

**FUNDAÇÃO UNIVERSIDADE FEDERAL DE RONDÔNIA - UNIR
CAMPUS DE CACOAL**

**DA INADMISSIBILIDADE DAS PROVAS ÍLÍCITAS NO PROCESSO PENAL SOB A
ÓTICA CONSTITUCIONAL**

CACOAL/RO
2007

VALÉRIO CÉSAR MILANI E SILVA

**DA INADMISSIBILIDADE DAS PROVAS ÍLICITAS NO PROCESSO PENAL SOB A
ÓTICA CONSTITUCIONAL**

Monografia apresentada à Universidade Federal de Rondônia - UNIR, *Campus* de Cacoal como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob orientação do Professor Especialista Silvério dos Santos Oliveira.

PARECER DE ADMISSIBILIDADE DO PROFESSOR (A) ORIENTADOR (A)

O acadêmico **VALÉRIO CÉSAR MILANI E SILVA** desenvolveu o trabalho **DA INADMISSIBILIDADE DAS PROVAS ILÍCITAS NO PROCESSO PENAL SOB A ÓTICA CONSTITUCIONAL**, obedecendo aos critérios do Projeto de Monografia apresentado ao Departamento de Direito na Fundação Universidade Federal de Rondônia-UNIR, *campus* de Cacoal/RO.

O acompanhamento foi efetivo, tendo o desenvolvimento do trabalho observado os prazos fixados pelo Departamento de Direito.

Assim sendo, o acadêmico está apto para a apresentação expositiva da Monografia, junto a Banca Examinadora.

Cacoal/RO, 06 de dezembro de 2007.

Prof. Esp. Silvério dos Santos Oliveira
Orientador

DECLARAÇÃO

Declaro para os devidos fins que a Monografia intitulada: DA INADMISSIBILIDADE DAS PROVAS ILÍCITAS NO PROCESSO PENAL SOB A ÓTICA CONSTITUCIONAL, elaborada pelo acadêmico VALÉRIO CÉSAR MILANI E SILVA regularmente matriculado no décimo período do curso de Direito da Universidade Federal de Rondônia – UNIR – *Campus* de Cacoal, foi por mim corrigida de acordo com as regras gramaticais da Língua Portuguesa.

CRISTIANE RODRIGUES LIMA
Licenciada em Letras

VALÉRIO CÉSAR MILANI E SILVA

**INADMISSIBILIDADE DAS PROVAS ILÍCITAS NO PROCESSO PENAL SOB A
ÓTICA CONSTITUCIONAL**

BANCA EXAMINADORA

_____	_____
1ºAvaliador	NOTA
_____	_____
2ºAvaliador	NOTA
_____	_____
3ºAvaliador	NOTA
_____	_____
MÉDIA	

Dedico esta pesquisa monográfica à minha mãe Amália, que é nascedouro inesgotável de conhecimento, persistência e amor; ao meu pai Mário, a quem devo tudo que sei sobre força, determinação, honra, respeito, e honestidade, assim como aos meus irmãos que me compreenderam e auxiliaram nesta jornada acadêmica. Aos meus professores, que ao longo dessa caminhada pelo conhecimento, sempre foram paradigmas de retidão e sabedoria e que contribuíram imensamente para nossa formação pessoal e profissional. E em especial ao meu orientador que soube ofertar toda sua dedicação, em apoio total e irrestrito, ao desenvolvimento deste trabalho.

Agradeço a DEUS por ter me nutrido com energia e vitalidade para desenvolver esse trabalho. E sempre ter colocado ao meu lado pessoas que me apoiassem e auxiliassem nos momentos de dificuldade. Agradeço à UNIR, seu corpo docente e discente, funcionários e sociedade local, que acreditam em nossa busca, e nos proporcionam a realização deste sonho. Aos amigos, que através de sua cumplicidade, fidelidade, compreensão, me estimularam durante esses anos, foram minha família completando e caminhando comigo em todas as horas.

RESUMO

O presente trabalho monográfico destina-se ao estudo do instituto da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos, apreciando-o com enfoque constitucional e desvendo sua amplitude e alcance sob a ótica da proporcionalidade. Inicia-se o trabalho traçando-se a conceituação da prova, bem como os princípios que a ela integram e orientam. Após uma abordagem genérica sobre o regime principiológico das provas, faz um estudo sobre princípio da inadmissibilidade das provas ilícitas no processo, bem como no princípio da proporcionalidade, estudando aspectos conceituais e estruturais de ambos os princípios. No tocante ao tema, traça os aspectos interativos dos dois princípios, demonstrando a sua convivência no âmbito constitucional e a necessidade de flexibilização do princípio da inadmissibilidade das provas ilícitas em alguns casos, por meio do princípio da proporcionalidade. Além disso, demonstra-se a possibilidade da utilização de provas ilícitas em favor do réu e da sociedade, levantando os aspectos doutrinários e jurisprudenciais favoráveis e contrários. Verifica-se a necessidade da utilização do princípio da proporcionalidade para atenuar eventuais distorções ou conflitos entre o princípio da inadmissibilidade e outros princípios constitucionais.

Palavras-chave: Constituição. Inadmissibilidade. Provas ilícitas. Proporcionalidade.

ABSTRACT

The present assignment has the aim of studying the institute of the inadmissibility of the trials gotten for illicit ways, appreciating it with constitutional approach and unmasking its amplitude and reach according to the proportionality. The work traces the conceptualization of the trial, as well as the principles that integrate and guide it. After a generic approach on the principiologic regimen of the trials, a study on the principles that it integrates is done. After a generic approach on the principiologic regimen of the trials, a study on principles of the inadmissibility of the illicit trials in the process is done, as well as in the principle of the proportionality, studying conceptual and structural aspects of both principles. About the subject, it traces the interactive aspects of both principles, demonstrating its association in the constitutional scope and the necessity of making the principle of the proportionality flexible. Moreover, the possibility of illicit trials to be used in favor of the defendant and the society is demonstrated, raising the favorable and contrary doctrinal and jurisprudencials aspects. It is verified the necessity of the use of the principle of the proportionality for attenuating eventual distortions or conflicts between the principle of the inadmissibility and other constitutional principles.

Key-words: Constitution. Inadmissibility. Illicit trials. Proportionality.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	11
2 PROVAS.....	14
2.1 CONCEITUAÇÃO DE PROVA E SUA FINALIDADE.....	14
2.2 CLASSIFICAÇÃO DAS PROVAS.....	18
2.3 REGIME PRINCIPOLÓGICO DAS PROVAS.....	20
2.4 PROVAS ILÍCITAS.....	29
2.5 PROVAS ILÍCITAS E ILEGÍTIMAS E SUAS CONSEQÜÊNCIAS JURÍDICAS...37	
3 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE.....	44
3.1 HISTÓRICO	46
3.2 REGIME JURÍDICO PRINCIPOLÓGICO DA PROPORCIONALIDADE.....	50
3.2.1 Princípio da pertinência.....	50
3.2.2 Princípio da necessidade ou exigibilidade.....	51
3.2.3 Princípio da proporcionalidade em sentido estrito.....	53
3.3 A PROPORCIONALIDADE E SUA PRESENÇA CONSTITUCIONAL	54
4 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E AS PROVAS ILÍCITAS	57
4.1 PONDERAÇÕES GERAIS	57
4.2 PROVAS ILÍCITAS EM FAVOR DO RÉU	61
4.3 PROVAS ILÍCITAS EM BENEFÍCIO DA SOCIEDADE.....	64
5 CONCLUSÃO.....	69
6 REFERÊNCIAS.....	72
FOLHA DA ASSINATURA DO AUTOR.....	75

1 INTRODUÇÃO

A inadmissibilidade das provas ilícitas no direito processual penal consiste em uma garantia constitucional que impede o ingresso de conteúdos probatórios obtidos em desacordo com a lei e objetiva garantir o devido processo legal, resguardando a inviolabilidade dos direitos e garantias fundamentais.

Esse dispositivo constitucional está esculpido no inciso LVI, do art. 5º da nossa Carta Magna, que dispõe, *in verbis*, o seguinte: “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos.”

Apesar da aparente clareza do dispositivo acima transcrito, ele é uma fonte nascedoura, praticamente inesgotável, de inúmeras teses doutrinárias, que buscam fixar sua dimensão e ponderar o real alcance deste dispositivo no nosso contexto jurídico hodierno.

Aventa-se a hipótese de que dentro do contexto constitucional moderno, os direitos e garantias fundamentais, mesmo aqueles resguardados no art. 5º da Constituição, não seriam absolutos, posto que poderiam ser relativizados em eventual ponderação de interesses.

Nesse passo, surgem dúvidas acerca da relativização ou não do princípio da inadmissibilidade das provas ilícitas. Poderia ele, assim como os demais princípios e garantias fundamentais, sofrer limitações ou restrições na ordem constitucional? E

se a resposta fosse afirmativa, qual seria o limite desta restrição? Quem poderia exercê-la? E de que forma?

Essas indagações e perquirições dotadas de uma acentuada complexidade e de cunho estritamente científico é que serão objeto de estudo e resposta durante o transcurso deste trabalho monográfico.

Em análise sumária, seria impossível obter uma resposta precisa para essas indagações. Uma abordagem atenta e mais detida permitirá que sejam dissecados alguns aspectos do tema suscitado, onde se permitirá a consecução de respostas extremamente satisfatórias, não obstante aparentarem certas divergências entre elas.

A primeira seria que, apesar do dispositivo constitucional delineado no inciso LVI, do art. 5º da Constituição Federal impor expressamente a vedação da admissibilidade das provas ilícitas no processo, esse comando não seria absoluto, pois em algumas situações admitir-se-ia a utilização dessa espécie de prova em defesa de direitos maiores.

De outro lado, esse princípio consagrado constitucionalmente seria componente do acervo jurídico pessoal de cada cidadão, sendo dotado de caráter absoluto, e não admitiria qualquer restrição ou mitigação, seja na esfera constitucional ou infraconstitucional, pois qualquer restrição a ele seria a decretação de sua extinção sob o ponto de vista prático.

O tema é de uma relevância, pois tange a uma garantia constitucionalmente consagrada e que suscita dúvidas e controvérsias de difícil harmonização, fato que impõe o desenvolvimento de um trabalho voltado a dirimir as nebulosidades a respeito do tema, por meio de uma pesquisa aprofundada e juridicamente esclarecedora.

É nessa missão que se fixará o trabalho, mergulhando profundamente na análise detida da inadmissibilidade das provas ilícitas, com enfoque essencialmente constitucional, estudando o aparente conflito de normas constitucionais e eventual autorização para utilização das provas ilícitas no processo.

Deste modo, evidencia-se que o presente trabalho monográfico não terá por finalidade estudar a aplicação ou não das provas ilícitas no processo civil ou trabalhista, mas tão somente no processo penal, sob a ótica constitucional, em virtude da extensão e complexidade da matéria.

O trabalho que será desenvolvido buscará, na análise dos dispositivos constitucionais e infraconstitucionais, bem como em doutrinas diversas, súmulas e orientações jurisprudenciais dos tribunais superiores, tratados internacionais de direitos humanos fundamentais, substrato para o desenvolvimento e fundamentação do tema e para a consecução de respostas às indagações surgidas.

A principal finalidade do desenvolvimento deste trabalho reside, portanto, em uma incensurável discussão e debate sobre as hipóteses em que seria aceitável ou não a acolhida da utilização de provas preconcebidas como ilícitas, no processo penal, quando princípios e direito constitucionais orientem e tornem recomendável que se amenizem a vedação legalmente instituída no art. 5º, inciso LVI, da Constituição Federal.

2 DAS PROVAS

Antes de ingressar no estudo das Provas Ilícitas, que constitui cerne de desenvolvimento deste trabalho, realizar-se-á uma abordagem panorâmica sobre a temática prova, traçando sua definição, suas características, princípios norteadores, bem como a classificação pertinente ao instituto.

2.1 CONCEITUAÇÃO DE PROVA E SUA FINALIDADE

No desenvolvimento válido e regular da atividade estatal de prestação da justiça (jurisdição), temos um elemento que se destina a dirimir as dúvidas acerca da existência ou não das afirmações trazidas pelas partes e que forma a convicção do juiz, a este elemento denomina-se prova.¹

Nucci assim se pronuncia sobre o tema:

O termo prova origina-se do latim – probatio –, que significa ensaio, verificação, inspeção, exame, argumento, razão, aprovação ou confirmação. Dele deriva o verbo provar – probare – significando ensaiar, verificar, examinar, reconhecer por experiência, aprovar, estar satisfeito com algo, persuadir alguém a alguma coisa ou demonstrar.²

A palavra prova merece diversas acepções, não constituindo um termo unívoco. Primeiramente, indicaria uma série de atos processuais destinados a apreciar a verdade e que forneceriam elementos para o convencimento do juiz. Outra acepção é que a palavra prova designaria o resultado da atividade desenvolvida para coligir elementos de convicção judicial. Além das duas vertentes

¹GRINOVER, Ada Pellegrine. FERNANDES, Antonio Scarance. FILHO, Antonio Magalhães Gomes. **As Nulidades no Processo Penal**. São Paulo: Malheiros. 3ª Edição.1993. p. 103.

²NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 335.

já citadas, apresenta-se uma terceira faceta da palavra prova, que a caracterizaria na acepção de meios de prova.³

Essa construção, desenhada por Ada Pellegrini Grinover, nos leva a atingir uma distinção clara entre fonte de prova (os fatos sentidos pelo juiz), meio de prova (instrumentos pelos quais os mesmos se fixam em juízo) e o objeto de prova (o acontecimento a ser demonstrado em juízo).⁴

No mesmo norte adotado por Grinover, Leciona Gomes Filho acerca da prova que:

Na terminologia processual, o termo prova é empregado com variadas significações: indica, de forma mais ampla, o conjunto de atividades realizadas pelo juiz e pelas partes na reconstrução dos fatos que constituem o suporte das pretensões deduzidas e da própria decisão; também pode aludir aos instrumentos pelos quais as informações sobre os fatos são introduzidas no processo (meios de prova) e, ainda, dá o nome ao resultado dessas atividades.⁵

O festejado doutrinador Fernando Capez traz em sua obra uma importante asseveração acerca da origem da palavra prova, *in verbis*:

Do latim *probatio*, é o conjunto de atos praticados pelas partes, pelo Juiz (CPP, arts. 156, 2ª parte, 209 e 239) e por terceiros (por exemplo, peritos), destinados a levar ao magistrado a convicção acerca da existência ou inexistência de um fato, da falsidade ou veracidade de uma afirmação. Ou seja, as provas visam a estabelecer, dentro do processo, a existência de certos fatos.⁶

Nessa mesma esteira ensina com convicção Greco Filho:

A finalidade da prova é o convencimento do juiz, que é seu destinatário. No processo, a prova não tem um fim em si mesma ou um moral ou filosófico; sua finalidade é prática, qual seja convencer o juiz. Não se busca a certeza absoluta, a qual, aliás, é sempre impossível, mas a certeza relativa suficiente na convicção do Magistrado.⁷

A palavra prova, conforme o exarado, advém do latim *probatio* e significa, em síntese, a verificação ou inspeção judicial acerca da existência ou não no mundo empírico de um acontecimento pretérito, ou seja, um fato.

³GRINOVER, Ada Pellegrini. FERNANDES, Antonio Scarance. FILHO, Antonio Magalhães Gomes. op. cit., p. 103.

⁴*Idem, Ibidem*, p. 103.

⁵GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Direito à prova no Processo Penal**. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais 1997. p. 41 e 42.

⁶CAPEZ, Fernando. Curso de Processo Penal. 1ª ed. São Paulo:Saraiva 1997. p. 223.

⁷GRECO FILHO, Vicente. **Manual de Processo Penal**. São Paulo: Saraiva1993. p. 174.

Esse elemento de consubstanciação e fundamentação das decisões judiciais, denominado prova, tem por escopo guiar o magistrado em sua decisão, funcionando como instituto orientador da certeza processual.

É na prova que o magistrado encontra a base de sua convicção, é através dela que se chegará a uma aferição exata da síntese oriunda da dialética processual, formadora da convicção do juiz e da condenação ou absolvição do réu.

Outro ilustre estudioso do tema é o professor Malatesta, que assim se posiciona:

É importante ainda observar que o fim supremo do processo judiciário penal é a verificação do delito, em sua individualidade subjetiva e objetiva. Todo o processo penal, no que respeita o conjunto de provas, só tem importância do ponto de vista da certeza do delito, alcançada ou não. Qualquer juízo não se pode resolver senão uma condenação ou absolvição e é precisamente a certeza conquistada do delito que legitima a condenação, como é a dúvida, ou de outra forma, a não conquistada certeza do delito, que obriga à absolvição.⁸

No tocante à prova e sua conceituação, o mestre Malatesta resume com um brilhantismo excepcional a sua significação, afirmando: “prova é o meio objetivo pelo qual o espírito humano se apodera da verdade”.⁹

O ato de provar consiste na demonstração, dentro do processo, da existência ou inexistência de um fato, a falsidade ou veracidade de uma afirmação, ou seja, é o ato pelo qual se apresenta a verdade fática dentro do exercício regular do devido processo legal.¹⁰

A instrução probatória é o complexo de atos processuais destinados a carrear provas e formar a convicção do juiz para a solução do litígio posto a sua análise e apreciação.¹¹

Acrescenta sobre a Matéria Greco Filho:

⁸ MALATESTA, Nicola Flamarino Dei. **A Lógica das Provas em Matéria Criminal**. Tradução da 6ª edição, Bookseller, 2005, vol. I. p. 23.

⁹ *Idem, Ibidem*, p. 15.

¹⁰ REIS, Alexandre Cebrian Araújo. GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Processo Penal: Parte Geral**. 11ª Edição. São Paulo. Editora Saraiva 2007.

¹¹ MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal**. 1ª Edição. Campinas - SP. 1998, BookSeller.

A prova é todo elemento que pode levar o conhecimento de um fato a alguém. No processo, a prova é todo meio destinado a convencer o juiz a respeito da verdade de uma situação de fato. A palavra "prova" é originária do latim "probatio", que por sua vez emana do verbo "probare", com o significado de examinar, persuadir, demonstrar.¹²

O escopo da prova é o convencimento do juiz, que é o seu destinatário final. No bojo da instrução processual, a prova, apesar de ter uma roupagem peculiar, não alcança, em si mesma, uma premissa filosófica ou metafísica; sua destinação é prática, ou seja, formar o convencimento do juiz.

É sobretudo importante assinalar o entendimento de José Frederico que afirma:

Com a prova o que se busca é a configuração real dos fatos sobre as questões a serem decididas no processo. Para a averiguação desses fatos, é da prova que se serve o juiz, formando, ao depois, sua convicção.¹³

O que se busca com a formação da prova não é uma certeza absoluta, a qual, aliás, é quase sempre inalcançável, mas a certeza relativa suficiente para formar a convicção do magistrado.

Perceptível se faz, dessa forma, que a prova tem uma destinação específica, que é de cooptar o espírito do magistrado, sobre a ocorrência de determinado fato. Mas surge-se uma indagação, de que forma se externa a prova?

Conforme a lição de Silva, a prova se externa através dos meios de prova que são os instrumentos que as partes utilizam, no exercício da garantia constitucional da ampla defesa e do contraditório para alcançar a verdade dos fatos no processo, ou seja, os recursos metodológicos pelos quais as provas ingressam no processo.¹⁴

Das ilações trazidas, constata-se a presença de alguns elementos centrais no tema prova. O primeiro é que a palavra prova assume três acepções distintas (fonte de prova, meio de prova e objetivo de prova) e que revelam fases distintas de sua apresentação.

Outro aspecto que assume denodado relevo é que a prova possui um destinatário específico, ela se dirige ao juiz da causa, que irá apreciá-la,

¹² GRECO FILHO, Vicente. **Manual de Processo Penal**. 4ª Edição. São Paulo: Saraiva. 1997. p. 197.

¹³ MARQUES, José Frederico. op. cit., p. 253.

¹⁴ SILVA, César Dario Mariano da. **Provas Ilícitas**. 5ª Edição. Rio de Janeiro. Forense. 2007.

dimensionando e aferindo o seu real valor dentro dos autos. É para o magistrado que a prova é produzida, tendo por escopo promover o convencimento dele sobre a existência do fato propugnado, e a consecução da absolvição ou condenação do réu.

Importante ressaltar que a prova não pode ser obtida de qualquer forma, pois, como peça integrante do devido processo legal, ela está umbilicalmente vinculada às disposições do nosso ordenamento jurídico, não podendo dele se afastar, sob pena de se tornar uma peça processual anômala e eivada de vícios insanáveis.

A prova é, em suma, a alma do processo, é o seu âmago, é ela que encaminha o juiz da causa para a certeza processual, pois esse é o fim do processo, atingir através de um lastro probatório coligido dentro das normas processuais e materiais vigentes, elementos para que juiz possa julgar e fundamentar sua decisão.

¹⁵

2.2 CLASSIFICAÇÃO DAS PROVAS

Em virtude da cientificidade do tema prova, inúmeras são as orientações doutrinárias que indicam a existência da cisão entre as provas. Conforme o critério adotado, essa classificação é variável e pode assumir roupagens diversas, fato que impõe a adoção de uma linha mestra convergente para o desenvolvimento do tema, para se extrair uma convicção exata a respeito do mesmo.

Conforme Prado, as provas historicamente tem sido segmentadas, para fins essencialmente doutrinários e epistemológicos, com arrimo em três enfoques centrais, quais sejam: objetivo, subjetivo e formal.¹⁶

Na ótica objetiva, a prova se classificaria em direta e indireta. A prova seria direta quando se referisse ao fato a ser provado, ou seja, a pessoa ou a coisa, ao objeto de prova (fato a ser demonstrado que se deduz na fonte e se introduz no processo pelo meio da prova).¹⁷

¹⁵ PRADO, Leandro Cadenas. **Provas Ilícitas no Processo Penal**. Niterói: Impetus, 2006. p. 03.

¹⁶ PRADO, Leandro Cadenas. op. cit., p. 04

¹⁷ *Idem, Ibidem*, p. 04.

A prova, em sua forma indireta, seria aquela atinente a outros acontecimentos não integrantes ao objeto da prova, mas às suas adjacências, e se caracterizariam doutrinariamente como indícios. Individualmente, as provas indiretas não são de grande importância, entretanto, quando devidamente agremiadas, podem trazer um epílogo útil e satisfatório para a condução da instrução criminal e para auxiliar na interpretação do bojo probatório.¹⁸

Grinover acrescenta em sua obra uma nova classificação, sob o enfoque específico do grau de certeza que a prova poderia impregnar no juiz da causa. A prova poderia, conforme essa abordagem, ser classificada em plena quando o grau de convencimento por ela trazido pudesse evidenciar de forma clara a existência de um fato, e semiplena quando se mostrasse ao juiz de forma nebulosa e incompleta para aferir a existência de um fato no plano instrutório.¹⁹

No que tange à aplicação cotidiana dessa classificação, importante transcrever as brilhantes palavras de Grinover:

Para a prova de certos fatos, o legislador exige apenas um juízo de verossimilhança e, para outros, que a prova seja convincente *prima facie*: para a condenação penal, por exemplo, é necessário um elevado grau de certeza sobre prova do fato e da autoria; havendo dúvidas, o juiz deverá absolver por insuficiência de provas (art. 386, VI, CPP). Já para a decretação da prisão preventiva, devera haver prova (plena) da existência dos fatos e “indícios suficientes” (*rectius*, prova semiplena) de autoria (art. 312 CPP). Indicam a necessidade de prova plena expressões legais como “fundadas razões”, “manifestadamente infundadas”, etc.²⁰

Sob o prisma subjetivo, ou seja, referente aos vestígios deixados, a prova divide-se em real e pessoal. A prova real é aquela dotada de estrutura concreta, palpável, que tem uma aderência direta ao objeto da prova. De outro lado, as provas pessoais ou morais são as que revelam a percepção humana acerca do desdobramento da conduta criminosa, externam o que foi capitalizado pelo espírito humano no momento da prática do crime, seu principal representante é o testemunho.²¹

¹⁸ *Idem, Ibidem*, p. 04.

¹⁹ GRINOVER, Ada Pelegrine. FERNANDES, Antonio Scarance. FILHO, Antonio Magalhães Gomes. op. cit., p. 104.

²⁰ GRINOVER, Ada Pelegrine. FERNANDES, Antonio Scarance. FILHO, Antonio Magalhães Gomes. op. cit., p. 104.

²¹ PRADO, Leandro Cadenas. op. cit., p. 04.

No tocante à forma, ou seja, como a prova se exterioriza e se materializa dentro do processo, sua moldura, pode ser classificada em testemunhal, documental, pericial e material.

A prova denominada testemunhal foi por muitos considerada a prostituta das provas, ela representa a oitiva de pessoa que viu a prática da conduta criminosa ou tem conhecimento de algum dado ou aspecto relevante sobre o crime e seu desdobramento e que possa acrescentar algum dado novo ao processo, asseverando ou refutando o que foi argüido pelas partes.²²

Quanto à forma, a segunda espécie de prova que subsiste dentro do nosso ordenamento é a pericial, que é fruto de uma apreciação científica produzida por pessoa experta em determinada seara, e que tem o condão de nutrir o juízo com apreciações próprias e peculiares da esfera de atuação do perito e da qual o juiz não detém um vasto conhecimento.²³

A terceira espécie de prova, sob égide formal, é a documental. Documento é de modo singelo uma asseveração personalíssima no desiderato de reproduzir uma verdade por ele afirmada.²⁴

A última espécie, sob o ângulo formal, é a prova material. No que pese sua notória importância, essa espécie de prova possui uma conceituação singela, consistindo no próprio objeto ou coisa que se afirma.²⁵

2.3 REGIME PRINCÍPIOLÓGICO DAS PROVAS

Dentro do direito existem alguns vetores fundamentais e estruturantes que servem para nortear a todo ordenamento jurídico. Os princípios são esses guias jurídicos e, às vezes, não se encontram presentes no texto normativo, quando implícitos nele, mas são de fundamental importância para a compreensão da norma jurídica sob a ótica sistemática.

²² *Idem, Ibidem*, p. 04.

²³ *Idem, Ibidem*, p. 04.

²⁴ *Idem, Ibidem*, p. 05.

²⁵ PRADO, Leandro Cadenas. op. cit., p. 05

No tocante às provas essa afirmação também assume vestes de verdade, pois esse instituto de indelével importância possui um conjunto de princípios axiologicamente apresentados e que norteiam a utilização e a manifestação das provas âmbito do processo.

Nas palavras do intelecto professor José Afonso da Silva princípios seriam:

Os princípios são ordenações que se irradiam e imantam os sistemas de normas, são núcleos de condensações nos quais confluem valores e bens constitucionais. (...) Os princípios, que começam por ser a base de normas jurídicas, podem estar positivamente incorporados, transformando-se em normas-princípio e constituindo preceitos básicos da organização constitucional.²⁶

O estudo desses princípios norteadores apresenta-se como uma imposição inafastável e insofismável para a compreensão da prova, sua dimensão e amplitude dentro do processo, sob a ótica do processo constitucional principiologicamente organizado.

Conforme os ensinamentos do mestre Luiz Antonio Rizzato Nunes, transcrito por Prado:

Os princípios situam-se no ponto mais alto de qualquer sistema jurídico, de forma genérica e abstrata, mas essa abstração não significa in incidência no plano da realidade. É que, como as normas jurídicas incidem no real e como elas devem respeitar os princípios, acabam por levá-los a concretude. E é nesse aspecto que reside a eficácia dos princípios: como toda e qualquer norma jurídica deve a eles respeitar, sua eficácia é – deve ser – plena.²⁷

Posteriormente à apresentação introdutória, acerca da conceituação dos princípios, passaremos a uma análise individual dos princípios aplicáveis à prova, quais sejam:

a) O Princípio auto-responsabilidade das partes é um desdobramento do comando esculpido nos art. 156 do Código de Processo Penal que dispõe o seguinte²⁸:

Art. 156 - A prova da alegação incumbirá a quem a fizer; mas o juiz poderá, no curso da instrução ou antes de proferir sentença, determinar, de ofício, diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.²⁹

²⁶ SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros. 1999 p. 96.

²⁷ PRADO, Leandro Cadenas. op. cit., p. 05.

²⁸ *Idem*, *Ibidem*, p. 05.

²⁹ **Código de Processo Penal**. Decreto Lei n. ° 3.689, de 03 de outubro de 1941.

O dispositivo supra declinado atribui às partes integrantes do processo o dever de provar as alegações que realizarem. Deste modo, as partes em litígio assumem o resultado derivante de suas omissões e comissões durante o desenvolvimento do processo, em especial na produção probatória.

Tendo em vista que a produção de provas é uma faculdade processual outorgada às partes, caberá a cada uma delas promover, na forma e prazo da lei, a aludida produção, sob pena de, não fazendo, haver a preclusão de seu direito, assumindo, assim, a consequência processual de seus atos.

Assim sendo, se uma parte deixa de protestar pela produção de prova em tempo oportuno, deixa de arrolar testemunhas, não adotando o dever objetivo de atuar e de produzir em momento oportuno as provas que lhe são facultadas, em virtude do princípio ora enfocado, ela será a responsável pela própria negligência ou imprudência, assumindo integralmente os resultados de seus atos.

b) O Princípio da audiência contraditória tem sua gênese no comando inscrito no artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal que dispõe, *in verbis*, o seguinte:

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;³⁰

Sobre o tema explana com clareza Vicente Paulo:

É o princípio constitucional do contraditório que impõe a condução dialética do processo (*par conditio*), significando que, a todo ato produzido pela acusação, caberá igual direito da defesa opor-se, de apresentar suas contra-razões, de levar ao juiz do feito uma interpretação jurídica diversa daquela apontada inicialmente pelo autor.³¹

A nossa Carta cidadã estabeleceu como preceito de observância obrigatória o contraditório, ou seja, a oportunidade de que a parte possa contradizer qualquer fato que seja levantado contra ela.

Outrora, muito se perquiriu sobre a incidência ou não do princípio do contraditório na produção probatória, entretanto, hoje, essas questões já se

³⁰ **Constituição Federal de 1988.**

³¹ PAULO, Vicente. **Aulas de Direito Constitucional.** Niterói: Impetus 2007. p. 158.

encontram superadas. Grinover, em seu trabalho sobre as nulidades processuais, esclarece que “tanto será viciada a prova que for colhida sem a presença do juiz, como o será a prova colhida pelo juiz, sem a presença das partes.”³²

A produção probatória não poderia, de forma alguma, afastar a incidência deste princípio, pois impossível seria a constituição de um processo justo e a obtenção de uma certeza processual sob a égide do devido processo legal, se a parte não pudesse se manifestar acerca das provas que adentram no processo ou que são produzidas no seu desenvolvimento.

Segundo Nucci, este princípio assegura que:

Toda alegação fática ou apresentação de prova, feita num processo por uma das partes, tem a outra, adversária, o direito de se manifestar, havendo um perfeito equilíbrio na relação estabelecida pela pretensão punitiva do Estado em confronto com o direito à liberdade e à manutenção do estado de inocência do acusado.³³

Em decorrência lógica desse princípio, se veda o uso de fatos que não tenham sido introjetados de forma prévia pelo magistrado no processo, e aos quais tenha se possibilitado a realização da dialética processual.³⁴

Na mesma intensidade, é defesa a utilização de provas confeccionadas fora do ambiente processual e sem a devida submissão ao rechaçar das partes, bem como qualquer forma de restrição ou dificuldade à manifestação das partes sobre toda e qualquer prova produzida no processo.

Deste modo, quando sobrevier dentro do processo a produção de uma prova, é obrigatória a oportunização da manifestação da parte sobre a prova produzida, não importando se a prova foi produzida pela outra parte ou por determinação judicial, em respeito a comando constitucional, sob pena de nulificar os atos posteriores a violação do preceito.³⁵

³² GRINOVER, Ada Pelegrine. FERNANDES, Antonio Scarance. FILHO, Antonio Magalhães Gomes. op. cit., p. 105.

³³ NUCCI, Guilherme de Souza. op. cit., p. 35.

³⁴ GRINOVER, Ada Pelegrine. FERNANDES, Antonio Scarance. FILHO, Antonio Magalhães Gomes. op. cit., p. 105.

³⁵ PRADO, Leandro Cadenas. op. cit., p. 06.

c) O Princípio da Comunhão ou aquisição da prova é uma decorrência do devido processo legal e impõe um dever de cuidado das partes no momento em que produzem as provas.

A prova, como foi visto anteriormente, tem a função de formar o convencimento do juiz, é a base do processo e serve para fundamentar a decisão do magistrado.

Por questões de ordem pública e de proteção ao princípio da efetivação da justiça é inadmissível que a prova, uma vez produzida, venha a ser retirada do processo, por não ser mais interessante a quem a produziu.

Percebe-se, então, que a prova não é pertencente ao acervo jurídico patrimonial da parte que a produziu, mas sim ao processo que ela compõe. A partir do momento que a prova se integra ao processo, dele não é mais destacável, compondo o corpo processual destinado a formar o convencimento do judiciário.

Segundo Prado, “Uma vez produzida a prova, ela passa a integrar o processo, não pertencendo mais à parte que a produziu”.³⁶

O princípio sob estudo pode ser resumido de forma lúdica, pois se consubstancia no fato de que a prova, a partir do momento que ingressa no processo, não importando quem seja o seu produtor ou introdutor, é adquirida pelo processo e comungada com todos integrantes da relação processual.

d) O Princípio da oralidade está registrado no art. 204 do Código de Processo Penal, dispondo literalmente o seguinte:

Art. 204 - O depoimento será prestado oralmente, não sendo permitido à testemunha trazê-lo por escrito.³⁷

Este princípio apresenta uma clara sintonia com o princípio da verdade real, que norteia o Processo Penal. O legislador, ao prever expressamente a vedação de que a testemunha traga sua fala por escrito, quis evitar que conluios maliciosos ou até mesmo coações as testemunhas pudessem afastar a obtenção da verdade processual.

³⁶ PRADO, Leandro Cadenas. op. cit., p. 06.

³⁷ **Código de Processo Penal.** Decreto Lei n. ° 3.689, de 03 de outubro de 1941.

Nessa esteira, ensina Guilherme de Souza Nucci que:

Significa que a palavra oral deve prevalecer, em algumas fases do processo, sobre a palavra escrita, buscando enaltecer os princípios da concentração, da imediatidade e da identidade física do juiz.³⁸

Outro fator que impõe a existência deste princípio é que o juiz, ao realizar a oitiva da testemunha, através de seu senso de percepção altamente aguçado, pode aferir o nervosismo da testemunha, bem como os momentos em que ela tenta falsear a verdade. Este fato indiscutivelmente auxilia na formação da convicção do juiz e na obtenção da verdade processual.

Iniludível se apresenta, desta forma, a assunção clara e expressa do legislador pela prevalência da palavra falada sobre a escrita.³⁹

e) O Princípio da publicidade também norteia o instituto da prova e detém previsão expressa no art. 5º da Constituição Federal, ao dispor que:

LX - a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem;

Sobre o princípio ora em análise, é entendimento consolidado do Supremo Tribunal Federal que:

Superior Tribunal Militar. Cópia de processos e dos áudios de sessões. Fonte histórica para obra literária. Âmbito de proteção do direito à informação (art. 5º, XIV da Constituição Federal). Não se cogita da violação de direitos previstos no Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil (art. 7º, XIII, XIV e XV da L. 8.906/96), uma vez que os impetrantes não requisitaram acesso às fontes documentais e fonográficas no exercício da função advocatícia, mas como pesquisadores. A publicidade e o direito à informação não podem ser restringidos com base em atos de natureza discricionária, salvo quando justificados, em casos excepcionais, para a defesa da honra, da imagem e da intimidade de terceiros ou quando a medida for essencial para a proteção do interesse público. A coleta de dados históricos a partir de documentos públicos e registros fonográficos, mesmo que para fins particulares, constitui-se em motivação legítima a garantir o acesso a tais informações. No caso, tratava-se da busca por fontes a subsidiar elaboração de livro (em homenagem a advogados defensores de acusados de crimes políticos durante determinada época) a partir dos registros documentais e fonográficos de sessões de julgamento público. Não- configuração de situação excepcional a limitar a incidência da publicidade dos documentos públicos (arts. 23 e 24 da Lei 8.159/91) e do direito à informação. ([RMS 23.036](#), Rel. p/ o ac. Min. Nelson Jobim, julgamento em 28-3-06, *DJ* de 25-8-06).⁴⁰

³⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. op. cit., p. 45.

³⁹ PRADO, Leandro Cadenas. op. cit., p. 06.

⁴⁰ **Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/legislacao/constituicao/pesquisa>> Acesso em 28 ago. 2007.

Do estudo acima trazido extrai-se que a publicidade e o direito à informação são direitos supremos já consagrados, fato que impede a sua restrição com espreque em condutas de cunho discricionário. Assim, pode haver restrição somente em caráter de excepcionalidade e quando devidamente motivada, em última instância, na proteção de direitos inerentes à vida privada ou na guarda do interesse público.

Nucci assevera que:

Quer dizer que os atos processuais devem ser realizados publicamente, à vista de quem queira acompanhá-los, sem segredos, sem sigilo. É justamente o que permite o controle social dos atos e decisões do Poder Judiciário.⁴¹

Em decorrência deste princípio, impõe-se que provas devem ser produzidas publicamente para possibilitar que todos saibam de forma clara e inquestionável as razões que ensejaram a condenação ou absolvição do réu.

Entretanto, como já anteriormente assinalado, é possível a restrição a essa publicidade probatória quando presentes interesses relevantes e que exijam a presença do segredo de justiça.⁴²

Aparenta existir certo antagonismo entre a previsão legal da publicidade da produção probatória e o direito à intimidade, entretanto, o que existe é uma integração de princípios, pois a regra é a publicidade, que somente em casos específicos poderá ser restrita para preservar a intimidade do acusado.⁴³

f) O Princípio da concentração é uma projeção do princípio esculpido no art. 5º, inciso LXXVIII, *ipsis verbis*:

LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.⁴⁴

Sobre este tema, pontifica o preclaro Vicente Paulo que:

Esse princípio, que visa assegurar a todos os litigantes, perante o Poder Judiciário, ou frente à Administração Pública, a celeridade na tramitação

⁴¹ NUCCI, Guilherme de Souza. op. cit., p. 36.

⁴² PRADO, Leandro Cadenas. op. cit., p. 06.

⁴³ NUCCI, Guilherme de Souza. op. cit., p. 36.

⁴⁴ **Constituição Federal de 1988.**

dos processos, veio complementar e dotar de maior eficácia outras garantias já previstas na Constituição Federal (...).⁴⁵

Alexandre de Moraes ensina que:

Os processos administrativos e judiciais devem garantir todos os direitos as partes, sem, contudo, esquecer a necessidade de desburocratização de seus procedimentos e na busca de qualidade e máxima eficácia de suas decisões.⁴⁶

O princípio constitucional da razoável duração do processo exige que em sua tramitação sejam empregados todos os meios necessários para a consecução da celeridade, sem esquecer-se da obediência do rito legal, ou seja, exige-se o emprego de eficiência e se possível a redução de atividades desnecessárias.

Sobre o tema Nucci revela que:

Toda colheita da prova e o julgamento deve dar-se em uma única audiência ou no menor número delas.⁴⁷

Como desdobramento dos ensinamentos trazidos à baila, deve-se buscar concentrar a produção probatória na audiência para agilizar o desfecho do processo, em obediência ao comando constitucionalmente desenhado, bem como ao princípio da concentração.⁴⁸

g) O Princípio do livre convencimento motivado encontra sua guarida no art. 157 do Código de Processo Penal, *verba legis*:

Art. 157 - O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova.⁴⁹

De outro lado, a exigência de motivação advém do art. 93 da Constituição Federal, em seu inciso IX, que dispõe:

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

IX - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do

⁴⁵ PAULO, Vicente. op. cit., p. 170.

⁴⁶ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 18.ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 94

⁴⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. op. cit., p. 45.

⁴⁸ PRADO, Leandro Cadenas. op. cit., p. 06.

⁴⁹ **Código de Processo Penal**. Decreto Lei n. ° 3.689, de 03 de outubro de 1941.

direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação;

O Pretório Excelso firmou entendimento nessa esteira:

A decisão judicial deve analisar todas as questões suscitadas pela defesa do réu. Reveste-se de nulidade o ato decisório, que, descumprindo o mandamento constitucional que impõe a qualquer Juiz ou Tribunal o dever de motivar a sentença ou o acórdão, deixa de examinar, com sensível prejuízo para o réu, fundamento relevante em que se apóia a defesa técnica do acusado." ([HC 74.073](#), Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 20-5-97, DJ de 27-6-97)⁵⁰

Ensina Mirabete:

Adotou a lei o princípio do livre convencimento (ou livre convicção, ou da verdade real), segundo o qual o juiz forma sua convicção pela livre apreciação da prova, não ficando adstrito a critérios valorativos e apriorísticos e é livre em sua escolha, aceitação e valoração.⁵¹

Deste modo, concede-se ao juiz de direito, na apreciação das provas, o poder de utilizar-se de seu livre convencimento, ocorre que, para validade da utilização dessa sua prerrogativa, impõe-se a motivação de seu convencimento, ou seja, no que concerne à valoração das provas, esta será livre pelo juiz, desde que devidamente motivada.⁵²

h) O Princípio da liberdade probatória concede a oportunidade das partes e do juiz realizarem a produção de provas dentro do processo penal, sob a égide da obtenção da verdade real e não apenas processual.⁵³

Essa liberdade é presente, pois no processo penal se objetiva a busca da verdade real dos fatos ocorridos, em decorrência da qual há grande liberdade na produção das provas, deferindo-se inclusive ao magistrado a iniciativa para sua produção, conforme o já declinado art. 156 do Código de Processo Penal.⁵⁴

i) O Princípio da vedação das provas obtidas por meio ilícito é outro princípio que orienta a produção das provas como garantia do devido processo legal,

⁵⁰ **Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/legislacao/constituicao/pesquisa>> Acesso em 28 ago. 2007.

⁵¹ MIRABETE, Júlio Fabrini. **Código de Processo Penal Interpretado**. São Paulo: Atlas, 1996. p. 222.

⁵² PRADO, Leandro Cadenas. **Provas** op. cit. p. 06.

⁵³ *Idem, Ibidem*, p. 06.

⁵⁴ MIRABETE, Júlio Fabrini. op. cit. p. 221.

impondo que ninguém poderá ser condenado com base em prova ilícita, conforme dispõe expressamente o art. 5º, LVI, da Constituição Federal.

Sinteticamente, na voz de Nucci:

Princípio da vedação das provas ilícitas, que significa não poder a parte produzir provas não autorizadas pelo ordenamento jurídico ou que não respeitem as formalidades previstas a sua formação.⁵⁵

O presente princípio, face sua magnitude e profundidade, constitui tema central do presente trabalho e será desenvolvido de forma mais apurada em capítulo próprio.

2.4 PROVAS ILÍCITAS

Depois de devidamente esclarecida a conceituação e abrangência da palavra prova em sua acepção jurídica, passar-se-á a desbravar o tema central para o desenvolvimento deste trabalho, que é o entendimento doutrinário sobre as provas ilícitas.

O princípio que limita a admissibilidade das provas está indissociavelmente ligado à necessidade política de se dar guarida ao cidadão comum, em face da atuação do estado na busca de elementos instrutórios processuais, ou seja, é uma limitação que visa proteger o cidadão de eventual atuação draconiana do estado.⁵⁶

À guisa de exemplificação urge trazer a interpretação de José Frederico sobre o tema:

Limitações várias, decorrentes dos princípios constitucionais de proteção e garantia da pessoa humana, impedem que para a procura da verdade lance-se mãos de meios condenáveis e iníquos de investigação e prova, além de outros fundados em superstições, credices ou práticas, não mais consagradas pela ciência processual.⁵⁷

O que se busca é assegurar que não sejam empregados meios imorais ou com violação ao patrimônio jurídico dos jurisdicionados, verificando-se, desta forma, que o direito a produção probatória, em que pese estar constitucionalmente assegurado, não é um direito absoluto e encontra limitação no inciso LVI do art. 5º

⁵⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. op. cit., p. 36/37.

⁵⁶ ÁVILA, Thiago André Pierobom de. **Provas Ilícitas e Proporcionalidade**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris. 2007. p. 92.

⁵⁷ MARQUES, José Frederico. op. cit., pg 271.

da nossa Carta Cidadã que prescreve a inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos.

É inegável que o princípio da dignidade da pessoa humana é o mais importante princípio fundamental. A dignidade humana com o seu núcleo central – vida, liberdade e igualdade – constitui valor unificador de todos os direitos fundamentais e possui função legitimatória do reconhecimento de direitos fundamentais implícitos. Sintetizando as restantes normas constitucionais, que àquelas podem ser direta ou indiretamente reconduzidas.⁵⁸

O princípio da inadmissibilidade das provas ilícitas é, indubitavelmente, uma garantia constitucional efetivadora da dignidade da pessoa humana, pois por seu intermédio se busca afastar o arbítrio estatal através de uma proteção contra a persecução ilimitada.

Faz-se translúcido, dessa forma, que a problemática das provas ilícitas pauta-se na análise e aferição do estreito lastro de ligação existente entre o ilícito e o inadmissível, a grande dicotomia entre a busca da verdade real e a observância aos direitos e garantias fundamentais.⁵⁹

O poder constituinte originário manifestou, de forma irretorquível, o seu posicionamento no tocante ao conflito de interesses entre a repressão estatal e o respeito à dignidade humana, estabelecendo limites, no seu artigo 5º, à produção probatória na persecução penal.⁶⁰

Acerca do tema assim se posiciona Espíndola Filho:

Como resultado da inadmissibilidade de limitações dos meios de prova, utilizáveis nos processos criminais, é se levado à conclusão de que, para recorrer a qualquer expediente, reputado capaz de dar conhecimento da verdade, não é preciso seja um meio de prova previsto, ou autorizado pela lei, basta não seja expressamente proibido, se não mostrar incompatível com o sistema geral do direito positivo, não repugne à moralidade pública e aos sentimentos da humanidade, piedade e decoro, nem acarrete a

⁵⁸ TESSLER, Marga Inge Barth. **Dignidade da Pessoa Humana, Direitos Fundamentais e Multiculturalismo**. Disponível em: <http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=476> acessado em 10.10.07.

⁵⁹ GRINOVER, Ada Pelegrine. FERNANDES, Antonio Scarance. FILHO, Antonio Magalhães Gomes. op. cit., p. 112.

⁶⁰ FILHO, Fernando da Costa Tourinho. **Processo Penal**. 21ª edição. São Paulo : Saraiva, 1999. p. 62.

perspectiva de um dano, ou abalo sério, a saúde física ou mental das pessoas, que sejam chamadas a intervir na diligência.⁶¹

O texto acima transcrito foi produzido antes do ingresso da Carta Cidadã de 1988, representando um símbolo do pensamento da época, onde o momento político e histórico associado ao discurso que sustentava a segurança nacional como premissa maior a ser perseguida, toleravam abusos e violações aos direitos e garantias fundamentais para a obtenção da verdade processual.

Hoje, ao revés do posicionamento encartado por Espindola Filho, há uma concepção avançada acerca da inadmissibilidade de determinadas provas que, mesmo não estando expressamente revestidas de vedação, têm suas produções e aceitações barradas pelo princípio constitucional da inadmissibilidade das provas ilícitas.

Interessante ressaltar que inadmissibilidade seria a impossibilidade de utilização da prova produzida com violação constitucionalmente relevante em um processo, ou seja, é o afastamento constitucional de sua utilização seja como meio de prova ou como fundamentação da decisão.⁶²

Nesse contexto, a ilicitude seria um conceito decorrente da palavra *illicitus*, que apresentaria semanticamente dois significados: o primeiro sob o aspecto estrito, que enquadraria as situações vedadas por lei, ou seja, somente aquilo vedado por lei seria ilícito. Em segundo plano, o ilícito seria o que não se coaduna com a moral, o bom costume ou até mesmo aquilo que está em contradição com os princípios gerais do direito.⁶³

Consoante entendimento do insigne doutrinador Alexandre de Moraes, as provas tidas como ilícitas seriam oriundas do gênero provas ilegais. As provas ilegais seriam aquelas obtidas com agressão ao ordenamento jurídico não importando se a transgressão é a norma de ordem material ou processual.⁶⁴

Moraes afirma literalmente o seguinte:

⁶¹ ESPÍNDOLA FILHO, Eduardo. Código de Processo Penal Brasileiro Anotado, Rio de Janeiro. Volume II. p. 453.

⁶² SILVA, César Dario Mariano da. op. cit., pg 18.

⁶³ NUCCI, Guilherme de Souza. op. cit., p. 336.

⁶⁴ MORAES, Alexandre de. op. cit., p. 95.

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.⁶⁵

Desse entendimento, constata-se a segmentação do gênero provas ilegais em duas espécies: a primeira consiste na das provas obtidas com violação a normas de ordem material, que seriam as provas ilícitas; A segunda espécie seria a das provas coligidas com infringência a grupos normativos de ordem processual e que seriam classificadas como provas ilegítimas.

Em contraponto ao entendimento suscitado pesa o entendimento do festejado doutrinador Fernando Capez, que assim se manifesta sobre a matéria:

Provas ilícitas são aquelas produzidas com violação a regras de direito material, ou seja, mediante prática de algum ilícito penal, civil ou administrativo.(...) Provas ilegítimas são as produzidas com violação a regras de natureza meramente processual.⁶⁶

Capez, ao revés do que prescreve Moraes, adota uma nomenclatura diferenciada, pois tipifica as provas ilícitas e ilegítimas como sendo oriundas do ramo das provas vedadas, que abarcaria as provas carreadas com violação ou contrariedade a uma norma específica, não importando se de ordem material ou processual.⁶⁷

O gênero provas vedadas se fragmentaria em duas sub-espécies sob o prisma da gênese do comando proibitivo: as proibições oriundas de normas de natureza processual seriam nomeadas provas ilegítimas, já as provas cuja natureza da vedação decorresse de normas de direito material seriam ilícitas.⁶⁸

Sob a ótica formal e material, há de salientar uma nítida ruptura conceitual e dogmática. Abarcando de um lado o que é materialmente ilícito, posto que a forma de carrear a prova se mostra incompatível com a legislação e o que é formalmente ilícito, pois fora introduzido de forma incompatível com a legislação.⁶⁹

⁶⁵ MORAES, Alexandre de. op. cit., p. 95.

⁶⁶ CAPEZ, Fernando. op. cit., p. 33.

⁶⁷ *Idem, Ibidem*, (p. 33)

⁶⁸ GRINOVER, Ada Pelegrine. FERNANDES, Antonio Scarance. FILHO, Antonio Magalhães Gomes. op. cit., p. 113.

⁶⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. op. cit., p. 336.

A prova ilícita se amoldaria à categoria das provas vedadas, que consistem naquelas contrárias a uma específica norma legal ou a um princípio regente de normas de direito positivo.⁷⁰

No tocante à vedação exercida pela norma, surge outra classificação que avalia de que forma é exercida a proibição da utilização da prova. A primeira espécie seria a das vedações expressas, ou seja, as que estão literalmente traduzidas no bojo legal, não necessitando de esforço interpretativo para sua extração, e a segunda espécie seria a das implícitas, que estão incutidas no âmago normativo e que devem ser extraídas pelo exercício exegético.⁷¹

As vedações seriam de ordem processual quando a vedação objetivasse evitar a inserção de conteúdos que, por sua origem ou natureza, pudessem comprometer a veracidade das provas colhidas, induzindo o julgador em erro. O fundamento de natureza extra-processual teria uma conotação mais política e se destinaria a proteger bens jurídicos que poderiam ser violados com uma abertura desenfreada na utilização de provas.⁷²

Apesar das divergências quanto à classificação do gênero, é iniludível a segmentação das provas em dois ramos distintos: no primeiro estariam as provas ilegítimas vedadas por normas de direito processual e no segundo as provas ilícitas obtidas com agressão as normas de direito material.⁷³

Em qualquer área de estudo científico, a missão de exhibir uma conceituação uniforme é árdua e quase sempre inalcançável, sendo que no tocante às provas ilícitas inúmeros são os doutrinadores que abordam o tema.

Grinover em sua obra prescreve que:

Por prova ilícita, em sentido estrito, indicaremos, portanto, a prova colhida infringindo-se normas ou princípios colocados pela Constituição e pelas leis, freqüentemente para a proteção das liberdades públicas e dos direitos da personalidade e daquela sua manifestação que é o direito à intimidade.⁷⁴

⁷⁰ GRINOVER, Ada Pelegrine. FERNANDES, Antonio Scarance. FILHO, Antonio Magalhães Gomes. op. cit., p. 113.

⁷¹ GRINOVER, Ada Pelegrine. FERNANDES, Antonio Scarance. FILHO, Antonio Magalhães Gomes. op. cit., p. 113.

⁷² ÁVILA, Thiago André Pierobom de. op. cit., p. 93.

⁷³ MIRABETE, Júlio Fabrini. op. cit., p. 218.

Também com enfoque no tema Tourinho Filho assevera que:

Trata-se de uma demonstração de respeito não só à dignidade humana, como, também, à seriedade da Justiça e ao ordenamento jurídico. O n.º 2 do art. 5 do Pacto de São José da Costa Rica ao qual o Brasil depositou sua Carta de Adesão, dispõe que "ninguém deve ser submetido a torturas, nem a penas ou tratos cruéis, desumanos e degradantes."⁷⁵

A temática provas ilícitas mostra um paradoxo extremamente interessante e que se assenta em um conflito de dois interesses juridicamente protegidos, de um lado apresenta-se o direito da sociedade em saber acerca da existência de fatos e de puni-los quando reprováveis, de outro norte se afigura o direito ao respeito dos direitos fundamentais do homem.⁷⁶

Esse confronto de interesses entre liberdade probatória e a garantias fundamentais é trabalhado por Roxin da seguinte forma:

A averiguação da verdade não é um valor absoluto no processo penal; antes, o próprio processo penal está impregnado pelas hierarquias éticas e jurídicas de nosso Estado.⁷⁷

Fica cristalino, dessa forma, que a verdade a ser atingida em qualquer processo encontra limite no princípio constitucional da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos, que vedaria a inserção de conteúdos adquiridos com violação a direitos materiais no processo.

Nessa esteira de raciocínio, é simplesmente inimaginável que se possa admitir a obtenção de provas que violem a dignidade da pessoa humana ou que fujam do contexto de admissibilidade constitucional.

A nossa Suprema Corte tem se posicionado sobre a matéria da seguinte forma:

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

⁷⁴ GRINOVER, Ada Pelegrine. FERNANDES, Antonio Scarance. FILHO, Antonio Magalhães Gomes. op. cit., p. 113 e 114.

⁷⁵ FILHO, Fernando da Costa Tourinho. op. cit., p. 61.

⁷⁶ GRINOVER, Ada Pelegrine. FERNANDES, Antonio Scarance. FILHO, Antonio Magalhães Gomes. op. cit., p. 112.

⁷⁷ ROXIN *apud* ÁVILA, Thiago André Pierobom de. op. cit., p. 91.

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 conseqüência, no ordenamento normativo brasileiro, em matéria de atividade probatória, a fórmula autoritária do *male captum, bene retentum*. Doutrina. Precedentes. (HC 82.788, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 12-4-05, DJ de 2-6-06)⁷⁸

A construção do princípio constitucional da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos assenta-se na premissa de que deve haver um sistema que cerque os indivíduos de uma certa visualização do campo em que é permitida a atuação do Estado e de que, mesmo que haja a violação a um direito do jurisdicionado, essa violação não será válida como elemento de prova.

A vedação se justifica mesmo quando os fatos que eventual prova ilícita possa trazer sejam verdadeiros, pois essa inadmissibilidade tem uma finalidade política de proteger, mesmo em sacrifício a verdade processual, um sistema processual de respeito aos direitos e garantias fundamentais.⁷⁹

Sobre o tema, ensina o professor Kildare que:

Enfim, a regra geral é a da inadmissibilidade das provas ilícitas, que só excepcionalmente poderiam ser aceitas em juízo, restrita ainda ao âmbito penal, pois a razão nuclear das normas que imponham restrições de direitos fundamentais não é outra senão a de assegurar a previsibilidade das conseqüências derivadas da conduta dos indivíduos. Toda intervenção na liberdade tem de ser previsível, além de clara e precisa.⁸⁰

No mesmo sentido é o posicionamento do Supremo Tribunal Federal em outro acórdão:

Inadmissibilidade, como prova, de laudos de degravação de conversa telefônica e de registros contidos na memória de micro computador, obtidos por meios ilícitos (art. 5º, LVI, da Constituição Federal); no primeiro caso, por se tratar de gravação realizada por um dos interlocutores, sem conhecimento do outro, havendo a degravação sido feita com inobservância do princípio do contraditório, e utilizada com violação a privacidade alheia

⁷⁸ **Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/legislacao/constituicao/pesquisa>> Acesso em 28 ago. 2007.

⁷⁹ ÁVILA, Thiago André Pierobom de. op. cit., p. 94.

⁸⁰ CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional Didático**. Belo Horizonte 6ª Edição. Del Rey. p. 208.

(art. 5º, X, da CF); e, no segundo caso, por estar-se diante de micro computador que, além de ter sido apreendido com violação de domicílio, teve a memória nele contida sido degradada ao arrepio da garantia da inviolabilidade da intimidade das pessoas (art. 5º, X e XI, da CF). (AP 307, Rel. Min. Ilmar Galvão, julgamento em 13-12-94, *DJ* de 13-10-95)⁸¹

Conforme o próprio entendimento do Supremo Tribunal Federal, é inquestionável a existência do limite imposto pelo princípio constitucional da inadmissibilidade das provas ilícitas no processo, sendo pacífico que as provas coligidas com violação aos princípios constitucionais são inadmissíveis. Entretanto, certas provas que apesar de consistirem a violação de determinados direitos podem servir para salvaguardar interesses constitucionais que estão no mesmo patamar, surge aí uma celeuma jurídica que será desvendada oportunamente.

Outro ponto de suma importância é quanto ao alcance temporal da princípio inculcado no artigo 5º da Constituição Federal, pois é até que ponto pode uma prova ilícita contaminar um processo.

O Supremo Tribunal Federal assim se posicionou sobre o tema:

Eventuais vícios do inquérito policial não contaminam a ação penal. O reconhecimento fotográfico, procedido na fase inquisitorial, em desconformidade com o artigo 226, I, do Código de Processo Penal, não tem a virtude de contaminar o acervo probatório coligido na fase judicial, sob o crivo do contraditório. Inaplicabilidade da teoria da árvore dos frutos envenenados (*fruits of the poisonous tree*). Sentença condenatória embasada em provas autônomas produzidas em juízo." (HC 83.921, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 3-8-04, *DJ* de 27-8-04). No mesmo sentido: RHC 85.286, Rel. Min. Joaquim Barbosa, julgamento em 29-11-05, *DJ* de 24-3-06; HC 84.316, Rel. Min. Carlos Britto, julgamento em 24-8-04, *DJ* de 17-9-04; HC 75.497, Rel. Min. Maurício Corrêa, julgamento em 14-10-97; *DJ* de 9-5-03; HC 81.993, Rel. Min. Ellen Gracie, julgamento em 18-6-02, *DJ* de 2-8-02; HC 77.015, Rel. Min. Moreira Alves, julgamento em 8-9-98, *DJ* de 13-11-98; HC 76.231, Rel. Min. Nelson Jobim, julgamento em 16-6-98, *DJ* de 16-10-98; HC 73.461, Rel. Min. Octavio Gallotti, julgamento em 11-6-96, *DJ* de 13-12-96.⁸²

Fica claro que a norma constitucional não abrange os inquéritos policiais, visto que estes são dispensáveis à instrução processual penal, bem como a impossibilidade de sustentarem uma condenação, posto que coligidos em fase inquisitorial, portanto imprestáveis à formação do convencimento do juiz.

⁸¹**Supremo Tribunal Federal.** Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/legislacao/constituicao/pesquisa>> Acesso em 28 ago. 2007.

⁸²**Supremo Tribunal Federal.** Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/legislacao/constituicao/pesquisa>> Acesso em 28 ago. 2007.

No tocante ao alcance, conclui-se que o princípio constitucional da inadmissibilidade abarca os processos judiciais ou administrativos, não adentrando na seara inquisitorial, fato que impõe a conclusão de que eventuais provas ilícitas no inquérito não contaminam o processo, visto que só serão válidas se repetidas durante a instrução processual.

Entretanto, apesar de termos um marco delimitador entre a averiguação da verdade e o próprio processo, ainda é obscura a exata fixação desse marco, pois é constante a aparição de provas, em sede instrutória, que violam o direito material e que causam controvérsias sobre sua ilicitude ou não.

De outro lado, há uma crescente corrente doutrinária que tem ganhado força na jurisprudência internacional e pátria, a da teoria da proporcionalidade, que apontaria uma solução sensata para eventual conflito de interesses constitucionalmente protegidos.

2.5 PROVAS ILÍCITAS E ILEGÍTIMAS E SUAS CONSEQÜÊNCIAS JURÍDICAS

Como ficou claramente evidenciado, a nossa Carta Magna é taxativa ao estabelecer a inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos, entretanto, não foi empregada a mesma nitidez no estabelecimento da conseqüência processual dessa inadmissibilidade.

Conforme corrente doutrinaria majoritária, é imprescindível a distinção exata da entre as provas ilegais ilícitas e as ilegítimas, pois a violação de cada uma delas acarretaria uma conseqüência jurídico-processual diversa.

Nuvolone acentua que:

A distinção é relevante: a violação do impedimento configura, em ambos os casos, uma ilegalidade; mas, enquanto no primeiro caso haverá um “ato ilegítimo”, no segundo caso haverá um “ato ilícito”.⁸³

A conseqüência aferida nas violações de natureza processual, ou seja, as provas ilegítimas, seria a decretação da nulidade da prova produzida e,

⁸³ NUVOLONE *apud* GRINOVER, Ada Pelegrine. FERNANDES, Antonio Scarance. FILHO, Antonio Magalhães Gomes. *op. cit.*, p. 113.

conseqüentemente, a invalidação do ato praticado, por estar em desacordo com os regramentos processuais previamente estabelecidos.⁸⁴

A prova ilegítima, por ter uma violação de natureza mais branda, será nula e sancionada com a ineficácia de seu conteúdo, não podendo ser apreciada, visto que eivada de vício insanável.⁸⁵

No tocante à prova obtida com infringência a regras de cunho material, portanto, provas ilícitas, a sanção seria distinta, visto que em razão da constituição prescrever que são inadmissíveis essas provas seriam consideradas inexistentes, sendo que a sanção cabível seria o desentranhamento.⁸⁶

Indiscutível se apresenta que a prova, quando obtida com transgressão a regras de direito material, em virtude da gravidade da violação, seria sancionada com seu desentranhamento dos autos e com conseqüente inexistência.

Pode-se afirmar, dessarte, que as provas colhidas com vício de ilicitude teriam como sanção o seu desentranhamento, visto sua inexistência jurídica, podendo, pois, serem consideradas como não provas.⁸⁷

Aspecto relevante é que também apresentar-se-iam sanções diferenciadas quando fosse analisado o momento em que se sucedeu a violação normativa. Quando a prova fosse colhida no interregno da instrução processual, tratar-se-ia de prova ilegítima, portanto, fulminada com nulidade.⁸⁸

De outra sorte, a prova, quando fosse carregada em momento pré-processual ou de forma extraprocessual, ensejaria na inadmissibilidade da prova, posto que em virtude do momento de obtenção seria ilícita.⁸⁹

Quando já cumprida a fase instrutória junto aos juízos de primeiro grau e em sede de recurso e verificada a existência de provas inquinadas de vícios de ilicitude,

⁸⁴ GRINOVER, Ada Pelegrine. FERNANDES, Antonio Scarance. FILHO, Antonio Magalhães Gomes. op. cit., p. 113.

⁸⁵ SILVA, César Dario Mariano da. op. cit., pg 19.

⁸⁶ GRINOVER, Ada Pelegrine. FERNANDES, Antonio Scarance. FILHO, Antonio Magalhães Gomes. op. cit., p. 113.

⁸⁷ SILVA, César Dario Mariano da. op. cit., p. 19/20.

⁸⁸ ÁVILA, Thiago André Pierobom de op. cit., p. 99.

⁸⁹ *Idem, Ibidem*, p. 99.

competiria ao tribunal reconhecer o vício insanável e determinar o desentranhamento da prova.⁹⁰

É pacífico, conforme entendimentos doutrinários já trazidos, que a constatação de que a prova é eivada de ilicitude é suficiente para garantir à parte prejudicada, o direito de requisitar o desentranhamento dessa prova e a decretação de sua inadmissibilidade.⁹¹

Do quadro delineado, resume-se que quando a prova encontra-se impregnada com o vício constitucional da inadmissibilidade, apesar de em sentido lato continuar sendo uma prova, no âmbito jurídico a sua natureza probatória é desconsiderada e inexistente.

Outro ponto, que merece ser destacado, é a consequência jurídica das provas ilícitas por derivação, ou seja, aquelas provas que, em virtude do material inicialmente colhido ter sido obtido com violação a uma norma, contaminariam o restante.

Durante algum tempo houve em nossa Suprema Corte certa resistência em se admitir a contaminação das provas que derivassem de provas ilícitas, ocorre que, com as mudanças na composição dos membros da Egrégia Corte, houve uma pacificação do tema no tocante à inadmissibilidade das provas ilícitas por derivação.

No campo doutrinário, Capez mantém uma postura pela admissibilidade dessas provas, que continuariam válidas mesmo tendo a sua fonte nascedoura contaminada pelo vício da ilicitude, desde que se apresente uma justificativa razoável para sua utilização no processo e que haja uma impossibilidade de outro meio probatório.⁹²

Conforme a teoria dos frutos da árvore envenenada, a prova ilícita é uma árvore envenenada, sendo que os frutos que dela se originam, conseqüentemente, estão maculados com veneno oriundo de sua genitora, ainda que possam, em tese, terem sido obtidos de forma lícita.⁹³

⁹⁰ GRINOVER, Ada Pelegrine. FERNANDES, Antonio Scarance. FILHO, Antonio Magalhães Gomes. op. cit., p. 121.

⁹¹ ÁVILA, Thiago André Pierobom de. op. cit., p. 101.

⁹² CAPEZ, Fernando. op. cit., p. 34.

⁹³ ÁVILA, Thiago André Pierobom de. op. cit., p. 102.

A inadmissibilidade das provas ilícitas por derivação decorre de uma forte tendência de proteção às garantias individuais da pessoa humana, que prega uma repressão a qualquer tentativa ou violação aos direitos fundamentais, portanto, a ilicitude da obtenção das provas é transmissível às provas derivadas.⁹⁴

Consoante o entendimento do Supremo Tribunal Federal:

Ilícitude da prova — Inadmissibilidade de sua produção em juízo (ou perante qualquer instância de poder) — Inidoneidade jurídica da prova resultante da 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 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 conseqüência, no ordenamento normativo brasileiro, em matéria de atividade probatória, a fórmula autoritária do *male captum, bene retentum*. Doutrina. Precedentes. 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. Qualquer novo dado probatório, ainda que produzido, de modo válido, em momento subsequente, não pode apoiar-se, não pode ter fundamento causal nem derivar de prova comprometida pela mácula da ilicitude originária. A exclusão da prova originariamente ilícita — ou daquela afetada pelo vício da ilicitude por derivação — representa um dos meios mais expressivos destinados a conferir efetividade à garantia do *due process of law* e a tornar mais intensa, pelo banimento da prova ilicitamente obtida, a tutela constitucional que preserva os direitos e prerrogativas que assistem a qualquer acusado em sede processual penal. Doutrina. Precedentes. 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 da persecução penal, 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 da persecução penal somente tiveram acesso em razão da prova originariamente ilícita, obtida como resultado da transgressão, por agentes estatais, de direitos e garantias constitucionais e legais, cuja eficácia condicionante, no plano do ordenamento positivo brasileiro, traduz

⁹⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini. FERNANDES, Antonio Scarance. FILHO, Antonio Magalhães Gomes. op. cit., p. 116.

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 Supremo Tribunal Federal — 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.. (RHC 90.376, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 3-4-07, DJ de 18-5-07)⁹⁵

Destarte, fica irrefragável que a constituição elegeu a comunicabilidade da prova ilícita com as que dela decorrem como sendo a corrente doutrinária dominante, visto que seria simplesmente negar eficácia ao princípio constitucional se, apesar de não serem admitidas as provas ilícitas, admitissem-se as que dela derivassem.

No que tange a essa inadmissibilidade decorrente, é certo que existem alguns requisitos a serem preenchidos para que uma prova seja considerada inquinada de vício de ilicitude.

Sobre o tema, acima abordado, o Supremo Tribunal Federal tem se fixado da seguinte forma:

A prova ilícita (...), não sendo a única mencionada na denúncia, não compromete a validade das demais provas que, por ela não contaminadas e delas não decorrentes, integram o conjunto probatório. (RHC 74.807, Rel. Min. Maurício Corrêa, julgamento em 22-4-97, DJ de 20-6-97)⁹⁶

Perceptível se faz que para que haja a desconsideração da prova, no tocante ao reconhecimento de sua inadmissibilidade, há que haver um nexos causal entre o nascimento jurídico da prova e a ilicitude da fonte geradora.

Deste modo, não basta que a prova esteja no mesmo processo em que figurem provas de natureza e gênese ilícitas para que seja culminada a sua inadmissibilidade, é necessária, também, a existência do já suscitado nexos entre a prova decorrente e a prova originária.

⁹⁵**Supremo Tribunal Federal.** Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/legislacao/constituicao/pesquisa>> Acesso em 28 ago. 2007.

⁹⁶**Supremo Tribunal Federal.** Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/legislacao/constituicao/pesquisa>> Acesso em 28 ago. 2007.

Fruits of the poisonous tree. (...) Assentou, ainda, que a ilicitude da interceptação telefônica — à falta da lei que, nos termos do referido dispositivo, venha a discipliná-la e viabilizá-la — contamina outros elementos probatórios eventualmente coligidos, oriundos, direta ou indiretamente, das informações obtidas na escuta. (HC 73.351, Rel. Min. Ilmar Galvão, julgamento em 9-5- 96, DJ de 19-3-99).⁹⁷

A contaminação se dá quando uma prova deriva da outra, ou seja, quando uma é um desdobramento, um fruto da outra, quando a sua existência está inexoravelmente ligada a existência da primeira.

A consequência, legalmente prevista, para as provas oriundas de provas ilícitas, conforme já visto, é a mesma preconizada para as que deram sua gênese, ou seja, prova decorrente de prova ilícita é imprestável no processo, ensejando o reconhecimento de sua inexistência como medida juridicamente prevista.

Por derradeiro, ressalta-se que, apesar dos embates travados no campo doutrinário e jurisprudencial, já há uma pacificação no tocante a que as provas ilícitas, bem como as que dela decorrem, devem ser desentranhadas, entretanto, permanecem-se válidas as que não foram contaminadas pelo vício da ilicitude.⁹⁸

⁹⁷**Supremo Tribunal Federal.** Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/legislacao/constituicao/pesquisa>> Acesso em 28 ago. 2007.

⁹⁸ MORAES, Alexandre de. op. cit., p. 100.

3 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Na pirâmide jurídica de Kelsen, a Constituição ocupa o seu ápice. Ela é a Lei Maior. Assim, se uma lei ordinária afronta a Lei de onde provêm as demais leis, ela não pode ter eficácia, da mesma forma, uma prova obtida em sua infringência não pode ser admitida.

Na literalidade, afirma Kelsen que:

O escalonamento (Stufenbau) do ordenamento jurídico – e com isso se pensa apenas no ordenamento jurídico estatal único – pode ser representado talvez esquematicamente da seguinte maneira: o pressuposto da norma fundamental – o sentido deste pressuposto já foi abordado anteriormente – coloca a Constituição na camada jurídico positiva mais alta – tomando-se a Constituição no sentido material da palavra -, cuja função essencial consiste em regular os órgãos e o procedimento da produção jurídica geral, ou seja, da legislação.⁹⁹

Nesse raciocínio entabulado por Kelsen, fica irrefutável que as normas ou atos infraconstitucionais praticados em desacordo com a norma que prescreve a inadmissibilidade de provas obtidas por meios ilícitos realmente seriam inadmissíveis, entretanto, indaga-se a possibilidade de existirem normas pertencentes ao mesmo grau hierárquico, mas que apresentam comandos em tese antagônicos.

O mestre de Viena ensina com clareza acerca do conflito de interesses e a interpretação jurídica:

Pois a necessidade de uma interpretação acontece exatamente porque a norma a ser aplicada ou o sistema de normas deixa abertas inúmeras possibilidades, o quer dizer que não contém nenhuma resolução sobre qual dos interesses em jogo é mais alto; essa decisão, essa determinação de

⁹⁹KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, Tradução J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. p. 103.

hierarquia dos interesses é muito mais num ato de produção normativa – permite, por exemplo, uma sentença judicial justa.¹⁰⁰

Para dissipar esse conflito aparente de normas, a doutrina e a jurisprudência dos tribunais internacionais têm construído o princípio da proporcionalidade ou razoabilidade e dado a ele contorno de princípio harmonizador da Constituição e integrador das matérias nela trabalhadas.

Sobre o princípio da proporcionalidade assevera Acioli que:

No exercício da atividade judicante, o Magistrado é instado muitas vezes a sopesar bens jurídicos em confronto e sacrificar o de menor carga valorativa, segundo os valores sociais vigentes. Como auxílio fundamental nessa árdua tarefa, ubica-se o princípio da proporcionalidade que foi erigido do direito alemão e desenvolvido como garantia do devido processo legal em sua versão substantiva aplicada ao direito material.¹⁰¹

Na nossa Carta Política, existem inúmeras proteções que estão em equivalência hierárquica e para as quais o legislador constituinte originário não demonstrou qual seria o remédio cabível, sendo que o princípio da proporcionalidade se apresentaria como instrumento cientificamente desenhado para aparar as contradições existentes.

A doutrina tem fixado a seguinte compreensão acerca da proporcionalidade:

Constitui, pois, o princípio da proporcionalidade, um sistema de valoração de normas ou princípios jurídicos, frente a um conflito entre duas ou mais normas que, a priori, mostram-se antagônicas, e que, fatalmente, uma delas acabará por se subsumir à outra. Somente para lembrar, destacamos que nenhum direito fundamental é absoluto, encontrando óbice nos demais direitos fundamentais constantes do próprio rol de direitos elencados na Lei Maior, traduzido pelo princípio da relatividade ou convivência das liberdades públicas.¹⁰²

O princípio da proporcionalidade é destinado a estabilizar o choque ou colisão de normas jurídicas pertencentes a um mesmo grau da pirâmide Kelsiana, por meio de uma ponderação de interesses constitucionalmente protegidos.

¹⁰⁰KELSEN, Hans. op. cit., p. 118.

¹⁰¹ ACIOLI, José Adelmy da Silva. **A Admissibilidade da prova ilícita em caráter excepcional de acordo com o princípio da proporcionalidade.** Disponível em: <www.anamatra.org.br/hotsite/conamat06/trab_cientificos/teses/tese%20enviada.doc> Acesso em: 14/11/2007.

¹⁰² VAZ, Adriana Barroso. **Provas Ilícitas Á Luz Do Princípio Da Proporcionalidade.** Disponível em:<<http://www.franca.unesp.br/PROVAS%20ILICITAS.pdf>> Acesso em: 14/11/2007.

É fato indiscutível a atual configuração do princípio da proporcionalidade, bem como sua aceitação em muitos Tribunais e Cortes mundiais, entretanto, sua hodierna estruturação foi lapidada no transcurso histórico, como doravante se perceberá.

3.1 HISTÓRICO

Não há uma definição exata que possa nos remeter ao termo inicial da existência do princípio da proporcionalidade, visto que a idéia com ele trazida é praticamente inata ao homem, estando incorporada à sua essência e nos remete aos primórdios da humanidade.

Aristóteles, em sua obra ética a Nicômaco, ao abordar as virtudes do homem e à política, a necessidade de moderação e o abandono do exagero, trazia a noção de meio termo e de justa medida, que traduziam implicitamente a noção de proporcionalidade.¹⁰³

Ainda que de forma distanciada e não específica, o contratualista Rosseau, assim abordava:

Para que o Estado esteja num bom equilíbrio, convém, tudo compensado, que haja igualdade entre o produto ou poder do governo tomado em si mesmo e o produto, ou poder dos cidadãos, que de um lado são soberanos e do outro, vassalos.¹⁰⁴

É visível a idéia da existência de um equilíbrio, uma relação de proporcionalidade entre o Estado e os seus súditos, onde há uma equivalência de poderes entre os dois.

Nesse passo, é de todo oportuno trazer à baila as palavras do mestre Rudolf Von Ihering, *verbis*:

O direito não é uma simples idéia, é uma força viva. Por isso a Justiça sustenta numa das mãos a balança com que pesa o direito, enquanto na outra segura a espada por meio da qual o defende. A espada sem a balança é a força bruta, a balança sem a espada, a impotência do direito. Uma completa a outra, e o verdadeiro estado de direito só pode existir

¹⁰³ FIGUEIREDO, Sylvia Marlene de Castro. **A Interpretação e o Princípio da Proporcionalidade**. São Paulo: RCS Editora, 2005. p. 178.

¹⁰⁴ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do Contrato Social**. São Paulo: Martin Claret, 2002. Tradução Pietro Nasseti. p. 64.

quando a justiça sabe brandir a espada com a mesma habilidade com que manipula a balança.¹⁰⁵

O alemão Ihering traduzia, de forma esplendida, a relação de proporcionalidade existente no direito, pois o direito nada mais é do que a relação proporcional entre o equilíbrio da balança e a força da espada, sendo, portanto, irrefutável a forte idéia de proporcionalidade presente no texto.

Também nesta esteira é necessária a colação das palavras do brilhante Beccaria, que assim abordava o tema:

Não é somente interesse de todos que não se cometam delitos, como também que estes sejam raros proporcionalmente ao mal que causam à sociedade. Portanto, mais fortes devem ser os obstáculos que afastam os homens dos crimes, quando são contrários ao bem público e na medida dos impulsos que os levam a delinquir. Deve haver, pois, proporção entre os delitos e as penas.¹⁰⁶

Beccaria trouxe, em sua obra, a noção de proporção entre a pena cominada e o delito praticado, rechaçando a idéia de que um crime de pequena relevância tivesse uma pena rígida em demasia, defendendo, pois, a proporcionalidade.

A proporcionalidade foi abordada no direito romano, bem como na Carta Inglesa de 1215, que assim dizia:

25 - Um possuidor de bens livres não poderá ser condenado a penas pecuniárias por faltas leves, mas pelas graves, e, não obstante isso, a multa guardará proporção com o delito, sem que, em nenhum caso, o prive dos meios de subsistência. Esta disposição é aplicável, por completo, aos mercadores, aos quais se reservará alguma parte de seus bens para continuar seu comércio.¹⁰⁷

A idéia da proporcionalidade também encontrava-se presente na Carta Magna de 1215, que exigia a existência de proporção entre a multa aplicada e o delito praticado.

A declaração dos direitos do homem e do cidadão prescrevia em seu artigo 13 que:

¹⁰⁵ IHERING, Rudolf Von. **A Luta pelo Direito**. São Paulo: Martin Claret, 2002. Tradução Pietro Nasseti. p. 27.

¹⁰⁶ BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2ª Edição: J. Cretela Junior; Agnes Cretella. p. 37.

¹⁰⁷ Magna Carta de 1215, disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/magna.htm>, acesso em: 07/11/2007.

Artigo 13º- Para a manutenção da força pública e para as despesas de administração é indispensável uma contribuição comum, que deve ser repartida entre os cidadãos de acordo com as suas possibilidades.¹⁰⁸

Verifica-se uma clara intenção em se estabelecer uma relação contributiva entre os cidadãos de forma proporcional, para que não houvesse abusos ou uma disparidade entre a contribuição e a possibilidade de cada um.

No transcurso do tempo e do espaço, constata-se que o dogma da razoabilidade esteve sempre presente em nossa sociedade, ou em forma de princípio ou como um vetor orientador das relações interpessoais travadas.

Sobre o tema, merece ser trazido à baila o excelente magistério de Adriana Barroso:

O princípio da proporcionalidade, de origem alemã, por sua vez, tem como marco inaugural a Lei Fundamental de Bonn, que o colocou em âmbito constitucional, e vem ganhando relevante importância no cenário jurídico de todo o mundo, tendo em vista que o direito constitucional contemporâneo acentua a força normativa dos princípios frente à doutrina positivista das normas programáticas.¹⁰⁹

O princípio da proporcionalidade foi inserido pela primeira vez em uma Carta Política em meados do século XX na Alemanha, ganhando guarida constitucional e passando, de forma expressa e com uma configuração semelhante à hodierna, a figurar como princípio presente no ordenamento jurídico.¹¹⁰

Pode-se, entretanto, para fins essencialmente dogmáticos e epistemológicos, estabelecer como marco inicial da construção do princípio constitucional da proporcionalidade as décadas setenta e oitenta do século XX.¹¹¹

Capez, em seu Curso de Processo Penal, traz interessante informação acerca do início da construção desse princípio, ensinando que:

Foi na Alemanha, no período pós-guerra, que se desenvolveu a chamada teoria da proporcionalidade (Verhältnismäßigkeitsprinzip). De acordo com

¹⁰⁸ Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão. Disponível em: http://pfdc.pgr.mpf.gov.br/legislacao-pfdc/docs_declaracoes/declar_dir_homem_cidadao.pdf, acesso em 07/11/2007.

¹⁰⁹ VAZ, Adriana Barroso. **Provas Ilícitas À Luz Do Princípio Da Proporcionalidade**. Disponível em: <<http://www.franca.unesp.br/PROVAS%20ILICITAS.pdf>> Acesso em: 14/11/2007.

¹¹⁰ FIGUEIREDO, Sylvia Marlene de Castro. op. cit., p. 180.

¹¹¹ *Idem, Ibidem*, p. 177.

essa teoria, sempre em caráter excepcional e em casos extremamente graves, tem sido admitida a prova ilícita.¹¹²

A partir desse período, ou seja, do período pós-guerra, inicia-se a edificação do princípio, que passa a ser delineado pelos tribunais constitucionais e pelas cortes superiores em diversos lugares do mundo, principalmente com atuações do Tribunal Constitucional Federal Alemão que, no ano de 1958, em duas importantes decisões, chancelou a existência do princípio da proporcionalidade e sua aplicabilidade em todas as searas jurídicas.¹¹³

O Tribunal Constitucional Alemão enfrentou o tema da seguinte forma:

A questão constitucional decorreu de uma lei do Estado da Bavária que restringia o número de farmácias em uma certa comunidade. A lei condicionava a concessão de licenças para a instalação de novas farmácias somente se estas se revelassem comercialmente viáveis e não causassem danos concorrenciais para os competidores próximos. (...). A Corte decidiu que a restrição ao livre exercício do direito de profissão, no caso, não poderia ser fundamentada por razões de proteção à concorrência ou de eficiência comercial. Razões de índole objetiva somente justificam a restrição a um direito fundamental quando definidas em termos estritos, e não de forma vaga e condicional como ocorria no caso em questão. A interferência no exercício de um direito fundamental deve ser absolutamente necessária para o atingimento de um interesse público de superior importância e deve ser formulada de forma a causar a menor lesão possível ao exercício do direito fundamental assegurado constitucionalmente. (...) Assim posta a questão, decidiu o Tribunal que não havia esse iminente perigo à saúde pública que justificasse a limitação objetiva ao exercício de um direito fundamental.¹¹⁴

Em que pese a marcante presença, da proporcionalidade, no caso das farmácias, acima apresentado, o Tribunal Constitucional Alemão fixou de forma ainda mais categórica o princípio da proporcionalidade em outra decisão, na qual se posicionou da seguinte forma:

O meio empregado pelo legislador deve ser adequado e necessário para alcançar o objetivo procurado. O meio é adequado e necessário para alcançar o objetivo procurado. O meio é adequado quando com seu auxílio se pode alcançar o resultado desejado; é necessário, quando o legislador não poderia ter escolhido um outro meio, igualmente eficaz, mas que não limitasse ou limitasse de maneira menos sensível o direito fundamental.¹¹⁵

¹¹² CAPEZ, Fernando. op. cit., p. 32.

¹¹³ FIGUEIREDO, Sylvia Marlene de Castro. op. cit., p. 180/181.

¹¹⁴ *Idem, Ibidem*, p. 181.

¹¹⁵ *Idem, Ibidem*, p. 181.

Já nos cantões suíços, desde o ano de 1930 o princípio da proporcionalidade caminhou rumando à sua ampliação e independência, passando a ser critério para restrições aceitáveis aos direitos individuais, deixando de ser princípio meramente administrativo e sendo utilizado com enfoque constitucional.¹¹⁶

Após esse período inicial de resistência à sua inserção como dogma constitucional aplicável, esse princípio veio ganhando força até atingir o arquétipo hodierno, roupagem essa que será objeto de estudo e interpretação no próximo tópico.

3.2 REGIME JURÍDICO PRINCIPOLÓGICO DA PROPORCIONALIDADE

O princípio da proporcionalidade, utilizado para resolução de colisões de princípios, conforme já está pacificado doutrinariamente, pode ser dividido em três subprincípios integrantes que o alimentam: a) princípio da pertinência; b) princípio da necessidade; c) princípio da proporcionalidade estrito.

3.2.1 Princípio da pertinência

O princípio da pertinência também é conhecido por outros nomes, tais como princípio da adequação, ou da idoneidade, ou da validade de fim.

Conforme ensina Canotilho, o princípio em apreço, conhecido como princípio da conformidade ou adequação, impõe que a medida adotada para alcançar a consecução do interesse público deve ser apropriada para obtenção do fim almejado.¹¹⁷

Sobre o tema ensina Antunes que:

O elemento estruturador da adequação ordena que a medida adotada para a realização do caso concreto seja apropriada aos objetivos almejados, perfazendo, portanto, o controle da relação e adequação entre o meio e o fim.¹¹⁸

¹¹⁶ FIGUEIREDO, Sylvania Marlene de Castro. op. cit., p. 183.

¹¹⁷ CANOTILHO apud FIGUEIREDO, Sylvania Marlene de Castro. op. cit., p. 188.

¹¹⁸ ANTUNES, Roberta Pacheco. **O princípio da proporcionalidade e sua aplicabilidade na problemática das provas ilícitas em matéria criminal.** Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8153&p=2>> . Acesso em: 07/11/2007.

O que se extrai é que o meio utilizado tem que obrigatoriamente estar concatenado com o fim esperado, tornando-se esse princípio um controle de aferência do perfeito encaixe entre meio e fim.¹¹⁹

A ratificar o acima expendido, é de todo oportuno gizar o magistério de Adriana Barroso Vaz que, em sua obra, assim leciona:

A adequação constitui a correlação entre os meios empregados e o fim a ser alcançado, verificando-se se a medida a ser adotada mostra-se adequada ao caso concreto.¹²⁰

Adequação seria a verificação objetiva e correlativa entre o meio utilizado e o objetivo a ser perseguido, aferindo, no caso concreto, se a opção adotada serve para solucionar o conflito posto.

Ávila aborda o tema em sua obra, resumindo-o da seguinte forma:

A adequação significa a idoneidade do meio utilizado para a persecução do fim desejado.¹²¹

Ora, se o caminho eleito, apesar de aparentemente vantajoso, não é adequado a atingir o fim almejado, não há pertinência entre a medida e o fim. Deste modo, o que se busca com esse princípio é repelir que a adoção de caminhos ou meios inadequados distanciem a consecução dos objetivos ou tornem inócua a atividade fim.

3.2.2 Princípio da necessidade ou exigibilidade

O princípio da necessidade ou exigibilidade também é conhecido como princípio da menor interferência possível, do mínimo de intervenção, do meio mais suave ou da subsidiariedade.¹²²

Acerca do subprincípio da necessidade são claras as palavras de Wilson Antônio Steinmetz, que assim se manifesta sobre o tema:

¹¹⁹ FIGUEIREDO, Sylvia Marlene de Castro op. cit., p. 189.

¹²⁰ VAZ, Adriana Barroso. **Provas Ilícitas À Luz Do Princípio Da Proporcionalidade**. Disponível em: <<http://www.franca.unesp.br/PROVAS%20ILICITAS.pdf>> Acesso em: 14/11/2007.

¹²¹ ÁVILA, Thiago André Pierobom de. op. cit., p. 19.

¹²² FIGUEIREDO, Sylvia Marlene de Castro. op. cit., p. 189.

No princípio da necessidade, identificam-se, no mínimo, quatro notas essenciais. A **primeira**, já exposta, é o da ingerência ou intervenção mínima no exercício do direito fundamental pelo seu titular. A **segunda** é a de que se parte da hipótese de que havia ou pode haver uma medida alternativa menos gravosa. É a presença do elemento da dúvida. Nesse sentido, é o princípio da desconfiança. A **terceira** nota essencial é a comparabilidade dos meios ou das medidas de restrição. Inicialmente compara-se adotando o critério da menos prejudicialidade. Se houver empate no quesito prejudicialidade, então verifica-se qual é o meio ou medida mais eficaz. (...) A quarta norma essencial é a dimensão empírica. É um juízo de dimensão empírica aquele que indica qual é o meio menos prejudicial.¹²³

Depreende-se, assim, que se almeja com este princípio que somente se realize a utilização do princípio da proporcionalidade, quando for imprescindível sua utilização. Ocorre que, mesmo estando evidenciada a necessidade, é imprescindível o preenchimento dos três requisitos: intervenção mínima; menor gravosidade; ponderação de prejudicialidade.

É de todo oportuno transcrevermos a brilhante conceituação de Sylvia Marlene de Castro Figueiredo, que assim se posiciona sobre o tema:

O meio eleito deve ser, simultaneamente, eficaz e menos desvantajoso, ou melhor, mais suave para os cidadãos.¹²⁴

Chancelando o entendimento de Sylvia são emblemáticas as palavras de Ávila, que assim se manifesta:

Necessidade significa a utilização, entre as várias medidas aptas, da mais benigna, mais suave ou menos restritiva.¹²⁵

Aderindo à mesma escola teórica, Adriana Barroso assevera:

A necessidade diz respeito ao fato de ser a medida restritiva de direitos indispensável à preservação do próprio direito por ela restringido ou a outro em igual ou superior patamar de importância, isto é, na procura de meios menos nocivo capaz de produzir o fim propugnado pela norma em questão.¹²⁶

Perceptível se faz que, com fulcro no princípio da necessidade, exige-se, para a adoção da ponderação de interesses no caso concreto, a imprescindibilidade de

¹²³ STEINMETZ apud ANTUNES, Roberta Pacheco. **O princípio da proporcionalidade e sua aplicabilidade na problemática das provas ilícitas em matéria criminal**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8153&p=2>> . Acesso em: 07/11/2007.

¹²⁴ FIGUEIREDO, Sylvia Marlene de Castro. op. cit., p. 190.

¹²⁵ ÁVILA, Thiago André Pierobom de. op. cit., p. 19.

¹²⁶ VAZ, Adriana Barroso. **Provas Ilícitas Á Luz Do Princípio Da Proporcionalidade**. Disponível em: <<http://www.franca.unesp.br/PROVAS%20ILICITAS.pdf>> Acesso em: 14/11/2007.

sua utilização, ou seja, não basta existir um conflito de interesses, mas exige-se que o conflito seja tão intenso que a intervenção principiológica seja indispensável.

Em razão do princípio da necessidade, também se exige que seja utilizada a forma mais branda de utilização da ponderação de interesses, não extrapolando o patamar necessário para obtenção do fim desejado.

Impõe-se, desta forma, não apenas a adoção do meio mais vantajoso ou de melhor resultado, mas também, o meio que atinja aos objetivos traçados, com a menor onerosidade para a sociedade.

3.2.3 Princípio da proporcionalidade em sentido estrito

É o terceiro integrante da proporcionalidade, sendo dotado de extrema relevância, visto que é o fundamento da idéia de proporcionalidade como equilíbrio e pode ser assim definido:

Na proporcionalidade em sentido estrito, a relação entre o meio adotado e o fim perseguido deve ser proporcional e conforme, que se caracteriza quando a vantagem representada pelo alcance do fim supera o prejuízo decorrente da limitação concretamente imposta a outros interesses igualmente protegidos.¹²⁷

O princípio da proporcionalidade em sentido estrito é um arquétipo doutrinário, que objetiva amoldar situações concretamente conflitantes através de um juízo valorativo, que busca a consecução de uma solução na qual a vantagem, oriunda da mitigação de um princípio ou interesse, por outro igualmente protegido, supera o prejuízo da limitação exercida.

A doutrina, na abalizada voz de Adriana Barroso, é pacífica em afirmar:

A proporcionalidade em sentido estrito constitui a própria valoração, no caso concreto, dos direitos em questão, a qual deve ter conteúdo essencialmente teleológico.¹²⁸

É sobretudo importante ressaltar que:

¹²⁷ FIGUEIREDO, Sylvia Marlene de Castro. op. cit., p. 192.

¹²⁸ VAZ, Adriana Barroso. **Provas Ilícitas Á Luz Do Princípio Da Proporcionalidade**. Disponível em: <<http://www.franca.unesp.br/PROVAS%20ILICITAS.pdf>> Acesso em: 14/11/2007.

Já a proporcionalidade em sentido estrito é o postulado de ponderação de interesses, propriamente dito.¹²⁹

Ou seja, fica patente que é neste subprincípio que reside a exigência de um equilíbrio ou de um juízo de equivalência entre as regras conflitantes, exigindo o sopesar dos direitos em choque para manter-se o equilíbrio da nossa Carta Magna.

3.3 A PROPORCIONALIDADE E SUA PRESENÇA CONSTITUCIONAL

Como já visto anteriormente, o princípio da proporcionalidade encontra-se fragmentado em três subprincípios dele subjacentes e a ele integrantes e que tem sua observância obrigatória, bem como obediência a forma cadenciada e organizada de leitura.

Sobre o tema, é importante ressaltar que:

A ordem de aplicação desses subprincípios é sucessiva, iniciando-se pela adequação e passando pela necessidade até a ponderação, de forma que, caso a medida restritiva seja reprovada em um desses parâmetros, não será necessária a aplicação dos demais.¹³⁰

Observa-se, de forma clara e irretorquível, que a subdivisão em subprincípios é uma construção justificada e que fornece uma metodologia para utilização do princípio da proporcionalidade, não ficando ao exclusivo arbítrio do intérprete sua aplicação, que deve seguir ao rito pré-ordenado, sob pena de invalidade.

A natureza ou fundamento do princípio da proporcionalidade está intrinsecamente ligado ao Estado Democrático de Direito e a sua estrutura política que impõe a supremacia da Constituição e exige uma compatibilização entre as normas vigentes de forma que nenhuma afaste totalmente o alcance da outra.¹³¹

O Estado brasileiro optou pela construção de uma constituição analítica e formal, na qual todas as normas possuem o mesmo patamar hierárquico, não podendo uma suprimir a outra, sob pena de se criar um sistema de desrespeito a Constituição.

Nesse sentido, é pacífica a doutrina:

¹²⁹ ÁVILA, Thiago André Pierobom de. op. cit., p. 20.

¹³⁰ ÁVILA, Thiago André Pierobom de. op. cit., p. 20.

¹³¹ FIGUEIREDO, Sylvia Marlene de Castro. op. cit., p. 196.

O princípio da proporcionalidade faz parte da nossa Constituição Federal de 1988 como um princípio implícito. Referido princípio tem o condão de limitar o arbítrio no exercício das funções estatais e de assegurar valores e interesses consagrados constitucionalmente (art. 3º, CF). Na interpretação constitucional, constitui um guia, de que o aplicador do direito pode se valer na ponderação de princípios e de direitos fundamentais em conflito, aplicando-o aos interesses postos em causa, a fim de obter a “norma de decisão” que regula a hipótese fática, solucionando, assim, o caso que lhe é trazido à baila.¹³²

Essa construção é também reforçada pelo doutrinador Thiago Ávila que leciona o seguinte:

No texto constitucional brasileiro, não há dispositivo explícito consagrando o princípio da proporcionalidade. Todavia, a doutrina aponta que se trata de um princípio constitucional implícito, derivado de vários dispositivos constitucionais.¹³³

O princípio da proporcionalidade tem sido reconhecido como sendo princípio constitucional implícito decorrente de inúmeros valores presentes no texto constitucional que reconhecem a dignidade humana e também a igualdade de tratamento nas relações jurídicas.

Cumprindo ainda ressaltar que existe um medo que paira sobre a cabeça dos intérpretes quanto ao alto teor de subjetivismo que está intrínseco ao princípio da proporcionalidade que, conforme alguns, poderá ocasionar sérios riscos as regras constitucionais.¹³⁴

Outro fato relevante é que o princípio da proporcionalidade apresenta claramente evidenciadas duas atribuições, a primeira é que ele serve como um instrumento de bloqueio, ou seja, por meio dele evita-se o arbítrio e o esmagamento de princípios constitucionais.¹³⁵

De outro lado, o princípio da proporcionalidade serve como uma forma de resguardar os interesses constitucionalmente protegidos, pois, por meio do equilíbrio e do sopesamento de princípios constitucionalmente protegidos permite-se evitar a inutilização de alguns princípios através de uma solução equilibrada.¹³⁶

¹³² FIGUEIREDO, Sylvania Marlene de Castro. *op. cit.*, p. 217.

¹³³ ÁVILA, Thiago André Pierobom de. *op. cit.*, p. 21.

¹³⁴ GRINOVER, Ada Pelegrine. FERNANDES, Antonio Scarance. FILHO, Antonio Magalhães Gomes. *op. cit.*, p. 115.

¹³⁵ FIGUEIREDO, Sylvania Marlene de Castro. *op. cit.*, p. 213.

¹³⁶ FIGUEIREDO, Sylvania Marlene de Castro, *op. cit.*, p. 214.

É lúcido que o princípio constitucional da proporcionalidade, apesar de alguns autores manifestarem um certo medo acerca da sua utilização deliberada causar insegurança na interpretação constitucional, sua existência é imprescindível para dirimir os conflitos entre normas constitucionais no mesmo patamar hierárquico.

Dessa forma, o princípio da proporcionalidade surge como um fenômeno de equilíbrio que busca, através de um juízo de ponderação, estabelecer quais princípios prevalecerão em determinadas circunstâncias e quais deverão ser mitigados de forma que um não estanque a existência do outro, mas que exista uma situação de total harmonia.

4 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E AS PROVAS ILÍCITAS

Em virtude do texto constitucional não ter estabelecido um limite ao princípio da inadmissibilidade das provas ilícitas no processo, a doutrina e a jurisprudência têm tentado operar uma harmonização na sua convivência constitucional com outros princípios de igual relevância e valor, por meio da utilização do princípio da proporcionalidade.

4.1 PONDERAÇÕES GERAIS

Inicialmente, é importante traçar que há uma clara tendência na doutrina nacional e internacional em adotar-se o princípio da proporcionalidade como dissipador de conflitos ou aparentes antagonismos constitucionais existentes.

No tocante às provas ilícitas, há um intenso trabalho doutrinário e jurisprudencial que vem tentando construir um ponto de equilíbrio entre a preservação do princípio da inadmissibilidade das provas ilícitas e a sua convivência harmoniosa com os demais princípios constitucionais.

Sobre o tema, o professor Kildare ressalva que:

Advirta-se, no entanto, que a rigidez da vedação das provas ilícitas vem sendo abrandada, mas em casos de excepcional gravidade, pela aplicação do princípio da proporcionalidade, caso em que as provas ilícitas, verificada a excepcionalidade do caso, poderão ser utilizadas. Para tanto é necessário, contudo, que o direito tutelado seja mais importante que o direito à intimidade, segredo e privacidade.¹³⁷

É importante destacar que, em muitos casos, já há uma pacificação clara de que o princípio constitucional da inadmissibilidade das provas ilícitas no processo

¹³⁷CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional Didático**. Belo Horizonte 6ª Edição. Del Rey. p. 208.

deve ser abrandado, pois a sua aplicação absoluta ensejaria a construção de decisões totalmente afastadas do senso comum de justiça e da nossa realidade processual.

É interessante trazer à baila as Palavras de Nucci:

Teoria da proporcionalidade (teoria da razoabilidade ou do interesse predominante): tem por finalidade equilibrar os direitos individuais com os interesses da sociedade, não se admitindo, a rejeição contumaz das provas obtidas por meios ilícitos.¹³⁸

Apesar de existir uma aparente pacificação na admissibilidade das provas ilícitas em determinados casos, a jurisprudência tem sido uníssona que essa utilização deve ser realizada em caso extremos.

Vejamos como nossa Corte Suprema tem trabalhado o assunto:

Objecção de princípio — em relação à qual houve reserva de Ministros do Tribunal — à tese aventada de que à garantia constitucional da inadmissibilidade da prova ilícita se possa opor, com o fim de dar-lhe prevalência em nome do princípio da proporcionalidade, o interesse público na eficácia da repressão penal em geral ou, em particular, na de determinados crimes: é que, aí, foi a Constituição mesma que ponderou os valores contrapostos e optou — em prejuízo, se necessário da eficácia da persecução criminal — pelos valores fundamentais, da dignidade humana, aos quais serve de salvaguarda a proscrição da prova ilícita: de qualquer sorte — salvo em casos extremos de necessidade inadiável e incontornável — a ponderação de quaisquer interesses constitucionais oponíveis à inviolabilidade do domicílio não compete *a posteriori* ao juiz do processo em que se pretenda introduzir ou valorizar a prova obtida na invasão ilícita, mas sim àquele a quem incumbe autorizar previamente a diligência. (HC 79.512, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 16-12-99, DJ de 16-5-03)¹³⁹

Essa construção jurisprudencial é reforçada pelo entendimento doutrinário exarado pela festejada Ada Pellegrine Grinover:

Trata-se do denominado *Verhältnismässigkeitsprinzip*, ou seja, de um critério de proporcionalidade, pelo qual os tribunais da então Alemanha Federal, sempre em caráter excepcional e em casos extremamente graves, têm admitido a prova ilícita, baseando-se no princípio do equilíbrio entre valores fundamentais.¹⁴⁰

¹³⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. op. cit., p. 338.

¹³⁹ **Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/legislacao/constituicao/pesquisa>> Acesso em 28 ago. 2007.

¹⁴⁰ GRINOVER, Ada Pellegrine. FERNANDES, Antonio Scarance. FILHO, Antonio Magalhães Gomes. op. cit., p. 115.

O princípio implícito da proporcionalidade tem sido utilizado para mitigar o princípio da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos, no intuito de compatibilizá-lo com os demais princípios constitucionais, de modo que mantenha-se uma harmonia entre as regras integrantes da nossa Carta Cidadã.

Entretanto, como fica claro no dispositivo trazido, bem como na doutrina acostada, esse princípio deve ser utilizado em casos extremados e nos quais não haja uma definição clara pelo legislador constituinte originário de qual deles foi escolhido.

A corrente que sustenta a utilização do princípio da proporcionalidade, visando atenuar a inadmissibilidade das provas ilícitas no processo, assim se posiciona:

Corrente obstativa atenuada pela teoria da proporcionalidade – não admite a prova ilícita como princípio geral, mas a aceita em situações excepcionais em que, objetivamente, necessite-se proteger valores mais relevantes que os protegidos com a proibição da colheita probatória. Tem por imprescindível o sopesamento judicial dos bens jurídicos envolvidos, tutelando-se o de maior carga valorativa. Sustenta, ainda, que nenhum princípio constitucional é absoluto, devendo conviver harmonicamente com outros de igual inspiração na Magna Carta.¹⁴¹

Assim, não se deve utilizar a todo o momento o princípio da proporcionalidade, mas como recurso extremo destinado a equilibrar a relação constitucional conflituosa, por intermédio de uma ponderação de interesses.

Deste modo, caberá ao aplicador da norma ou seu intérprete sopesar de forma harmônica e equilibrada qual princípio deverá preponderar e em qual circunstância se ensejará a utilização de um princípio em detrimento de outro.

Ocorre que a aplicação do princípio constitucional implícito da proporcionalidade quando necessitado no caso concreto, exige, para sua utilização, o preenchimento dos subprincípios já anteriormente mencionados na seqüência estabelecida para que seja cancelada sua utilização.

¹⁴¹ ACIOLI, José Adelmy da Silva. **A Admissibilidade da prova ilícita em caráter excepcional de acordo com o princípio da proporcionalidade.** Disponível em: <www.anamatra.org.br/hotsite/conamat06/trab_cientificos/teses/tese%20enviada.doc> Acesso em: 14/11/2007.

Mas, mesmo com diversos entendimentos apreciando a utilização do princípio da proporcionalidade, ainda existem alguns que rechaçam sua utilização, *in verbis*:

Da explícita proscrição da prova ilícita, sem distinções quanto ao crime objeto do processo (CF, art. 5º, LVI), resulta aprevalência da garantia nela estabelecida sobre o interesse na busca, a qualquer custo, da verdade real no processo: conseqüente impertinência de apelar-se ao princípio da proporcionalidade — à luz de teorias estrangeiras inadequadas à ordem constitucional brasileira — para sobrepor, à vedação constitucional da admissão da prova ilícita, considerações sobre a gravidade da infração penal objeto da investigação ou da imputação. (HC 80.949, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 30-10-01, *DJ* de 14-12-01)¹⁴²

Nucci também se posiciona em contrário, assinalando o seguinte:

Sob o nosso ponto de vista, não é o momento para o sistema processual penal brasileiro, imaturo ainda em assegurar, efetivamente, os direitos e garantias individuais, adotar a teoria da proporcionalidade. Necessitamos manter o critério da proibição plena da prova ilícita, salvo nos casos em que o preceito constitucional se choca com outro de igual relevância.¹⁴³

Apesar do notável posicionamento estar escorado em uma fundamentação que defende a supremacia da Constituição, há uma clara distorção da realidade, pois, ao revés do que traduz o acórdão, bem como o posicionamento de Nucci, o princípio da proporcionalidade não é nenhum problema sob a ótica constitucional e não visa sobrepor a vedação das provas ilícitas.

Busca-se, com o princípio da proporcionalidade, a harmonia entre todos os princípios da Constituição, por meio de uma ponderação de interesses conflitantes, ou seja, buscando um resultado equânime para os anacronismos constitucionais, primando pela supremacia integral e harmônica da constituição.

Apesar da aparente tranqüilidade quanto a existência e a utilização do princípio da proporcionalidade existem duas situações que suscitam em alguns, um arrepio na seara doutrinária que é a utilização de provas ilícitas pro reo e pro societate.

¹⁴² **Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/legislacao/constituicao/pesquisa>> Acesso em 28 ago. 2007.

¹⁴³ NUCCI, Guilherme de Souza. op. cit., p. 338.

4.2 PROVAS ILÍCITAS EM FAVOR DO RÉU

O princípio da proporcionalidade, construído pelos tribunais europeus e que tem sido utilizado largamente na doutrina brasileira, encontra uma acomodação pacífica quando utilizado em proteção ao réu.

O Promotor de Justiça Fernando Capez, em sua festejada obra, ensina:

A aceitação do princípio da proporcionalidade *pro reo* não apresenta maiores dificuldades, pois o princípio que veda as provas obtidas por meios ilícitos não pode ser usado como escudo destinado a perpetuar condenações injustas. Entre aceitar uma prova vedada, apresentada como único meio de comprovar a inocência de um acusado, e permitir que alguém, sem nenhuma responsabilidade pelo ato imputado, seja privado injustamente de sua liberdade, a primeira opção é, sem dúvida, a mais consetânea com o Estado Democrático de Direito e a proteção da dignidade humana.¹⁴⁴

É evidente que em nosso sistema jurídico, no qual se abarca o princípio da dignidade da pessoa humana como um de seus fundamentos máximos, não se pode aceitar que, em decorrência da inadmissibilidade das provas ilícitas no processo, se prive alguém de sua liberdade, o bem jurídico mais precioso.

Nesse passo leciona o professor Ávila que:

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.¹⁴⁵

Seria temerário e um retrocesso em nosso ordenamento jurídico utilizarmos um princípio criado para proteger o cidadão da atuação arbitrária do Estado na persecução penal em desfavor desse cidadão, que seria privado de sua liberdade mesmo tendo elementos que atestassem sua inocência.

O iluminado Guilherme de Souza Nucci preleciona que:

Sabemos que “nenhum direito reconhecido na Constituição pode revestir-se de um caráter absoluto”(Celso Bastos, Curso de direito Constitucional, p. 228), razão pela qual, se o texto constitucional rejeita o erro judiciário, é natural que não seja possível sustentar a proibição da prova ilícita contra os

¹⁴⁴ CAPEZ, Fernando. op. cit., p. 37.

¹⁴⁵ ÁVILA, Thiago André Pierobom de. op. cit., p. 203.

interesses do réu inocente. Dessa forma, se uma prova for obtida por mecanismo ilícito, destina-se a absolver o acusado, é de ser admitida, tendo em vista que o erro judiciário precisa ser, a todo custo, evitado.¹⁴⁶

A inexistência de garantias constitucionais absolutas é a premissa sobre a qual se ergue a utilização do princípio da proporcionalidade, pois este princípio consiste na racionalização do equilíbrio por meio de um conjunto de dogmas e regras.

O texto constitucional, ao mesmo tempo em que repele a utilização de provas ilícitas, na mesma intensidade repele o erro judiciário, daí se faz mister a utilização do princípio da proporcionalidade para aparar esse conflito existente, pois em determinados casos ou se preserva a inadmissibilidade das provas ilícitas ou se comete um erro judiciário.

Nesse tópico, tem sido admitida a utilização de provas ilícitas, pois seria muito mais gravoso do ponto de vista constitucional cometer-se um erro judiciário e condenar um inocente do que autorizar a utilização de uma prova ilícita que abonasse sua inocência.

O Supremo Tribunal Federal tem ventilado a matéria em inúmeros acórdãos e julgamentos, sendo certo que assim tem se manifestado de forma majoritária:

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. Ilícitude 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). No mesmo sentido: HC 75.338, Rel. Min. Nelson Jobim, julgamento em 11-3-98, *DJ* de 25-9-98.¹⁴⁷

O entendimento jurisprudencial acima trazido é uma evidência clara do acolhimento do princípio da proporcionalidade *pro reo*, visto que, ao promover a captação de conversa alheia para proteger-se de uma conduta criminosa, o réu estaria utilizando-se de uma violação ao direito alheio para proteção de seu direito.¹⁴⁸

Nesse mesmo entendimento, Grinover prescreve o seguinte:

¹⁴⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. op. cit., p. 338.

¹⁴⁷ **Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/legislacao/constituicao/pesquisa>> Acesso em 28 ago. 2007.

¹⁴⁸ MORAES, Alexandre de. op. cit., p. 101.

Além disso, quando a prova, aparentemente ilícita, for colhida pelo próprio acusado, tem-se entendido que a ilicitude é eliminada por causas legais, como a legítima defesa, que exclui a antijuridicidade.¹⁴⁹

A tese de que o réu, quando age em proteção de um bem jurídico seu, está amparado pelas excludentes de antijuridicidade, é aceita por parte da doutrina e asseguraria, de forma equilibrada, que a prova obtida nessa condição não seria ilícita.

A doutrina converge no seguinte sentido:

A aplicação do princípio da proporcionalidade sob a ótica do direito de defesa, onde impera o princípio do *favor rei* é de aceitação praticamente unânime pela doutrina e jurisprudência. Até mesmo quando se trata de prova ilícita colhida pelo próprio acusado, tem-se entendido que a ilicitude é eliminada por causas de justificação legais da antijuridicidade, como a legítima defesa.¹⁵⁰

Corroborando o entendimento acima assentado, Ávila raciocina da seguinte forma:

Se o acusado está sendo injustamente acusado e diligencia a produção de prova ilícita, estará atuando em estado de necessidade que, sendo uma causa de exclusão da ilicitude (decorrente da proporcionalidade), torna lícita a utilização da prova.¹⁵¹

Extraí-se, de forma inafastável, que a legitimação das provas obtidas por meios ilícitos, apesar de tachada por alguns de legítima defesa ou estado de necessidade, decorre da ponderação constitucional de interesses garantidos, portanto, trata-se de utilização do princípio da proporcionalidade.

A doutrina pátria assim tem assentado a matéria:

A prova obtida com violação de direitos fundamentais, se destina a provar a inocência do acusado (adequação), sendo a única forma de que este dispõe (necessidade), respeitando a proporcionalidade do bem lesado com o bem a ser protegido (proporcionalidade estrita), deve ser aceita pelo juízo a aplicação do princípio da proporcionalidade.¹⁵²

É nesse ponto que entra a ponderação de interesses, pois o réu em que pese ter violado o direito à intimidade e a vida privada alheia, está buscando assegurar a

¹⁴⁹ GRINOVER, Ada Pelegrine. FERNANDES, Antonio Scarance. FILHO, Antonio Magalhães Gomes. op. cit., p. 115.

¹⁵⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. op. cit., p. 339.

¹⁵¹ ÁVILA, Thiago André Pierobom de. op. cit., p. 203.

¹⁵² ÁVILA, Thiago André Pierobom de. op. cit., p. 203.

sua liberdade, e seria inconcebível que, em razão de aspectos formais do processo, se garantisse a privacidade de alguém em detrimento da liberdade de outrem.

Não é despiciendo salientar que:

Trata-se de aplicação do princípio da proporcionalidade, na ótica do direito de defesa, também constitucionalmente assegurado, e de forma prioritária no processo penal, todo informado pelo princípio *favor rei*.¹⁵³

Fica iniludível, também, que é imprescindível que se averigüe o preenchimento dos subprincípios integrantes do princípio da proporcionalidade para aferir-se se, no caso concreto, a ponderação de interesses seria adequada, necessária e proporcional.

É nessa esteira de raciocínio que ingressa o princípio da proporcionalidade *pro reo*, quando temos em colisão dois princípios constitucionais, mas um deles possui naquele caso um maior valor social, devendo ser preservado este em detrimento do que possui menor valor em termos humanos.

Evidentemente, essa utilização do princípio da proporcionalidade não deve ser feita de forma irresponsável, pois se necessita passar pelo crivo do julgador que deverá verificar o preenchimento dos subprincípios integrantes, bem como se a relevância dos interesses em conflito, suscita a utilização do princípio.¹⁵⁴

4.3 PROVAS ILÍCITAS EM BENEFÍCIO DA SOCIEDADE

A aparente pacificação vivenciada na utilização do princípio da proporcionalidade em favor do réu é simplesmente inexistente quando trabalhamos com tema em favor da sociedade.

A tese de admissibilidade de provas ilícitas *pro societate* se justifica sob o aspecto que, às vezes, encontraremos o conflito de direitos constitucionalmente garantidos em que de um lado se apontam direitos e garantias individuais e de outro, direitos de repercussão social e que em tese estariam conflitando.

¹⁵³ GRINOVER, Ada Pelegrine. FERNANDES, Antonio Scarance. FILHO, Antonio Magalhães Gomes. op. cit., p. 116.

¹⁵⁴ ÁVILA, Thiago André Pierobom de. op. cit., p. 205.

O conflito surgido entre o princípio da inadmissibilidade das provas ilícitas no processo e certas garantias coletivas, de extrema relevância social, tem suscitado, em alguns doutrinadores, o entendimento de que, em razão do princípio da proporcionalidade, deve haver um sopesamento entre eles para se aferir qual será utilizado.

O Estado estaria obrigado a fornecer aos cidadãos a segurança prevista no artigo 5º, caput, da Constituição Federal, bem como estaria compelido a garantir inadmissibilidade das provas ilícitas no processo. No entanto, supondo que em dado momento essas garantias conflitassem, qual delas o Estado deveria proteger? A doutrina aponta inúmeros caminhos.

Nesse passo, é importante trazer à lume, o entendimento do festejado professor Fernando Capez que aborda a matéria da seguinte forma:

Entendemos não ser razoável a postura inflexível de se desprezar, sempre, toda e qualquer prova ilícita. Em alguns casos, o interesse que se quer defender é muito mais relevante do que a intimidade que se deseja preservar. Assim, surgindo conflito entre os princípios fundamentais da Constituição, torna-se necessária a comparação entre eles para verificar qual deva prevalecer. Dependendo da razoabilidade do caso concreto, ditada pelo senso comum, o Juiz poderá admitir uma prova ilícita ou sua derivação, para evitar um mal maior, como, por exemplo, a condenação injusta ou a impunidade de perigosos marginais. Os interesses que se colocam em posição antagônica precisam ser cotejados, para escolha de qual deva ser sacrificado.¹⁵⁵

Extrai-se que, em determinadas circunstâncias e em razão da relevância do direito pungido, o Estado-juiz ver-se-ia obrigado a escolher qual direito ou garantia deveria proteger, utilizando-se do juízo de proporcionalidade, conforme os critérios principiológicos já mencionados, para dissolver o conflito de interesses existente.

No que concerne ao tema, Aranha assim discorre:

Em certas situações, a sociedade, representada pelo Estado, é posta diante de dois interesses fundamentais relevantes, antagônicos e que ela cumpre preservar: a defesa de um princípio constitucional e a necessidade de perseguir e punir o criminoso. A solução deve consultar o interesse que prevalecer e que, como tal, deve ser preservado.¹⁵⁶

Em pontos anacrônicos se apresentariam: o dever estatal de exercer a persecução criminal e de promover a pretensão punitiva sobre os que transgridem a

¹⁵⁵ CAPEZ, Fernando. op. cit., p. 34.

¹⁵⁶ ARANHA apud ÁVILA, Thiago André Pierobom de. op. cit., p. 203.

lei e, em contraponto, estaria a proteção constitucional da inadmissibilidade das provas ilícitas no processo.

A resposta ao impasse surgido adviria do caso concreto, visto que o operador do direito é que deverá sopesar os interesses conflitantes e eleger qual seria o preponderante através de um juízo de proporcionalidade.

De outro lado, tem-se erigido doutrinariamente a utilização do princípio da proporcionalidade quando estão em conflito o princípio da inadmissibilidade das provas ilícitas e a proteção da moralidade e da publicidade administrativa.

Em determinadas situações há, de um lado, uma prova obtida com violação à intimidade ou à vida privada do agente público, que comete uma infração aos seus deveres funcionais de moralidade e transparência na gestão da coisa pública, e de outro, os imperativos constitucionais de obediência à moralidade e publicidade na gestão da coisa pública, ficando evidente a existência de conflito entre o artigo 37 e o artigo 5º da Constituição Federal.

Ora, em estando patente a existência de conflito entre os princípios da moralidade e publicidade administrativa com os princípios da inviolabilidade da intimidade e da vida privada, qual deles deveria prevalecer?

Trabalhando o tema exposto acima, insta transcrever o entendimento do renomado Alexandre de Moraes que preleciona “*ad litteram*”:

Dessa forma, a conjugação dos princípios da moralidade e publicidade impede que o agente público utilize-se das inviolabilidades à intimidade e à vida privada para prática de atividades ilícitas, pois, na interpretação das diversas normas constitucionais, deve ser concedido o sentido que assegure sua maior eficácia, sendo absolutamente vedada a interpretação que diminua sua finalidade, no caso, a transparência dos negócios públicos.

¹⁵⁷

No vertente caso, irretorquível se faz a utilização do princípio da proporcionalidade em favor da sociedade, pois, ao se sopesar os princípios constitucionais em conflito, de um lado a intimidade ou a privacidade do agente e de outro a moralidade e a publicidade dos negócios públicos, deveria optar-se pela prevalência do interesse público.

¹⁵⁷ MORAES, Alexandre de. op. cit., p. 102.

O Supremo Tribunal Federal, em casos análogos, tem tido o seguinte posicionamento:

Alegada nulidade da ação penal, que teria origem em procedimento investigatório do Ministério Público e incompatibilidade do tipo penal em causa com a Constituição Federal. Caso em que os fatos que basearam a inicial acusatória emergiram durante o inquérito civil, não caracterizando investigação criminal, como quer sustentar a impetração. A validade da denúncia nesses casos, proveniente de elementos colhidos em inquérito civil, se impõe, até porque jamais se discutiu a competência investigativa do Ministério Público diante da cristalina previsão constitucional (art. 129, II, da CF). Na espécie, não está em debate a inviolabilidade da vida privada e da intimidade de qualquer pessoa. A questão apresentada é outra. Consiste na obediência aos princípios regentes da Administração Pública, especialmente a igualdade, a moralidade, a publicidade e a eficiência, que estariam sendo afrontados se de fato ocorrentes as irregularidades apontadas no inquérito civil. (HC 84.367, Rel. Min. Carlos Britto, julgamento em 9-11-04, DJ de 18-2-05)¹⁵⁸

O próprio Supremo, que tem rechaçado veementemente a utilização do princípio da proporcionalidade em prol da sociedade, alegando que sua utilização seria o sepultamento do princípio da inadmissibilidade das provas ilícitas no processo, tem, nas entrelinhas de seus posicionamentos jurisprudenciais, demonstrado afeição ao princípio da proporcionalidade, bem como a sua utilização, ainda que implicitamente.

Nesse diapasão, corroborando a utilização do princípio da proporcionalidade em benefício da sociedade, faz-se mister trazer o entendimento do Supremo Tribunal Federal que aduz, *verbis*:

A administração penitenciária, com fundamento em razões de segurança pública, de disciplina prisional ou de preservação da ordem jurídica, pode, sempre excepcionalmente, e desde que respeitada a norma inscrita no art. 41, parágrafo único, da Lei n. 7.210/84, proceder à interceptação da correspondência remetida pelos sentenciados, eis que a cláusula tutelar da inviolabilidade do sigilo epistolar não pode constituir instrumento de salvaguarda de práticas ilícitas. (HC 70.814, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 1º-3-94, DJ de 24-6-94).¹⁵⁹

No tocante à utilização do princípio da proporcionalidade, percebe-se que o Supremo Tribunal Federal tem acolhido sua utilização, em casos extremados, sopesando os princípios constitucionais em conflito e dando preferência a assegurar a segurança pública em detrimento de garantir a inviolabilidade do sigilo epistolar.

¹⁵⁸ **Supremo Tribunal Federal.** Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/legislacao/constituicao/pesquisa>> Acesso em 28 ago. 2007.

¹⁵⁹ **Supremo Tribunal Federal.** Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/legislacao/constituicao/pesquisa>> Acesso em 28 ago. 2007.

Embora exista uma corrente que tem se afirmado em favor da utilização de provas obtidas por meios ilícitos para salvaguardar interesses coletivos de maior valor constitucional, existe, em parte da doutrina, certa resistência a essa utilização, visto que na nossa sociedade ainda tem uma imaturidade constitucional que poderia ocasionar um sistema de desrespeito aos princípios constitucionais.¹⁶⁰

Nessa esteira de pensamento, seria inadmissível a utilização de provas ilícitas em benefício da sociedade, pois sua utilização poderia construir um sistema de desrespeito à constituição e culminaria, conseqüentemente, na eliminação do princípio constitucional da inadmissibilidade das provas ilícitas no processo, razão pela qual não se poderia tolerar qualquer exceção à inadmissibilidade das provas ilícitas.

De outro giro, reside um outro forte argumento de que o princípio constitucional da inadmissibilidade das provas ilícitas no processo, consoante entendimentos do próprio Supremo Tribunal Federal, seria a própria manifestação da vontade do constituinte originário, não tolerando redução em seu alcance pela proporcionalidade, visto que o constituinte já teria feito a escolha do que deveria prevalecer no momento em que o inseriu no artigo 5º, LVI, da nossa Carta Magna.

¹⁶⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. op. cit., p. 338.

5 CONCLUSÃO

A prova é o instrumento utilizado para formar a convicção do juiz nas decisões, sendo o farol que encaminha o juiz para uma decisão justa. No sistema constitucional brasileiro, incumbe ao julgador verificar se a prova foi produzida de acordo com os ditames da lei e se ela é capaz de demonstrar ou não a existência de um fato.

Assim como todo instituto jurídico, a prova possui um conjunto de regramentos e princípios que guiam e norteiam a sua utilização e produção, dentre eles o que assume um papel de maior importância é o princípio constitucional da inadmissibilidade das provas ilícitas no processo.

As provas ilícitas são oriundas do gênero provas vedadas, que abarca as provas obtidas com violação a normas de direito material ou processual. As que fossem obtidas com transgressão a normas de direito material seriam ilícitas e as com violação a normas de direito processual seriam ilegítimas.

O princípio da inadmissibilidade das provas ilícitas no processo foi inserto em nossa Carta Magna com o objetivo político de proteger os direitos e garantias fundamentais do cidadão de eventuais exageros e arbítrios do Estado no exercício da atividade jurisdicional.

Ocorre que, no decorrer do exercício da atividade jurisdicional do Estado, esse princípio passou a colidir com outros revestidos do mesmo valor constitucional, nascendo aí uma celeuma jurídica de difícil resolução.

Esse princípio constitucional que limita o ingresso de provas que tenham sido obtidas por meios ilícitos, ou seja, aquelas obtidas com violações a normas de cunho material ou processual, não é um princípio absoluto.

Em decorrência da inexistência de qualquer princípio constitucional absoluto e em razão da necessidade de pacificação de eventual colisão de princípios, para manter-se a harmonia do sistema constitucional, a doutrina construiu o princípio da proporcionalidade.

Erigido por meio de decisões dos Tribunais alemães, o princípio da proporcionalidade ganhou repercussão mundial, sendo utilizado no âmbito jurisdicional em diversos tribunais do mundo e em nosso país pelo Supremo Tribunal Federal e pelas Cortes inferiores.

O princípio da proporcionalidade é considerado um princípio constitucional implícito decorrente da dignidade da pessoa humana, sendo composto de três subprincípios integrantes: necessidade (essencial para alcançar o fim desejado); adequação (o meio deve ser apropriado ao fim desejado); proporcionalidade em sentido estrito (balanceamento de interesses).

A utilização desse princípio, com intuito de mitigar o alcance da inadmissibilidade das provas ilícitas no processo, inicialmente somente era aceita, com certa resistência, quando se destinasse a proteger o réu, visando evitar a privação da liberdade de um inocente ou uma condenação injusta.

Hodiernamente, é pacífico o entendimento do Supremo Tribunal Federal, bem como da doutrina brasileira, acerca da possibilidade de utilizar-se uma prova ilícita a favor do réu para provar sua inocência, desde que respeitados, rigorosamente, os subprincípios que integram o princípio da proporcionalidade.

No tocante à utilização do princípio da proporcionalidade para permitir o uso de provas ilícitas em favor da sociedade, não há uma pacificação jurisprudencial ou

doutrinária, sendo que o próprio Supremo Tribunal Federal tem, em alguns casos, afastado sua utilização, sob o pretexto de preservar o princípio constitucional da inadmissibilidade das provas ilícitas no processo.

Em que pese a existência de entendimentos doutrinários e jurisprudenciais em contrário, é mais consetâneo à realidade social de nosso país a autorização da utilização das provas ilícitas em benefício da sociedade, em certos casos específicos.

Seria inadmissível que, em nome da proteção à inadmissibilidade das provas ilícitas no processo, deixássemos de punir um agente público que, no uso de suas atribuições públicas, comete um crime, visto que a Constituição repele a imoralidade e ilegalidade na mesma força em que protege a inadmissibilidade das provas ilícitas no processo.

Não seria razoável negar-se a existência de dois dispositivos constitucionais, sob pretexto de preservarmos a inadmissibilidade das provas ilícitas, mantendo-se na impunidade aquele que violou a Constituição e perpetuou práticas criminosas contra o erário público, em detrimento de toda sociedade.

Com efeito, mister se faz salientar que não se pode vulgarizar a utilização do princípio da proporcionalidade, pois é necessária, para sua aplicação ao caso concreto, a observância peremptória dos três subprincípios: necessidade; adequação; proporcionalidade em sentido estrito.

Impende ressaltar que as provas obtidas com a prática de tortura serão sempre inadmissíveis, visto que sua obtenção cristaliza-se em violação a inúmeros princípios constitucionais, inclusive o da dignidade da pessoa humana, sendo, portanto, imprestável para ensejar a existência de qualquer tipo de prova.

Deste modo, excetuando-se a tortura, não há uma solução exata para o problema, pois, a cada caso, caberá ao interprete verificar a presença dos três subprincípios autorizadores (necessidade, adequação e proporcionalidade), para, posteriormente, realizar a ponderação dos interesses, verificando, desta forma, se a prova, apesar de ilícita, poderá ser utilizada no processo.

6 REFERÊNCIAS

ACIOLI, José Adelmy da Silva. **A Admissibilidade da prova ilícita em caráter excepcional de acordo com o princípio da proporcionalidade**. Disponível em: <www.anamatra.org.br/hotsite/conamat06/trab_cientificos/teses/tese%20enviada.doc> Acesso em: 14/11/2007.

ANTUNES, Roberta Pacheco. **O princípio da proporcionalidade e sua aplicabilidade na problemática das provas ilícitas em matéria criminal**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8153&p=2>> . Acesso em: 07/11/2007.

ÁVILA, Thiago André Pierobom de. **Provas Ilícitas e Proporcionalidade**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris. 2007.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Dicionário de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1994.

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2ª Edição: J. Cretela Junior; Agnes Cretella.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 9 ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

BRASIL. **Código de Processo Penal**. Vade Mecum, 3ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. **Código Penal**. Vade Mecum, 3ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Vade Mecum, 3ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. **Supremo Tribunal Federal**. Disponível em:
<<http://www.stf.gov.br/legislacao/constituicao/pesquisa> Acesso em 28 ago. 2007.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional Didático**. Belo Horizonte 6ª Edição. Del Rey.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 1ª ed. São Paulo:Saraiva 1997.

DECLARAÇÃO DOS DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO. Disponível em:
http://pfdc.pgr.mpf.gov.br/legislacaopfdc/docs_declaracoes/declar_dir_homem_cidad_ao.pdf Acesso em 07/11/2007

ESPÍNDOLA FILHO, Eduardo. Código de Processo Penal Brasileiro Anotado, Rio de Janeiro. Volume II.

FIGUEIREDO, Sylvia Marlene de Castro. **A Interpretação e o Princípio da Proporcionalidade**. São Paulo: RCS Editora, 2005.

FILHO, Fernando da Costa Tourinho. **Processo Penal**. 21ª edição. São Paulo : Saraiva, 1999.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Direito à prova no Processo Penal**. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais 1997.

GRECO FILHO, Vicente. **Manual de Processo Penal**. São Paulo: Saraiva 1993.

GRINOVER, Ada Pelegrine. FERNANDES, Antonio Scarance. FILHO, Antonio Magalhães Gomes. **As Nulidades no Processo Penal**. São Paulo: Malheiros. 3ª Edição.1993.

IHERING, Rudolf Von. **A Luta pelo Direito**. São Paulo: Martin Claret, 2002.
Tradução Pietro Nasseti.

JUNKES, Maria Bernardete. SANTOS, Maria Lindomar. **Trabalhos Acadêmicos: a facilidade em desenvolvê-los**. Rolim de Moura: D'press, 2007.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, Tradução J. Cretella Jr. e Agnes Cretella.

MAGNA CARTA DE 1215. Disponível em:
<http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/magna.htm>, acesso em: 07/11/2007.

MALATESTA, Nicola Flamarino Dei. **A Lógica das Provas em Matéria Criminal**. Tradução da 6ª edição, Bookseller, 2005, vol. I.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal**. 1ª Edição. Campinas - SP. 1998, BookSeller.

MIRABETE, Júlio Fabrini. **Código de Processo Penal Interpretado**. São Paulo: Atlas, 1996.

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

MOTTA, Sylvio, DOUGLAS, William. *Direito constitucional*. 5. cd., Rio de Janeiro: Impetus, 1999.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

PAULO, Vicente. **Aulas de Direito Constitucional**. Niterói: Impetus 2007. (pg. 170)

PRADO, Leandro Cadenas. **Provas Ilícitas no Processo Penal**. Niterói: Impetus, 2006.

REIS, Alexandre Cebrian Araújo. GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Processo Penal: Parte Geral**. 11ª Edição. São Paulo. Editora Saraiva 2007.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do Contrato Social**. São Paulo: Martin Claret, 2002. Tradução Pietro Nasseti.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros. 1999.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

SILVA, César Dario Mariano da. **Provas Ilícitas**. 5ª Edição. Rio de Janeiro. Forense. 2007.

TESSLER, Marga Inge Barth. **Dignidade da Pessoa Humana, Direitos Fundamentais e Multiculturalismo**. Disponível em: <http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=476> acessado em 10.10.07.

VAZ, Adriana Barroso. **Provas Ilícitas Á Luz Do Princípio Da Proporcionalidade**. Disponível em: <<http://www.franca.unesp.br/PROVAS%20ILICITAS.pdf>> Acesso em: 14/11/2007.

DECLARAÇÃO DE AUTORIA.

Declaro para os devidos fins que a Monografia intitulada **INADMISSIBILIDADE DAS PROVAS ILÍCITAS NO PROCESSO PENAL SOB A ÓTICA CONSTITUCIONAL**, foi por mim elaborada, nos prazos, termos e normas metodológicas estabelecidas pelo departamento do Curso de Direito da Universidade Federal de Rondônia - UNIR - *Campus* de Cacoal.

VALÉRIO CÉSAR MILANI E SILVA.

Dezembro de 2007