

FACULDADES INTEGRADAS
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO
FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

ADMISSIBILIDADE DAS PROVAS ILÍCITAS EM DESFAVOR DO RÉU
NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

Alan Victor Rosseto Biroli

Orientador:
Prof. MSC Marcelo Agamenon Goes de Souza

Presidente Prudente/SP

2011

FACULDADES INTEGRADAS
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”
FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

ADMISSIBILIDADE DAS PROVAS ILÍCITAS EM DESFAVOR DO RÉU
NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

Alan Victor Rosseto Biroli

Monografia apresentada como requisito parcial de
Conclusão de Curso para obtenção do grau de
Bacharel em Direito, sob orientação do Prof.
MSC. Marcelo Agamenon Goes de Souza.

Presidente Prudente/SP

2011

ADMISSIBILIDADE DAS PROVAS ILÍCITAS EM DESFAVOR DO RÉU NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

Trabalho de Conclusão de Curso aprovado como requisito parcial para obtenção do Grau de Bacharel em Direito.

MARCELO AGAMENON GOES DE SOUZA

MÁRIO COIMBRA

ROSELEINE APARECIDA DA SILVA

Presidente Prudente, 31 de Outubro de 2011.

Em um mundo de confusão, pessoas nunca falam o que querem dizer. Se você quer uma resposta exata vá procurar uma...

Agora mesmo

Você pode fazer sua própria sorte, você cria seu destino. Eu acredito que você tem a força se quiser...

(Steve Harris)

Dedico este trabalho à minha família, em especial aos meus pais, irmão e avós, pela confiança depositada em mim e também por serem tudo que realmente importa nessa vida. Pelo mesmo motivo, ofereço aos meus verdadeiros amigos, que completam e alegram minha existência.

AGRADECIMENTOS

Inicialmente, a Deus, Pai Todo Poderoso, pela graça da vida, abençoando-me e acompanhando-me diariamente, proporcionando proteção e saúde.

Agradeço aos meus pais, meu irmão e meus avôs por não medirem esforços em nenhum momento para proporcionar-me sempre que possível tudo aquilo que precisei e desejei, bem como por todo apoio moral e afetivo que jamais deixou de existir.

Agradeço aos meus amigos que mesmo não os citando, sabem quem são, por estarem presentes em todos os momentos dessa caminhada, sempre leais, verdadeiros, sinceros, e gerando momentos únicos e inesquecíveis.

Agradeço ao meu orientador, Profº. MSC Marcelo Agamenon Goes de Souza, pela excelente orientação prestada ao longo desse trabalho, com objetividade, clareza, precisão, paciência e sabedoria.

Agradeço aos meus examinadores, Dr. Mário Coimbra, por ter aceitado imediatamente o convite e por todo conhecimento dispensado em suas aulas, que foram também o berço do presente tema abordado, e a Dra. Roseleine Aparecida da Silva, pelo exemplo de profissional e pessoa e também pela absoluta atenção, dedicação e destreza que desempenha no exercício de seu *munus* de Defensora Pública que, de maneira indiscutível, contribui para minha formação profissional.

Agradeço, finalmente, a Faculdade Integrada Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente – SP, pela arte de ensinar prestada com maestria, eficácia e responsabilidade, e a todos que contribuíram direta ou indiretamente para a conclusão do presente trabalho.

RESUMO

O presente trabalho traz a infundável discussão referente à prova ilícita no processo penal brasileiro, iniciando-se com a apresentação de conceitos e princípios norteadores da prova em geral, bem como noções gerais à cerca do direito probatório em nosso ordenamento jurídico, chegando à abordagem da vedação constitucional e infraconstitucional da prova ilícita, analisando, ainda, o princípio da proporcionalidade como instrumento de flexibilização à admissibilidade dessas provas no ordenamento brasileiro, chegando, por fim, a um posicionamento do autor sobre a questão, com base no que fora explanado ao longo do estudo.

ABSTRACT

This work addresses the perpetual debate on illegal evidence in Brazilian criminal proceedings, from how the general evidence's concepts and guiding principles are presented, and the generalities about evidentiary law in the Brazilian legal system, to the analysis of constitutional and nonconstitutional illegal evidence prohibitions, also scrutinizing the principle of proportionality as a means of easing the admissibility of such evidence in the Brazilian legal system, whereby the issue will be addressed by the author of this work, based on the explications throughout the study.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	9
2. EVOLUÇÃO E CONCEITO DE PROVA.....	11
2.1.Princípios Gerais das Provas no Processo Penal.....	13
2.1.1. Princípio da auto responsabilidade das partes.....	14
2.1.2. Princípio da audiência contraditória	14
2.1.3. Princípio da aquisição ou comunhão da prova.....	15
2.1.4. Princípio da oralidade.....	15
2.1.5 Princípio da publicidade	16
2.1.6. Princípio da concentração.....	16
2.1.7 Princípio do livre convencimento motivado	16
3. OBJETO E CLASSIFICAÇÃO DA PROVA.....	17
4. DIREITO À PROVA.....	21
5. PROVAS ILEGAIS	24
5.1. Prova Ilícita e Prova Ilegítima	25
6. PROVA ILÍCITA POR DERIVAÇÃO (TEORIA DA ÁRVORE DOS FRUTOS ENVENENADOS). POSICIONAMENTO DOUTRINÁRIO E JURISPRUDENCIAL ...	27
7. PROVAS ILÍCITAS E SUA (IN) ADMISSIBILIDADE	33
7.1. Pela Inadmissibilidade das Provas Ilícitas	33
7.1.1. Teoria da unidade	33
7.1.2. Teoria da moralidade	34
7.1.3. Teoria dos direitos e garantias constitucionais.....	34
7.2. Pela Admissibilidade das Provas Ilícitas.....	34
8. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE	36
9. PROVAS ILÍCITAS “PRO REO”	41
10. PROVAS ILÍCITAS “PRO SOCIETATE”.....	44
12. CONCLUSÃO.....	49
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	53

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho buscou, por meio do método dedutivo e indutivo, analisar e expor conceitos, elementos e a evolução histórica da prova no âmbito do processo penal, com vista a debater uma consagrada e essencial garantia prevista por nossa Constituição Federal, consistente no instituto da prova penal, adentrando-se, por conseguinte, à problemática da inadmissibilidade das provas ilícitas em nosso ordenamento.

Nesse contexto, surge como ponto principal do trabalho a abordagem sobre o conceito de ilicitude e ilegitimidade das provas penais, discorrendo acerca de seus princípios norteadores, buscando a defesa da admissibilidade da prova ilegal no processo penal brasileiro também em desfavor do acusado, norteadas pelo princípio da proporcionalidade, pautado pela necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito, visando com isso o encontro de um ponto de equilíbrio entre os bens jurídicos conflitantes, para que mediante análise do caso concreto se estabeleça sobre a admissibilidade ou não da prova, *a priori*, ilícita.

Embora nossa Lei Maior vede expressamente, em seu artigo 5º, inciso LVI, a utilização da prova obtida ilegalmente, surge em nosso ordenamento um posicionamento voltado a uma flexibilidade dessa vedação constitucional, fundando-se no princípio da proporcionalidade como instrumento de análise, face ao caso concreto, para a aplicação ou não da prova ilicitamente produzida.

O tema central da obra, ainda hoje, gera infundáveis discussões jurídicas, havendo constante divergência jurisprudencial e doutrinária sobre o assunto, sendo que referida problemática merece maior atenção e uma análise científica mais aprofundada, razão pela qual foi escolhido como objeto de estudo na presente obra de conclusão de curso.

Diante disso, por meio de pesquisas doutrinárias, bem como jurisprudências, com base no texto apresentado, conclui-se o presente com o

posicionamento do autor sobre a questão, admitindo que, embora a vedação constitucional deva ter efetividade, sua aplicação não poderá ser absoluta, comportando eventuais exceções face à existência de outros princípios, dentre os quais, principalmente, o da proporcionalidade

2. EVOLUÇÃO E CONCEITO DE PROVA

Nos primórdios do Direito, nas sociedades primitivas, os conflitos de interesses eram solucionados sem a interferência de um terceiro alheio aos fatos, ou seja, inexistia a figura do julgador, ente imparcial e com o poder de solucionar a lide. De fato, a figura da prova era inexistente, tendo em vista que eram outras as formas de solução de conflitos, tais como a auto-composição e até mesmo a auto-tutela, sendo que sua importância e necessidade originaram-se de acordo com a evolução dessas sociedades.

Com efeito, o direito desenvolvido nas sociedades primitivas pode ser dividido em três formas, conforme sua evolução, que são: direito divino, direito consuetudinário, e o direito identificado como lei, cujas noções merecem ser brevemente expostas.

No chamado Direito divino vigorava o pensamento de que o direito era a expressão de uma vontade divina e se originava dos deuses, de forma que era exteriorizada por imposição de um legislador-administrador.

Era esse o pensamento vigente à época, uma vez que era a religião a base da sociedade. Nesse período o direito era marcado por sanções rigorosas, diretamente relacionadas com rituais, sendo que eram meios de prova à época métodos como as ordálias; procedimento de caráter probatório em que o acusado era submetido a métodos desumanos para provar sua inocência, sob a alegação de que Deus deixaria algum sinal na hipótese de culpa do acusado.

No denominado direito consuetudinário, confundia-se direito com os costumes. Tal fase era caracterizada pela reiteração de práticas, costumes, e outras tradições aceitas pela comunidade, sendo que o direito se norteava por essas condutas, já que ainda não se tratava de um direito escrito.

Por sua vez, o direito como lei nasceu com o aparecimento da escrita, momento em que os costumes e tradições, que outrora caracterizaram o direito consuetudinário, foram positivados dando origem aos primeiros conjuntos de leis, de que se tem notícia, da humanidade, tais como o Código de Hamurábi.

Ao passo que a sociedade evoluía, o Estado se fortalecia cada vez mais, chegando ao momento em que teve de assumir o monopólio da Justiça, trazendo, única e exclusivamente, para si o poder de dizer o Direito, impedindo assim as formas de composição de litígios existentes até então. Com isso, evidente mostrou-se a necessidade de as partes demonstrarem ao julgador do caso os fatos que alegavam, originando, assim, a produção de provas.

A prova, do latim *probatio*, pode ser definida, em linhas gerais, como um conjunto de atos praticados pelas partes do processo, de forma pessoal ou por meio de terceiros, por exemplo, por peritos, e, ainda, pelo juiz, destinados a formar a convicção do julgador sobre a existência ou veracidade de uma ou mais alegações ou fatos.

Pode-se dizer que a prova é o instrumento utilizado no processo para demonstrar o que na realidade existiu ou existe. É, portanto, o meio pelo qual as partes buscam estabelecer a veracidade de uma alegação ou fato visando ganhar a convicção do magistrado.

Nesse sentido, ensina Fernando da Costa Tourinho Filho que:

Provar é, antes de mais nada, estabelecer a existência da verdade; e as provas são os meios pelos quais se procura estabelecê-la. Entendem-se, também, por prova, de ordinário, os elementos produzidos pelas partes ou pelo próprio Juiz visando a estabelecer, dentro do processo, a existência de certos fatos. É o instrumento de verificação do *thema probandum*.¹

Neste diapasão, leciona Germano Marques da Silva sobre um tríplice significado do termo “prova”, ou seja, primeiramente ela pode ser tida como uma *atividade probatória*, consistente em ato ou complexo de atos que visam formar a convicção do Juiz sobre a existência ou inexistência de fato, bem como pode ser analisada como *resultado*, sendo a convicção já formada no processo sobre a

¹ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. 27 ed., São Paulo: Saraiva, 2005, p. 213.

existência ou não de determinado fato, ou, ainda, a prova pode ser vista como *meio*, afirmando que é o instrumento probatório para formar aquela convicção.²

Com efeito, é a prova que atuará sobre a consciência do julgador permitindo que possa decidir convictamente sobre os fatos que lhes são trazidos. Nos dizeres de C.J.A. Mittermaier; a condenação se baseará sobre a certeza dos fatos, sobre a convicção que se gera na consciência do juiz. A soma dos motivos geradores dessa certeza chama-se prova.³

Portanto, podemos concluir que a prova é o meio, o instrumento utilizado para se buscar o convencimento do juiz sobre determinado fato ou ato. De melhor forma, significa reproduzir, recriar, remontar, reviver de forma mais real possível, fatos passados, para que dessa forma se alcance uma decisão justa e fundamentada em fatos comprovados.

2.1.Princípios Gerais das Provas no Processo Penal

O termo “princípio”, em sua acepção jurídica, não serve apenas para determinar o início de alguma coisa, como é em regra. Juridicamente, sua definição é muito mais abrangente e, ainda hoje, recebe diversos conceitos, não havendo um exato consenso quanto a isso, razão pela qual resta transcrevermos alguns ensinamentos para se demonstrar, sob várias ópticas, o significado de “princípio”.

Nas palavras de Rizzato Nunes; os princípios funcionam como verdadeiras supra-normas, isto é, eles, uma vez identificados, agem como regras hierarquicamente superiores às próprias normas positivadas no conjunto das proposições escritas ou mesmo às normas costumeiras.⁴

² SILVA, Germano Marques da. **Curso de processo penal**. Lisboa: Verbo. 1993, p. 82. v. 2.

³ MITTERMAIER, C.J.A. **Tratado da prova em matéria criminal**. São Paulo: Bookseller, 1997, p. 55.

⁴ NUNES, Rizzato. **Manual de introdução ao estudo do direito**. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 172.

De forma precisa, entende Silvio de Salvo Venosa que por meio dos princípios, o intérprete investiga o pensamento mais elevado da cultura jurídica universal, buscando orientação geral do pensamento jurídico.⁵

Luiz Alberto David Araujo, em sua obra, usa das palavras de Carlos Ari Sundfeld, para afirmar que princípios são as idéias de um sistema, ao qual dão sentido lógico, harmonioso, racional, permitindo a compreensão de seu modo de organizar-se.⁶

Portanto, os princípios são tidos como elementos fundamentais e necessários para uma correta interpretação e aplicação das demais normas jurídicas. Pois estabelece estruturas, bases e norteamentos que serão usados como parâmetros para interpretação dos textos legais, permitindo uma maior proximidade da real finalidade visada pelo legislador quando da elaboração da norma.

2.1.1. Princípio da auto responsabilidade das partes

Relaciona-se com o ônus da prova, decorre do *ônus probandi*, haja vista que as partes são incumbidas de apresentarem em juízo os elementos probatórios do que se pretende demonstrar. Logo, as partes são responsáveis pelas conseqüências de sua inatividade.

2.1.2. Princípio da audiência contraditória

Não se admite a produção de uma prova sem que a parte contrária tome conhecimento desta, pois toda prova admite contraprova. Nesse sentido a

⁵ VENOSA, Silvio de Salvo. **Introdução ao estudo do direito**. 2 ed., São Paulo: Atlas, 2004, p. 162.

⁶ ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de direito constitucional**. 2 ed., São Paulo: Saraiva, 1999, p. 46.

jurisprudência, em julgados que declaram a nulidade do processo quando da impossibilidade da parte contrária se manifestar sobre a prova produzida.

Decorre, evidentemente, do elencado no artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal. Resume-se à máxima de que “toda prova admite contraprova”.

2.1.3. Princípio da aquisição ou comunhão da prova

Preconiza que as provas produzidas pertencem ao processo como um todo e não somente a uma das partes. Isso porque a prova visa formar a convicção do juiz, serve tanto ao interesse da Justiça quanto às partes.

2.1.4. Princípio da oralidade

Deve haver a predominância da palavra falada, realizadas na fase de instrução processual. Por isso, os depoimentos deverão ser sempre orais, não podendo ser substituídos por declarações particulares, por exemplo.

No entanto, em que pese sua predominância oral, os atos serão reduzidos a escrito, com exceção ao procedimento dos debates no Tribunal do Júri, unicamente orais.

Outro não é o ensinamento de Barros, ao estabelecer que:

Na esfera do processo penal brasileiro, conquanto se apregoe a predominância do sistema oral, na verdade existe um sistema misto, escrito e oral. Assim, os depoimentos são feitos oralmente, mas sempre reduzidos a termo escrito. Não obstante, previstos debates orais, no procedimento do Júri e no processo sumário, não raro são substituídos por alegações escritas, no último.⁷

⁷ BARROS. Antonio Milton de. **Da prova no processo penal**: apontamentos gerais. 1 ed., São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001. p. 15.

2.1.5 Princípio da publicidade

Com exceção ao segredo de justiça, os atos processuais são públicos e, conseqüentemente, a produção de provas também, tendo em vista que é considerada ato processual.

2.1.6. Princípio da concentração

Decorre do princípio da oralidade e preconiza que toda a produção de prova deve ocorrer na audiência, isso tudo visando uma maior celeridade em sua produção.

2.1.7 Princípio do livre convencimento motivado

Referido princípio encontra-se no texto legal do artigo 155, do Código de Processo Penal, senão vejamos.

Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.

Consiste no fato de que as provas não são previamente valoradas pela legislação, possibilitando ao julgador livre apreciação para formar sua convicção, havendo restrições apenas aos fatos e circunstancias dos autos.

3. OBJETO E CLASSIFICAÇÃO DA PROVA

Estabelece Fernando Capez que o objeto da prova é toda circunstância, fato ou alegação referente ao litígio sobre os quais pesa incerteza e, por isso, precisam ser demonstrados perante o juiz para o deslinde da causa.⁸

Insta salientar sobre o significado do termo “fato” que, se considerado em matéria de prova, seu sentido é muito amplo, com entendimentos de que seu conceito compreende coisas, lugares, documentos e até mesmo pessoas, abrangendo várias ocorrências do mundo exterior, chegando-se à afirmação de que é fato o que não é direito.

Logo, o objeto da prova são os fatos ou o fato cuja existência busca-se reconhecer no processo. Em síntese, é correto afirmar que a prova tem como objeto os fatos que necessitam de comprovação, que sejam pertinentes e relevantes ao processo.

A necessidade da exigência de comprovação se consubstancia na idéia de que só é objeto de prova os fatos que possam gerar dúvida quanto à sua existência ou veracidade, de tal forma que os fatos notórios e evidentes, por se pautarem em um sentimento de certeza, não devem ser seu objeto.

Correta é a diferenciação entre fatos evidentes e notórios observada por Tourinho Filho:

O fato evidente representa o que é certo, indiscutível, indubitável, de maneira segura, rápida, sem necessidade de maiores indagações. Notórios são os fatos que pertencem, como diz, Bricchetti, ao patrimônio estável do conhecimento do cidadão de cultura média, em determinada sociedade. Esses fatos devem considerar-se conhecidos do Juiz, já que sua noção forma parte de sua ordinária cultura.⁹

⁸ CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 16 ed., São Paulo: Saraiva, 2009, p. 297.

⁹ TOURINHO FILHO, op. cit., p. 215.

Logo, é fato notório e não será objeto da prova, por não necessitar de comprovação, por exemplo, que a moeda corrente utilizada na Federação é o “real”.

Em regra, somente deve-se provar os fatos, desprezando-se a demonstração do direito em que se fundamenta o processo, por força da presunção de que o Juiz conhece o Direito. Nesse sentido a afirmação de Greco Filho de que; no plano prático, é mais importante para a atividade das partes a demonstração dos fatos do que a interpretação do direito, porque esta ao juiz compete, ao passo que os fatos a ele devem ser trazidos.¹⁰

No entanto, excepcionalmente, o direito também deve ser provado, nos casos em que se tratar de direito municipal, estrangeiro, consuetudinário e, ainda, estadual.

Logo, não são objetos da prova os fatos intuitivos e notórios; como já exposto, as presunções legais; uma vez que decorre de lei, podendo ser absoluta ou condicionada, e os fatos inúteis; aqueles que não geram conseqüências jurídicas, entendidos por Camargo Aranha como sendo aqueles fatos que sendo verdadeiros ou não, não podem influir para a decisão e por serem supérfluos não devem ser admitidos à prova.

Dessa forma, devem ser provados todos os fatos restantes, inclusive o denominado fato incontroverso, aquele aceito ou admitido, expressa ou tacitamente, pela outra parte.

A prova pode sofrer classificações de diversas formas. Quanto ao seu objeto poderá ser *direta* e *indireta*. É direta quando recair diretamente sobre o *thema probandum*, ou seja, quando se referir de imediato ao fato a ser provado. Aqui, o fato é descrito com todas suas peculiaridades e extraí-se um juízo rapidamente, feito por meio de um raciocínio objetivo. São exemplos claros; o exame de corpo de delito feito diretamente na vítima, a testemunha ocular, dentre outros. Por outro lado, é

¹⁰ GRECO FILHO, Vicente. **Manual de processo penal**. 7. ed. São Paulo: Saraiva. 2009, p. 193.

indireta quando se chega ao que pretende provar por meio de um raciocínio lógico-dedutivo.

Dessa forma, explica Irajá Pereira Messias que na prova indireta o conhecimento do fato só pode ocorrer por uma dedução, por um raciocínio transverso, a partir de uma probabilidade, que terá maior ou menor grau de verossimilhança quanto mais próxima estiver do objeto da prova.¹¹

Em síntese, é direta quando sua conclusão ocorrer objetivamente, de forma imediata, com base apenas no que é demonstrado. Enquanto que, é indireta quando para a demonstração do que se pretende provar for necessária a realização de um raciocínio indutivo, devendo haver uma apreciação daquilo que foi apresentado. São exemplos; as presunções e os indícios.

Em relação ao *efeito*, a prova pode ser plena ou indiciária. É denominada de plena quando por si só for suficiente para a formação da convicção do juiz, ou seja, é a prova convincente para a formação de um juízo de certeza do julgador. Será indiciária ou não plena quando, ao contrário daquela, não possibilitar um juízo de certeza, originando apenas um juízo de probabilidade.

Poderá ser classificada também no tocante ao *sujeito* ou *causa*, oportunidade em que poderá ser tida como real ou pessoal. Denomina-se real quando a prova recai em coisa distinta pessoa, que dela não faz parte. Exemplo disso é a prova que diz respeito ao lugar do crime, bem como ao seu instrumento. Logicamente, é prova pessoal aquela que recai sobre o indivíduo, o agente, a pessoa humana. Caracterizam-se pelas manifestações pessoais, livres e conscientes, tais como o interrogatório e o depoimento.

Ainda, a prova é ainda classificada quanto à sua *forma*, sendo testemunhal, documental ou material. De fato, a própria terminologia sugere o significado de cada uma delas, merecendo apenas breves definições. É testemunhal quando originadas de depoimento prestado por agente que tem conhecimento dos

¹¹ MESSIAS, Irajá Pereira. **Da prova penal**. 3 ed., São Paulo: Impactus Editora, 2006, p. 37.

fatos pertinentes ao processo. Documental quando se materializa por documentos e material a obtida por meios científicos, através da química, física, à exemplo; exames, corpo de delito.

4. DIREITO À PROVA

O direito de ação não pode ser visto de uma forma restringida, consistente no simples ato de se dar início a um processo, pois na verdade trata-se de um direito muito mais complexo e profundo, envolvendo diversos atos, dentre os quais, o direito à prova.

Nesse sentido, esclarece a doutrina que o direito à prova encontra fundamento constitucional, garantido pelo devido processo legal, resguardado mais especificamente, dentro do contexto do contraditório e dos direitos de ação e, também, defesa. Dessa maneira, percebe-se que o direito à prova está implicitamente contido no texto da Constituição Federal, haja vista ser decorrente do princípio do contraditório e outros correlatos.

Neste ínterim, é o que leciona Milton de Barros, ao afirmar que o direito à prova insere-se no quadro das garantias do devido processo legal e liga-se ao direito de ação e de defesa e à atividade jurisdicional, uma vez que para que o juiz possa proferir a decisão de forma justa e conforme à realidade, deve assegurar uma efetiva participação na produção das provas.¹²

Evidente, portanto, que o direito à prova possui extrema importância dentro do quadro do contraditório, pois cediço que ao juiz incumbe o dever de proferir decisão visando a solução da lide, portanto, nada mais correto do que proporcionar às partes a oportunidade de trazerem à sua apreciação elementos que lhe servirão de base para a formação de sua convicção e conseqüente pronunciamento fundado naquilo que lhe foi demonstrado. Logo, o efetivo exercício da ação e da defesa das partes esta vinculado à possibilidade de se mostrar ao magistrado a veracidade do alegado como fundamento de suas pretensões.

Com efeito, inegável que o momento probatório é o principal momento de todo o caminhar processual, uma vez que, como já exposto, é através da prova

¹² BARROS, op. cit., p. 20.

dos autos que o magistrado se baseará, quase que integralmente, para decidir a questão discutida, pois são as provas que indicarão, demonstrarão a veracidade dos fatos alegados pelas partes. Tamanha é a importância do momento probatório que nossa jurisprudência é pacífica nesse assunto, conferindo caráter de imprescindibilidade de oportunidade às partes para a produção probatória, sob pena de cerceamento de defesa ou acusação se assim não ocorrer.

Nesta esteira, estabelece Scarance os seguintes desdobramentos do direito à prova: o direito de requerer a produção; direito a que o juiz decida sobre o pedido de produção de prova; direito a que, deferida a prova, esta seja realizada, tomando-se todas as providências necessárias para sua produção; direito a participar da produção da prova; direito a que a produção da prova seja feita em contraditório; direito a que a prova seja produzida com a participação do juiz; direito a que, realizada a prova, possa manifestar-se a seu respeito; direito a que a prova seja objeto de avaliação pelo julgador.¹³

Como já exposto, o momento probatório servirá para a formação do convencimento do julgador, tendo em vista que sua decisão se fundamentará naquilo que restou demonstrado, comprovado, elucidado, nos autos, fazendo jus à máxima de que “o juiz deve julgar em conformidade com o alegado e provado” (*secundum allegata et probata iudex judicare debet*), sendo a prova o instrumento necessário à efetiva prestação da jurisdição no caso concreto.

No entanto, esclareça-se que o direito à prova, assim como outros direitos assegurados constitucionalmente, não é irrestrito e sofrerá limitações no momento em que afrontar demais princípios e, sendo a prova obtida mediante violação a esses valores, poderá ser inútil em nosso ordenamento. Exemplo dessa limitação à produção probatória pode ser encontrado tanto no plano infra-constitucional quanto na própria Constituição Federal.

Neste diapasão, de melhor maneira, esclarece mais uma vez Milton de Barros que:

¹³FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. 5 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000., p. 79-80.

O direito à prova não é absoluto, encontrando limites, pois os direitos do homem não podem ser entendidos de maneira absoluta, surgindo a restrição natural decorrente da necessidade de se garantir a convivência social. Além disso, o processo deve pautar-se dentro de certos parâmetros, em que não se admitem meios de prova moralmente ilegítimos e atentatórios contra as liberdades do indivíduo e o interesse social.¹⁴

Na esfera infra-constitucional, o próprio Código de Processo Penal estabelece impedimentos, tal qual, dentre outros, o prescrito em seu artigo 207.

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 o seu testemunho.

Por seu turno, as vedações previstas na Constituição Federal ocorrem quando há afronta as principais garantias asseguradas no rol de seu artigo 5º, como por exemplo, a inviolabilidade de domicílio e das correspondências e telecomunicações, bem como o direito a intimidade e, indubitavelmente, as provas obtidas por meios ilícitos, respectivamente incisos XI, XII, X e LVI.

Dentro desse contexto é que se inicia a questão referente à admissibilidade da prova ilegalmente obtida, uma vez que o atual ordenamento jurídico repousa seu entendimento, no mais das vezes, por sua inadmissibilidade, inobservando os bens jurídicos e valores envolvidos no caso concreto, de forma que não seja possível alcançar um devido ponto de equilíbrio para que se verifique qual valor possuirá maior importância em detrimento do outro.

¹⁴ BARROS, op. cit., p. 33.

5. PROVAS ILEGAIS

Como é sabido, vigora em nosso sistema processual penal o princípio da verdade real, que, juntamente com outros princípios, norteia o desenvolvimento do processo penal brasileiro. Tal princípio, em linhas gerais, consiste na idéia de que por meio das provas, busca-se no processo penal a “verdade real”, ou seja, a verdadeira realidade dos fatos.

Conforme preleciona Avolio, o princípio da verdade real diz respeito ao poder-dever inquisitivo do juiz penal, cujo objeto é a demonstração da existência do crime e da autoria. A prova penal é uma reconstrução histórica, a fim de conhecer a realidade e a verdade dos fatos.¹⁵

Por força disso, em princípio, não haveria qualquer espécie de limitação à produção da prova, prescrevendo o Código de Processo Penal, em seu Título VII, vários meios de obtê-la.

No entanto, essa liberdade probatória não é absoluta, sofrendo algumas restrições impostas por esse mesmo diploma legal.

Algumas dessas limitações probatórias são verificadas, por exemplo, nos artigos 155, parágrafo único e 158, ambos do Código de Processo Penal, onde resta estabelecido, respectivamente, que são necessárias as mesmas formalidades e exigências da lei civil para a prova relacionada ao estado das pessoas e que o exame de corpo de delito, para as infrações que deixarem vestígios, é necessário. Não admitindo que seja suprido pela confissão do acusado.

Referidos artigos precedem uma limitação mais rígida, advinda da Lei nº 11.690/2008, que prescreve no artigo 157, ainda do Código de Processo Penal, a inadmissibilidade das provas ilícitas no processo penal pátrio, determinando que essas deverão ser desentranhadas do processo.

¹⁵ AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas ilícitas**: interceptações telefônicas e gravações clandestinas. 2 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 39.

Com efeito, o disposto no artigo supra mencionado encontra total respaldo em nossa Lei Maior, precisamente em seu artigo 5º, inciso LVI, cujo enunciado determina que “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”.

Como demonstrado, o princípio da liberdade probatório sofre limitações e as provas obtidas na forma em que a própria Constituição Federal veda, são as denominadas provas ilegais.

Outrossim, o entendimento majoritário é de que a prova ilegal, vedada ou proibida, constitui gênero da qual a prova ilícita e ilegítima são espécies. Sua terminologia varia, sendo que alguns doutrinadores usam expressões como “prova ilegal”, “prova ilegalmente obtida”, “prova proibida” e até “proibições probatórias”.

Antes de adentrar-se à diferenciação provas ilícitas e ilegítimas, cumpre estabelecer uma breve definição para o gênero da quais aquelas fazem parte, quer dizer, da prova ilegal, que pode ser conceituada como aquela prova que causa ameaça ou efetiva lesão aos direitos fundamentais do indivíduo, seja por violar regras legais ou princípios de direito previstos no ordenamento.

É a natureza dessas violações ou ameaças de lesão que determina a espécie da prova ilegal. A prova ilícita e a prova ilegítima.

5.1. Prova Ilícita e Prova Ilegítima

Como já exposto, tanto a prova ilícita como a ilegítima são espécies do gênero prova ilegal. A característica que diferencia uma da outra reside na natureza do direito violado no momento de sua obtenção.

É prova ilícita aquela obtida mediante violação às normas de direito material, bem como quando afronta princípios constitucionais. Logo, será ilícita a prova que, por exemplo, sua produção configure uma infração penal. Ainda como

exemplo, da mesma forma é ilícita aquela que se realizou mediante violação de domicílio, ferindo o consagrado na Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso XI. Denota-se que, na prova ilícita, a violação ocorre no momento da colheita da prova, seja anterior ou concomitante ao processo.

Outro não é o entendimento de Luiz Francisco Torquato Avolio, ao dizer em sua obra que por prova ilícita, ou ilicitamente obtida, é de se entender a prova colhida com infração a normas ou princípios de direito – sobretudo de direito constitucional.¹⁶

Já a prova ilegítima é aquela cuja produção fere normas de caráter processual. Aqui, é no momento de sua produção no processo que surge a ilegalidade.

Novamente, de melhor forma Avolio esclarece o tema, em ensinamento transcrito por Ricardo Raboneze:

A prova ilegítima é aquela cuja colheita estaria ferindo normas de direito processual. Assim, veremos que alguns dispositivos da lei processual penal contêm regras de exclusão de determinadas provas, como, por exemplo, a proibição de depor em relação a fatos que envolvam o sigilo profissional...A sanção para o descumprimento dessas normas encontra-se na própria lei processual. Então, tudo se resolve dentro do processo, segundo os esquemas processuais que determinam as formas e modalidades de produção de prova.¹⁷

Resta demonstrada, portanto, as espécies de prova ilegal e suas diferenças que se concentram no direito violado no momento de sua obtenção. Se direito material ou princípio constitucional violados, trata-se prova ilícita. Ocorrendo violação a norma processual a prova é ilegítima.

¹⁶ AVOLIO, op. cit., p. 44.

¹⁷ RABONEZE, 1998 apud AVOLIO, 1999, p. 110.

6. PROVA ILÍCITA POR DERIVAÇÃO (TEORIA DA ÁRVORE DOS FRUTOS ENVENENADOS). POSICIONAMENTO DOUTRINÁRIO E JURISPRUDENCIAL

Como explanado, prescreve nossa Lei Maior, em seu artigo 5º, inciso LVI, que as provas obtidas por meios proibidos são inadmissíveis em nosso ordenamento. Logo, essas provas, uma vez produzidas, devem ser desentranhadas dos autos do processo por serem consideradas imprestáveis.

Nesse sentido, esclarece Ada Pellegrini Grinover:

A questão da denominada “prova ilícita” coloca-se, juridicamente, na investigação a respeito da relação entre o ilícito e o inadmissível no procedimento probatório e, sob o ponto de vista da política legislativa, na encruzilhada entre a busca da verdade em defesa da sociedade e o respeito a direitos fundamentais que podem ver-se afetados por essa investigação.¹⁸ (grifo nosso).

Nesse contexto, surgiu o embate jurídico sobre a admissibilidade ou não das provas ilícitas por derivação, uma vez que se passou a questionar se diante do caso de violação de um direito material ou norma processual para produção de determinada prova, deveria ser inutilizada somente esta ou, também, aquelas que só advieram em razão daquela primeiramente maculada

Surge, dessa forma, a *teoria da árvore dos frutos envenenados* (fruits of poisonous tree), de origem norte-americana, uma vez que foi reconhecida primeiramente pela Suprema Corte dos Estados Unidos. Significa dizer, em linhas gerais, que as provas decorrentes de uma prova ilícita também são contaminadas pelo manto da ilicitude. Quer dizer, os vícios existentes em uma determinada prova também contaminarão as demais provas que dela se originarem, ou seja, usando-se de simples comparação, os vícios que maculam a planta (prova ilícita primeiramente obtida) se transferem a todos seus frutos (demais provas que dela se originaram).

¹⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini, SCARANCA FERNANDES, Antonio; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As nulidades no processo penal**. 12 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2011, p. 126.

No Brasil, a doutrina e a jurisprudência não se manifestam em uníssono acerca do tema, tendo o STF abordado o tema no seguinte julgado:

Prova ilícita: escuta telefônica mediante autorização judicial: afirmação pela maioria da exigência de lei, até agora não editada, para que, 'nas hipóteses e na forma' por ela estabelecidas, possa o juiz, nos termos do art. 5º, XII, da Constituição, autorizar a interceptação de comunicação telefônica para fins de investigação criminal; não obstante, indeferimento inicial do habeas corpus pela soma dos votos, no total de seis, que, ou recusaram a tese da contaminação das provas decorrentes da escuta telefônica, indevidamente autorizada, ou entenderam ser impossível, na via processual do habeas corpus, verificar a existência de provas livres da contaminação e suficientes a sustentar a condenação questionada; nulidade da primeira decisão, dada a participação decisiva, no julgamento, de Ministro impedido (MS nº 21.750, 24/11/93, Velloso); conseqüente renovação do julgamento, no qual se deferiu a ordem pela prevalência dos cinco votos vencidos no anterior, no sentido de que a ilicitude da interceptação telefônica – à falta de lei que, nos termos constitucionais, venha a discipliná-la e viabilizá-la – contaminou, no caso, as demais provas, todas oriundas, direta ou indiretamente, das informações obtidas na escuta (fruits of the poisonous tree), nas quais se fundou a condenação do paciente.(STF, HC 69.912-RS, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, RTJ 155/508).

Neste diapasão, cabe apresentar outro julgado, dessa vez, proferido pelo Superior Tribunal de Justiça, cuja interpretação do tema culminou pela rejeição de referida teoria.

Quadrilha ou bando. Inépcia da denúncia. Prova ilícita. Prisão preventiva. Fuga. Para a caracterização do crime de quadrilha, basta exigir o propósito de associação, do agente ao grupo criado com a finalidade da prática de crimes, sendo desnecessário atribuir-lhe ações concretas. Logo, não é inepta denúncia nesses termos. Carta anônima, sequer referida na denúncia e que, quando muito, propiciou investigações por parte do organismo policial, não se pode reputar de ilícita. É certo que, isoladamente, não terá qualquer valor, mas também não se pode tê-la como prejudicial a todas as outras validamente obtidas. O princípio dos frutos da árvore envenenada foi devidamente abrandado na Suprema Corte (HC nº 74.599-7, Min. Ilmar Galvão). Prisão preventiva que se justifica em relação a uma das pacientes que empreendeu fuga do distrito da culpa, não ocorrendo o mesmo com relação a outra. Recurso parcialmente provido e, nessa extensão, concedida a ordem." (STJ, HC nº 7.363/RJ, 6º Turma, Rel. Min. Anselmo SANTIAGO DJU 15/06/1998).

No entanto, o posicionamento majoritário, tanto da doutrina quanto da jurisprudência vai ao sentido de que as provas ilícitas por derivação são também inadmissíveis em nosso ordenamento, por força do próprio artigo 5º, inciso LVI, da Constituição Federal, pois, os meios probatórios que guardam relação com o que é considerado ilícito deve ser tratado dessa mesma forma.

Fundamenta-se também a não aceitação das provas ilícitas por derivação no artigo 573, § 1º, do Código de Processo Penal, cujo texto prescreve que uma vez declarada a nulidade de um ato, todos os subseqüentes que dependa ou seja conseqüência desse também serão nulos.

Em contrapartida, há posicionamentos no sentido de que a proibição das provas ilícitas por derivação não é absoluta e irrestrita, sendo possível sua utilização desde que atendidos dois pressupostos.

Primeiramente, entende-se pela admissibilidade dessa prova derivada quando sua relação com aquela obtida ilicitamente seja tão mínima, ínfima, que inexistirá ligação a ponto de configurar causa e efeito, esclarecendo ainda mais a doutrina ao denominar tal situação de “*independent source*” (fonte independente).

O segundo pressuposto à mitigação da vedação das provas ilícitas por derivação repousa no caso de que, mesmo decorrentes de uma prova ilícita, poderiam ser obtidas e trazidas ao processo de outra maneira independente. Em outras palavras, a prova derivada daquela ilícita poderia também ser produzida autonomamente, sem guardar relação com aquela que lhe maculou pela ilicitude, hipótese que a doutrina denomina de “*inevitable discovery*”.

Nesse sentido, o ensinamento trazido por Grinover, Gomes Filho e Fernandes:

(...)o legislador acolheu expressamente a orientação que reconhece a inadmissibilidade processual das provas derivadas da ilicitude inicial, ressalvando, no entanto, duas situações: a) “*quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras*”; b) “*quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras*”.¹⁹

Desse modo, extrai-se que a prova derivada da ilícita será aceita no processo nas hipóteses de descoberta inevitável ou fonte independente, em razão do fato de que seria produzida de qualquer modo, de tal forma que independe da existência de uma prova ilícita, conforme exemplifica o seguinte julgado:

¹⁹ GRINOVER, op. cit., p. 135.

1. Hipótese em que Juiz Federal, potencial vítima do “grampo telefônico”, deferiu diligências investigatórias requeridas pela Força-Tarefa composta por membros do Ministério Público e da Polícia Federal. Posteriormente, depois de ter-se deparado com provas contundentes da existência do crime, quando o próprio autor material do “grampo” confessou o delito, acolhendo a exceção oposta pelo Ministério Público Federal, deu-se por impedido/suspeito, remetendo os autos da investigação em andamento para o substituto.

2. É mister observar que a atuação do Magistrado impedido, até aquele momento, se restringiu a deferir diligências as quais se mostravam absolutamente pertinentes e necessárias à continuidade do trabalho inquisitivo-investigatório em andamento. Também não se pode olvidar que o foco central das investigações estava em outros episódios que caracterizariam, em tese, exploração de prestígio ou tráfico de influência, e lavagem de dinheiro.

3. As providências investigatórias determinadas pelo Juízo Federal – que não agiu de ofício, mas sim acolheu requerimento da Força-Tarefa – eram mais do que razoáveis e pertinentes naquelas circunstâncias, razão pela qual se evidenciaram proporcionais e adequadas, sem malferimento a direito fundamental do investigado. E, mesmo que o Juízo quisesse proceder de modo tendencioso, pretendendo interferir no resultado da prova a ser colhida, nem assim poderia fazê-lo, simplesmente porque não detinha o domínio das diligências em questão, que, é claro, foram realizadas pelo aparato policial.

4. O juiz, ainda que formalmente impedido para a futura ação penal, não teve interferência direta na produção dos elementos de prova na fase pré-processual, porque sobre estes não teve ingerência, razão pela qual não se pode tê-los como de origem ilícita.

5. Ainda que assim não fosse, as instâncias ordinárias, soberanas na aferição do quadro fático-probatório, consideraram os elementos de prova, ora impugnados, coligidos na fase pré-processual, prescindíveis, na medida que, mesmo os desconsiderando, sobejariam provas de autoria e materialidade do crime, provenientes de fontes independentes, obstando o pretendido reconhecimento de nulidade por derivação.

6. Não se mostra pertinente a discussão em torno de delação premiada oferecida a Réus pelo Ministério Público, e homologada pelo respectivo Juízo, em outros autos. O que interessa para a ação penal em tela são seus efetivos depoimentos prestados, os quais foram cotejados com as demais provas pelo juiz da causa para formar sua convicção, sendo garantido ao ora Paciente o livre exercício do contraditório e da ampla defesa. Eventual nulidade desses acordos efetivados em outras ações penais – cuja discussão refoge aos limites de cognição deste writ – não tem o condão de atingir os depoimentos tomados na presente ação penal.”²⁰

Portanto, as provas ilícitas por derivação não devem ser absolutamente inadmitidas em nosso ordenamento quando presentes uma dessas situações, ou

²⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Processual Penal. *Habeas Corpus* n ° 70.878, da Oitava Turma do Tribunal Regional Federal da 4a Região. Relator: Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma. Julgado em 22/04/2008.

Disponível

em:

<http://www.stj.jus.br/webstj/processo/Justica/detalhe.asp?numreg=200602582276&pv=000000000000_>.

Acesso em: 18 out. 2011.

seja, possuírem ténue relação com a prova ilícita, inexistindo relação de causa e efeito entre e elas, bem como quando puderem ser obtidas de maneira autônoma, independentemente da prova ilícita.

Sobreveio, então, a Lei nº 11.690/2008, que visando acabar com a discussão acerca do tema, deu nova redação ao artigo 157, do Código de Processo Penal, reforçando, também, a vedação constitucional à admissibilidade das provas ilícitas, cuja transcrição do referido texto legal se faz necessária.

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

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

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

Evidentemente adotada a teoria da árvore dos frutos envenenados, conforme se extrai do supracitado artigo, admitiu-se também as exceções à teoria, em conformidade com o acima explanado. Em síntese, o § 1º admite a prova ilícita por derivação nos casos em que não restar demonstrado com clareza o nexo entre a prova ilícita e a que dela deriva (independent source). Excepciona também a inadmissibilidade, nos casos em que for demonstrado que a prova ilícita poderia ser obtida por meio autônomo, lícito, de forma que não se estabelecesse vínculo com a prova ilícita originária (inevitable discovery).

Dessa maneira, está expressamente demonstrada uma flexibilidade de nosso ordenamento à permissão de provas ilicitamente obtidas, e em que pese a vedação legal de sua admissibilidade, mister se faz a incidência do princípio da proporcionalidade para que da análise do caso concreto se extraia e prevaleça o interesse de maior importância em detrimento de outro, pois na situação de existência de dois princípios constitucionais contrapostos, a aplicação da proporcionalidade permitirá uma harmonização entre esses, de modo que um desses princípios se submeta ao outro.

Por essa razão, não nos parece correto inutilizar determinada prova pelo fato de derivar de uma ilícita, sendo que para isso se mostra necessária uma profunda análise do caso concreto, para que assim se constate sua admissibilidade ou não.

Igualmente, significa dizer que diante do caso concreto devem-se examinar suas peculiaridades e circunstâncias para que estabeleça se o bem jurídico que se visa tutelar é de maior importância em face do bem que fora violado para a produção desse material probatório e, assim sendo, sua admissibilidade é medida de rigor.

7. PROVAS ILÍCITAS E SUA (IN) ADMISSIBILIDADE

Embora o texto constitucional vede expressamente a utilização das provas ilícitas, a temática da questão é ainda geradora de infundáveis controvérsias, tanto na jurisprudência como na doutrina, que não apresenta uma posição final e pacífica sobre o assunto, acarretando diversos posicionamentos antagônicos.

Corroborando ainda mais a problemática da questão, a doutrina apresenta cinco teorias, sendo três defendendo a inadmissibilidade das provas ilícitas, uma preconizando que exista uma coexistência entre sua admissão e repulsa e a outra argumentando favoravelmente à utilização da prova ilícita.

7.1. Pela Inadmissibilidade das Provas Ilícitas

Fundando-se principalmente no texto constitucional, a maioria da doutrina argumenta pela não admissibilidade no processo da prova ilegalmente obtida, mesmo que inexista norma processual que vede sua utilização.

Para as seguintes correntes, por força do princípio da moralidade, que orienta os atos realizados pelo Estado, a prova ilícita, pelo simples fato de ofender determinado direito não pode ser admitida no processo.

7.1.1. Teoria da unidade

Para essa primeira teoria, a argumentação pela inadmissibilidade da prova ilícita baseia-se na idéia de que o Direito é uno e indivisível, perfazendo-se em um todo. Portanto, inadmissível que uma prova ilícita, vedada constitucionalmente ou por lei infra-constitucional, seja admitida no processo, haja vista que haveria

afronta ao Direito em sua universalidade, contaminando-o por inteiro e não separadamente.

7.1.2. Teoria da moralidade

Como o próprio nome sugere, tal teoria encontra respaldo no princípio da moralidade, norteador dos atos estatais. Dessa forma, o Estado, titular deve perseguir o crime incessantemente, mas nem por isso poderá usar de meios ilícitos para obter a condenação ou absolvição do indivíduo. Significa dizer que o Estado deve combater o crime, mas em observância as liberdades e garantias fundamentais, mediante princípios e atos inatacáveis.

7.1.3. Teoria dos direitos e garantias constitucionais

Por derradeiro, surge a argumentação de que simplesmente é inadmissível a prova ilegal no processo pelo fato de ter violado preceitos de conteúdo constitucional, sendo por isso, inconstitucionais.

Em suma, entende que toda prova ilícita é inconstitucional quando sua produção houver violado direitos e garantias fundamentais do indivíduo, acarretando, portanto, sua inadmissibilidade.

7.2. Pela Admissibilidade das Provas Ilícitas

O ponto principal para essa teoria que aceita a utilização da prova ilícita pode ser resumida pela máxima “*male captum, bene retentum*” que, em

síntese quer dizer que embora mal colhido (plano material) foi bem conservado (plano processual).²¹

Argumenta essa corrente que os direitos materiais e processuais são autônomos, possuindo sanções específicas. Assim, sendo a prova questão que incide apenas sobre a esfera processual, só poderá ser afastada, inadmitida, quando ofender o direito processual.

Igualmente, admite referida teoria que pelo fato de ter ocorrido violação ao direito material para a produção da prova, deverá o autor dela ser punido pela afronta ao direito material, esclarecendo Scarance que a prova ilícita é admitida no processo quando não houver impedimento na própria lei processual, punindo-se quem produziu a prova pelo crime eventualmente cometido.²²

Conclui-se, dessa maneira, que somente podem ser afastadas as provas obtidas mediante violação a uma norma processual, ou seja, apenas as provas denominadas ilegítimas, enquanto que a prova ilícita, aquela obtida mediante transgressão a norma de direito material, deve ser utilizada no processo, devendo seu autor ser punido pela afronta a esse direito.

²¹ GRINOVER, Ada Pellegrine. **Liberdades públicas e processo penal**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1982, p. 105/106.

²² FERNANDES, op. cit., p.91.

8. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Em meio às diversas correntes pela inadmissibilidade ou admissibilidade das provas ilícitas no processo penal brasileiro, surge por derradeiro, visando alcançar um ponto de equilíbrio de princípios e valores, o princípio da proporcionalidade, acolhido pela doutrina como uma forma intermediária de solução da temática acerca da utilização das provas ilícitas em nosso ordenamento.

Embora já explanado no capítulo 2.1 do presente trabalho, antes de adentrarmos o conteúdo que aqui será abordado, cumpre-se trazer novamente, ainda que superficialmente, noções da expressão “princípio” em seu sentido jurídico.

Sucintamente, princípios são tidos como complementos do direito positivado. São normas jurídicas que norteiam e subsidiam a aplicação e interpretação do Direito. Logo, são elementos mínimos, necessários e fundamentais para a adequada interpretação e, por conseguinte, aplicação das regras legais da forma mais próxima objetivada pela lei, quando de sua criação.

Advindo do ordenamento Alemão, cuja correspondência norte-americana se encontra na denominada Teoria da Razoabilidade, o princípio da proporcionalidade serve de instrumento para o alcance de um ponto de equilíbrio entre os valores envolvidos diante de uma prova ilícita, sopesando se deve prevalecer o interesse coletivo em punir o indivíduo ou a manutenção de seus interesses fundamentais.

Melhor explicando, a expressão “proporcionalidade” remete à idéia de adequação, que nas palavras de Canotilho é denominada de princípio da “justa medida”, explicando que:

Meios e fim são colocados em equação mediante um juízo de ponderação, com o objectivo de se avaliar se o meio utilizado é ou não desproporcionado em relação ao fim. Trata-se, pois, de uma questão de ‘medida’ ou

'desmedida' para se alcançar um fim: pesar as desvantagens dos meios em relação às vantagens do fim.²³

Em nosso ordenamento a proporcionalidade está presente como uma norma esparsa no texto constitucional, fato que não constitui óbice ao seu reconhecimento, haja vista que ao ser qualificado como "norma fundamental", se lhe atribui o caráter ubíquo de norma a um só tempo 'posta' e 'pressuposta' (na concepção instauradora da base constitucional sobre a qual repousa o ordenamento jurídico como um todo, conforme ressalta Willis Santiago Guerra Filho.²⁴

Logo, extraí-se que o princípio da proporcionalidade existe juridicamente de forma implícita, uma vez que não consta expressamente em nossa Lei Maior, encontrando diversos fundamentos em sua ordem jurídico-constitucional que, no entendimento de Sylvia Marlene de Castro Figueiredo, deriva do Estado de Direito e flui no espírito que anima a norma do artigo 5º, §2º, da Lei Fundamental, que abrange parte não escrita e não expressa dos direitos e garantias constitucionais.²⁵

Neste diapasão, elucida Paulo Bonavides que o princípio da proporcionalidade é axioma do Direito Constitucional, corolário da constitucionalidade e cânone do Estado de Direito, bem como regra que tolhe toda ação limitada do poder do Estado no quadro de juridicidade de cada sistema legítimo de autoridade.²⁶

Percebe-se, portanto, que, dado sua qualidade de princípio constitucional, implicitamente presente em nosso ordenamento, positivado constitucionalmente, o princípio da proporcionalidade deve ser acolhido como um instrumento à atividade interpretativa, com o fim de se alcançar uma conciliação, mediante devida ponderação, entre eventuais conflitos de direitos fundamentais,

²³ CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 4 ed. Coimbra: Almedina, 2000, p.263

²⁴ GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo constitucional e direitos fundamentais**. 2 ed. São Paulo: Celso Bastos, 2001, p. 83.

²⁵ FIGUEIREDO, Sylvia Marlene de Castro. **A interpretação constitucional e o princípio da proporcionalidade**. 1 ed. São Paulo: RCS, 2005, p.212

²⁶ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 11 ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p.397.

haja vista que em nenhuma circunstância um direito deve suprimir inteiramente um outro, diante de determinado conflito entre eles.

Esclarece Magalhães Gomes que é possível extrair o princípio da proporcionalidade da fórmula “Estado Democrático de Direito”, ao afirmar que:

Do reconhecimento dos direitos fundamentais decorrentes dessa concepção de Estado é possível deduzir que estes, enquanto expressões do direito à liberdade (em sentido amplo) dos cidadãos perante o Estado, podem ser limitados pelo Poder Público apenas na medida em que se demonstrar esta indispensabilidade para a tutela dos interesses públicos. De acordo com essa concepção, o princípio da proporcionalidade comporta um juízo de ponderação entre os interesses individuais dos cidadãos e os interesses da coletividade, a ser efetuado a partir de uma hierarquia de valores que o legislador deve respeitar.²⁷

Assim, denota-se que a teoria da proporcionalidade é de total utilidade e importância quando da valoração da medida a ser aplicada no caso em concreto, prevalecendo o estado ideal de maior importância face à um outro, de forma que este último não seja neutralizado.

Em síntese, é um instrumento para solução de conflitos entre eventuais conflitos de interesse, formado pelos seguintes elementos; adequação, necessidade e proporcionalidade, em seu sentido estrito.

Poder-se-á falar em “adequação” quando a medida for eficaz para produzir a consequência jurídica esperada, pois se trata de uma relação de meio e fim entre a medida aplicada e o resultado visado.

Nas palavras de Steinmetz, o juízo de adequação pressupõe conceitualmente que se saiba o que significam meio e fim e, empiricamente, identifique-se claramente o meio e o fim que estruturam a restrição de direito fundamental.²⁸

²⁷ CORBETTA, 1997 apud GOMES, 2003, p.163.

²⁸ STEINMETZ, Wilson Antônio. **Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade**. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2001, p. 149

Portanto, o meio utilizado deve ser idôneo e apto à alcançar o resultado pretendido.

Fala-se em “necessidade” quando a medida utilizada for a que menos interferir nos direitos fundamentais, ou seja, não deve a medida ser apenas suficiente para a solução do conflito, deverá ser a menos lesiva aos direitos, comparada às outras possibilidades, uma vez que havendo outro meio mais benéfico para se utilizar a mitigação de determinado direito será desnecessária. Por isso, é também denominado de princípio da menor interferência possível. A seguinte máxima demonstra de melhor maneira o referido princípio; “de dois males, faz-se mister escolher o menor”.

É como explica Suzana de Toledo Barros, ao afirmar que o pressuposto do princípio da necessidade é o de que a medida restritiva aplicada seja indispensável para a conservação do próprio ou de outro direito fundamental, de modo que não possa ser substituída por outra de igual eficácia, mas menos gravosa.²⁹

Por sua vez, para que uma medida seja proporcional, diante de um conflito normativo, deve-se buscar a tutela do bem mais relevante, não podendo o jurista se valer de medidas de proteção de determinados bens jurídicos quando sua utilização lesar ou intervir em outros direitos individuais de maior importância, maior proteção, quer dizer, mais valiosos.

Pelo princípio da proporcionalidade em sentido estrito, o intérprete deve buscar alcançar um equilíbrio entre os interesses protegidos com a medida e os bens jurídicos que eventualmente serão restringidos pela proporcionalidade.

Por derradeiro, leciona Paulo Arminio Tavares Buechele, ao dizer que o princípio da proporcionalidade deve possibilitar uma ponderação ante a eventual antinomia de interesses, afirmando que é no conflito de interesses que o princípio da proporcionalidade se mostrará de extrema praticidade, permitindo que o intérprete

²⁹ BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. 2 ed. Brasília: Jurídica, 2000. p. 79

defina qual dos interesses contrapostos deverá preponderar diante de determinada situação específica, na medida em que da melhor maneira atenda aos requisitos da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.³⁰

Neste mesmo sentido o entendimento de Fabiana Lemes Zamalloa do Prado, ao afirmar que a ponderação, como técnica para a solução das colisões entre direitos fundamentais e bens constitucionalmente protegidos, fundamenta-se constitucionalmente no princípio da proporcionalidade.³¹

Com efeito, conclui-se que o princípio da proporcionalidade servirá de instrumento ao intérprete para a solução de eventuais conflitos entre interesses tutelados mediante ponderações, buscando utilizar-se de meios que sejam os de menor restrição aos direitos individuais, sendo, portanto, os meios adequados que trarão mais benefícios do que prejuízos.

O princípio da proporcionalidade guarda estrita relação com a questão admissibilidade das provas ilícitas no ordenamento brasileiro, pois como já explanado no item anterior, deve ser o instrumento para a análise das peculiaridades e circunstâncias do caso concreto para que seja feito um sopesamento entre os bens jurídicos envolvidos na questão e, assim, se determine se a prova ilícita obtida deva ou não ser admitida, ou seja, com base na proporcionalidade é que se verificará se o bem jurídico que se visa tutelar é maior ou menos que o bem jurídico outrora violado para a obtenção de determinada prova, tida como ilícita.

³⁰ BUCHELE, Paulo Arminio Tavares. **O princípio da proporcionalidade e a interpretação da constituição**. Rio de Janeiro: Renovar, 199, p.169.

³¹ PRADO, Fabiana Lemes Zamalloa do. **A ponderação de interesses em matéria de prova no processo penal**. São Paulo: IBCCRIM, 2006. p. 159.

9. PROVAS ILÍCITAS “PRO REO”

Em que pese toda a celeuma que envolve a temática da admissibilidade das provas ilícitas no processo penal brasileiro, a doutrina é majoritária e quase unânime no sentido de reconhecer e aceitar a utilização de referida prova em nosso ordenamento quando em favor do réu, ainda que o material probatório ilícito seja colhido pelo próprio acusado, nesse caso, sob o argumento de tal ilicitude seria eliminada por alguma causa de excludente de ilicitude, tal qual, a legítima defesa.

Isso ocorre, de acordo com a doutrina, em homenagem ao direito de defesa do acusado e ao princípio do favor rei, bem como pelo fato de que os direitos de liberdade, defesa do réu são considerados irredutíveis e por isso devem imperar sobre os demais.

Nesses casos, se faz necessária a utilização do princípio da proporcionalidade como instrumento para sopesar os valores contrapostos, conforme leciona Grinover ao afirmar que se trata de aplicação de tal princípio na ótica do direito de defesa, também constitucionalmente assegurado, e de forma prioritária no processo penal, todo informado pelo princípio do *favor rei*³².

Em louvável exemplo, Vicente Greco Filho demonstra a utilização da prova ilícita *pro reo*, fundamentada na teoria da proporcionalidade.

Haverá situações em que a importância do bem jurídico envolvido no processo e a ser alcançado com a obtenção irregular da prova levará os Tribunais a aceitá-la. Lembre-se, por exemplo, uma prova obtida por meio ilícito mas que levaria à absolvição de um inocente. Tal prova teria de ser considerada porque a condenação de um inocente é a mais abominável das violências e não poder ser admitida ainda que se sacrifique algum outro preceito legal. A norma constitucional de inadmissibilidade das provas obtidas por meio ilícito vale, portanto, como regra, mas certamente comportará exceções ditadas pela incidências de outros princípios, também constitucionais, mais relevantes³³.

³² GRINOVER, op. cit., p. 129.

³³ GRECCO FILHO, Vicente. **Tutela constitucional das liberdades**. 1 ed. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 112/113

Neste sentido, o julgado proferido pelo Supremo Tribunal Federal, relatado pelo Ministro Carlos Velloso:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. PENAL. GRAVAÇÃO DE CONVERSA FEITA POR UM DOS INTERLOCUTORES: LICITUDE. PREQUESTIONAMENTO. Súmula 282 – STF. PROVA: REEXAME EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO: IMPOSSIBILIDADE. Súmula 279-STF.

I. – Gravação de conversa entre dois interlocutores, feita por um deles, sem conhecimento do outro, com a finalidade de documentá-la, futuramente, em caso de negativa, nada tem de ilícita, principalmente quando constitui exercício de defesa.

II. – Existência, nos autos, de provas outras não obtidas mediante gravação de conversa ou quebra de sigili bancário.

III. – A questão relativa às provas ilícitas por derivação “the fruits of the poisonous tree” não foi objeto de debate e decisão assim não prequestionada. Incidência da Súmula 282-STF.

IV. – A apreciação do RE, no caso, não prescindiria do reexame do conjunto fático-probatório, o que não é possível em recurso extraordinário. Súmula 279-STF.

V. – Agravo não provido

(AI 50. 367-PR, 2º. Turma. Rel. Min. Carlos Velloso. J. 01/02/05. DJ 04/03/05.)

Percebe-se, portanto, que a prova ilicitamente obtida, mesmo que pelo próprio réu, deverá ser admitida em favor de sua defesa, sendo esse o atual posicionamento majoritário tanto da doutrina quanto da jurisprudência que, diga-se de passagem, é o correto, uma vez que essa ilicitude seria afastada por causas excludentes de antijuricidade, em razão de o acusado ter procedido dessa forma visando a defesa de sua própria liberdade.

Neste diapasão, destaca-se o ensinamento trazido por Gomes Filho.

(...) no confronto entre uma proibição de prova – ainda que ditada pelo interesse de proteção a um direito fundamental – e o direito à prova da inocência, parece claro que deva este último prevalecer; não só porque a liberdade e a dignidade da pessoa humana constituem valores insuperáveis na ótica da sociedade democrática, mas também porque ao próprio Estado não pode interessar a punição de um inocente, o que poderia significar a impunidade do verdadeiro culpado³⁴.

Assim, indiscutível que a prova ilícita *pro reo* deve realmente ser aceita em nosso ordenamento, desde que se realize um crivo de ponderação pelo princípio da proporcionalidade entre os direitos contrapostos, pois não se deve entender que toda, e qualquer prova ilícita em favor da defesa seja admitida, como por exemplo

³⁴ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Direito à prova no Processo Penal**. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1997. p. 47.

aquela que se obtêm mediante a prática de tortura, haja vista a agressão que causará ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Dessa forma, sopesado os valores dos direitos envolvidos (violado e o que se visa tutelar) e demonstrado que essa prova almeja comprovar a inocência do réu e sendo essa a única maneira possível para tal, estarão presentes, portanto, os elementos da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, elementos formadores do princípio da proporcionalidade, não há incertezas de que essa prova ilícita deva ser admitida.

10. PROVAS ILÍCITAS “PRO SOCIETATE”

Eis que adentramos ao ponto principal do presente trabalho, qual seja, pela admissibilidade das provas ilícitas em desfavor do réu, em benefício sociedade.

Em contrapartida, ao quase unânime acolhimento em nosso ordenamento pela admissibilidade das provas ilícitas obtidas *pro reo*, permanece uma interminável discussão sobre sua aceitação *pro societate*, ou seja, em benefício da sociedade e não mais visando a defesa do acusado.

Nessa ocasião, entende maior parte da doutrina que os direitos à liberdade, à dignidade e integridade do indivíduo não podem ser restringidos pelo direito à prova do Estado, devendo prevalecer à proteção ao cidadão, sendo inconcebível a utilização de provas ilícitas para condená-lo.

No entanto, esclareça-se que não há em nossa *Lex Mater* direitos e garantias fundamentais que gozem de caráter absoluto, irrestingíveis e intocáveis, conforme explica Zamalloa do Prado, ao afirmar que os direitos fundamentais são sujeitos de restrições que decorrem do próprio sistema de direitos fundamentais, consubstanciadas por bens contrapostos constitucionalmente protegidos ³⁵.

Dessa forma, o posicionamento pela absoluta não admissibilidade da prova ilícita em desfavor do réu não se mostra correto. Novamente, deve-se recorrer ao princípio da proporcionalidade para sopesar os interesses do caso concreto e se extrair qual bem jurídico deverá ser sobreposto ao outro, uma vez que o comando legal que proíbe a prova ilícita pode e deve sofrer restrição em situações em que sua prevalência acarretar lesão a um direito de maior valor.

³⁵ PRADO, Fabiana Lemes Zamalloa do. **A ponderação de interesses em matéria de prova no processo penal**. São Paulo: IBCCRIM, 2006.

A corrente pela admissibilidade da prova ilícita *pro societate* nasceu do inconformismo dessa total vedação de sua aceitação no processo penal brasileiro. Inadmissível é, na verdade, aceitar que impere a impunidade de criminosos pela mera fundamentação de que a prova dos fatos é imprestável por ter caráter ilegal, seja por ferir direito material ou por afrontar norma processual, enquanto que nas mesmas circunstâncias, na posição do acusado, o entendimento predominante é de que tais provas ilícitas devem ser admitidas.

Em louvável exemplo, Norberto Avena demonstra a real necessidade de se aceitar a prova ilícita *pro societate*.

(...) suponha-se que ocorra um homicídio e que a arma do crime, registrada em nome do suspeito, venha a ser arrecadada dentro de sua casa, no período noturno, sem prévia ordem judicial para tanto. Realizados o exame de balística e o exame datiloscópico, estes fornecem certeza quanto à autoria do investigado, caracterizando-se como a única prova capaz de levar o investigado à condição de réu em ação penal, na sua posterior pronúncia e, inclusive, condenação pelo júri. Considerando a ilicitude da apreensão, a prova haveria de ser desprezada pelo juiz, restando impune o agente? A nosso ver, tal raciocínio seria absolutamente despropositado. Inexistindo outros elementos de convicção e sendo esta a única prova capaz de elucidar a verdade real, impõe-se que seja utilizada, ainda que produzida em desobediência ao art. 5º, XI, da CF e ainda que contra o réu³⁶.

Ainda nesse mesmo sentido, Avena exemplifica claramente com outro caso hipotético.

Considere-se, por exemplo, a hipótese de que determinada pessoa, com o filho seqüestrado e avisada de que será ele morto caso desencadeada investigação policial, venha a solicitar *in off*, que um policial conhecido realize, por meio de equipamento eletrônico acoplado a seu aparelho, a escuta das conversas mantidas com os seqüestradores. Realizado esse procedimento, vêm os criminosos, mais tarde, em consequência do registro telefônico, a ser identificados, localizando-se o cativo e libertando-se a vítima sem que tenham ocorrido prisões em flagrante (o que já seria prova de per si) em razão da fuga dos criminosos. Neste caso, é evidente que a prova assim obtida deverá ser considerada válida, pois alcançada em flagrante conduta de legítima defesa, patrocinada pela própria vítima, não se cogitando, então, de ilicitude em casos tais³⁷.

³⁶ AVENA, Norberto. **Processo penal: esquematizado**. 3 ed. São Paulo: Método, 2011. p. 502.

³⁷ AVENA, op. cit., p. 503.

Como demonstrado nos exemplos, não parece coerente aceitar que tais delitos fiquem impunes pelo fato de o conjunto probatório ser classificado como ilegal, levando-se em conta que o processo penal é acromático e tem como princípio basilar a busca pela verdade real, ao contrário do processo civil, de modo que, diante de tais provas, já produzidas, mesmo que ilícitas, o julgador não deve abster-se de seu pronunciamento, caso em que estaria se afastando do principal escopo do Direito, a justiça.

Neste sentido o ensinamento de Alexandre de Moraes ao estabelecer que as liberdades públicas não podem ser utilizadas como um verdadeiro escudo protetivo da prática de atividades ilícitas, tampouco como fundamento para afastamento de responsabilidades civil ou penal por atos criminosos, sob pena de total violação ao Estado de Direito. Assim, aqueles que inobservarem as liberdades públicas de terceiros e da própria sociedade e cometerem atos ilícitos, não poderão invocar, posteriormente, a ilicitude de determinadas provas para afastar suas responsabilidades perante o Estado ³⁸.

Outrossim, é posição quase que unânime em nosso ordenamento jurídico a admissibilidade das provas ilícitas em benefício da defesa do réu, mesmo que essas sejam produzidas pelo próprio acusado, sob a justificativa de que esse estaria agindo em sob uma causa excludente de ilicitude, bem como incidiria o princípio da proporcionalidade, argumentando-se, também, que ignorar essas provas que demonstram sua inocência, ainda que ilícitas, e condená-lo, seria a maior das injustiças.

Inquestionavelmente, os argumentos trazidos para que se admita a prova ilícita em favor do acusado merecem absoluto respaldo e acolhimento. Sendo tal posicionamento bastante acertado. No entanto, não se pode radicalizar o princípio da proporcionalidade restringindo sua aplicação apenas nas hipóteses em que a prova ilegal atue em seu benefício.

³⁸ MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 382/383.

Outro não é o entendimento de Fernando Capez ao tratar do tema, esclarecendo que:

Entendemos não ser razoável a postura inflexível de se desprezar, sempre, toda e qualquer prova ilícita. Em alguns casos, o interesse que se quer defender é muito mais relevante do que a intimidade que se deseja preservar. Assim, surgindo conflito entre princípios fundamentais da Constituição, torna-se necessária a comparação entre eles para verificar qual deva prevalecer. Dependendo da razoabilidade do caso concreto, ditada pelo senso comum, o juiz poderá admitir uma prova ilícita ou sua derivação, para evitar um mal maior, como, por exemplo, a condenação injusta ou a impunidade de perigosos marginais. Os interesses que se colocam em posição antagônica precisam ser cotejados, para escolha de qual deva ser sacrificado ³⁹.

Embora o posicionamento jurisprudencial majoritário entenda pelo não acolhimento da prova ilícita em desfavor do réu, é crescente o número de julgados diversos inclinando ao entendimento da admissibilidade das provas ilícitas *pro societate*, norteados sempre por critérios de razoabilidade e proporcionalidade. Nesse sentido o entendimento proferido pela Suprema Corte.

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

Neste ínterim, leciona Capez que a aceitação do princípio da proporcionalidade *pro reo* não apresenta maiores dificuldades, pois o princípio que veda as provas obtidas por meios ilícitos não pode ser usado como um escudo destinado a perpetuar condenações injustas ⁴⁰.

³⁹ CAPEZ, Fernando op. cit., p. 304.

⁴⁰ CAPEZ, Fernando op. cit., p. 306

Ora, não há coerência ou sentido algum que a verdadeira justiça, almejada pelo Direito, seja ignorada, afastada ou não realizada, quando da não aceitação de uma prova, ilicitamente já produzida, que demonstre os fatos de tal modo que, por si só, seja suficiente para uma eventual absolvição ou, até mesmo, uma condenação. Na verdade, estar-se-ia ocorrendo o oposto do que se busca alcançar no mundo do Direito, ou seja, injustiça.

Frise-se, por fim, que a obra em testilha não visa apoiar, instigar, ou defender que o Estado atue de forma arbitrária, ilimitada e inquisitória com o intuito de obter subsídios a qualquer custo para uma formal acusação. O que se pretende é defender a aceitação da prova ilícita já produzida, seja por particular ou pelo próprio Estado, ainda que em prejuízo do acusado. Desse modo, entendemos que uma vez produzida determinada prova e levada ao conhecimento do magistrado, embora permeada por ilicitude, deverá ser aceita e instruída nos autos, pois mesmo tendo sido colhida ilicitamente, seu conteúdo não deve em hipótese alguma, com exceção à prática da tortura, ser totalmente desprezado, pois, assim agindo, estaria o julgador atuando de forma hipócrita, afastando-se de sua obrigação maior, qual seja, a realização da Justiça.

Assim, a prova ilícita, principalmente quando imprescindível, deve ser admitida em nosso processo penal tanto em sua finalidade *pro reo* como *pro societate*, sendo permitida sempre em casos excepcionais e nunca de forma irrestrita e ilimitada, instrumentalizando sua admissão com base no princípio da proporcionalidade, respeitando sobretudo o princípio da dignidade da pessoa humana, motivo pelo qual uma prova colhida mediante tortura, por exemplo, merece total vedação, haja vista a gravidade de seu vício e o fato de que diante dessa situação o ofendido possivelmente assumiria, confessaria, toda e qualquer inverdade que lhe fosse indagada.

12. CONCLUSÃO

Com a conceituação do termo “prova” no âmbito jurídico, bem como breves noções de sua evolução histórica, passando pela abordagem de seu objeto, suas classificações e princípios que regem tal instituto, chegou-se ao estudo das provas ilegais.

Nesse ponto, ao tratar das espécies de provas ilegais, ou seja, prova ilícita e prova ilegítima, restou demonstrado que tais provas são vedadas em nosso ordenamento jurídico, tanto por força de norma infra-constitucional como também por próprio mandamento de nossa Carta Magna, respectivamente artigo 157, do Código de Processo Penal e artigo 5º, inciso LVI, da Constituição Federal.

No entanto, em se tratando da aceitação de provas ilícitas no processo penal brasileiro, a doutrina se apresenta divergente, não havendo consenso sobre o assunto, existindo desde entendimentos de que a vedação é absoluta, não se permitindo que qualquer prova ilícita seja aceita no processo, até posicionamentos contrários, argumentando pela admissibilidade dessas provas, adotando-se como fundamento para tal o princípio da proporcionalidade.

Predomina o entendimento em nosso ordenamento de que a prova ilícita pode ser usada em favor da defesa do réu, ou seja, atuando em seu benefício e nunca em seu prejuízo, levando-se em conta que o acusado que se vale dessa prova estaria acobertado pelo manto de causas excludentes de ilicitude, uma vez que estaria defendendo seu próprio direito, visando provar sua inocência. Tal entendimento se deve também pelo fato dos direitos do réu serem considerados irreduzíveis, sempre se sobrepondo a qualquer outro direito.

Em que pese o correto e quase unânime entendimento adotado por nossa doutrina e jurisprudência em relação à prova ilícita *pro reo*, o mesmo não ocorre quando a questão recai sobre a admissibilidade dessas em benefício da sociedade, *pro societate*, acarretando certo prejuízo ao acusado.

Cediço que a Constituição Federal de 1988 veda explicitamente em seu artigo 5º, LVI, a utilização das provas ilícitas no processo, visando com isso que a formação do conjunto probatório aconteça de modo que não se viole nenhum direito ou garantia do cidadão. Embora a finalidade do dispositivo seja merecedora de aplausos e encontre grande respaldo, há de se ressaltar que os direitos, ainda que fundamentais, não possuem caráter irreduzível, irrestringível ou intocável, devendo ser eles relativizados e eventualmente limitados diante de outros direitos.

Neste sentido, quando do surgimento de uma prova ilicitamente produzida, o julgador não deve de imediato descartá-la e inutilizá-la, sob pena de incorrer em um dos males mais graves repugnados pela ciência do Direito. A injustiça.

Nessas ocasiões, frente à existência de direitos contrapostos, conflitantes, o magistrado deverá invocar o princípio da proporcionalidade como instrumento para se fazer valer de uma ponderação entre eles, com a finalidade de se alcançar um equilíbrio, para que se extraia a possibilidade de admissão dessa prova ilegal.

Posto isso, o presente trabalho visa defender a utilização da prova ilícita em desfavor do réu, sempre de forma limitada, em caráter excepcional, com base na utilização de um critério de proporcionalidade, pautados por uma idônea valoração, ponderação, sopesamento dos bens jurídicos envolvidos no caso.

Como já explanado, entende-se quase que unanimemente que a prova ilícita merece acolhida nas hipóteses em que sua finalidade for a de defesa, em benefício do acusado. Sabe-se, também, que impera em nosso ordenamento um tratamento igualitário das partes, quer dizer, tanto defesa quanto acusação são passivos do mesmo tratamento. No entanto, não é o que ocorre no presente caso, uma vez que se admite a prova ilícita em nome da defesa, mas não em prol da acusação. Como já afirmado na obra, correta e incontestável a posição de nossa doutrina e jurisprudência, que se inclina quase totalmente no sentido da utilização da

prova ilícita *pro reo*. Entretanto, o mesmo não se pode dizer em relação à prova ilícita *pro societate*.

Entendemos que se a violação a um direito material ou a uma norma processual é aceita em nome do réu, deverá da mesma maneira ser admitida em seu desfavor, melhor dizendo, em nome da sociedade, que não merece sofrer com a impunidade causada por essa não aceitação.

Novamente, deve-se atentar ao princípio da proporcionalidade, realizando-se um juízo de seus elementos; adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Será adequada quando for eficaz para produzir a conseqüência jurídica adequada, apresentar-se-á necessária quando a medida for a menos lesiva a outros direitos fundamentais e, por fim, será proporcional quando diante do caso concreto, se buscar a proteção do bem jurídico mais valioso em detrimento daquele de somenos importância na ocasião.

Argumentamos, ainda, como fundamento à admissibilidade das provas ilícitas *pro societate*, um dos princípios basilares do processo penal, o da verdade real. Indubitavelmente, as provas têm a finalidade de demonstrar nos autos, da melhor maneira, os fatos alegados. Assim, uma vez alcançado esse fim, ou seja, face a uma prova que demonstre ou indique a autoria ou materialidade de um crime, ou ainda qualquer outro indício que possa levar à uma maior descoberta, ela não deverá imediatamente ser afastada dos autos por ser ilícita, pois em que pese sua produção ter se dado de forma ilegal, seu conteúdo é apto para proporcionar ao julgador uma melhor formação de seu convencimento, que não pode ser cerceado pelo mero entendimento de que a prova ilícita não deve ser utilizada em nosso ordenamento.

Por todos os motivos expostos, defendemos também a utilização da prova ilícita por derivação, mais uma vez frisando-se a necessidade da aplicação do

princípio da proporcionalidade, sendo, portanto, perfeitamente admissível que essas sejam utilizadas também tanto *pro reo* quanto *pro societate*.

Com efeito, como já dito, não defendemos que o Estado ou o particular produza prova de forma ilimitada, incondicionada ou irrestrita, incorrendo eventualmente em ilegalidade. Entendemos que as provas ilícitas, uma vez produzidas, não devem ser ignoradas e desprezadas, inutilizando-as e desentranhando-as dos autos, haja vista que seu conteúdo possivelmente será capaz e suficiente para demonstrar os fatos que se pretende, a ponto de ser íntegro para a formação da convicção do julgador. Acolhemos, também, o entendimento trazido pela corrente que defende a admissibilidade da prova ilícita, consistente em aplicar ao autor da prova ilegal, feridor do direito material ou norma processual, no momento da produção da prova, uma punição, seja em âmbito penal, civil ou administrativo.

Ponto finalizando, afastar provas que demonstram os fatos alegados, sob o pretexto de serem ilegais, é o mesmo que, hipocritamente, amarrar e vendar o magistrado e, assim, impedi-lo de julgar com forte convencimento, convicção, segurança e justiça.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. **Da prova no processo penal**. 3 ed., São Paulo: Saraiva, 1994;

ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de direito constitucional**. 2 ed., São Paulo: Saraiva, 1999;

AVENA, Norberto. **Processo penal: esquematizado**. 3 ed. São Paulo: Método, 2011;

AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas ilícitas: interceptações telefônicas e gravações clandestinas**. 2 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999;

BARROS. Antonio Milton de. **Da prova no processo penal: apontamentos gerais**. 1 ed., São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001;

BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. 2 ed. Brasília: Jurídica, 2000;

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 11 ed. São Paulo: Malheiros, 2001;

BUECHELE, Paulo Arminio Tavares. **O princípio da proporcionalidade e a interpretação da constituição**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999;

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 4 ed. Coimbra: Almedina, 2000;

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 16 ed., São Paulo: Saraiva, 2009;

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

DA SILVA, Germano Marques. **Curso de processo penal**. v. 2. Lisboa: Verbo. 1993;

FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. 5 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000;

FIGUEIREDO, Sylvia Marlene de Castro. **A interpretação constitucional e o princípio da proporcionalidade**. 1 ed. São Paulo: RCS, 2005;

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Direito à prova no Processo Penal**. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1997;

GOMES, Mariângela Gama de Gamalhães. **O princípio da proporcionalidade no direito penal**. 1 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo constitucional e direitos fundamentais**. 2 ed. São Paulo: Celso Bastos, 2001;

GRECO FILHO, Vicente. **Manual de Processo Penal**. 7. ed. São Paulo: Saraiva. 2009;

GRECCO FILHO, Vicente. **Tutela constitucional das liberdades**. 1 ed. São Paulo: Saraiva, 1989;

GRINOVER, Ada Pellegrini, SCARANCE FERNANDES, Antonio; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As nulidades no processo penal**. 12 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2011;

MESSIAS, Irajá Pereira. **Da prova penal**. 3 ed., São Paulo: Impactus, 2006;

MITTERMAIER, C.J.A. **Tratado da prova em matéria criminal**. São Paulo: Bookseller, 1997;

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2003;

NUNES, Rizzato. **Manual de introdução ao estudo do direito**. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2009;

PRADO, Fabiana Lemes Zamalloa do. **A ponderação de interesses em matéria de prova no processo penal**. São Paulo: IBCCRIM, 2006;

RABONEZE, Ricardo. **Provas obtidas por meios ilícitos**. Porto Alegre: Síntese, 1998;

RIZZATTO, Luiz Antônio Nunes. **Manual de introdução ao estudo do direito**. 5 ed., São Paulo: Saraiva, 2003;

STEINMETZ, Wilson Antônio. **Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade**. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2001;

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. 27 ed., São Paulo: Saraiva, 2005;

VENOSA, Silvio de Salvo. **Introdução ao estudo do direito**. São Paulo: Atlas, 2004.