiniões que devem ser levadas em conta sobre pequenos aspectos.

Luiz Francisco Torquato Avolio faz um comparativo entre os prós e contras da utilização da teoria da proporcionalidade. Por um lado, afirma que o princípio da proporcionalidade é um “parâmetro excessivamente vago e perigoso para uma satisfatória sistematização das vedações probatórias”<sup>77</sup>. E, por outro lado, argumenta que é necessário que haja uma definição dos critérios para que o princípio possa ser aplicado, através da

<sup>76</sup> MENDONÇA, Rachel Pinheiro de Andrade. *Provas Ilícitas: Limites à Licitude Probatória*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

<sup>77</sup> AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. *Provas Ilícitas: Interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

determinação: “a) dos valores em jogo; b) da ordem (normativa) das prioridades; e c) do cânone da proporcionalidade (entre o meio e o fim a ser obtido)”<sup>78</sup>.

Portanto, embora a doutrina e a jurisprudência majoritárias sejam terminantemente contra a utilização de provas ilicitamente obtidas com base na teoria da proporcionalidade, corrente contrária começa a nascer acolhendo tal princípio em casos excepcionais e graves, tanto em favor – *pro reo* – quanto em desfavor do acusado – *pro societate* –, uma vez que nenhum direito ou garantia constitucional tem caráter absoluto.

### 3.3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

De acordo com parte da doutrina, a teoria da proporcionalidade teve início no âmbito do direito constitucional, onde o intérprete fazia ponderações entre garantias fundamentais.

Embora a aplicação da teoria da proporcionalidade relativamente à utilização da prova ilícita *pro reo* e *pro societate* seja, predominantemente, no âmbito do direito processual penal, ainda é necessário fazer ponderações acerca de direitos e garantias fundamentais do acusado e da sociedade.

Dessa forma, para que a teoria da proporcionalidade possa ser aplicada corretamente, a Constituição deve ser interpretada sistematicamente, como um todo, e não artigo por artigo, evitando que suas normas possam entrar em contradição. Nas palavras de Maria Cecília Pontes Carnaúba:

“[...] Sendo a Constituição um sistema único, não há que se cogitar de contradição entre suas normas, pois todas devem ser estruturadas, analisadas e interpretadas de modo a complementar-se reciprocamente, com o objetivo comum da realização dos suportes de existência da Constituição, que são os seus princípios mais abstratos. Nenhuma norma constitucional pode ser analisada isoladamente; todas guardam com os princípios constitucionais mais abstratos um vínculo inafastável, uma vez que somente existem a fim de realizá-los, sendo efetivamente a sua concretização.”<sup>79</sup>

O que Carnaúba quis dizer, é que, independentemente de, naquele momento, as garantias constitucionais estarem em conflito, quando se analisa a Constituição como um todo, observa-se que aquele conflito pode ser resolvido aplicando-se a proporcionalidade ao

<sup>78</sup> AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. *Provas Ilícitas: Interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

<sup>79</sup> CARNAÚBA, Maria Cecília Pontes. *Prova Ilícita*. São Paulo: Saraiva, 2000.

caso concreto, uma vez que as normas existem para resolver tais problemas, e não para criar outros.

Esse pensamento, de acordo como Carnaúba, não pode ser aplicado apenas em relação às normas constitucionais, mas ao ordenamento jurídico como um todo. Portanto, para definir se uma prova é lícita ou ilícita e, se mesmo sendo ilícita pode ser utilizada no processo, faz-se necessária uma análise quanto à legislação e quanto à forma de obtenção daquela prova. A análise sistêmica da Constituição ou de qualquer outra norma tem o objetivo de harmonizar as suas regras, de forma a facilitar a resolução de eventuais conflitos.

Em suma, Carnaúba afirma que, para a classificação das provas ilícitas ou em ilícitas:

“[...] faz-se imprescindível uma análise formal quanto ao modo de obtenção das provas associado a um exame de conteúdo do material colhido a fim de, fazendo uso do princípio da proporcionalidade, decidir-se pela admissibilidade processual ou não da prova. Ressalte-se que essa análise deve ser feita de maneira sistêmica, enxergando-se a Constituição como um corpo unitário, de modo a harmonizar todas as normas nela insertas. O emprego do princípio da proporcionalidade, para efeito de análise da licitude dos meios de obtenção de provas criminais, é autorizado não somente pela visão conjunta dos dispositivos constitucionais do devido processo legal, da promoção da justiça, da erradicação da miséria e da marginalização, de todos os direitos fundamentais e do princípio do Estado de Direito, mas sobretudo pelo §2º do art. 5º da vigente Constituição Federal.”

Logo, considerando que a análise da licitude da prova está intrinsecamente ligada às garantias e direitos constitucionais, deve-se fazer uma análise sistêmica da Constituição, bem como do Código de Processo Penal.

Relativamente à aceitação das provas ilícitas quanto ao âmbito do processo penal, tendo em vista a busca do magistrado pela verdade real, a sua utilização seria de grande valia – lembrando que, para a aplicação da teoria da proporcionalidade, o julgador deve analisar o caso e, verificar que não existe outra forma de decidir, bem como que não irá haver grandes prejuízos para o réu ou para a sociedade.

O sistema de convencimento do juiz adotado pelo processo brasileiro é o da livre convicção do juiz, porém, condicionada à persuasão racional do juiz. Ou seja, o juiz não

pode aceitar uma prova porque sua convicção pessoal diz que deve aceitar, mas sim porque, de acordo com os fatos, aquele seria o melhor comportamento a ser adotado.

Aranha trata desse tema em seu livro, vejamos:

“Embora a legislação fale em livre convicção, não há dúvida no sentido de termos adotado o sistema da convicção condicionada ou da persuasão racional. Em primeiro lugar porque há a obrigatoriedade de motivar e fundamentar a decisão, exteriorizando os motivos de convicção íntima (CPP, art. 381, III). [...] Em segundo lugar porque, em casos especiais, também são exigidas provas especiais, como no caso da perícia nos delitos que deixam vestígios (CPP, art. 158). Depois, por terceiro, porque certas provas somente têm validade se cumpridos certos requisitos legais exigíveis, como ocorre no reconhecimento (art. 226 e seus itens), na perícia (arts. 159 e 179), na apreensão (art. 245, §7º) etc., todos o Código de Processo Penal. Por fim, porque somente poderá decidir pelo contido nos autos e legalmente válido, sendo vedados os fatos extra-autos, de seu conhecimento ou impressão pessoal.”<sup>80</sup>

O julgador possui papel essencial no processo, sendo responsável por todas as decisões havidas. Exatamente por isso, precisa agir de forma imparcial, sendo buscando a verdade real e a aplicação da justiça. Não obstante seja muito difícil alcançar a verdade real, durante o processo, o juiz consegue ter uma ideia dos fatos, como ocorreram, e consegue verificar se a aplicação da teoria da proporcionalidade, tanto *pro reo* quanto *pro societate*, seria aplicável ao caso concreto.

Portanto, é imprescindível para a devida utilização da teoria da proporcionalidade, que os magistrados responsáveis pela sua aplicação estejam conscientes de sua importância para a resolução de casos complexos, bem como do avanço que seria a aceitação de provas ilícitas *pro societate* para a justiça brasileira, impedindo que diversos casos deixem de ser resolvidos por falta de provas.

---

<sup>80</sup> ARANHA, Adalberto José Q. T de Camargo. *Da prova no Processo Penal*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.



## CONCLUSÃO

Conforme dito anteriormente, a prova ilícita, via de regra, não é admitida no direito brasileiro, tendo vedação expressa na Constituição Federal, em seu art. 5º, inciso LVI, e no Código de Processo Penal, em seu art. 157. A doutrina e a jurisprudência majoritárias justificam essa proibição afirmando que, caso a prova obtida de forma ilícita fosse aceita no processo penal, a segurança jurídica e o devido processo legal seriam prejudicados, bem como colocaria em risco os direitos do réu.

No entanto, é fato notório que nenhum direito ou garantia constitucional pode ser considerado absoluto e, portanto, em certos casos, não haveria nenhum prejuízo para o ordenamento jurídico brasileiro se o magistrado utilizasse a teoria da proporcionalidade – ou seja, fizesse uma ponderação, escolhendo um direito para ser aplicado em detrimento de outro –, em prol da sociedade.

Foi verificado, durante o trabalho, que a teoria da proporcionalidade não poderia ser utilizada indiscriminadamente, sem uma cuidadosa análise da utilidade e da necessidade da aplicação do princípio da proporcionalidade naquele caso, tendo em vista que isso levaria a uma grande insegurança jurídica caso fosse aplicado de forma errada ou imprudente.

Verificou-se, também, que da mesma forma que a jurisprudência aceita, atualmente, a aplicação do princípio da proporcionalidade no que tange à prova ilícita *pro reo*, o mesmo poderia ser feito em relação à prova ilícita *pro societate*, uma vez que o magistrado não estaria fazendo aquela ponderação para prejudicar o réu, mas sim para favorecer a sociedade, tanto como um todo quanto como individualmente, cidadão por cidadão.

Conjuntamente, verificou-se que, para que a aplicação da teoria da proporcionalidade *pro societate* funcione, deve haver uma investigação acerca de como aquela prova foi obtida – se acidentalmente ou propositalmente pela autoridade responsável –, com o objetivo de prevenir indivíduos que tentem se aproveitar da aceitação daquela prova para acusar injustamente pessoas inocentes.

Apesar da existência dessa possibilidade, o legislador não pode elaborar uma norma já acreditando que esta será descumprida pela má-fé de certos indivíduos. Além disso, é insensato pensar que a preservação da intimidade ou o direito à liberdade de um criminoso se sobreponham ao direito à vida, à saúde ou qualquer outro direito fundamental de sua vítima.

Portanto, o melhor posicionamento a ser adotado pela doutrina e jurisprudência brasileira seria o de não adotar o princípio da vedação absoluta às provas obtidas ilicitamente, aplicando o princípio da proporcionalidade quando necessário – sempre analisando o caso concreto, de forma a não prejudicar o indivíduo ou a sociedade –, e aceitando as provas ilícitas *pro societate*, evitando, assim, que os criminosos saiam impunes de seus crimes em virtude do descuido da autoridade responsável pela investigação, ou por qualquer outro motivo que venha a tornar aquela prova ilícita.

## REFERÊNCIAS

ARANHA, Adalberto José Q. T de Camargo. *Da prova no Processo Penal*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

ÁVILA, Thiago André Pierobom de. *Provas ilícitas e proporcionalidade: Uma análise da colisão entre os princípios da proteção penal eficiente e da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos*. Disponível em: <<http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/3103/1/Disserta%C3%A7%C3%A3o%20THIAGO%20ANDR%C3%89%20PIEROBOM%20DE%20%C3%81VILA-%20Provas%20Il%C3%ADcitas.pdf>>. Acesso em 21 mar. 2013.

AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. *Provas Ilícitas: Interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal, HC 89032, Relator Ministro Menezes Direito, Primeira Turma. Publicado no DJe em 23 de novembro de 2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2385619>>. Acesso em 15 de mai. 2013.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal, HC 91867, Relator Ministro Gilmar Mendes, Segunda Turma. Publicado o DJe em 20 de setembro de 2012. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28+prova+il%C3%A9cita+%29&pagina=2&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/crkr8hu>>. Acesso em 15 de mai. 2013.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal, HC 93050, Relator Ministro Celso de Mello, Segunda Turma. Publicado no DJe em 01 de agosto de 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2576066>>. Acesso em 15 de mai. 2013.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal, RE 597752 AgR, Relator Ministro Luiz Fux, Primeira Turma. Publicado no DJe em 15 de maio de 2013. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28+prova+il%C3%A9cita+%29&pagina=2&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/crkr8hu>>. Acesso em 25 de mai. 2013.

CAMPOS, Helena Nunes. *Princípio da proporcionalidade: a ponderação dos direitos fundamentais*. Disponível em: <[http://www.mackenzie.br/fileadmin/Pos\\_Graduacao/Mestrado/Direito\\_Politico\\_e\\_Economico/Cadernos\\_Direito/Volume\\_4/02.pdf](http://www.mackenzie.br/fileadmin/Pos_Graduacao/Mestrado/Direito_Politico_e_Economico/Cadernos_Direito/Volume_4/02.pdf)>. Acesso em 17 de jul. 2013.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

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

DONZELE, Patrícia Fortes Lopes. *Prova ilícita: Análise nos âmbitos constitucional e processual relativos à aceitação da prova ilícita no processo, assunto que não encontra consenso na doutrina*. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/1495/Prova-ilicita>>. Acesso em 06 mai. 2013.

FREITAS, Marcio Luiz Coelho de. *A prova ilícita por derivação e suas exceções*. Disponível em: <<http://blex.com.br/index.php/2010/artigos/1480>>. Acesso em 06 mai. 2013.

GOMES, Luiz Flávio. *Provas ilícitas e ilegítimas: distinções fundamentais*. Disponível em: <<http://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/1972597/provas-ilicidas-e-ilegitimas-distincoes-fundamentais>>. Acesso em 06 mai. 2013.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *As Nulidades no Processo Penal*. 6. ed. São Paulo: RT, 1997.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Novas Tendências do Direito Processual: De acordo com a Constituição de 1988*. 2. ed. São Paulo: Forense, 1990.

KONCIKOSKI, Marcos Antonio. *Princípio da proporcionalidade*. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=11050](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11050)>. Acesso em 17 jul. 2013.

LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira, A Proporcionalidade na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: Estudos de Direito Constitucional, 2 ed., Celso Bastos Editor: IBDC, São Paulo, 1999.

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

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 19. ed. São Paulo: Atlas S.A., 2006.

PETRY, Vinícius Daniel. *A prova ilícita*. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/4534/a-prova-ilicita/1>>. Acesso em 25 mai. 2013.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

SALDANHA, Andre Lucio. *A Inadmissibilidade da Prova Ilícita no Processo Penal Brasileiro*. Disponível em: <[http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id\\_dh=5921](http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=5921)>. Acesso em 06 mai. 2013.

SILVA, César Dario Mariano da. *Provas ilícitas e o princípio da proporcionalidade*. Disponível em <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/provas-ilicitas-e-o-principio-da-proporcionalidade/6191>>. Acesso em 06 mai. 2013.