

**ESCOLA DA MAGISTRATURA DO PARANÁ
XXVII CURSO DE PREPARAÇÃO À MAGISTRATURA
NÚCLEO DE CURITIBA**

VÂNIA APARECIDA CHAVES MOZUCK

**PROVAS ILÍCITAS NO PROCESSO PENAL E PRINCÍPIO DA
PROPORCIONALIDADE**

CURITIBA

2008

VÂNIA APARECIDA CHAVES MOZUCK

**PROVAS ILÍCITAS NO PROCESSO PENAL E PRINCÍPIO DA
PROPORCIONALIDADE**

Monografia apresentada como requisito parcial para conclusão do Curso de Preparação à Magistratura em Nível de especialização. Escola da Magistratura do Paraná, Núcleo de Curitiba.

ORIENTADOR: Prof.º Roberto Luiz Santos Negrão

CURITIBA

2008

TERMO DE APROVAÇÃO

VÂNIA APARECIDA CHAVES MOZUCK

PROVAS ILÍCITAS NO PROCESSO PENAL E PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Monografia aprovada como requisito parcial para conclusão do Curso de Preparação à Magistratura em nível de Especialização, Escola da Magistratura do Estado do Paraná, Núcleo de Curitiba, pela seguinte banca examinadora.

Orientador: Prof. -----

Avaliador: Prof. -----

Avaliador: Prof. -----

Curitiba, ---- de ----- de 2008.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	05
2 DA PROVA	08
2.1 CONCEITO E FINALIDADE.....	08
2.2 DA PROVA COMO DIREITO FUNDAMENTAL.....	11
2.3 MEIOS DE PROVA.....	13
2.4 LIMITES À PRODUÇÃO DA PROVA.....	15
3 DA PROVA OBTIDA POR MEIO ILÍCITO	18
3.1 DEFINIÇÃO DE PROVA ILÍCITA E GENERALIDADES.....	18
3.2 A INADMISSIBILIDADE DAS PROVAS OBTIDAS POR MEIO ILÍCITO.....	21
3.3 EFEITOS.....	23
4 PROVAS ILÍCITAS POR DERIVAÇÃO	28
5 PROVAS ILÍCITAS E PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE	35
5.1 CONCEITO E EVOLUÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE.....	35
5.2 PROPORCIONALIDADE EM BENEFÍCIO DO ACUSADO.....	42
5.3 PROPORCIONALIDADE EM BENEFÍCIO DA SOCIEDADE	45
6 CONCLUSÃO	50
7 REFERÊNCIAS	53

RESUMO

A presente pesquisa trata da aplicação do princípio da proporcionalidade na problemática das provas obtidas por meios ilícitos no processo penal. O principal objetivo deste trabalho foi demonstrar a possibilidade de utilização no processo das provas ilícitas com fundamento no princípio da proporcionalidade. Para isto foi preciso trazer ao conhecimento dos leitores as diversas posições doutrinárias e jurisprudenciais sobre o assunto. A partir disto, pôde-se perceber que a ampla maioria da doutrina aceita a utilização de provas obtidas por meios ilícitos, em situações excepcionais quando em benefício do acusado. No entanto, poucos defendem a admissibilidade da prova ilícita em prol da sociedade. Foi analisada a prova no processo penal, trazendo seu conceito, finalidade, meios de prova e limitações à sua utilização. Logo após, foi conceituada a prova ilícita, explicando seus efeitos no processo, bem como foi analisada a questão das provas ilícitas por derivação. Por fim, pesquisa apresentou a questão da admissibilidade da prova ilícita com supedâneo no princípio da proporcionalidade, explicando sua utilização em favor do acusado e também em prol da sociedade.

1 INTRODUÇÃO

O direito à produção de provas é um dos direitos fundamentais assegurados na Constituição Federal. É o instrumento utilizado pelas partes para convencer o julgador acerca da maneira como os fatos se deram para que possa proferir uma decisão.

A princípio todos os meios de prova são admitidos no processo, desde que moralmente legítimos.

A Constituição Federal faz uma ressalva a respeito da liberdade de produção probatória, isto é, veda expressamente a utilização de provas obtidas por meios ilícitos.

No Código de Processo Penal a mesma proibição vem elencada no artigo 157 afirmando que as provas ilícitas devem ser desentranhadas do processo.

A prova proibida é o gênero da qual são espécies as provas ilícitas que são aquelas obtidas por meio de violação a regras de direito material, e as provas ilegítimas, ou seja, aquelas que afrontam regras de direito processual.

Como regra geral, são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos. No entanto, o rigor da referida norma vem sendo abrandado em algumas hipóteses.

A questão gera controvérsias na doutrina e na jurisprudência, no que tange a possibilidade de aceitação de provas materialmente ilícitas em situações excepcionais.

A respeito do tema surgiu a teoria da proporcionalidade, oriunda do direito alemão, como argumento para a admissibilidade da prova ilícita no processo, sobretudo para

beneficiar o acusado. Para os defensores dessa teoria a rigidez normativa poderia levar a situações potencialmente conflitivas, pendendo a proteção de um direito em detrimento de outro.

A discussão sobre a admissibilidade ou não das provas ilícitas no processo é importante, sobretudo em função do choque ente garantias individuais do cidadão frente aos arbítrios de um Estado despreparado para combater a criminalidade.

Nesse ponto não se pode adotar uma solução formalista, sob pena de grave violação de um direito fundamental em virtude da supervalorização de outro, o que geraria flagrantes injustiças.

O presente trabalho tem por objetivo expor as posições doutrinárias e jurisprudenciais a respeito do tema provas ilícitas, entendidas como aquelas produzidas com inobservância de regras de direito material, dos costumes, dos princípios gerais do direito e da moral, já que é nestes casos que reside a maior controvérsia.

A fim de orientar a exposição do tema, serão apresentadas noções gerais relativas à prova penal, de modo a delimitar seu conceito, seu objeto, a finalidade da prova, os meios e limites à produção desta.

Como ponto central da pesquisa, será analisado o alcance da vedação constitucional às provas ilícitas, através da apresentação das posições doutrinárias e jurisprudenciais, sob o prisma da colisão entre direitos fundamentais, apresentado princípio da proporcionalidade como ponto de equilíbrio.

Este trabalho abordará também a questão das provas ilícitas por derivação, apresentando as diversas correntes doutrinárias e jurisprudenciais sobre o tema, com especial atenção à teoria dos frutos da árvore envenenada, oriunda do direito norte-americano, explanando sua adoção no sistema jurídico brasileiro.

Por fim, esta monografia em capítulo específico sobre o princípio da proporcionalidade, abordará seu conceito, breve esboço histórico e a sua aplicação na discussão da admissibilidade das provas ilícitas no processo, tanto em prol do acusado como em favor da sociedade.

2 DA PROVA

A prova é o cerne do processo. Somente por meio dela é que o juiz pode chegar ao convencimento necessário e suficiente para proferir uma decisão. Não basta que as partes apenas aleguem uma pretensão em juízo, sendo a prova o elemento fundamental para o deslinde da questão.

No processo penal, diferentemente do processo civil, o juiz deve tentar se aproximar ao máximo da verdade real e para isso vai valer-se da prova, um instrumento fundamental ao processo.

Neste capítulo o presente trabalho tecerá algumas considerações sobre o conceito, finalidade, meios de prova e vedações a prova.

2.1 CONCEITO E FINALIDADE

Como dito anteriormente a prova é o âmago do processo, é o meio que leva o Juiz ao convencimento de como os fatos alegados pelas partes realmente ocorreram.

Segundo os ensinamentos de Guilherme de Souza Nucci,

o termo prova origina-se do latim – *probatio*-, que significa ensaio, verificação, inspeção, exame, argumento, razão, aprovação ou confirmação. Dela deriva o verbo provar- *probare* -, significando ensaiar, verificar, examinar, reconhecer por experiência, aprovar, estar satisfeito com algo, persuadir alguém a alguma coisa ou demonstrar.¹

A respeito da conceituação do termo prova, preleciona Gomes Filho:

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.²

Para Humberto Teodoro Júnior a prova pode ser conceituada sob dois aspectos diferentes: aspecto objetivo e subjetivo. Objetivo no sentido de que a prova é o instrumento para demonstrar a existência de um fato; Subjetivo, porque é também a certeza originada quanto ao fato. É a convicção formada no espírito do Juiz acerca do fato demonstrado.³

Cesar Dario, citando Malatesta, afirma que os termos verdade e certeza têm significados diferentes: “verdade é a conformidade da noção ideológica com a realidade, enquanto certeza é a crença nessa conformidade, provocando um estado subjetivo do espírito ligado a um fato, ainda que essa crença não corresponda à verdade objetiva”.⁴

¹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal comentado**. 6 ed. São Paulo: RT, 2007, p. 335.

² FILHO, Antonio Magalhães Gomes. **Direito à prova no processo penal**. São Paulo: RT, 1997, p. 41-42.

³ JÚNIOR, Humberto Teodoro. **Curso de direito processual civil**. 41 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 381.

⁴ MALATESTA, apud DA SILVA, Cesar Dario Mariano. **Das provas obtidas por meios ilícitos e seus reflexos no âmbito do Direito processual penal**. São Paulo: Leud, 1999, p. 22.

A prova tem por finalidade demonstrar que tal fato realmente existiu conforme relatado pela parte que faz o uso do instrumento probatório.

A esse respeito ensina Greco Filho:

(...) a finalidade da prova é o convencimento do Juiz, que é o seu destinatário, a prova não tem um fim em si mesma ou um fim 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.⁵

A prova tem por objetivo principal produzir, ou ao menos tentar produzir na cabeça do Juiz um estado de certeza quanto a ocorrência ou não de um fato, da verdade ou falsidade de uma afirmação que seja relevante para o desfecho de um processo.⁶

Na lição de Guilherme de Souza Nucci:

A meta da parte, no processo, portanto é convencer o Magistrado, através do raciocínio, de que a sua noção de realidade é a correta, isto é, de que os fatos se deram no plano real exatamente como descrito em sua petição. Convencendo-se disso, o magistrado, ainda que possa estar equivocado, alcança a certeza necessária para proferir a decisão.⁷

No processo penal, mais especificadamente, a prova tem por finalidade proporcionar ao Estado a possibilidade de punir o transgressor da norma penal, aplicando a este uma sanção penal. Alguém só será condenado no processo penal se a prova for capaz de reduzir

⁵ FILHO, Vicente Greco. **Manual de Processo Penal**. São Paulo: Saraiva: 1993, p. 174.

⁶ MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Processo Penal**. 12 ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 256.

⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. Op. Cit., p.335.

ao máximo a margem de erro do julgador, pois em caso de dúvida deve haver absolvição, em nome do princípio “in dubio pro reo”, consagrado no inciso VII do art. 386⁸ do Código de Processo Penal.

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.⁹

Em síntese, as partes devem produzir devidamente a prova, para que o fato seja comprovado e o Juiz possa decidir de acordo com seu livre convencimento.

2.2 DA PROVA COMO UM DIREITO FUNDAMENTAL

A prova é um dos instrumentos de efetivação do direito ao devido processo legal previsto no rol dos direitos e garantias individuais do artigo 5º da Constituição Federal.

O princípio do devido processo legal engloba o direito de ação, contraditório e ampla defesa.

⁸ O art. 386 do Código de Processo Penal teve o inciso VII acrescentado pela Lei nº. 11.690/2008.

⁹ MALATESTA apud DA SILVA, Cesar Dario Mariano. In Op. Cit., p. 22.

Na lição de Alexandre de Moraes, o devido processo legal, no aspecto formal assegura total paridade de condições ao indivíduo perante o Estado-persecutor e plenitude de defesa, a qual engloba direito à defesa-técnica, publicidade do processo, à citação, à produção ampla de provas, entre outros.¹⁰

No processo penal o direito ao contraditório e a ampla defesa se direcionam mais ao réu, porém não somente a ele, posto que ambas as partes têm direito aos meios e recursos disponíveis a convencer o julgador acerca de sua pretensão.

Nelson Néri Júnior nos ensina que “os contendores têm direito de deduzir suas pretensões e defesas, de realizar as provas que requereram para demonstrar a existência de seu direito, em suma, direito de serem ouvidos paritariamente no processo em todos os seus termos”.¹¹

Na visão de Dinamarco, o direito à prova está no bojo do que seja o contraditório, como sua última etapa, assentado num trinômio: pedir, alegar e provar.¹²

Eduardo Cambi insere o direito à prova como garantia de defesa. Explica este autor que:

a garantia constitucional da defesa é concebida em sentido amplo. A própria Constituição, ao referir-se à defesa, ressalta essa interpretação extensiva, afirmando, no art. 5º, LV, que ‘aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes’. Dentre os meios inerentes à

¹⁰ MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil Interpretada e legislação constitucional**. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 365.

¹¹ NÉRI, Néilson Júnior. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**. 6.ed. São Paulo: RT, 2000, p. 130-132.

¹² DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. São Paulo: Malheiros, 2001, v.3, p. 46-47.

ampla defesa, inclui-se o direito à prova ou direito de defender-se provando, até porque uma defesa, sem a possibilidade de prova não seria uma defesa ampla.¹³

Partindo do pressuposto que a prova é um direito fundamental da parte, a negativa do direito à prova produz cerceamento de defesa e configura *erro in procedendo* por parte do juiz, tornado por consequência nulo o processo.

2.3 MEIOS DE PROVA

A princípio, no direito processual penal não há restrições quanto aos meios de prova a serem produzidos, exceto quanto ao estado das pessoas, conforme prevê o parágrafo único do artigo 155¹⁴ do Código de Processo Penal, *in verbis*: "Somente quanto ao estado das pessoas serão observadas as restrições estabelecidas na lei civil".

O Código de Processo Penal elenca como meios de prova, as perícias em geral, a confissão, provas testemunhais, depoimento da vítima, reconhecimento de pessoas e coisas, acareação, documentos, entre outros.

¹³ CAMBI, Eduardo. **Direito Constitucional à prova no processo civil**. São Paulo: RT, 2001, p. 123.

¹⁴ O dispositivo teve o parágrafo único acrescentado pela Lei nº. 11.690/2008 que alterou dispositivos do Código de Processo Penal, relativos à prova.

Meios de prova, para Guilherme de Souza Nucci: "são os recursos diretos ou indiretos utilizados para alcançar a verdade dos fatos no processo, ou seja, são os métodos pelos quais as informações são introduzidas no processo".¹⁵

De regra não há limitações aos meios de prova. Vigora o princípio da liberdade da produção das provas no Processo Penal, em nome da busca da verdade real. Porém, a liberdade na produção probatória, não é absoluta, prevendo a lei restrições à prova estabelecida na lei civil quanto ao estado das pessoas.¹⁶

Nesse sentido preleciona Tourinho Filho:

Em princípio, há, pois, uma liberdade na procura da verdade real, ainda na fase de investigação policial, como se infere dos incs. IV, V, VI, VII, VIII, IX do art. 6º do CPP, com especial ênfase no inc. III, onde se fala de "todas as provas que servirem para o esclarecimento do fato e suas circunstâncias", quer na fase instrutória, como se deduz da redação do art. 155 do mesmo estatuto.¹⁷

Na lição de Fernando Capez, "o meio de prova compreende tudo quanto possa servir, direta ou indiretamente, à demonstração da verdade que se busca no processo".¹⁸

Os meios de prova arrolados no Código de Processo Penal não compõem um rol taxativo, mas exemplificativo, pois todos são permitidos desde que legais e morais.¹⁹

¹⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. **O valor da confissão como meio de prova no processo penal**. 1 ed. São Paulo: RT, 1997, p. 59.

¹⁶ MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Código de Processo Penal Interpretado**. 11 ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 454.

¹⁷ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal**. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 517.

¹⁸ CAPEZ, Fernando. Op. Cit., p. 255.

¹⁹ DA SILVA, César Dario Mariano. Op. Cit., p. 18.

Nesse sentido é o entendimento de Ada Pellegrini Grinover: “a prova será ilegal toda vez que caracterizar violação de normas legais ou de princípios gerais do ordenamento, de natureza processual ou material”.²⁰

Acerca da limitação ao princípio da liberdade dos meios de prova a doutrina elenca alguns exemplos: parágrafo único do art. 155²¹; art. 158²²; art. 479²³ todos do Código de Processo Penal.

2.4 LIMITES À PRODUÇÃO DA PROVA

O direito à prova, embora constitucionalmente assegurado, por estar inserido nas garantias do contraditório e ampla defesa não é absoluto assim como todo e qualquer direito ou garantia fundamental.

Os direitos individuais não podem ser entendidos de modo absoluto, em nome da convivência humana que não permite que qualquer direito ou liberdade seja exercido de forma danosa à ordem pública e às liberdades alheias.

Nas palavras de Grinover:

²⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As nulidades no processo penal**. 6 ed. São Paulo: RT, 1999, p. 127.

²¹ “Art. 155, p. único: Somente quanto ao estado das pessoas serão observadas as restrições estabelecidas na lei civil”.

²² “Art. 158: Quando a infração deixar vestígios, será indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado”.

²³ “Art. 479: “Durante o julgamento não será permitida a leitura de documento ou a exibição de objeto que não tiver sido juntado aos autos com antecedência mínima de 3 (três) dias úteis, dando-se ciência à outra parte”.

As grandes linhas evolutivas dos direitos fundamentais, após o liberalismo, acentuaram a transformação dos direitos individuais em direitos do homem inserido na sociedade. De tal modo que não é mais exclusivamente com relação ao indivíduo, mas no enfoque de sua inserção na sociedade, que se justificam, no Estado social de direito, tanto os direitos como as suas limitações.²⁴

Corroborando o entendimento acima descrito:

O direito à prova, embora esteja assegurado na Constituição Federal através dos direitos de ação, defesa e contraditório, não é absoluto. Em qualquer democracia, a ordem constitucional e legal deverá ser obedecida, mormente quando da postulação em Juízo, um dos momentos culminantes do Estado Democrático de Direito. De tal forma, embora a busca da verdade real seja o objetivo principal do processo penal, certos limites deverão ser obedecidos quando da produção probatória.²⁵

Avolio, no mesmo sentido, afirma que a liberdade probatória é a melhor opção nos dias atuais, mas esta não deve ser vista de forma absoluta. "O Estado, assim deve restringir, limitar, proibir ou impedir a utilização de determinados meios, ou o seu uso em relação a certos fatos. Tudo em prol da defesa dos valores sociais, dentre os quais avultam a liberdade e a intimidade".²⁶

O processo deve se desenvolver dentro dos limites da moral que rege a atividade do juiz e das partes. No processo penal, é de maior importância a observância dos limites do

²⁴ GRINOVER, Ada Pelegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Op. Cit., p.127-128.

²⁵ DA SILVA, César Dario Mariano. Op. Cit., p. 21.

²⁶ AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas ilícitas. Interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas.** 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 35.

direitos à prova, eis que trabalha com a liberdade do indivíduo um dos bens jurídicos mais importantes.

Não pode o juiz com supedâneo no princípio da verdade real sacrificar direitos e garantias fundamentais, ultrapassando os limites à produção da prova previstos na lei e na Constituição.

A Constituição Federal em seu artigo 5º, LV proíbe expressamente a produção de provas obtidas por meios ilícitos, *in verbis*: "são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos".

A lei nº. 11.690/2008 que alterou dispositivos do Código de Processo Penal, no que se refere à prova, modificou a redação do artigo 157 que agora dispõe: "São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais".

A questão da prova ilícita no âmbito do processo penal será abordada com maior profundidade no próximo capítulo desta monografia.

3 DA PROVA OBTIDA POR MEIOS ILÍCITOS

Como dito anteriormente, a Constituição Federal e recentemente o Código de Processo Penal vedam expressamente a utilização de provas obtidas por meios ilícitos no processo. Logo, o processo penal deve formar-se em torno da produção de provas legais e legítimas, inadmitindo-se qualquer prova obtida por meio ilícito.

Partindo deste pressuposto, chega-se ao cerne deste trabalho, que é a explanação da problemática do uso das provas obtidas por meio ilícito no processo penal. Contudo, para tanto, faz-se necessário estabelecer alguns conceitos e tecer breves considerações acerca do tema.

3.1 DEFINIÇÃO DE PROVA ILÍCITA E GENERALIDADES

O conceito de ilícito vem do latim (*illicitus=Il+licitus*), possuindo dois sentidos: a) sob o significado restrito, quer dizer o proibido por lei; b) sob o prisma amplo, tem o sentido de ser contrário à moral, aos bons costumes e aos princípios gerais de direito.²⁷

Primeiramente cabe explicar que prova proibida é um termo empregado genericamente do qual se extraem duas espécies: prova ilegítima e prova ilícita propriamente dita. Assim sendo, cabe diferenciá-las.

Consoante Nucci: "(...) nesse contexto abrem-se duas óticas, envolvendo o que é materialmente ilícito (a forma de obtenção da prova é proibida por lei) e o que é formalmente ilícito (a forma de introdução da prova no processo é vedada por lei)".²⁸

A respeito do assunto, nos ensina Alexandre de Moraes:

(...) as provas ilícitas são aquelas obtidas com infringência ao direito material, as provas ilegítimas são as obtidas com desrespeito ao direito processual. Por sua vez as provas ilegais seriam o gênero do qual as espécies são as provas ilícitas e as ilegítimas, pois configuram-se pela obtenção com violação de natureza material ou processual ao ordenamento jurídico.²⁹

Há também quem entenda que o gênero é denominado prova vedada, do qual brotam as espécies provas ilícitas- aquelas que ofendem o direito normas ou princípios de

²⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. Op. Cit., p. 336.

²⁸ Idem. p. 336.

²⁹ MORAES, Alexandre de. Op. Cit., p. 377.

direito material (constitucional ou processual) e as ilegítimas aquelas ofensivas às demais normas.³⁰

Analisando o tema César Dario citando Quiroga, preleciona:

A terminologia citada não é uniforme. Assim alguns autores se referem à prova proibida, outros a ilegal, outros a ilegalmente obtida, outros a ilícitas, outros a ilicitamente obtida, outros a ilegalmente admitida, e, enfim, outros a proibições probatórias. E certamente existem matizes e razões que podem avalizar estas diferenças terminológicas: uma prova pode, não obstante ser lícita em outro caso, haver sido sem embargo, ilicitamente obtida na hipótese concreta de que se trata; por outra parte, uma prova pode ser por si mesma em qualquer caso sempre ilícita por previsão legal que proíba sua realização, com independência do procedimento seguido para seu obtido para sua obtenção.³¹

Contudo, prevalece na doutrina o entendimento de que o gênero é a ilicitude, do qual são espécies as provas ilegítimas e ilícitas propriamente ditas.

Provas ilícitas são aquelas obtidas com infringência às normas de direito material, ou seja, todas aquelas produzidas mediante a prática de crime ou contravenção, as que violarem normas de direito civil, comercial ou administrativo, bem como aquelas que afrontem quaisquer dos princípios vigentes no ordenamento jurídico.³²

Como exemplos de provas ilícitas propriamente dita temos: a diligência de busca e apreensão sem prévia autorização judicial ou durante a noite; a confissão obtida por meio de tortura; a interceptação obtida sem autorização judicial; as cartas interceptadas por meios criminosos.

³⁰ AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. Op. Cit., p. 42.

³¹ QUIROGA apud DA SILVA, César Dario Mariano. In Op. Cit., p. 23.

³² CAPEZ, Fernando. Op. Cit., p. 246.

As ilegítimas, no entender de Mirabete são: “as que afrontam normas de direito processual, tanto na produção como na introdução da prova no processo”.³³

No Código de Processo Penal o descumprimento das regras previstas nos artigos 479³⁴ e 207³⁵ constituem exemplos de provas ilegítimas.

Contudo, não é a diferenciação entre provas ilícitas e ilegítimas o ponto chave deste trabalho. O crucial é a análise da utilização das provas ilícitas em sentido estrito no âmbito do processo penal. Interessa, portanto aqui, as provas ilícitas em sentido material, entendendo-se por estas, segundo Ada Pelegrini Grinover:

Por prova ilícita, em sentido estrito, indicaremos, portanto, a prova colhida infringindo 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. Constituem, assim, provas ilícitas as obtidas com violação do domicílio (art. 5º, XI, CF) ou das comunicações (art. 5º, XII, CF); as conseguidas mediante tortura ou maus tratos (art. 5º, III, CF); as colhidas com infringência à intimidade (art. 5º, X, CF), etc.³⁶

Destarte, sendo a prova materialmente ilícita ou processualmente ilícita não poderá ser utilizada no processo. No entanto, quanto a sua não utilização, há exceções como será exposto nos próximos capítulos.

³³ MIRABETE, Júlio Fabbrini. Op. Cit., p. 260.

³⁴ “Art. 479: Durante o julgamento não será permitida a leitura de documento ou a exibição de objeto que não tiver sido juntado aos autos com a antecedência mínima de 3 (três) dias úteis, dando-se ciência à outra parte”.

³⁵ “Art. 207: São proibidas de depor as pessoas que, em razão de função, ministério, ofício ou profissão, devam guardar segredo, salvo se desobrigadas pela parte interessada, quiserem dar seu testemunho”.

³⁶ GRINOVER, Ada Pelegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Op. Cit., p. 131-132.

3.2 A INADMISSIBILIDADE DAS PROVAS OBTIDAS POR MEIOS ILÍCITOS

A Constituição Federal traz como um de seus princípios a vedação da utilização das provas obtidas por meios ilícitos no processo. É o teor do artigo 5º, LVI, *in verbis*: “são inadmissíveis no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”.

No mesmo sentido prevê o artigo 157 do Código de Processo Penal: “São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais”.

A doutrina e a jurisprudência, durante algum tempo, oscilaram quanto á admissibilidade processual das provas ilícitas. A convicção era de que a prova obtida por meios ilícitos devia ser banida do processo, por mais relevantes que fossem os fatos por ela apurados, uma vez que se subsume ela ao conceito de inconstitucionalidade, por violar vários direitos constitucionais, como por exemplo, a inviolabilidade de domicílio, a intimidade, o sigilo das comunicações, a própria integridade e dignidade da pessoa.³⁷

No entanto, esta vedação vem sendo atenuada em algumas situações com fundamento no princípio da proporcionalidade que consiste no sopesamento de valores em um caso concreto para se definir qual direito deve prevalecer. Sabe-se que nenhum direito, por mais fundamental que seja, não é absoluto, por isso em algumas hipóteses poderemos

³⁷ Ibidem. p. 133-134.

ter o afastamento da vedação da utilização das provas obtidas por meios ilícitos em busca da verdade real no processo penal.

Nesse sentido, preleciona a doutrina:

A teoria, hoje dominante, da inadmissibilidade processual das provas ilícitas, colhidas com infringência a princípios ou normas constitucionais, vem, porém, atenuada por outra tendência, que visa a corrigir possíveis distorções a que a rigidez da exclusão poderia levar em casos de excepcional gravidade. 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 contrastantes.
³⁸

Nesta seara cabe-nos demonstrar como será aplicável o princípio da proporcionalidade na problemática das provas obtidas por meios ilícitos.

3.3 EFEITOS

A Constituição Federal brasileira, como anteriormente visto, considera expressamente inadmissíveis as provas obtidas por meios ilícitos. Todavia não estabelece qual a consequência que deriva da circunstância de, apesar da vedação, a prova vir a ser admitida no processo.

³⁸ GRINOVER, Ada Pelegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Op. Cit., p. 144.

A princípio a utilização da prova vedada acarretaria a nulidade do processo, eis que violam direitos e garantias constitucionais.

Nesse sentido preleciona César Dario:

É pacífico que a violação de qualquer norma constitucional leva à nulidade absoluta do ato. Sendo a prova nula, não poderá produzir nenhum efeito, podendo, inclusive, em determinados casos, onde a nulidade é gritante, ser o ato considerado inexistente pelo fato de sequer serem considerados atos processuais. Ora, se a sanção para a violação de uma norma constitucional é a declaração de nulidade do ato processual, a utilização de uma prova obtida através de meio ilícito levaria necessariamente à nulidade absoluta deste ato. Assim, se foi prolatada uma sentença que utilizou-se da prova inadmissível em sua motivação, essa sentença seria nula.³⁹

A fim de corroborar o entendimento supracitado, Grinover afirma que “o ingresso da prova ilícita no processo, *contra constituicionem*, importa a nulidade absoluta dessas provas, que não podem ser tomadas como fundamento por nenhuma decisão judicial”.⁴⁰

Porém, há entendimentos doutrinários e jurisprudenciais de que a prova ilícita sequer é uma prova, é um ato inexistente, que acarreta como consequência a inexistência da decisão judicial que nela se fundamentou. Se utilizada esta prova, deverá ser desentranhada do processo por ser inexistente. Assim sendo os atos nela se basearam igualmente serão tidos como inexistentes.⁴¹

As provas ilícitas, sendo consideradas pela Constituição inadmissíveis, não são por esta tidas como provas. Trata-se de não-ato, de não-prova, que as reconduz à categoria da

³⁹ DA SILVA, César Mariano. Op. Cit., p. 25.

⁴⁰ GRINOVER, Ada Pelegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Op. Cit., p. 141.

⁴¹ DA SILVA, César Mariano. Op. Cit., p. 26.

inexistência jurídica. Elas simplesmente não existem como provas: não têm aptidão para surgirem como provas.⁴²

A respeito do assunto explica o Ministro Celso de Mello:

A prova ilícita é prova inidônea. Mais do que isso, prova ilícita é prova imprestável. Não se reveste, por essa explícita razão, de qualquer aptidão jurídico-material. Prova ilícita, sendo providência jurisdicional instrutória eivada de inconstitucionalidade, apresenta-se destituída de qualquer grau, por mínimo que seja, de eficácia jurídica.⁴³

Segundo entendimento da Prof. Ada Pellegrini Grinover, quando uma sentença tiver sido fundamentada com base em provas obtidas por meios ilícitos, em grau de recurso o Tribunal deve determinar o desentranhamento das provas e julgará a causa como se elas nunca tivessem existido.⁴⁴

Acerca do desentranhamento da prova ilícita, decidiu o Supremo Tribunal Federal:

Reconhecida a ilicitude da prova constante dos autos, consequência imediata é o direito da parte, à qual possa essa prova prejudicar, a vê-la desentranhada (STF-Pleno- Embargos de declaração em inquérito nº. 731/DF- Rel. Min. Néri da Silveira).

No mesmo sentido decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

⁴² GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Op. Cit., p. 141.

⁴³ MELLO, Celso D. Albuquerque. **Curso de Direito Internacional Público**. 7 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1982, p. 118.

⁴⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Op. Cit., p. 141.

Admite-se, em juízo, todos os meios de prova, salvo as obtidas por meio ilícito. As provas ilícitas, porque proibidas não podem ser consideradas. Cumpre desentranhá-las dos autos (STJ- 6ª. T- RMS nº. 8559/SC- Rel.Min. Vicente Cernicchiaro).

No entanto, se a prova ilícita não foi crucial para o convencimento do julgador não há porque anular toda a decisão judicial.

Nessa linha de pensamento o Supremo Tribunal Federal prolatou a seguinte decisão em sede de Habeas corpus:

Não cabe anular-se a decisão condenatória com base na alegação de haver a prisão em flagrante resultado de informação obtida por meio de censura telefônica deferida judicialmente. É que a interceptação telefônica- prova tida por ilícita até a edição da Lei nº. 9296 de 24-7-96, e que contaminava as demais provas que dela se originavam- não foi a prova exclusiva que desencadeou o procedimento penal, mas somente veio a corroborar as outras lícitamente obtidas pela equipe de investigação policial (STF- 1ª. T- HC- 74.599/SP- Rel. Min. Ilmar Galvão).

Indeferido habeas corpus impetrado sob alegação de haver sido o paciente condenado com base em provas ilícitas (informações provenientes de escuta telefônica autorizada por juiz antes da Lei nº. 9.296/96). A turma entendeu que essas informações, embora houvessem facilitado a investigação – iniciada segundo a polícia, a partir de denúncia anônima- não foram indispensáveis quer para o flagrante, quer para a condenação (STF- Pleno HC nº. 74152/SP, Rel. Min. Sydney Sanches).

Recentemente, a Lei nº. 11.690/2008 que alterou alguns dispositivos do Código de Processo Penal no tocante a prova, modificou a redação do artigo 157, dispondo expressamente que: “são inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais”.

O projeto de lei nº. 4.205/2001 que deu origem à lei nº. 11.690/2008 que alterou dispositivos do Código de Processo Penal no tocante às provas, foi vetado parcialmente pelo Presidente da república, que no uso da prerrogativa que lhe confere o §1º do art. 66⁴⁵ da Constituição Federal, decidiu que tal projeto era contrário ao interesse público.

Ouvidos o Ministério da Justiça e a Advocacia-Geral da União manifestaram-se pelo veto ao seguinte dispositivo:

§4º do art. 157 do Decreto-Lei nº. 3.689, de 3 de outubro de 1941, alterado pelo art. 1º do projeto de lei:

“Art. 157.....

.....

§4º: O juiz que conhecer do conteúdo da prova declarada inadmissível não poderá proferir sentença ou acórdão”.

As razões do veto foram as seguintes:

“O objetivo primordial da reforma processual penal consubstanciada, dentre outros, no presente projeto de lei, é imprimir celeridade e simplicidade ao desfecho do processo e assegurar a prestação jurisdicional em condições adequadas. O referido dispositivo vai de encontro a tal movimento, uma vez que pode causar transtornos razoáveis ao andamento processual, ao obrigar que o juiz que fez toda a instrução processual deva ser eventualmente substituído por outro que nem sequer conhece o caso. Ademais, quando o processo não mais se encontra em primeira instância, a sua redistribuição não atende necessariamente ao que propõe o dispositivo, eis que mesmo que o magistrado conhecedor da

⁴⁵ “Art. 66, §1º: Se o Presidente da República considerar o projeto, no todo ou em parte, inconstitucional ou contrário ao interesse público, vetá-lo-á total ou parcialmente, no prazo de quinze dias úteis, contados da data do recebimento, e comunicará, dentro de 48 horas, ao Presidente do Senado Federal os motivos do veto”.

prova inadmissível seja afastado da relatoria da matéria, poderá ter que proferir seu voto em razão da obrigatoriedade da decisão coligada”.⁴⁶

O veto se fundamenta, resumidamente, no descompasso existente entre o conteúdo previsto no §4º e os sentimentos que nortearam a criação da Lei nº. 11.690/2008, que busca dar maior celeridade aos julgamentos. Alega-se que o tempo exigido para que o juiz substituto tomasse conhecimento de toda a instrução processual seria prejudicial à celeridade almejada.

4 PROVAS ILÍCITAS POR DERIVAÇÃO

Outra questão que merece atenção na presente monografia são as provas ilícitas por derivação. Tais provas são aquelas lícitas em si mesmas, mas que se originaram de uma prova obtida por meio ilícito.

Nas palavras de Fernando Capez, as provas ilícitas por derivação: “são aquelas lícitas em si mesmas, mas produzidas a partir de um fato ilícito. Não poderão ser aceitas, uma vez que contaminadas pelo vício da ilicitude em sua origem, o qual atinge todas as demais provas que dela se originaram”.⁴⁷

⁴⁶ PROJETO DE LEI Nº. 4.205/2001 que altera dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, relativos à prova, e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Projetos/Quadros/quadro_PL/2001.htm> Acesso em 24/10/2008.

⁴⁷ CAPEZ, Fernando. Op. Cit., p. 252-253.

Um exemplo para ilustrar o conceito acima é o caso da confissão obtida mediante tortura, em que o acusado indica onde se encontra o produto do crime, que vem a ser regularmente apreendido. Ou o caso da interceptação telefônica clandestina, por intermédio da qual o órgão policial descobre uma testemunha do fato que, em depoimento pessoal regularmente prestado, incrimina o acusado.

A respeito da prova ilícita por derivação, nosso ordenamento jurídico adotou a teoria dos “frutos da árvore envenenada” (*fruits of the poisonous tree*), oriunda do direito norte americano, segundo a qual o vício da planta se transmite a todos os seus frutos.

Essa categoria de provas ilícitas foi reconhecida pela Suprema Corte norte-americana, com base na teoria dos “frutos da árvore envenenada”- *fruits of the poisonous tree*- segundo a qual o vício da planta se transmite a todos os seus frutos. A partir de uma decisão proferida no caso *Silverthorne Lumber Co. vs. United States*, em 1920, as cortes americanas passaram a não admitir qualquer prova, ainda que lícita em si mesma, oriunda de práticas ilegais.⁴⁸

Comentando a teoria da prova ilícita por derivação, majoritariamente aceita nos Estados Unidos, Manuel da Costa Andrade explica que a maneira encontrada pela justiça americana para dar fim aos abusos cometidos por policiais foi tornando ineficaz e inútil a prova produzida por mecanismos ilícitos, sejam elas primárias ou secundárias.⁴⁹

No Brasil, Grinover, Scarance e Magalhães sustentam que a ilicitude da prova se transmite a tudo o que dela advier, sendo inadmissíveis as provas ilícitas por derivação, dentro de nosso sistema constitucional:

Na posição mais sensível às garantias da pessoa humana, e conseqüentemente mais intransigente com os princípios e normas constitucionais, a ilicitude da

⁴⁸ Ibidem, p. 32.

⁴⁹ ANDRADE, Manuel da Costa. **Sobre as proibições de prova em processo penal**. Coimbra: Coimbra Editora, 1992, p. 144.

obtenção da prova transmite-se às provas derivadas, que são assim, igualmente banidas do processo.⁵⁰

É tradicional, o posicionamento na doutrina majoritária não aceitando a prova ilícita por derivação. Comentando o tema, leciona Luiz Fernando Torquato Avolio:

(...) a sua utilização poderia servir de expediente para contornar a vedação probatória: as partes poderiam sentir-se estimuladas a recorrer de expedientes ilícitos com o objetivo de servirem-se de elementos de prova até então intangíveis pelas vias legais. Figure-se, por exemplo, o próprio policial encorajado a torturar o acusado, na certeza de que os fatos extraídos de uma confissão extorquida, e, portanto ilícita, propiciaram a colheita de novas provas, que poderiam ser introduzidas de modo (formalmente) lícito no processo.⁵¹

Nesta ótica há decisões do Supremo Tribunal Federal e de outros tribunais:

Prova: obtenção ilícita, mediante prisão ilegal do indiciado- sem flagrante nem ordem judicial- e em razão dela: falta de justa causa para a condenação que se alicerçou exclusivamente em prova ilicitamente colhida (HC 70.277- MG, 1ª T., rel. Sepúlveda Pertence, 14.12.1993); Prova ilícita – Constituição, art. 5º, LVI – Reconhecida a ilicitude da prova constante dos autos, consequência jurídica imediata é o direito da parte, à qual possa prejudicar, a vê-la desentranhada (ED 731-9/141- DF, Pleno, rel. Min. Néri da Silveira, 22.05.1996).

No mesmo sentido decidiu o Tribunal de Justiça do estado de São Paulo:

⁵⁰ GRINOVER, Ada Pelegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Op. Cit., p. 135.

⁵¹ AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. Op. Cit., p.70.

Há limitações à produção da prova documental. Não pode o Juiz admitir a juntada de cartas particulares, interceptadas ou obtidas por meios criminosos. Não se permite também a juntada de documentos que implique em revelação de segredo profissional (HC 147. 774-3 Limeira, 6ª C., Rel. Djalma Lofrano).

Entretanto, a teoria dos frutos da árvore envenenada possui algumas exceções impostas pela própria Suprema Corte Americana e pela doutrina internacional. Acerca disto preleciona Grinover, Scarance e Magalhães:

(...) excepcionam-se da vedação probatória as provas derivadas das ilícitas, quando a conexão entre umas e outra é tênue, de modo a não se colocarem a primária e as secundárias como causa e efeito; ou ainda, quando as provas derivadas da ilícita poderiam de qualquer modo ser descobertas por outra maneira.⁵²

Admitindo a prova produzida, quando ela não tiver sido fruto exclusivo da ilícita, encontramos decisões no Superior Tribunal de Justiça: “Não há falar na doutrina do *fruit of the poisonous tree* se a escuta telefônica realizada antes da Lei nº. 9296/96, não foi a prova decisiva para a condenação” (HC 9.181-SP, 6ª. T. rel. Fernando Gonçalves, 18.05.1999).

Nessa ótica já decidiu o Supremo Tribunal Federal:

A escuta telefônica, prova ilicitamente obtida, nenhuma influência exerceu, no caso para a formação do convencimento do magistrado de 1º grau e do Tribunal prolator do acórdão impugnado, já que se basearam em outros elementos de prova, validamente recolhidos, sendo certo, ademais, que as investigações

⁵² GRINOVER, Ada Pelegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Op. Cit., p. 135-136.

policiais tiveram início com base em denúncia anônima e não na escuta referida (STF- 1ª T. HC- 74.411-7/SP- Rel. Min. Sydney Sanches-DJ 9.10.1998).

PROVA ILÍCITA. EFEITOS. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. Prova ilícita: da regra constitucional de sua exclusão do processo resulta - segundo decisões majoritárias do STF - a contaminação das provas dela derivadas (fruits of the poisonous tree) e a invalidação da sentença que as tenha por fundamento necessário: a exclusão da prova ilícita e de suas derivações, contudo, não afeta a validade da sentença condenatória, de cujo contexto lógico se possa afirmar a suficiência das provas legítimas e daquelas independentes. (STF - HC 76.641-7 - SP - J. em 01/12/98 - DJ 05.02.1999 - Rel. Min. Sepúlveda Pertence)

Em recente julgado, o Supremo Tribunal Federal, admitiu a utilização das provas obtidas por meios independentes das ilícitas, afastando a aplicabilidade da teoria dos frutos da árvore envenenada:

PROVA PENAL - BANIMENTO CONSTITUCIONAL DAS PROVAS ILÍCITAS (CF, ART. 5º, LVI) - ILICITUDE (ORIGINÁRIA E POR DERIVAÇÃO) - INADMISSIBILIDADE - BUSCA E APREENSÃO DE MATERIAIS E EQUIPAMENTOS REALIZADA, SEM MANDADO JUDICIAL, EM QUARTO DE HOTEL AINDA OCUPADO - IMPOSSIBILIDADE - QUALIFICAÇÃO JURÍDICA DESSE ESPAÇO PRIVADO (QUARTO DE HOTEL, DESDE QUE OCUPADO) COMO "CASA", PARA EFEITO DA TUTELA CONSTITUCIONAL DA INVIOABILIDADE DOMICILIAR - GARANTIA QUE TRADUZ LIMITAÇÃO CONSTITUCIONAL AO PODER DO ESTADO EM TEMA DE PERSECUÇÃO PENAL, MESMO EM SUA FASE PRÉ-PROCESSUAL - CONCEITO DE "CASA" PARA EFEITO DA PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL (CF, ART. 5º, XI E CP, ART. 150, § 4º, II) - AMPLITUDE DESSA NOÇÃO CONCEITUAL, QUE TAMBÉM COMPREENDE OS APOSENTOS DE HABITAÇÃO COLETIVA (COMO, POR EXEMPLO, OS QUARTOS DE HOTEL, PENSÃO, MOTEL E HOSPEDARIA, DESDE QUE OCUPADOS): NECESSIDADE, EM TAL HIPÓTESE, DE MANDADO JUDICIAL (CF, ART. 5º, XI). IMPOSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO, PELO MINISTÉRIO PÚBLICO, DE PROVA OBTIDA COM TRANSGRESSÃO À GARANTIA DA INVIOABILIDADE DOMICILIAR - PROVA ILÍCITA - INIDONEIDADE JURÍDICA - RECURSO ORDINÁRIO PROVIDO. BUSCA E APREENSÃO EM APOSENTOS O C U P A D O S DE HABITAÇÃO COLETIVA (COMO QUARTOS DE HOTEL) - SUBSUNÇÃO DESSE ESPAÇO PRIVADO, DESDE QUE OCUPADO, AO CONCEITO DE "CASA" - CONSEQÜENTE NECESSIDADE, EM TAL HIPÓTESE, DE MANDADO JUDICIAL, RESSALVADAS AS EXCEÇÕES PREVISTAS NO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL. - Para os fins da proteção jurídica a que se refere o art. 5º, XI, da Constituição da República, o conceito normativo de "casa" revela-se abrangente e, por estender-se a qualquer aposento de habitação coletiva, desde que ocupado (CP, art. 150, § 4º, II), compreende , observada essa específica limitação espacial, os quartos de hotel. Doutrina. Precedentes . - Sem que ocorra qualquer das situações taxativamente previstas no texto constitucional (art. 5º, XI), nenhum agente público

poderá, contra a vontade de quem de direito ("invito domino"), ingressar, durante o dia, sem mandado judicial, em aposento ocupado de habitação coletiva, sob pena de a prova resultante dessa diligência de busca e apreensão reputar-se inadmissível, porque impregnada de ilicitude originária. Doutrina. Precedentes (STF). ILICITUDE 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 consequência, 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 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.. (STJ - RO-HC 90.376-2 - 2ªT. - Rel. Min. Celso de Mello - DJ 18.05.2007)

A questão das provas ilícitas por derivação agora vem expressamente prevista no Código de Processo Penal na nova redação dos parágrafos do artigo 157 alterado pela lei nº.

11.690/2008, *in verbis*:

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

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

Esta nova redação foi criada para aclarar a dualidade de requisitos para exclusão da prova derivada: comprovação do nexo de causalidade e ter sido a derivada obtida unicamente por meio da prova ilícita. Com isto assegura-se a valoração das provas obtidas por fonte independente.

5 PROVAS ILÍCITAS E PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

A proibição da utilização das provas obtidas por meios ilícitos é um dos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal. Entretanto, não é um direito absoluto, em virtude da necessidade de conviver com os demais direitos previstos pelo ordenamento jurídico.

O princípio a proporcionalidade tem por finalidade ponderar direitos individuais com os interesses da coletividade, para valorar qual o mais importante no caso concreto, não se

admitindo a rejeição de plano das provas obtidas por meios ilícitos.

O objetivo principal deste trabalho é analisar a incidência do princípio da proporcionalidade na proibição da utilização das provas ilícitas no processo.

5.1 CONCEITO E EVOLUÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

A origem da idéia de proporcionalidade é remota, mais precisamente nasceu na Antigüidade clássica, mas evoluiu durante os séculos transformando-se no que hoje consagra-se como conceito de proporcionalidade.

Os gregos já trabalhavam com a noção de proporcionalidade na Antigüidade clássica. Para estes povos, proporcional era aquilo que de alguma forma representasse "utilidade", na qual viam a "ultima ratio", ou seja, o bem-estar para os indivíduos reunidos em comunidade.

53

Para os gregos a proporcionalidade era empregada tanto no campo da moral como no Direito. No primeiro aspecto, a proporcionalidade era vista como um padrão de comportamento, proporcionalidade significava padrão de justiça, de bondade, de beleza, e aqueles que dessa idéia se afastavam, eram acometidos de sofrimento. Daí partiu a idéia de justiça distributiva, que impõe a divisão de encargos e recompensas como uma forma de

⁵³ AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. Op.Cit., p. 56.

viver harmonicamente em comunidade. No aspecto jurídico, a proporcionalidade era aplicada principalmente no âmbito público, para fundamentar as intervenções do Estado na propriedade privada.⁵⁴

No campo do Direito pode-se dizer que o princípio da proporcionalidade nasceu no âmbito do Direito Administrativo, como uma forma de coibir os abusos do Estado contra os particulares. Mas, logo foi sendo incorporado pelos demais ramos do Direito, proibindo excessos que comprometessem os direitos fundamentais dos cidadãos.

A esse respeito discorre Avolio:

Foi especialmente no campo do Direito Administrativo que o termo “proporcional” (*verhältnismässig*), empregado por Von Berg, em 1802, ao tratar da possibilidade de limitação da liberdade em virtude do então denominado “Direito de Polícia” ganhou expressão. Referindo-se à “proposição de validade geral” (*allgemeingültigen Satz*)-que veda a força policial ir além do que for necessário e exigível para a consecução de sua finalidade.⁵⁵

Quanto à origem do princípio da proporcionalidade, podemos trazer à colação o registro feito por Canotilho, citado por Carlos Alberto Baptista, nestes termos:

O princípio da proporcionalidade dizia primitivamente respeito ao problema da limitação do Poder Executivo, sendo considerado como medida para as restrições administrativas da liberdade individual. É com este sentido que a teoria do estado o considera, já no séc. XVIII, como máxima suprapositiva, e que lê foi introduzido no séc. XIX, no direito administrativo como princípio geral do direito de polícia. Posteriormente, o *princípio da proporcionalidade em sentido amplo*, também conhecido por *princípio da proibição de excesso* (*Übermassverbot*), foi erigido à

⁵⁴ Idem. p. 56.

⁵⁵ Ibidem. p. 57.

dignidade de princípio constitucional, pois enquanto alguns autores pretendem derivá-lo do princípio do Estado de direito outros acentuam que ele está intimamente conexionado com os direitos fundamentais.⁵⁶

Foram os alemães que primeiramente transportaram o princípio da proporcionalidade para o plano do Direito Constitucional.

Hoje a concepção mais atual da proporcionalidade segundo Avolio: “é uma limitação do poder estatal em benefício da garantia da integridade física e moral dos que lhe estão sub-rogados”.⁵⁷

Partindo do pressuposto de que o princípio da proporcionalidade é uma limitação ao poder estatal, logo para que o Estado bem desempenhe suas funções deve atender aos anseios da coletividade, sem desrespeitar direitos individuais fundamentais. Quando faltar alguma regra pautando a atividade do Estado, para coibir seus excessos, pode-se lançar mão do princípio da proporcionalidade, como uma espécie de “freio” ao poder estatal, para que ele não ultrapasse certo limite, sob pena de ir de encontro com os direitos individuais da pessoa humana.⁵⁸

O princípio da proporcionalidade é subdividido em sub-princípios, que alguns doutrinadores chamam de elementos da proporcionalidade, quais sejam: necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito.

⁵⁶ CANOTILHO, apud BAPTISTA, Carlos Alberto. **A vedação constitucional da prova ilícita**, disponível em ,< <http://www.datadez.com.br/doutrina/texto>, acesso em 21/07/2008.

⁵⁷ AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. Op. Cit., p. 57.

⁵⁸ GUERRA FILHO, Willis Santiago. **O princípio constitucional da proporcionalidade**. Ensaios de teoria constitucional. Fortaleza, 1989, p. 74.

Canotilho, citado por Avolio, afirma que a proporcionalidade possui três elementos: exigibilidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito. Para o ilustre doutrinador, qualquer limitação aos direitos, liberdades ou garantias fundamentais deve ser adequada, necessária e proporcional. Ser proporcional significa que “uma lei restritiva, mesmo adequada e necessária, pode ser institucional quando adotes cargas coativas de direitos, liberdades e garantias desmedidas, desajustadas, excessivas ou desproporcionadas em relação aos resultados obtidos”.⁵⁹

Embora o princípio da proporcionalidade possua origem remota, os doutrinadores pátrios do Direito Constitucional e demais ramos do Direito somente mais recentemente vão perceber a necessidade de reconhecê-lo e empregá-lo para o bom funcionamento do Estado Democrático de Direito.⁶⁰

No Brasil, o princípio da proporcionalidade é bem difundido na Doutrina Administrativista. Ao tratar dos poderes de polícia, Maria Sylvia Zanella di Pietro, afirma:

(...) o poder de polícia não deve ir além do necessário para a satisfação do interesse público que visa proteger; a sua finalidade não é destruir os direitos individuais, mas ao contrário assegurar o seu exercício, condicionando-o ao bem-estar social; só poderá reduzi-lo quando em conflito com interesses maiores da coletividade e na medida estritamente necessária à consecução dos fins estatais.⁶¹

O princípio da proporcionalidade não possui previsão expressa em nosso ordenamento jurídico. Contudo, deve ser observado como princípio orientador do intérprete

⁵⁹ CANOTILHO, apud AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. In Op. Cit., p. 58.

⁶⁰ GUERRA FILHO, Willis Santiago. Op. Cit., p. 63.

⁶¹ DI PIETRO, Maria Sylvia. **Direito Administrativo**. 16 ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 116.

do Direito, cuja essência, segundo Willis Santiago “é a preservação dos direitos fundamentais”.⁶²

Por meio deste princípio é que se possibilita a racional ponderação sobre a situação conflituosa surgida entre princípios, direitos fundamentais de modo a imporem-se os menores sacrifícios às partes.

Importa o princípio da proporcionalidade na concreta avaliação a respeito da legitimidade dos fins e dos meios à consecução do fim desejado, da necessidade de sua utilização e da razoabilidade de se sacrificar um direito fundamental em prol de outro.

No campo das provas ilícitas, a proporcionalidade tem importante atuação para resolver o conflito de direitos fundamentais existentes em um caso concreto e qual deles deve prevalecer. Em muitos casos o interesse que se quer defender a partir de uma prova ilícita é muito mais relevante do que aquele que se quer preservar. Dependendo da razoabilidade do caso concreto, o juiz poderá admitir uma prova ilícita para evitar mal maior.

A respeito do princípio da proporcionalidade leciona Inocêncio M. Coelho:

(...) o princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade, em essência, consubstancia uma pauta de natureza axiológica que emana diretamente das idéias de justiça, equidade, bom senso, prudência, moderação, justa medida, proibição de excesso, direito justo, e valores afins; precede e condiciona a positividade jurídica, inclusive no âmbito constitucional; e ainda, enquanto princípio geral do direito serve de regra de interpretação para todo o ordenamento jurídico.⁶³

⁶² GUERRA FILHO, Willis Santiago. Op. cit, p. 64.

⁶³ COELHO, Inocêncio Mártires. **Interpretação Constitucional**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 109.

Em trabalho específico acerca das provas ilícitas, sobre o princípio da proporcionalidade nos ensina Luiz Francisco Torquato Avolio:

A teoria da proporcionalidade ou da razoabilidade, também denominada teoria do balanceamento ou da preponderância de interesses, consiste, pois, exatamente, numa construção doutrinária e jurisprudencial que se coloca nos sistemas da inadmissibilidade da prova obtida ilicitamente, permitindo, em face de uma vedação probatória, que se proceda a uma escolha, no caso concreto, entre os valores constitucionalmente relevantes postos em confronto.⁶⁴

Nesse sentido a lição de CANOTILHO, citado por Fernando Capez: “De um modo geral, considera-se inexistir uma colisão de direitos fundamentais quando o exercício de um direito fundamental por parte de seu titular colide com o exercício do direito fundamental por parte de outro titular”.⁶⁵

Celso Ribeiro Bastos, numa clara aceitação do princípio da proporcionalidade, traz algumas regras de imposição obrigatória ao julgador a serem observadas no momento da avaliação da admissibilidade das provas ilícitas.

A primeira, é que a prova seja indispensável para proteger um direito mais valorizado pela Lei Maior do que aquele afetado pela sua produção. A segunda regra é que a prova seja produzida em favor do réu e não do Estado como titular da ação penal. Finalmente, não deve ter havido participação direta ou indireta do réu no evento inconstitucional que resultou na

⁶⁴ AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. Op. Cit., p. 60.

⁶⁵ CANOTILHO, apud CAPEZ, Fernando. In Op. Cit., p. 34.

coleta da prova.⁶⁶

Em posição diametralmente oposta e criticando especialmente a flexibilização proposta por Celso Ribeiro Bastos, inclusive as regras de imposição obrigatória ao juiz por ele apresentadas, Rogério Lauria Tucci argumenta que as exceções à inadmissibilidade das provas ilícitas devem estar contidas no próprio texto constitucional e são, necessariamente, taxativas, como é o caso dos incisos XI e XII do art. 5º, não comportando qualquer espécie de alargamento de seu conteúdo pela doutrina.⁶⁷

E conclui o afirmando que:

Assim sendo – deve ser aduzido, - não contestando, a Carta Magna da República, qualquer temperamento à preceituação determinante da inadmissibilidade de "provas obtidas por meios ilícitos", uma vez conseguidas ou produzidas por outros meios que não os estabelecidos em lei, e, ainda, moralmente legítimos, por maior que seja a importância do direito individual a ser preservado, não têm elas como ser levadas em conta pelo órgão jurisdicional incumbido de definir a relação jurídica penal submetida à sua apreciação.⁶⁸

Entretanto, a tese da flexibilização da vedação constitucional às provas ilícitas tem recebido a adesão de parte considerável da doutrina, conforme já demonstrado, bem como dos tribunais pátrios, sobretudo nos casos de provas ilícitas que venham a beneficiar a defesa e, em casos mais raros, em benefício da acusação, conforme será demonstrado a seguir.

⁶⁶ BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 18 ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 276.

⁶⁷ TUCCI, Rogério Lauria. **Do corpo de delito no direito processual penal brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1978, p. 235.

⁶⁸ *Ibidem*, p. 238.

5.2 PROPORCIONALIDADE EM BENEFÍCIO DO ACUSADO

A teoria da proporcionalidade sopesa valores distintos para chegar à decisão final sobre a admissibilidade ou não de uma determinada prova obtida através de meio ilícito.

Sustentam os defensores desta teoria que é preciso ponderar os interesses em jogo, quando se viola uma garantia qualquer. Na colisão entre direitos fundamentais, alguns devem prevalecer sobre outros, dado que nenhum direito fundamental por mais importante que seja é absoluto.

A maioria da doutrina defende a posição que a teoria da proporcionalidade só pode ser aplicada em benefício do acusado, porque estaria em jogo seu direito à liberdade, que é mais importante que a vedação da utilização das provas obtidas por meios ilícitos.

Nesse sentido leciona Nucci: "(...) se uma prova for obtida por mecanismo ilícito, destinando-se a absolver o acusado, é de ser admitida, tendo em vista que o erro judiciário precisa ser a todo custo evitado".⁶⁹

Grinover, Scarance e Magalhães sustentam que quando o próprio réu colhe a prova ilícita para provar sua inocência está, na realidade, agindo em legítima defesa, mas não deixam de esclarecer que a aceitação desta prova está condicionada à proporcionalidade.⁷⁰

⁶⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. Op. Cit., p. 338-339.

Nessa ótica encontra-se a lição de Luiz Francisco Torquato Avolio:

A aplicação do princípio da proporcionalidade sob a ótica do direito de defesa, também garantido constitucionalmente, e de forma prioritária no processo penal, onde impera o princípio do *favor rei* é de aceitação praticamente unânime pela doutrina e pela 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 da antijuridicidade, como a legítima defesa.⁷¹

Nessa ótica decidiu o Supremo Tribunal Federal:

Na jurisprudência pátria, somente se aplica o princípio da proporcionalidade *pro reo*, entendendo-se que a ilicitude é eliminada por causas excludentes de ilicitude ou em prol do princípio da inocência (STF- 1ª. T. HC nº. 74.678/DF- Rel. Min. Moreira Alves. Informativo STF, nº. 75).

No mesmo sentido:

O Estado não pode, especialmente em sede processual penal, valer-se das provas ilícitas contra o acusado, ainda que sob a invocação do princípio da proporcionalidade...Cabe ter presente, ainda, que o princípio da proporcionalidade não pode converter-se em instrumento de frustração da norma constitucional que repudia a utilização, no processo, de provas obtidas por meios ilícitos. Esse postulado, portanto, não deve ser invocado indiscriminadamente, ainda mais quando se acharem exposto a clara situação de risco, direitos fundamentais assegurados pela Constituição, como ocorre na espécie ora em exame, em que se decidiu, na esfera do Tribunal *a quo*, que a prova incriminadora dos ora recorridos foi produzida, na causa penal, com ofensa às cláusulas constitucionais que tutelam a inviolabilidade domiciliar e preservam a garantia da intimidade (STF- Rext nº. 251.445-4/GO- Rel. Min. Celso de Mello).

⁷⁰ GRINOVER, Ada Pelegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Op. Cit., p. 135.

⁷¹ AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. Op. Cit., p. 60.

A vedação da utilização das provas ilícitas é um direito constitucional, assim como a liberdade do réu. No balanceamento destes dois direitos fundamentais tem como prevalente a liberdade. Não é racional sustentar a proibição da prova ilícita em detrimento da inocência do réu, uma vez que o texto constitucional rejeita o erro judiciário.

Se a única forma do réu provar sua inocência for a utilização de uma prova obtida por meio ilícito, como por exemplo uma gravação clandestina, onde o verdadeiro assassino confessa o homicídio imputado ao réu, não é justo que não possa fazer uso desta prova. É em situações como esta que se verifica nitidamente a aplicação do princípio da proporcionalidade.

Corroborando os argumentos acima descritos, César Dario Mariano da Silva:

Portanto, se for possível ao acusado demonstrar sua inocência através de uma prova obtida ilicitamente, certamente ela poderá ser utilizada no processo, haja vista a preponderância do direito à liberdade sobre a inadmissibilidade da prova ilícita no âmbito processual.⁷²

5.3 PROPORCIONALIDADE EM BENEFÍCIO DA SOCIEDADE

Predomina na doutrina a posição de que a prova ilícita somente pode ser admitida em favor do réu, conforme demonstrado anteriormente, e nunca em prol da sociedade, vez que a vedação às provas ilícitas, por tratar-se de uma garantia constitucional que visa proteger direitos fundamentais do cidadão contra arbítrios do Estado, somente poderia ceder

⁷² DA SILVA, César Dario Mariano. Op. Cit., p. 25.

naqueles casos em que estivesse em confronto com outro direito fundamental do acusado.

Alexandre de Moraes sustenta que não se pode utilizar da vedação do uso das provas ilícitas para acobertar prática de atividades ilícitas, tampouco para se eximir de responsabilidade civil ou penal. Aqueles que praticam atos ilícitos inobservando as liberdades públicas de terceiros pessoas e da própria sociedade não podem invocar, posteriormente, a ilicitude de determinadas provas para afastar sua responsabilidade civil e criminal perante o Estado.⁷³

Deve haver uma certa flexibilização na vedação das provas ilícitas também em prol da sociedade, e conseqüentemente em desfavor do acusado, face a necessidade de proteger a sociedade contra o crime organizado que se infiltra cada vez mais em todas as esferas de poder, criando uma verdadeira “sociedade do crime” organizada e aparelhada para desenvolver a atividade criminosa.

Com base nestes argumentos, vem sendo admitida a utilização da gravação realizada pela vítima, sem o conhecimento de um dos interlocutores, que comprova a prática do crime de extorsão, pois o próprio agente do ato criminoso, primeiramente invadiu a esfera de liberdade da vítima, ao ameaçá-la e coagi-la.

A respeito da convalidação da prova obtida por meios ilícitos em defesa das liberdades públicas fundamentais, decidiu o Min. Moreira Alves:

Evidentemente, seria uma aberração considerar como violação do direito à

⁷³ MORAES, Alexandre de. Op. Cit., p. 386-387.

privacidade a gravação feita pela própria vítima ou por ela autorizada, de atos criminosos, como o diálogo de seqüestradores, estelionatários e todo o tipo de achacadores. No caso os impetrantes esquecem que a conduta do réu apresentou antes de tudo, uma intromissão ilícita na vida privada do ofendido, este sim merecedor de tutela. Quem se dispõe a enviar correspondência ou a telefonar para outrem, ameaçando-o ou extorquindo-o, não pode pretender abrigar-se em uma obrigação de reserva por parte do destinatário, o que significaria o absurdo de qualificar como confidencial a missa ou a conversa (STF- 1ª. T. HC nº. 74.678-1/SP-Rel. Min. Moreira Alves- Diário da Justiça, Seção I, 15 de agosto de 1997).

A respeito do assunto é a posição de Camargo Aranha, pontuando que:

Em nome de um exagerado dogmatismo, grandes crimes e poderosos e perigosos criminosos podem ficar impunes. Não devemos esquecer que o crime organizado é, quanto à sua execução, quase perfeito, porque planejado cientificamente, o que exige investigações mais apuradas.⁷⁴

Paulo Lúcio Nogueira, posicionando-se sobre o assunto, e delimitando o alcance da proporcionalidade, afirma que:

A teoria da proporcionalidade é perfeitamente defensável, pois tendo em vista o interesse social ou público, deve este prevalecer sobre o particular ou privado, que de modo algum merece ser resguardado pela tutela legal, quando o particular faz mau uso do seu direito.⁷⁵

A regra é de que todo cidadão merece amparo e proteção do Estado por meio do

⁷⁴ CAMARGO ARANHA, Adalberto José Q. T. **Da prova no processo penal**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 60.

⁷⁵ NOGUEIRA, Paulo Lúcio. **Curso Completo de Processo Penal**. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 225.

exercício de seus direitos e garantias individuais, porém não deve exercer seu direito de forma abusiva de modo a interferir na esfera de liberdade de outro indivíduo.

Gomes Filho entende que a proporcionalidade não deve ser utilizada em prol da sociedade, argumentando que não há qualquer incongruência na rejeição do critério da proporcionalidade para admitir-se a prova ilícita “pro societate” e a utilização deste mesmo princípio em favor do réu, vez que a estatura dos valores em confronto é diversa, o interesse na punição dos delitos de um lado, e de outro a tutela da inocência. No confronto entre o direito de provas a própria inocência e a vedação às provas ilícitas, aquele deve prevalecer, o que não ocorre no confronto entre a dita vedação e o interesse da sociedade em punir o criminoso.⁷⁶

O Supremo Tribunal Federal, em acórdão da lavra do Ministro Celso de Mello já se manifestou em decisão que, sopesando os bens jurídicos em conflito, adotou a orientação de que é possível restringir um direito fundamental em benefício da sociedade. Vejamos:

EMENTA: HABEAS CORPUS – ESTRUTURA FORMAL DA SENTENÇA E DO ACÓRDÃO – OBSERVÂNCIA- ALEGAÇÃO DE INTERCEPTAÇÃO CRIMINOSA DE CARTA MISSIVA REMETIDA POR SENTENCIADO- UTILIZAÇÃO DE CÓPIAS XEROGRÁFICAS NÃO AUTENTICADAS – PRETENDIDA ANÁLISE DA PROVA- PEDIDO INDEFERIDO- (...) A administração penitenciária, com fundamento em razões de segurança pública, de disciplina prisional ou de preservação da ordem jurídica, pode, sempre excepcionalmente, e desde que respeitada a norma inscrita no art. 41, parágrafo único da Lei nº. 7210/84, proceder a interceptação da correspondência remetida pelos sentenciados, eis que a cláusula tutelar da inviolabilidade do sigilo epistolar não pode constituir instrumento de salvaguarda de práticas ilícitas – O reexame da prova produzida no processo penal condenatório não tem lugar na ação sumaríssima de habeas corpus. (HC 70.814- SP. 1ª T. Rel. Min.

⁷⁶ GRINOVER, Ada Pelegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Op. Cit., p. 107.

Celso de Mello. J. 01/03/94. DJ. 24/06/94).

No mesmo sentido já se manifestou a Superior Tribunal de Justiça:

Constitucional e Processual Penal. Habeas corpus. Escuta telefônica com ordem judicial. Réu condenado por formação de quadrilha armada, que se acha cumprindo pena em penitenciária, não tem como invocar direitos fundamentais próprios do homem livre para trancar a ação penal (corrupção ativa) ou destruir gravação feita pela polícia. O inciso LVI do art. 5º da Constituição que fala que "são inadmissíveis as provas obtidas por meio ilícito", não tem conotação absoluta. Há sempre um substrato ético a orientar o exegeta na busca de valores maiores na construção da sociedade. A própria Constituição Federal brasileira, que é dirigente e programática, oferece ao juiz através da "atualização constitucional" ("verfassungsaktualisierung"), base para o entendimento de que a cláusula constitucional invocada é relativa. A jurisprudência norte americana mencionada em precedente do Supremo Tribunal Federal, não é tranqüila. Sempre é invocável o princípio da "razoabilidade" ("reasonableness"). O "princípio da exclusão das provas ilicitamente obtidas" ("exclusionary rule") também já merece temperamento. Ordem denegada. (HC 3.982- RJ, 6ª T. Rel. Min. Adhemar Maciel. J. 05/12/95. DJ. 26/02/96).

É recomendável que a doutrina e a jurisprudência fixem parâmetros para a utilização do princípio da proporcionalidade para que ele seja adotado também em prol da sociedade, como instrumento norteador da admissibilidade da prova obtida por meio ilícito oferecida pela acusação, quando o bem que estiver em conflito for de maior valor do que aquele protegido pela vedação da prova ilícita.

O dinamismo social em que vivemos origina uma amplitude de situações práticas muito maior do que a capacidade legislativa do Estado consegue abranger. Por isso, é necessário o abrandamento de certas regras que possam ocasionar injustiças e insegurança

social.

Nessa ótica escreveu Cesar Dario Mariano da Silva, citando Marco Antonio de Barros:

Destarte, a prudência recomendada ao juiz no âmbito do direito material se repete no direito processual. A ele compete, no enfoque do caso concreto, examinar o cabimento da aplicação da teoria da proporcionalidade ou razoabilidade para temperar o rigor da inadmissibilidade da prova ilícita, mesmo porque, pelo sistema constitucional vigente, não há falar-se em garantia absoluta, extremada e isenta de restrição decorrente do respeito que se deva a outras garantias de igual ou superior relevância.⁷⁷

Em que pese não haver unanimidade na doutrina sobre a possibilidade da adoção do princípio da proporcionalidade em prol da sociedade, aqueles que proclamam por sua utilização, afirmam que somente em situações extremamente excepcionais é que deve sobrepor a segurança da sociedade em detrimento dos direitos individuais do acusado.

6 CONCLUSÃO

O objetivo principal das partes no processo penal é convencer o julgador a respeito de suas alegações, valendo-se das provas para atingir esse fim, utilizando todos os meios que o devido processo legal oferece, já que nada valeria reconhecer que as partes têm o direito de

⁷⁷ BARROS, Marco Antonio de apud DA SILVA, César Dario Mariano. In Op. Cit., p. 32.

levar suas pretensões ao Poder Judiciário se a elas não fosse dada a possibilidade de provar, através dos meios admitidos, todas as suas alegações.

Em virtude disso pode-se afirmar que a prova é um direito fundamental assegurados às partes litigantes no processo. Para que este direito possa ser exercido, o ordenamento jurídico prevê ampla liberdade probatória às partes para que convençam o juiz acerca da veracidade de suas afirmações.

São admitidos, no processo penal todos os meios de prova ainda que não previstos expressamente na legislação, desde que moralmente legítimos. Porém, esta liberdade não é absoluta, eis que a Constituição Federal, bem como o Código de Processo Penal proíbem a utilização no processo de provas obtida por meios ilícitos.

A conseqüência da utilização de uma prova obtida ilicitamente é o desentranhamento da mesma do processo, segundo recente redação do artigo 157 do Código de Processo Penal, ou seja, o juiz deverá julgar a demanda como se esta prova ilícita jamais tivesse existido.

Nesse sentido, embora a finalidade da prova seja a busca da verdade real, este direito não pode ser utilizado em detrimento de outros direitos e garantias fundamentais das partes.

A prova ilícita é espécie de prova proibida ao lado da prova ilegítima. A diferença entre elas é a de que na prova ilícita propriamente dita ocorre a violação de normas ou princípios de direitos material, como por exemplo, o direito à intimidade, honra, inviolabilidade de domicílio, imagem, dentre outros. Por outro lado a prova é ilegítima

quando viola alguma regra de direito processual.

A doutrina ainda faz referência às provas ilícitas por derivação, que são aquelas lícitas em si mesmas, mas produzidas a partir de um fato ilícito. A esse respeito criou-se a teoria dos frutos da árvore envenenada, originária do direito norte-americano, pela qual a existência de uma prova originária de outra obtida por meio ilícito é uma prova contaminada e conseqüentemente não pode ser utilizada no processo.

Não obstante nosso ordenamento jurídico ter adotado a teoria acima referida, existe controvérsia sobre o tema, pois até o Supremo Tribunal Federal já decidiu no sentido de admitir provas ilícitas por derivação em situações excepcionais.

A discussão que gira em torno do tema provas ilícitas tem relevância somente quanto às provas ilícitas em sentido material. O âmago da controvérsia está na possibilidade de utilização das provas obtidas por meios ilícitos quando esteja em jogo outro direito fundamental da parte em confronto com a proibição.

Discute-se se o rigorismo da lei não acabaria por trazer gravame maior do que a aceitabilidade da prova.

O presente trabalho demonstrou que a maioria da doutrina e também a jurisprudência aceita a flexibilização da proibição, quando se depara com o direito de liberdade do acusado. A aceitação da prova ilícita vem fundamentada na aplicação do princípio da proporcionalidade que é uma teoria desenvolvida no direito alemão e aceita em nosso ordenamento jurídico.

Com fundamento no princípio da proporcionalidade, há que se fazer um sopesamento de direitos no caso concreto para verificar qual é mais importante. Feito isto, um destes direitos deve ceder lugar ao outro.

A aplicação da proporcionalidade é amplamente aceita na doutrina quando em favor do acusado, ou seja, quando se utiliza da prova ilícita para provar a inocência do réu. Mas, encontra entraves no seu uso em prol da sociedade. A maioria da doutrina não oferece referenciais precisos quanto a este último aspecto, deixando sem respostas as várias situações levantadas hipoteticamente por poucos doutrinadores que se arriscam a defender a utilização das provas ilícitas *pro societate*.

Ainda que não se possa estabelecer uma gradação entre os direitos fundamentais, é possível que alguns sejam relativizados para atender a necessidade de convivência harmônica desses direitos no sistema jurídico, possibilitando a defesa da sociedade em situações extremas, ainda que em desfavor do acusado, tendo na idéia da proporcionalidade o vetor de orientação.

7 REFERÊNCIAS

ANDRADE, Manuel da Costa. **Sobre as proibições de prova em processo penal**. Coimbra: Coimbra Editora, 1992.

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

BAPTISTA, Carlos Alberto. **A vedação constitucional da prova ilícita**, disponível em ,< <http://www.datadez.com.br/doutrina/texto>, acesso em 21/07/2008.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 18 ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

CAMARGO ARANHA, Adalberto José Q. T. **Da prova no processo penal**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

CAMBI, Eduardo. **Direito Constitucional à prova no processo civil**. São Paulo: RT, 2001.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

COELHO, Inocêncio Mártires. **Interpretação Constitucional**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. São Paulo: Malheiros, 2001.

DI PIETRO, Maria Sylvia. **Direito Administrativo**. 16 ed. São Paulo: Atlas, 2003.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

FILHO, Antonio Magalhães Gomes. **Direito à prova no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Liberdades públicas e processo penal.** 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

_____; FERNANDES, A.S; GOMES FILHO, A.S. **As nulidades no processo penal.** 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **O princípio constitucional da proporcionalidade.** Ensaios de teoria constitucional. Fortaleza, 1989.

_____; Willis Santiago. **Processo constitucional e direitos fundamentais.** 2 ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2001, p. 63.

JÚNIOR, Humberto Teodoro. **Curso de direito processual civil.** 41 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Curso de direito internacional público.** 7 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1982.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Código de processo penal interpretado.** 11 ed. São Paulo: Atlas, 2004.

_____; Julio Fabbrini. **Processo Penal.** 12 ed. São Paulo: Atlas, 2001.

MORAES, Alexandre de. **Constituição brasileira interpretada e legislação constitucional.**

São Paulo: Atlas, 2005.

NÉRI, Nélon Júnior. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**. 6.ed. São Paulo: RT, 2000.

NOGUEIRA, Paulo Lúcio. **Curso Completo de Processo Penal**. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**. 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____; Guilherme de Souza. **O valor da confissão como meio de prova no processo penal**. 1 ed. São Paulo: RT, 1997.

PROJETO DE LEI nº. 4205/2001 que altera dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, relativos à prova, e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Projetos/Quadros/quadro_PL/2001.htm> Acesso em 24/10/2008.

SILVA. César Dario Mariano da. **Das provas obtidas por meios ilícitos e seus reflexos no âmbito do processo penal**. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 1999.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal**. 9 Ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

TUCCI, Rogério Lauria. **Do corpo de delito no direito processual penal brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1978.

