

---

**FACULDADES INTEGRADAS**  
**“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E A ADMISSIBILIDADE**  
**DAS PROVAS ILÍCITAS NO PROCESSO PENAL**

Elen Rose Martins da Silva

Presidente Prudente/SP

2011

**FACULDADES INTEGRADAS  
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E A ADMISSIBILIDADE  
DAS PROVAS ILÍCITAS NO PROCESSO PENAL**

Elen Rose Martins da Silva

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob orientação do Prof. Jurandir José dos Santos.

Presidente Prudente/SP

2011

# **O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E A ADMISSIBILIDADE DAS PROVAS ILÍCITAS NO PROCESSO PENAL**

Monografia aprovada como requisito  
parcial para obtenção do Grau de  
Bacharel em Direito.

Jurandir José dos Santos

Mário Coimbra

Filipe Assis Coelho

Presidente Prudente, 08 de novembro de 2011.

Dedico este trabalho aos meus pais, Carlos Antônio e Elis Regina, a quem devo minha eterna gratidão; aos meus professores, que contribuíram para esta conquista e aos meus amigos, pessoas que guardarei por toda vida.

## RESUMO

Este trabalho aborda a admissibilidade das provas ilícitas com fundamento no princípio da proporcionalidade. O objetivo principal do trabalho é demonstrar que na existência de direitos conflitantes, o de maior importância prevalecerá. Esta possibilidade existe em razão do princípio da proporcionalidade que é aplicado ao caso concreto. Não é aceitável que um criminoso de alta periculosidade não seja punido apenas em razão da interpretação literal do texto constitucional. Ademais, o uso das provas ilícitas não deve ser confundido com impunidade, pois aquele que se utilizou de tais provas deve ser penalizado. Concluiu-se que a maioria da doutrina e da jurisprudência considera aceitável a admissibilidade das provas ilícitas *pro reo*. Todavia, as provas ilícitas também devem ser utilizadas em desfavor do acusado, quando o interesse social é mais importante que o interesse do acusado. O trabalho desenvolveu-se através do método indutivo, através do qual se partiu de pontos específicos para, no fim, se chegar a conclusões de maior abrangência. Além disto, foi utilizado o método dedutivo com consultas às mais modernas jurisprudências e doutrinas.

**Palavras-chave:** Processo penal. Prova. Prova ilícita. Princípio da proporcionalidade. Admissibilidade das provas ilícitas.

## ABSTRACT

This work is about the admissibility of illegal evidence basing on the proportionality principle. The main objective of the work is to show that in case of existing conflicting rights, the most important one will prevail. This possibility exists because of the proportionality principle that is applied in real case. It's not acceptable that a dangerous criminal be not punished just because of the literal interpretation of the constitutional text. Also, the using of illegal evidence must be not mixed up with impunity because the person who used these kind of evidence must be punished. The conclusion shows that the majority of the doctrine and the jurisprudence accept the illegal evidence *pro reo*. However, the illegal evidence must be also used to put the criminal at a disadvantage when the social interest is more important than the interest of the accused. The work was developed based on inductive method of research, by wich it takes specific points until getting on a larger scope of the conclusion. Also, it was used the deductive method according with the most modern jurisprudences and doctrines.

**Keywords:** Penal process. Evidence. Illegal evidence. Proportionality principle. Admissibility of illegal evidence.

# SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO.....</b>	<b>09</b>
<b>2 PRINCÍPIOS NORTEADORES DO PROCESSO PENAL.....</b>	<b>11</b>
2.1 Princípio da Iniciativa das Partes.....	11
2.2 Princípio do Contraditório e Ampla Defesa.....	13
2.3 Princípio do Juiz Natural.....	14
2.4 Princípio da Persuasão Racional.....	15
2.5 Princípio da Verdade Real.....	16
2.6 Princípio da Publicidade.....	17
2.7 Princípio da Presunção de Inocência.....	18
2.8 Princípio do Duplo Grau de Jurisdição.....	19
<b>3 PROVAS.....</b>	<b>21</b>
3.1 Evolução Histórica.....	21
3.2 Definição.....	22
3.3 Objeto da Prova.....	24
3.3.1 Pressupostos para coleta e produção da prova.....	26
3.4 Ônus da Prova.....	27
3.5 Sistemas de Avaliação.....	28
3.5.1 Resultado da avaliação da prova.....	30
3.6 Procedimento Probatório.....	30
3.7 Classificação das Provas.....	31
<b>4 PROVAS ILÍCITAS.....</b>	<b>33</b>
4.1. Prova Proibida, Ilícita e Ilegítima.....	33
4.2 Previsão Constitucional e Infraconstitucional.....	34
4.3 Provas Ilícitas por Derivação.....	35
4.4 Inadmissibilidade das Provas Ilícitas.....	37

<b>5 O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE.....</b>	<b>39</b>
5.1 Origem e Evolução Histórica.....	39
5.2 Subprincípios do Princípio da Proporcionalidade.....	40
5.2.1 Necessidade.....	40
5.2.2 Idoneidade.....	41
5.2.3 Proporcionalidade em sentido estrito.....	42
5.3 O Princípio da Proporcionalidade e a Constituição Federal de 1988.....	43
5.4 A Admissibilidade das Provas Ilícitas.....	46
<b>6 CONCLUSÃO.....</b>	<b>51</b>
<b>BIBLIOGRAFIA.....</b>	<b>52</b>



## 1 INTRODUÇÃO

O trabalho abordou o assunto referente às provas ilícitas no processo penal e sua admissibilidade frente ao princípio da proporcionalidade.

Este assunto é relevante e polêmico, eis que pode ser fundamental para se apurar a verdade real dos fatos e, assim, influenciar no julgamento do processo. Deste modo, a escolha do tema em testilha se deu em razão da importância do assunto, abordando-se os diferentes posicionamentos e procedendo a defesa de determinada visão sobre a matéria.

O objetivo fundamental que se buscou alcançar foi demonstrar a importância do princípio da proporcionalidade para a admissibilidade das provas ilícitas no processo penal, seja para absolver ou condenar o criminoso.

Para que tal meta pudesse ser atingida, utilizou-se do método indutivo, através do qual se partiu de fatos específicos para, no fim, se chegar a conclusões de maior abrangência. Além disto, foi utilizado o método dedutivo com consultas às mais modernas jurisprudências e doutrinas atinentes ao assunto em questão.

Primeiramente tratou-se dos princípios norteadores do processo penal e as consequências de suas aplicações na produção das provas. Em seguida, foi abordado o tema sobre provas para, assim, adentrar ao tema principal deste trabalho.

As provas ilícitas têm previsão no art. 5º, LVI, da Constituição Federal, que diz: “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meio ilícitos”. Ocorre que, conforme o entendimento que se adotar, este dispositivo não deve ser interpretado de forma puramente literal, utilizando-se as provas ilícitas em certos casos.

Ao longo do trabalho se expôs que é majoritário o entendimento que defende a utilização das provas ilícitas *pro reo* pela aplicação do princípio da proporcionalidade. Este princípio é de suma importância, pois é o principal fundamento utilizado para que as provas ilícitas possam ser utilizadas no processo.

Ponto controvertido é a admissibilidade das provas ilícitas em desfavor do acusado. Este posicionamento não é adotado pela maioria dos doutrinadores e magistrados, pois não seria possível se utilizar de meios ilícitos para privar o indivíduo de sua liberdade. Porém, como se verificou, há casos em que o interesse público deve se sobrepor ao direito do acusado de permanecer em liberdade.

Ainda que minoritários, há julgamentos que mitigam a inadmissibilidade das provas ilícitas utilizando-se do princípio da proporcionalidade para a proteção da sociedade em desfavor do acusado. Embora tal posicionamento não seja prestigiado pela maioria, deve ser considerado para a promoção da justiça e atuação de um Estado Democrático de Direito.

## 2 PRINCÍPIOS NORTEADORES DO PROCESSO PENAL

É comum na esfera jurídica, iniciar determinado assunto através do estudo dos chamados princípios. Independentemente do ramo do Direito em análise, seja ele constitucional, civil, penal ou administrativo, não é possível aprofundar-se no tema sem a abordagem dos princípios.

Dispõe Guilherme de Souza Nucci (2007, p.76) no seguinte sentido:

Princípio jurídico quer dizer um postulado que se irradia por todo o sistema de normas, fornecendo um padrão de interpretação, integração, conhecimento e aplicação do direito positivo, estabelecendo uma meta maior a seguir.

Os princípios, assim, contribuem para que os textos legais não sejam interpretados à vontade de cada pessoa, mas que haja uma uniformidade na exegese dos textos jurídicos.

A maioria dos princípios que regem o processo penal é encontrada na Constituição Federal ligada aos direitos e garantias fundamentais. Desta forma, as normas previstas na legislação ordinária devem estar em conformidade com o texto constitucional. Exemplo pertinente é o assunto quanto às provas, pois todos os atos processuais relativos à produção das mesmas devem respeitar o que é assegurado pela Carta Magna.

### 2.1 Princípio da Iniciativa das Partes

Para que a atividade jurisdicional se instaure, é necessário que seja provocada. Prevalece no direito processual o princípio da inércia, pelo qual a ação não pode ser instaurada de ofício pelo juiz, mas apenas por iniciativa da parte. A

expressão latina *nemo iudex sine actore*, que significa “não há juiz sem autor” revela o sentido desse princípio.

Existem na doutrina, posicionamentos que trazem algumas exceções a esse princípio. A exemplo, Fernando da Costa Tourinho Filho (2011, p. 78) expõe:

Todavia, como o nosso Processo Penal não é um Processo Acusatório ortodoxo, isto é, fiel aos seus princípios, o procedimento *ex officio* não se extinguiu de todo. Tanto é verdade que o Juiz pode conceder *habeas corpus* de ofício (e o *habeas corpus* é uma verdadeira ação penal popular).

Nos crimes de ação penal pública incondicionada, cabe exclusivamente ao Ministério Público promovê-la através do oferecimento de denúncia, de acordo com o art. 129, I da Constituição Federal. Em determinados casos, essa ação poderá ser condicionada à representação do ofendido ou à requisição do Ministro da Justiça, conforme art. 24 do Código de Processo Penal.

Nos crimes de ação pública, poderá o ofendido oferecer queixa quando o promotor deixar de oferecer a denúncia no prazo legal. É a chamada ação privada subsidiária da ação pública prevista no art. 29 do Código de Processo Penal e art. 5º, LIX da Constituição Federal.

Há casos ainda em que, exclusivamente, o titular da ação é a vítima ou seu representante, de acordo como art. 30 do Código de Processo Penal ao tratar da ação penal privada.

Portanto, pelo princípio da iniciativa das partes, a ação penal apenas será iniciada mediante denúncia oferecida pelo representante do Ministério Público ou queixa pela própria vítima ou seu representante.

## 2.2 Princípio do Contraditório e Ampla Defesa

O princípio do contraditório e ampla defesa presente no art. 5º, LV da Constituição Federal, constitui um dos mais importantes princípios previstos e pode ser afirmado pela máxima *audiatur et altera pars*, em outras palavras, “a parte contrária deve ser ouvida”.

Através do contraditório, é assegurado à parte se pronunciar e se defender toda vez que uma delas apresentar fatos ou provas contra outra. Em relação às questões de direito levantadas por uma das partes, em regra, há apenas a aplicação da lei pelo juiz, não sendo necessário que a outra se manifeste.

O contraditório é um direito assegurado tanto ao réu quanto ao autor da ação penal. Decorre desse direito bilateral, a igualdade processual, em outras palavras, o princípio da igualdade das partes.

Essa igualdade processual entre acusado e acusador, implica em mesmos direitos, deveres e ônus. Porém, certo é, que essa igualdade não deve ser interpretada de forma absoluta. A própria legislação prevê algumas vantagens conferidas à defesa, mas não à acusação, como exemplos: a proposição dos embargos infringentes ou a própria revisão criminal. Para se justificar esta posição, cita-se o princípio do “favor rei”, pelo qual em situações de conflito, prevalece o direito à liberdade do acusado (*jus libertatis*) frente ao direito de punir do Estado (*jus puniendi*).

No início da ação penal, o acusado tem o direito de saber o motivo pelo qual está sendo processado, devendo conhecer de todas as alegações presentes na denúncia ou queixa, para que possa vir a se defender. Tal defesa é obrigatória, não podendo alguém ser processado ou julgado sem ter se defendido das acusações, conforme art. 261 do Código de Processo Penal.

Prevê ainda o referido código em seu art. 263 que se o acusado não apresentar defensor ou tendo habilitação técnica não se defender, o juiz nomeará quem possa realizar sua defesa.

O acusado não tem apenas o direito de se defender, mas o de se defender amplamente, através de todos os métodos pela lei não proibidos.

Desta forma, não é possível que se tenha um processo justo com o devido processo legal, sem que o acusado venha a se defender de todas as imputações a ele conferidas, atendo ao princípio do contraditório e ampla defesa.

### **2.3 Princípio do Juiz Natural**

Este princípio tem fulcro no art. 5º, LIII da Constituição Federal que diz: “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente”.

É uma garantia do acusado em ser processado e julgado por um magistrado que já seja competente na data do fato. Assim, a lei visa cumprir o que consta no inciso XXXVII do referido artigo: “não haverá juízo ou tribunal de exceção”. Desta forma, é vedado que o magistrado, após a ocorrência do fato, se torne competente para julgar determinado caso e pessoa.

A Constituição Federal de 1988 trata do Poder Judiciário dos art. 92 ao 126. Ao estabelecer a competência de cada órgão, o acusado fica protegido pelo ordenamento jurídico contra abusos do Estado, pois é requisito fundamental para o início e desenvolvimento do processo, a imparcialidade do juiz.

Sobre o tema dispõe Fernando Capez (2009, p. 29):

Juiz natural é, portanto, aquele previamente conhecido, segundo regras objetivas de competência estabelecidas anteriormente à infração penal, investido de garantias que lhe assegurem absoluta independência e imparcialidade.

Não implica em violação ao princípio do juiz natural, a exemplo, quando os autos que tramitavam por uma jurisdição forem enviados a outra especializada que foi criada após o fato.

## 2.4 Princípio da Persuasão Racional

A fase instrutória no processo é de extrema importância, pois é nela que o juiz analisará todas as provas que foram colhidas e assim formar o seu convencimento.

O princípio da persuasão racional pode ser extraído do art. 155 do Código de Processo Penal. Pela interpretação do dispositivo citado, o magistrado apreciará as provas constantes no processo de forma livre, ou seja, não está vinculado às regras estabelecidas pelo ordenamento. Desta forma, o juiz avalia quais provas poderão ser admitidas e o respectivo grau de importância conferido a cada uma.

Essa liberdade conferida ao magistrado não é absoluta pelas seguintes razões: todas as provas produzidas no processo deverão respeitar o princípio do contraditório, pelo qual, a outra parte tem o direito de se manifestar em relação aquilo que foi produzido. Ademais, o ordenamento jurídico proíbe que determinadas provas sejam utilizadas no processo por violarem determinados direitos, são as chamadas provas ilícitas.

De acordo com o mesmo artigo, não é permitido que o juiz julgue exclusivamente com base em provas produzidas antes da propositura da ação penal, ou seja, na fase de investigação, pois nesta fase não houve contraditório.

Expõe Fernando da Costa Tourinho Filho (2011, p. 67):

Esse princípio, consagrado no art. 155 do CPP, impede que o Juiz possa julgar com o conhecimento que eventualmente tenha extra-autos. *Quod non est in actis non est in hoc mundo*. O que não estiver dentro no processo é como se não existisse. E, nesse caso, o processo é o mundo para o Juiz. Trata-se de excelente garantia para impedir julgamentos parciais.

Existem situações em que mesmo que a prova não tenha sido produzida em juízo, o magistrado a considere unicamente para decidir a causa. Isto ocorre com as provas cautelares colhidas no inquérito e que não puderam ser refeitas no processo, como o caso das perícias.

Com fundamento no art. 93, IX da Constituição Federal, o juiz deve fundamentar suas decisões. Assim, poderá apreciar livremente as provas, mas a fundamentação de sua decisão é imprescindível, para que se evitem arbitrariedades e julgamentos que desprezam o que de fato constam nos autos.

## **2.5 Princípio da Verdade Real**

Para que haja condenação, é necessária a certeza quanto à materialidade do crime e sua autoria. Desta forma, o magistrado busca saber o que realmente ocorreu, de que forma ocorreu quem incorreu para a infração e todas as suas circunstâncias. Vigora, assim, no processo penal, o princípio da verdade real.

No âmbito do processo civil, por outro lado, em que a maioria dos direitos envolvidos é disponível, prevalece o princípio da verdade formal, aquela constante no processo.

Certo é que, seria inviável ao magistrado constatar a fiel veracidade dos fatos, em todos os seus detalhes. O juiz deve chegar à convicção da materialidade do crime e de sua autoria para a condenação, mas não a reconstituição plena dos fatos. Defende Fernando da Costa Tourinho Filho (2011, p. 62):

Melhor seria falar de “verdade processual” ou “verdade forense”, até porque, por mais que o Juiz procure fazer a reconstrução histórica do fato objeto do processo, muitas e muitas vezes o material de que ele se vale poderá conduzi-lo a uma “falsa verdade real”.

Para que se possa chegar o mais próximo da realidade fática, são conferidos ao juiz certos poderes instrutórios. A produção de provas de ofício pelo juiz é bastante discutida na doutrina, principalmente com o advento da Lei 11.690/08 que trata do art. 156 do Código de Processo Penal.



O magistrado pode de acordo com o inciso I do artigo citado, “ordenar antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes”. Neste caso, a prova relevante para o processo sofre o risco de perecer pelo decurso do tempo. É a situação, por exemplo, em que uma testemunha importante está acometida por uma doença e está a ponto de falecer. Assim, o juiz determina sua oitiva o quanto antes.

Outro caso presente no dispositivo é o inciso II, em que no processo o juiz pode “determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante”.

De acordo com uma interpretação mais cuidadosa, o juiz só poderia determinar a produção de provas para dirimir dúvida sobre uma questão já levantada por uma das partes. Isto asseguraria a imparcialidade do magistrado.

## **2.6 Princípio da Publicidade**

Por este princípio, os atos processuais praticados no processo devem ser públicos à sociedade para que esta fiscalize a atividade do Poder Judiciário, assim prevê o art. 93, IX da Constituição Federal: “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos” e o artigo 792 do Código de Processo Penal: “as audiências, sessões e os atos processuais serão, em regra, públicos”.

Guilherme de Souza Nucci (2007, p.82) distingue a publicidade geral da publicidade específica. No primeiro caso, a publicidade é absoluta, sem restrições, com acesso a qualquer pessoa do povo. No segundo caso, o juiz poderá restringir o acesso às partes e seus procuradores quando a publicidade geral ameaçar a intimidade das partes e o interesse social, conforme art. 5º, LX da Constituição Federal.

Portanto, no conflito entre dois direitos assegurados, o da intimidade e o da informação dos atos processuais, o magistrado analisará qual irá prevalecer, podendo restringir o acesso público a tais atos.

O artigo 792, § 1º do Código de Processo Penal prevê ainda os casos em que pode haver perturbação da ordem ou escândalo. Citem-se como exemplo, os casos de grande repercussão pública, com destaque pela mídia. Nestas situações, o magistrado também poderá restringir o acesso aos atos processuais.

Vale ressaltar que a restrição à publicidade nunca será absoluta, pois sempre haverá ao menos a presença do acusador e defensor.

Tratando-se de crimes de competência do Tribunal do Júri, essa restrição pode ser verificada no momento em que os jurados iniciam a votação. Nesta situação, se dirigem a uma sala especial, conforme artigo 485 do Código de Processo Penal.

Os atos praticados no inquérito policial não são abrangidos por esse princípio, pois a lei fala em atos processuais. Sabe-se pois, que o inquérito não é uma ação penal, assim, não se pode falar em atos processuais. Ademais, o próprio art. 20 do Código de Processo Penal assegura o sigilo necessário durante a fase investigativa.

## **2.7 Princípio da Presunção de Inocência**

Até que sobrevenha uma sentença penal condenatória definitiva, ou seja, com trânsito em julgado, o acusado é considerado inocente, com fundamento no art. 5º, LVII da Constituição Federal.

O direito à liberdade é uma das principais garantias conferidas ao indivíduo. Desta forma, o Estado, em regra, apenas restringirá a locomoção das pessoas, nos casos em que houver a certeza quanto à materialidade delitiva e sua autoria nos crimes com pena privativa de liberdade.

Oportuno dizer que esta inocência é apenas relativa e não absoluta, pois ao final do processo, comprovada a prática delitiva o réu passa a ser considerado culpado e responderá pelos delitos praticados.

Haverá casos em que o acusado poderá ser detido mesmo sem a existência de condenação, como nos casos da prisão em flagrante delito ou das chamadas prisões cautelares. Sobre este tema, dispõe o artigo 283 do Código de Processo Penal, com a nova redação trazida pela lei 12.403/11:

Art. 283 Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva.

Cabe lembrar que, compete ao Ministério Público nas ações penais públicas e ao querelante nas ações penais privadas provarem que o acusado é digno de condenação. Caso não haja essa comprovação, o suposto agente não será condenado. Eis o tema sobre o ônus da prova.

Deste princípio pode se extrair outro, o chamado *in dubio pro reo*. Neste caso, quando o magistrado tiver dúvidas se o réu deve ser ou não condenado, em face da insuficiência probatória, prevalecerá a liberdade sobre a punição.

## 2.8 Princípio do Duplo Grau de Jurisdição

A parte que não concordar com a decisão proferida tem o direito ao reexame da causa, preenchidos determinados requisitos.

Inocência Borges da Rosa (1982) *apud* Guilherme de Souza Nucci (2007, p. 796) diz:

O recurso tem seu fundamento na contingência humana, na falibilidade da cultura, da inteligência, da razão e da memória do homem, por mais culto perspicaz e experiente que seja. Destina-se, pois, a sanar os defeitos graves ou substanciais da decisão, a injustiça da decisão, a má apreciação da prova, a errônea interpretação a aplicação da Lei, ou da norma jurídica, a errônea interpretação das pretensões das partes e a errônea apreciação dos fatos e das suas circunstâncias.

O direito ao reexame da causa por um tribunal de segundo grau não está previsto explicitamente na Constituição Federal. Porém, o próprio art. 92 faz alusão aos órgãos do Poder Judiciário, mencionando os tribunais de segunda instância.

Ademais, o § 2º do art. 5º da Magna Carta dispõe que serão respeitados os direitos trazidos pelos tratados que o país for signatário. Sabe-se que o Brasil aderiu à Convenção Americana sobre Direitos Humanos ou mais conhecida como Pacto de São José da Costa Rica. O art. 8º, 2, h desta Convenção diz:

Art. 8º - Garantias Judiciais

2. Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas:

h) direito de recorrer da sentença a juiz ou tribunal superior.

Desta forma, o recurso deve ser considerado como um direito constitucional das partes.

Há casos, porém, em que os tribunais de segundo grau são de competência originária, como, por exemplo, o Juiz de Direito ao ser julgado pelo Tribunal de Justiça. Neste caso, como o processo já se iniciou em segunda instância, não há órgão recursal para o reexame da causa.

Discute-se se o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal formariam um terceiro e quarto grau de jurisdição, respectivamente. Prevalece o entendimento que tais órgãos não constituem novos graus de jurisdição, pois, não reexaminam a causa, seus fatos e circunstâncias, cumprindo apenas, assegurar o respeito às leis federais e a Constituição Federal.

## 3 PROVAS

### 3.1 Evolução Histórica

A utilização das provas no âmbito jurídico está intimamente ligada com o surgimento e a evolução dos direitos e garantias fundamentais.

Em um primeiro momento na Antiguidade, o homem era submisso às suas próprias crenças. Os fenômenos naturais, como tempestades, doenças, pestes, secas eram vistos como respostas das forças divinas (“totem”) à desobediência humana. Assim, o medo à reprovação dos deuses fez com que a sociedade primitiva se organizasse para agradá-los.

Nesta época, o limitado intelecto humano e a estreita vinculação à religião não permitiam que o homem se considerasse detentor de direitos. O que existia na verdade e permitia que alguns poucos mandassem sobre outros era a crença de que assim seriam feitos os desejos divinos.

Em relação às provas, o método comum utilizado para saber se o indivíduo seria culpado ou inocente era as “ordálias” ou “juízo dos deuses”. O acusado era submetido a provações cruéis e dolorosas, sendo que se sobrevivesse era considerado inocente.

Na Idade Média, a Inquisição se utilizava principalmente da tortura como forma de obtenção de confissão e a condenação ocorria mesmo antes de haver a possibilidade de defesa. Neste mesmo período, surge o sistema da prova legal em que o juiz fica vinculado à valoração das provas prevista em lei.

Na Era Moderna, o homem se desprende das imposições religiosas e passa a se ver digno de obtenção de direitos.

Dentre os autores mais importantes da época para o Direito, cite-se Cesare Bonesana, mais conhecido como Marquês de Beccaria. Este autor

denunciou o modo desumano que a legislação penal da época tratava os supostos acusados em sua obra “Dos Delitos e das Penas” escrita em 1764.

Cesare Beccaria (1978) *apud* Jorge Henrique Schaefer Martins (1996, pg. 31) expôs:

Não é novo esse dilema: ou o crime é certo, ou incerto; se é certo, não lhe será conveniente outra pena do que a estabelecida pelas leis, e inúteis são os suplícios, porque inútil é a confissão do réu; se é incerto, não se deve angustiar um inocente, já que ele é, segundo as leis, um homem, cujos delitos não estão provados.

Deste trecho, se depreende que a confissão não basta para a condenação, pois mesmo que o acusado confesse, deve-se levar em consideração as demais provas. Além disso, não há condenação se não for devidamente provada a prática do crime.

Atualmente, o reconhecimento dos direitos humanos e suas garantias implica na existência de legislações penais que condenem o acusado utilizando-se de provas permitidas pelo ordenamento. Neste sentido, no processo penal brasileiro, a atividade probatória também deve respeitar os direitos fundamentais assegurados na Constituição Federal.

### **3.2 Definição**

Na conceituação de prova, não há apenas uma única resposta, mas diferentes abordagens que tratam desta terminologia processual de forma mais ou menos genérica.

Ensina César Dario Mariano Silva (2007, p. 3) que o termo “prova” tem origem no latim *probatio*, o que se entende pela confirmação, verificação, exame de algo. Decorre, por sua vez, o verbo *probare*, que significa provar, averiguar, demonstrar, convencer alguém de algo.

O renomado jurista italiano Nicola Malatesta (2003) *apud* Leandro Cadenas Prado (2006, p. 3), em uma abordagem ampla do tema, diz que prova é “o meio objetivo pelo qual o espírito humano se apodera da verdade”.

De uma maneira mais minuciosa e menos genérica, Guilherme de Souza Nucci (2008, p. 388) apresenta três sentidos para o termo prova, são eles:

Há fundamentalmente, três sentidos para o termo prova: a) ato de provar: é o processo pelo qual se verifica a exatidão ou a verdade do fato alegado pela parte no processo (ex: fase probatória); b) meio: trata-se do instrumento pelo qual se demonstra a verdade de algo (ex: prova testemunhal); c) resultado da ação de provar: é o produto extraído da análise dos instrumentos de prova oferecidos, demonstrando a verdade de um fato. Neste último senso, pode dizer o juiz, ao chegar à sentença: “fez-se prova de que o réu é autor do crime”. Portanto, é o clímax do processo.

De acordo com Julio Fabbrini Mirabete (2008, p. 250), o ato de provar implica na demonstração da verdade dos fatos alegados. No âmbito do processo penal, tais fatos englobam a existência do próprio delito, a autoria e as circunstâncias que influenciam na aplicação da pena. No entanto, esta verdade não é a absoluta ou objetiva, mas a relativa, pois basta que a certeza seja suficiente para formar o convencimento do juiz, já que não seria possível ao magistrado alcançar a verdade que equivalha perfeitamente com os fatos ocorridos.

A prova tem por principal finalidade a formação da convicção do juiz, sendo este o seu destinatário. Assim, defende Fernando Capez (2009, p. 297). Porém, pode se verificar outra finalidade da prova. Leandro Cadenas Prado (2006, p. 3) expõe que duas são as finalidades da prova: formação da convicção do juiz e base para fundamentação das decisões judiciais.

Dispõe o artigo 93, IX da Constituição Federal de 1988, que todas as decisões judiciais devem ser fundamentadas. Neste sentido, a prova não se destina apenas ao convencimento do juiz, mas também serve de base para a fundamentação da sentença.

### 3.3 Objeto da Prova

O objeto da prova se constitui por todos os fatos que as partes pretendem evidenciar ao juiz. Porém, não são todos e quaisquer fatos que devem ser demonstrados, mas apenas aqueles que geram incertezas quanto a sua existência ou forma de ocorrência e que são imprescindíveis para o julgamento do processo. Neste sentido, define Fernando Capez (2009, p. 297):

Objeto da prova é toda circunstância, fato ou alegação referente ao litígio sobre os quais pesa incerteza, e que precisam ser demonstrados perante o juiz para o deslinde da causa. São, portanto, fatos capazes de influir na decisão do processo, na responsabilidade penal e na fixação da pena ou medida de segurança, necessitando, por essa razão, de adequada comprovação em juízo. Somente os fatos que revelem dúvida na sua configuração e que tenham alguma relevância para o julgamento da causa merecem ser alcançados pela atividade probatória, como corolário do princípio da economia processual.

Dentre os fatos que não necessitam de prova, encontram-se:

A) Fatos axiomáticos ou intuitivos: são aqueles fatos que são certos, claros, que não geram algum tipo de dúvida quanto ao sua veracidade. Assim, não precisam ser provados. Cite-se o exemplo de Julio Fabbrini Mirabete (2008, p. 250): “a prova de que o acusado estava em determinado lugar em determinada hora, exclui a necessidade de se comprovar que ele não estava no local do crime, ocorrido em outra cidade distante”.

B) Fatos notórios: vigora neste caso o princípio *notorium non eget probatione* (o notório não necessita de prova). Tem-se por notório aquilo que é de conhecimento da coletividade, que faz parte da cultura de um povo. Dispõe Fernando Capez (2009, p. 298): “É o caso da verdade sabida: por exemplo, não precisamos provar que no dia 7 de setembro comemora-se a Independência, ou que a água molha e o fogo queima”. Não há que se confundir fatos notórios com a chamada *vox publica*. Neste caso, a população pode criar fatos que verdadeiramente não ocorreram ou quando sim, se alastram de forma distorcida.



C) Fatos com presunção legal absoluta: a presunção legal absoluta (*juris et de jure*) de um fato não permite que se prove o contrário, pois o próprio texto normativo o faz referência. Um exemplo clássico na doutrina, também exposto por Guilherme de Souza Nucci (2007, p. 362), é a questão da inimputabilidade. De acordo com o artigo 228 da Constituição Federal de 1988 e o artigo 27 do Código Penal, são inimputáveis os menores de 18 anos. Assim, não cabe provar que o agente de um delito com 16 anos é inimputável, já que a própria legislação assim o definiu. Cabe mencionar que existem fatos em que a presunção é relativa (*juris tantum*), pois uma vez não sendo provado o contrário, será tido como verdadeiro.

D) Fatos impossíveis: são aqueles que fogem à realidade, sem o mínimo de probabilidade de ocorrência. Cite-se como exemplo a alegação do autor do crime que saiu voando em fuga. Ora, o fato de voar é inconcebível aos seres humanos, sendo assim, impossível sua veracidade.

E) Fatos irrelevantes: vigora neste caso o princípio *frustra probatur quod probantum non relevat*. São os fatos impertinentes a causa e que não interferem na decisão do magistrado. É necessário avaliar o caso concreto, pois alguns fatos que seriam irrelevantes para um processo, não seriam para outros. Como exemplo, a vítima alega ter sido envenenada por substância química presente em seu suco de laranja que costumava tomar no café da manhã. Neste caso, o que a vítima ingeriu deve ser do conhecimento do juiz. Outro seria o caso, em que a vítima fosse morta logo após o café da manhã por ação de um revólver. Em tal situação é irrelevante saber o que a vítima ingeriu ou não em sua alimentação.

Todos os fatos restantes devem ser provados ainda que incontroversos. No processo civil, apenas os fatos controversos devem ser provados. Por outro lado, no processo penal, mesmo sendo o fato incontroverso, pode ser objeto de prova. Isto se dá em razão de que na busca pela verdade real, o juiz pode questionar todo e qualquer fato que lhe convém ser esclarecido devida a sua importância para a solução da causa.

### 3.3.1 Pressupostos para coleta e produção da prova

Para que a prova seja admitida no processo é necessário que ela seja dotada de determinadas características ou pressupostos.

Denilson Feitoza (2008, p. 632) expõe que os pressupostos são: admissibilidade ou legalidade; adequação, idoneidade, pertinência ou aptidão; concludente e possibilidade.

A) Admissibilidade: a regra é que toda prova poderá ser admitida desde que não haja expressa previsão de sua proibição. Há determinadas provas que o próprio Código de Processo Penal prevê, como exemplos: o exame de corpo de delito, a confissão, testemunha.

B) Adequação: a prova deverá ser útil, pertinente ao processo, excluindo-se, assim, todas as provas que não forem necessárias ao devido julgamento.

C) Concludente: a prova deverá ser tal que possibilite ao magistrado chegar a determinadas conclusões, dissipando dúvidas que tenha para proferir sua decisão.

D) Possibilidade: a produção da prova deve ser possível levando-se em conta todos os recursos disponíveis e alcançáveis, dentre eles, a tecnologia. No Brasil, a exemplo, ainda que não de forma generalizada pelo território nacional, a produção da prova pericial conta com inúmeros aparatos modernos que possibilitam maior rapidez na conclusão dos casos.

Portanto, não é qualquer prova que será admitida no processo, devendo ser previamente avaliada para que possa contribuir para o desfecho do caso.

### 3.4 Ônus da Prova

O ônus da prova (onus probandi) tem origem no latim onus e é tratado no Código de Processo Penal no artigo 156, que diz: “a prova da alegação incumbirá a quem a fizer”.

Quanto a sua definição pode se dizer que é a faculdade, opção, encargo de demonstrar ao juiz que aquilo que foi alegado verdadeiramente ocorreu e na forma descrita. Não se deve confundir ônus com dever, pois o último está intimamente ligado com uma obrigação. (NUCCI, 2007, p. 362).

Na definição de Gustavo Henrique R. I. Badaró (2003, p. 173), entende-se o ônus da prova como:

Posição jurídica na qual o ordenamento jurídico estabelece determinada conduta para que o sujeito possa obter um resultado favorável. Em outros termos, para que o sujeito onerado obtenha o resultado favorável, deverá praticar o ato previsto no ordenamento jurídico, sendo que a não realização da conduta implica a exclusão de tal benefício, sem, contudo, configurar um ato ilícito.

De acordo com o que dispõe o artigo 333 do Código de Processo Civil, ao autor cabe provar todos os fatos constitutivos de seu direito e ao réu todos aqueles que interessam a sua defesa: fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor. No âmbito do processo penal, a mesma ideia se aplica.

Por consequência, caberá ao Ministério Público nas ações públicas e ao querelante nas ações privadas, provarem a materialidade delitiva, seja na forma dolosa ou culposa, sua autoria e as circunstâncias que levam ao aumento da pena (qualificadoras, agravantes, causas de aumento). O réu em contrapartida se utilizará de toda matéria de defesa cabível, dentre elas: inexistência do fato, atipicidade da conduta, excludentes de ilicitude, culpabilidade, punibilidade e as circunstâncias que diminuam a pena (causas privilegiadoras, atenuantes, causas de diminuição). (MIRABETE, 2008, p. 258).

O artigo 5º, LVII da Constituição Federal de 1988 preceitua que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Em razão do princípio do estado de inocência, o acusado somente poderá ser condenado com a formação da convicção do juiz pelos fatos contra ele devidamente comprovados. Assim, uma vez restando dúvidas, deverá ser absolvido (*in dubio pro reo*).

Dispõe o artigo 156, II do Código de Processo Penal, que o juiz tem a faculdade de “determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante”. Tal dispositivo revela que a regra exposta no caput do referido artigo, qual seja, aquele que alega deve provar, não é absoluta, pois é conferido ao juiz o poder de determinar a produção de provas. Porém, este poder não é ilimitado, assim vejamos:

A luz da imparcialidade e do sistema acusatório, a atividade probatória do juiz deve ser cercada, ocorrendo apenas nos casos em que ainda restar dúvidas ao magistrado. Por esta razão, se diz que a atuação do magistrado é supletiva. (CAPEZ, 2009, p. 333).

A atuação do juiz na produção de provas é assunto que gera inúmeras discussões na doutrina, pois o que se avalia é até onde o magistrado pode interferir na produção de provas para que a imparcialidade não seja violada.

### **3.5 Sistemas de Apreciação**

A forma que o juiz irá apreciar a prova depende do sistema de avaliação adotado.

Atualmente, fala-se em três sistemas de avaliação da prova. De forma clara e objetiva, Fernando Capez (2009, p. 336) divide os sistemas de avaliação em três: sistema da prova legal, da certeza moral do legislador, da verdade legal, da verdade formal ou tarifado; sistema da certeza moral do juiz ou da íntima convicção

e sistema da livre convicção, da verdade real, do livre convencimento ou da persuasão racional.

1) Sistema da prova legal: neste caso, o juiz está vinculado à vontade do legislador que atribui a cada prova a sua respectiva relevância. Assim, não cabe ao juiz decidir qual prova prevalecerá sobre outra, já que a lei assim o fez. Este sistema deu origem à expressão latina *testis unus, testis nullus*, em que a prova baseada em uma só testemunha era nula. Na atual legislação processual penal, o artigo 158 do Código de Processo Penal, ao determinar que o exame de corpo de delito seja obrigatório nos delitos que deixarem vestígios, faz com que ainda se encontre restos deste sistema no ordenamento jurídico vigente.

2) Sistema da íntima convicção: como o próprio nome diz, neste sistema o que prevalece é a convicção, o entendimento do juiz na apreciação das provas. Questões como, quais provas permitir ou como serão produzidas, ficam a critério do julgador, tendo este a liberdade de decisão. O Tribunal do Júri é exemplo típico desse sistema, pois o jurado avalia as provas e julga conforme sua consciência e critério.

3) Sistema do livre convencimento: é o sistema que vige predominantemente na atual legislação processual penal, conforme previsão do artigo 155 do Código de Processo Penal: “O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informadores colhidos na investigação”. Note-se que a principal diferença em relação ao sistema da íntima convicção é a fundamentação judicial. O magistrado pode, a seu critério, admitir as provas cabíveis e avaliá-las, mas deve fundamentar suas decisões com base nas provas presentes nos autos. Neste sentido, o juiz não poderá se utilizar apenas das provas produzidas na fase do inquérito policial para fundamentar suas decisões, com exceção das provas cautelares, não repetíveis e antecipadas, conforme parte final do artigo 155 do Código de Processo Penal.

Tão relevante como a prova será avaliada é se obter o resultado desta avaliação, assunto tratado no tópico a seguir.

### 3.5.1 Resultado da avaliação da prova

Através da avaliação da prova, o juiz poderá se convencer sobre algo ou não, resultando, assim, em diferentes julgamentos.

Adalberto José Q.T. de Camargo Aranha (2006, p. 86) expõe que “a avaliação da prova, no juízo criminal, pode levar o julgador a três resultados diferentes, a três estados de espírito diversos: a certeza, a dúvida ou a ignorância”.

A certeza se refere à plena convicção, de acordo com a avaliação das provas, que o réu cometeu um fato típico, ilícito e culpável, devendo ser condenado. Por outro lado, a certeza pode ser quanto à inocência do réu, por não ser o fato típico, ou quando o for, não ser passível de punição.

Quando as provas não forem suficientes para concluir que o réu seja culpado, o magistrado não poderá condená-lo, pois lhe restaram dúvidas (*in dubio pro reo*).

A dúvida pode se revelar de três formas: pela credibilidade, quando a possibilidade de o réu ser culpado ou não, é a mesma; pela probabilidade, quando a possibilidade do réu ser culpado é maior do que ser inocente ou pela improbabilidade, quando a possibilidade do réu ser inocente é maior do que ser culpado. (ARANHA, 2006, p. 87).

O estado de ignorância do juiz é causado quando a prova produzida é de tal forma inútil que não produz qualquer efeito dentro do processo.

### 3.6 Procedimento Probatório

O procedimento probatório é também conhecido como momentos da prova. Toda prova em geral possui quatro momentos. Vicente Greco Filho (2009, p. 196) os apontam como: proposição, admissão, produção e valoração.

1º) **Proposição:** este momento é a fase em que as provas são propostas. Diz a regra que o autor deverá propor as provas na denúncia (ação penal pública) ou na queixa (ação penal privada). O réu, em contrapartida, deverá propor na chamada defesa prévia. Nada impede, porém, que em razão da importância e necessidade da prova para o processo, seja ela proposta a qualquer tempo.

2º) **Admissão:** toda prova passará por esse momento, que é o instante em que o juiz analisa cada prova proposta e decide se irão ser produzidas ou não.

3º) **Produção:** “é o conjunto de atos processuais que devem trazer a juízo os diferentes elementos de convicção oferecidos pelas partes”. (CAPEZ, 2009, p. 335).

4º) **Valoração:** neste momento, o juiz confere às provas graus de importância para o processo levando-se em conta o seu próprio entendimento.

### **3.7 Classificação das Provas**

Não há na doutrina uma única classificação das provas, mas diferentes abordagens adotadas por cada doutrinador.

Fernando Capez (2009, p. 330) classifica a prova em: quanto ao objeto, direta ou indireta; quanto ao efeito, plena ou não plena; quanto ao sujeito em real ou pessoal e quanto à forma em testemunhal, documental ou material.

Quanto ao objeto:

A) **Direta:** neste caso, a prova não necessita de outra para que o fato seja demonstrado. Ela de maneira direta revela o fato alegado.

B) **Indireta:** de forma oposta, esta prova não demonstra o fato que se objetiva de maneira direta. Para que se chegue ao fato que se quer revelar, é necessário que se desencadeie uma linha de raciocínio com base nesta prova para que se chegue a outra relevante como resultado.

Quanto ao efeito:

A) Plena: é aquela que ao ser demonstrada, basta para formar a convicção do juiz sobre a veracidade ou não do fato.

B) Não plena: é aquela que não trás o espírito de certeza ao juiz sobre a autenticidade do fato, sendo necessário à condenação, a produção de outras provas.

Quanto ao sujeito:

A) Real: neste caso, a prova não se origina de uma pessoa, mas sim de outros meios.

B) Pessoal: é aquela prova que tem a interferência de uma pessoa, pois sem ela, não se teria esta prova.

Quanto à forma

A) Testemunhal: a testemunha é aquela que não a vítima e tão pouco o agente, mas que tem contribuições a dar ao processo, pois tem conhecimento do fato criminoso.

B) Documental: “produzida por meios de documentos” (CAPEZ, 2009, p. 331).

C) Material: são aquelas visíveis, apalpáveis pelas quais se demonstra o fato alegado.

Embora não una a classificação, esta é a mais vislumbrada pelos doutrinadores.



## 4 PROVAS ILÍCITAS

### 4.1 Prova Proibida, Ilegítima e Ilícita

Antes de adentrar ao tema das provas ilícitas, se faz necessária a distinção entre prova proibida, ilegítima e ilícita.

A prova proibida é gênero do qual são espécies as provas ilícitas e ilegítimas. Entende-se por prova proibida aquela que é vedada pelo ordenamento jurídico em razão de algum motivo, seja em razão de violação ao direito material ou processual, bem como, aos costumes, à boa-fé e aos princípios gerais do direito.

O processo penal é composto de determinado procedimento para a produção da prova e sua inserção no processo. Quando a prova que se pretende utilizar viola essas normas processuais, é chamada de prova ilegítima.

Neste sentido, Fernando Capez (2009, pg. 300) trás alguns exemplos de provas ilegítimas:

Assim, será considerada prova ilegítima: o documento exibido em plenário do Júri, com desobediência ao disposto no art. 479, *caput* (CPP), com a redação determinada pela Lei 11.689/2008; o depoimento prestado com violação à regra proibitiva do art. 207 (CPP) (sigilo profissional) etc. Podemos ainda lembrar as provas relativas ao estado de pessoas produzidas em descompasso com a lei civil, por qualquer meio que não seja a respectiva certidão (CPP, art. 155, parágrafo único, conforme a Lei n. 11.690/2008).

Em relação às provas ilícitas, elas podem ser consideradas em sentido amplo ou estrito. No primeiro caso, a prova ilícita confunde-se com prova proibida, ou seja, ilícita será a prova que violar por algum motivo o ordenamento jurídico. Porém, na maioria dos casos, a prova ilícita é utilizada em seu sentido estrito, qual seja, a violação ao direito material e princípios contidos na Constituição Federal.

Sobre o tema, expõe Julio Fabbrini Mirabete (2006, pg. 254):

Estão assim proibidas as provas obtidas com violação de correspondência, de transmissão telegráfica e de dados, e com a captação não autorizada judicialmente das conversações telefônicas, (art. 5º, XII); com violação do domicílio, exceto nas hipóteses de flagrante delito, desastre, para prestar socorro ou determinação judicial (art. 5º, XI); com violação da intimidade, como as fonográficas, de fitas gravadas de contatos em encontros de caráter privado e sigiloso (art. 5º, X); com abuso de poder, como a tortura, p.ex.

É de se considerar a possibilidade da prova ser ao mesmo tempo ilícita e ilegítima, ou seja, que viole normas de direito material e ao mesmo tempo transgrida norma de direito processual.

#### **4.2 Previsão Constitucional e Infraconstitucional**

Antes da Constituição Federal de 1988, as provas ilícitas não eram previstas nos dispositivos constitucionais. Com o efetivo reconhecimento dos direitos humanos, dentre eles, o da intimidade, o tema referente às provas ilícitas e sua admissibilidade no processo foi ganhando espaço.

Atualmente, as provas ilícitas são previstas no art. 5º, LVI, da Constituição Federal, que diz: “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meio ilícitos”. Neste dispositivo, a Constituição Federal trata não somente das provas ilícitas em sentido estrito, mas da prova proibida como um todo.

Ademais, o dispositivo não faz distinção da natureza do processo, seja ele penal ou não. Assim, a utilização das provas ilícitas será vedada tanto no processo civil como no processo penal.

No processo penal, as provas ilícitas estão previstas no art. 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”.

Ada Pellegrini Grinover (2011, pg. 127) assim se posiciona:

Não parece ter sido a melhor opção da Lei 11.690/2008, ao definir a prova ilícita como aquela “obtida em violação a normas constitucionais ou legais” (nova redação do art. 157 CPP). A falta de distinção entre a infringência da lei material ou processual pode levar a equívocos e confusões, fazendo crer, por exemplo, que a violação de regras processuais implica ilicitude da prova e, em consequência, o seu desentranhamento do processo. O não cumprimento da lei processual leva à *nulidade* do ato de formação da prova e impõe a sua renovação, nos termos do art. 573, *caput*, do CPP.

De acordo com a renomada doutrinadora, é fundamental a distinção de prova ilícita para ilegítima, pois a utilização de prova ilegítima no processo, leva à nulidade do ato processual podendo ser sanada. Deste modo dispõe o art. 573 do Código de Processo Penal: “Os atos, cuja nulidade não tiver sido sanada, na forma dos artigos anteriores, serão renovados ou retificados”. Porém, a utilização de prova ilícita provoca o seu desentranhamento do processo, conforme art. 157 ora mencionado.

Sobre o tema, Guilherme de Souza Nucci (2011, pg. 391) se posiciona contrariamente:

É justamente o oposto, em nosso entendimento. A reforma de 2008 acolheu, claramente, a ideia de que provas produzidas ao arripio da lei processual penal também geram ilicitudes, aptas a acarretar o desentranhamento da respectiva prova. Esse é o quadro ideal para a lisura e ética na produção de provas, consentâneo ao Estado Democrático de Direito. O cenário das nulidades deve ser reservado a outros vícios, longe do âmbito das provas.

O autor citado confere ao dispositivo em análise, uma interpretação mais ampla do termo “provas ilícitas”, considerando também as ilegítimas. Sendo assim, tanto as ilícitas em sentido estrito como as ilegítimas devem ser desentranhadas do processo.

### 4.3 Provas Ilícitas por Derivação

A primeira discussão sobre a admissibilidade ou não das provas ilícitas por derivação surgiu no início do século XX nos Estados Unidos.

O posicionamento a favor da inadmissibilidade dessas provas no direito norte americano se firmou em 1920, momento em que tais provas passaram a ser inaceitáveis no processo em face do acolhimento da Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada.

As provas ilícitas por derivação podem ser conceituadas como sendo aquelas que por si só são lícitas, mas que por se originarem de uma prova ilícita, é também considerada ilícita.

Luiz Francisco Torquato Avolio (1999, pg. 73) cita alguns exemplos deste tipo de prova:

É o caso da confissão extorquida mediante tortura, em que o acusado indica onde se encontra o produto do crime, que vem a ser regularmente apreendido, ou da interceptação telefônica clandestina, pela qual se venham a conhecer circunstâncias que, lícitamente colhidas, levem à apuração dos fatos.

No exemplo exposto, verifica-se que a confissão em si mesma, constitui prova lícita, mas como foi obtida através de tortura, é ilícita devendo ser desconsiderada para o julgamento da causa.

Em um primeiro momento, a doutrina e a jurisprudência brasileira não tinham um posicionamento estabelecido sobre o assunto. O próprio Supremo Tribunal Federal, em iniciais julgamentos, já se pronunciou no sentido da admissibilidade das provas ilícitas por derivação. Porém, não é mais o posicionamento dominante.

Atualmente, prevalece no ordenamento jurídico brasileiro o entendimento de que as provas ilícitas por derivação são inadmissíveis no processo.

O § 1º do art. 157 do Código de Processo Penal dispõe:

157. § 1º São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras.

Por este dispositivo, a prova derivada ilicitamente é inadmissível no processo. Porém, se esta prova mesmo que tenha se originado de uma prova ilícita, pudesse ter sido adquirida independentemente, será admitida. É a chamada “prova originária de fonte independente”, com base no § 2º do art. 157 do Código de Processo Penal: “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”.

#### **4.4 Inadmissibilidade das Provas Ilícitas**

Curioso é esclarecer que nos primeiros momentos do direito brasileiro que se discutiu sobre as provas ilícitas, não havia um posicionamento prevalente, porém, a doutrina e a jurisprudência se inclinavam para a admissibilidade.

O principal fundamento para a inadmissibilidade das provas ilícitas no processo penal é a interpretação do próprio art. 5º, LVI da Constituição Federal.

Não se encontra no dispositivo citado, qualquer exceção que possa levar à utilização dessas provas no processo. Em face da ausência de uma previsão legal que permita a admissibilidade, seja em que situação for, as provas ilícitas seriam vedadas.

Encontram-se também, na legislação infraconstitucional, subsídios para a vedação de determinadas provas, a exemplo, o disposto no art. 207 do Código de Processo Penal, que trata do sigilo profissional: “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”.

Para os que sustentam a total inadmissibilidade das provas ilícitas, é inconcebível que se obtenha uma prova mesmo que relevante, com a violação de direitos assegurados na Carta Magna, como o direito à intimidade e a inviolabilidade do domicílio. Caso contrário, estaria se pondo em risco a própria segurança jurídica já que a Constituição Federal expressamente proíbe a utilização de tais provas.

A admissibilidade desse tipo de provas implicaria em uma atitude delituosa por parte do Estado. Assim, de nada adiantaria a apuração de um crime com a prática de outro.

De acordo com este posicionamento, é inadmissível que em um Estado Democrático de Direito prevaleça a máxima *male captum, bene retentum*, ou seja, “mal colhida, mas bem conservada”.

Ada Pellegrini Grinover (2011, pg. 131) expõe sobre o tema:

As Mesas de Processo Penal, atividade ligada ao Departamento de Direito Processual da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, tomaram posição sobre a matéria nas seguintes Súmulas:

Súmula 48 – Denominam-se ilícitas as provas colhidas com infringência a normas e princípios de direito material.

Súmula 49 – São processualmente inadmissíveis as provas ilícitas que infringirem normas e princípios constitucionais, ainda quando forem relevantes e pertinentes, mesmo sem cominação legal expressa.

Assim, para os defensores da inadmissibilidade das provas ilícitas, em um sistema jurídico que prima pelo processo justo e pelo devido processo legal, não há espaço para a utilização de provas ilícitas, mesmo que a verdade real dos fatos não seja atingida.

A visão desta corrente, *data venia*, não se mostra eficaz ao ordenamento jurídico brasileiro, que não deve se prender à interpretação literal do texto da lei.

Sabe-se que nenhum direito assegurado aos cidadãos é absoluto. Desta forma, dependendo do caso concreto, o direito à intimidade, a exemplo, não prevalecerá se outro se mostrar mais relevante. Aplica-se, desta forma, o chamado Princípio da Proporcionalidade que admite a utilização das provas ilícitas pela análise dos direitos conflitantes.

## 5 O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

### 5.1 Origem e Evolução Histórica

O princípio da proporcionalidade, também chamado de princípio da razoabilidade, tem sua origem ainda na Antiguidade Clássica com a chamada Lei de Talião, conhecida pela máxima “olho por olho, dente por dente”. Assim, a todo mal causado caberia uma resposta na mesma proporção.

No período do Iluminismo, quando a existência dos direitos humanos começa a ser questionada, o princípio da proporcionalidade surge como limitador ao direito de punir do Estado. Assim, a pretérita ideia de uma pena na exata proporção ao mal causado não passa a ser mais aceita.

Neste período, várias ideologias surgiram, dando um novo sentido ao *jus puniendi* estatal, dentre elas: a ideologia do utilitarismo, da humanidade e da proporcionalidade.

De acordo com a primeira ideologia, a pena deveria ser medida útil para se alcançar a paz pública. A segunda leva em consideração o caráter humanitário da pena, sendo que uma punição cruel extrapola o próprio objetivo da pena de se atingir a paz social. A terceira, de forma objetiva, defende que a pena deve ser proporcional ao crime cometido.

Um importante documento criado na época foi a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 que dizia em seu artigo 8º: “a lei não deve estabelecer outras penas que não as estritas e evidentemente necessárias”.

Pela interpretação do artigo referido, vislumbra-se a menção ao princípio da proporcionalidade como indicador da devida proporção entre pena e crime.

Foi na Alemanha, pós Segunda Guerra Mundial, que o princípio da proporcionalidade se firmou, sendo reconhecido como princípio constitucional e

também chamado de o princípio da *Guterund Interessenabwagung*, ou seja, o princípio do “balanceamento dos interesses e dos valores”. Deste modo, esclarece Daniel Sarmiento (2003, pg. 80):

A constitucionalização do princípio da proporcionalidade no direito continental europeu só veio a ocorrer após a Segunda Guerra Mundial, na Alemanha, como reação às barbaridades cometidas pelo legislador nazista. A preocupação da Corte Constitucional germânica com a proteção dos direitos fundamentais diante dos possíveis abusos do legislador levou-a a transplantar, para o direito constitucional daquele país, o princípio da proporcionalidade – às vezes também denominado como princípio da proibição de excesso.

Verifica-se, pois, que a origem do princípio da proporcionalidade está relacionada com a atuação estatal na punição dos criminosos. Deste modo, o princípio em questão era posto como forma de garantia ao indivíduo infrator de que sua punição seria proporcional e razoável ao crime cometido.

## **5.2 Os Subprincípios do Princípio da Proporcionalidade**

No entendimento de Mariângela Gama de Magalhães Gomes (2003, pg. 78), o princípio da proporcionalidade pode ser desmembrado em outros três subprincípios: necessidade, idoneidade e proporcionalidade em sentido estrito.

### **5.2.1 Necessidade**

De acordo com o princípio da necessidade, a medida que restringe a liberdade do indivíduo deve ser, realmente, necessária.



Pela leitura dos artigos da Constituição Federal, não é possível visualizar o princípio da necessidade, pois a sua existência vem da interpretação do texto constitucional. Assim, esclarece Mariângela Gama de Magalhães Gomes (2003, pg. 84):

O fundamento material do princípio da necessidade, na Constituição brasileira, pode ser apreendido a partir do reconhecimento da dignidade da pessoa humana e do pluralismo político como fundamento do Estado Democrático de Direito (art. 1º, III e V, respectivamente), assim como por meio da garantia da liberdade inserida entre os direitos e garantias individuais (art. 5º, *caput*) e do amplo rol de direitos individuais e coletivos (art. 5º), que atuam como freio à criação e manutenção das normas penais.

Vige no ordenamento penal, o princípio da intervenção mínima. Deste modo, o Estado apenas irá atuar nos casos em que não houver como solução outra medida. Isto implica dizer que a ofensa a determinado bem deve ser de tal gravidade que outras áreas do direito não conseguem protegê-lo, restando, assim, como última solução, a intervenção Estatal e seu direito de punir.

Portanto, não é todo e qualquer bem que o direito penal irá proteger, mas apenas os chamados bens jurídicos penais que são retirados da própria Constituição Federal. Contudo, não existe um critério objetivo para se estabelecer qual bem deve ser tutelado pelo direito penal e qual não deve ser. Este problema é ainda mais evidente, quando se está diante do surgimento constante de outros direitos, como exemplo, os ligados às inovações tecnológicas.

### **5.2.2 Idoneidade**

O Princípio da idoneidade, também chamado de princípio da adequação, significa que a medida estatal aplicada como meio de restringir o direito de liberdade do indivíduo, deve ser adequada para se atingir o objetivo da norma, qual seja, evitar que aquele crime não ocorra mais.

Segundo expõe Joaquim José Gomes Canotilho (1998, pg. 262):

O princípio da conformidade ou adequação, impõe que a medida adotada para a realização do interesse público seja apropriada à prossecução do fim ou fins a ele subjacentes. Trata-se, pois, de controlar a relação de adequação medida-fim.

Posto isto, é preciso verificar qual a gravidade do crime para que se escolha a forma mais adequada de punição. Tal verificação deve ser feita mesmo antes pelo legislador, que irá tipificar as condutas incriminadoras e suas respectivas sanções.

Deste modo, penas exageradamente rigorosas ou suaves não geram efeitos no combate ao crime. A primeira deixa de combater para apenas punir de forma desmedida, sendo que, em muitos casos, representa um abuso estatal. A segunda não gera qualquer efeito, pois não causa o temor necessário no indivíduo para que não venha a delinquir.

### **5.2.3 Proporcionalidade em sentido estrito**

O princípio da proporcionalidade em sentido estrito está relacionado com a quantidade de pena a ser aplicada em cada crime praticado.

A Constituição Federal não estabelece um grau de importância para cada bem jurídico tutelado penalmente. Assim, estabelecer qual pena será aplicada para cada delito, não é uma simples atividade, pois não há parâmetros objetivos para tal.

Ocorre que, o legislador ao tipificar as condutas, determina uma pena mínima e máxima. Isto permite que o magistrado analise todas as circunstâncias do delito, bem como, as características do acusado para que seja cominada a pena mais justa. Tal processo recebe o nome de “individualização da pena”. O artigo 59 do Código Penal, por exemplo, permite essa individualização:

Art. 59 O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime:

I – as penas aplicáveis dentre as cominadas;

II – a quantidade de pena aplicável dentro dos limites previstos;

III – o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade;

VI – a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível.

Interessante é distinguir, qual a função da existência da pena mínima e da pena máxima. A pena mínima confere ao bem jurídico tutelado um grau de importância frente a outros bens jurídicos igualmente protegidos. É a quantidade mínima de sanção imposta para que aquele bem seja efetivamente protegido. Por outro lado, a pena máxima impede que o magistrado arbitre penas além do limite necessário, evitando, assim, abusividades. Portanto, serve como um fator limitador da atividade jurisdicional na imposição da pena.

Outra questão relevante é a faixa entre pena mínima e pena máxima. A diferença entre o mínimo e o máximo não deve ser demasiadamente ampla, pois, caso contrário, existiriam julgamentos de casos semelhantes com penas muito distintas ou ainda crimes praticados contra bens jurídicos distintos com penas iguais.

### **5.3 O Princípio da Proporcionalidade e a Constituição Federal de 1988**

O princípio da proporcionalidade não está descrito em nenhum artigo da Constituição Federal, porém, de acordo com outros princípios nela previstos, é possível encontrar seus fundamentos constitucionais. O artigo 5º, § 2º da Carta Magna, assim dispõe: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

Deste modo, a proporcionalidade como princípio pode ser retirada de outros princípios expressos na Constituição Federal, dentre eles: Princípio do Estado Democrático de Direito, da Dignidade da Pessoa Humana, da Igualdade e do Devido Processo Legal.

Em um Estado Democrático de Direito, são reconhecidos os direitos e garantias fundamentais, sendo que a liberdade é considerada um dos principais direitos assegurados ao homem, e, portanto, a intervenção estatal se dará apenas em último caso. Caso a intervenção seja necessária, a pena imposta deverá ser proporcional ao fato criminoso. Deste modo, os subprincípios do princípio da proporcionalidade também podem ser fundamentos na existência de um Estado Democrático de Direito, previsto no artigo 1º da Constituição Federal.

Esclarece Ingo Wolfgang Sarlet (2001, pg. 62):

Tendo em vista que a proteção da liberdade por meio dos direitos fundamentais é, na verdade, proteção juridicamente mediada, isto é, por meio do Direito, pode afirmar-se com segurança, na esteira do que leciona a melhor doutrina, que a Constituição (e, nesse sentido, o Estado constitucional), na medida em que pressupõe uma atuação juridicamente programada e controlada dos órgãos estatais, constitui condição de existência das liberdades fundamentais, de tal sorte que os direitos fundamentais somente poderão aspirar eficácia no âmbito de um autêntico Estado constitucional. Os direitos fundamentais, consoante oportunamente averbou H. P. Schneider, podem ser considerados, neste sentido, *conditio sine qua non* do Estado constitucional democrático.

A proporcionalidade também pode ser fundamentada pelo preâmbulo da Constituição Federal que diz:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.

O preâmbulo contém a palavra “justiça” e dela é possível fazer algumas considerações. Em um primeiro aspecto, “justiça” pode ser entendida como a própria

atividade jurisdicional exercida pelo Estado. Por outro lado, “justiça” advém daquilo que é justo. Sendo assim, uma sociedade justa é aquela que possui medidas estatais que se pautam pela razoabilidade, na análise de cada caso concreto. Deste modo, justiça e proporcionalidade estão intimamente ligadas.

O artigo 1º, inciso III da Constituição Federal, faz referência ao princípio da dignidade da pessoa humana. Este princípio é de suma importância, pois toda e qualquer norma que intervenha na vida da sociedade deve se pautar por este princípio. Sendo, assim, caso não haja outra solução senão a imposição de pena privativa de liberdade ao indivíduo, a medida deve ser razoável, ajustada ao crime praticado.

Prevê o artigo 5º, caput, da Constituição Federal que:

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

No artigo referido, a igualdade é um direito fundamental, sendo assim, a proporcionalidade se traduz pelo tratamento semelhante de casos parecidos, importando, assim, nas mesmas consequências jurídicas. O contrário também é válido, sendo que, em diferentes situações e circunstâncias, haverá distintas consequências.

Diz o artigo 5º, inciso LIV da Constituição Federal que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo penal”.

Por fim, o princípio do devido processo legal pode ser considerado um fundamento constitucional para a existência do princípio da proporcionalidade. Tal princípio é de extrema relevância sendo também chamado de sobreprincípio. Pode-se afirmar, portanto, que o princípio do devido processo legal engloba todos os outros princípios acima expostos, motivo pelo qual, relação há com o princípio da proporcionalidade.

## 5.4 A Admissibilidade das Provas Ilícitas

O princípio da proporcionalidade é o principal fundamento utilizado para a admissibilidade das provas ilícitas no processo penal. Neste caso, o princípio em questão é utilizado para se decidir, no caso concreto, qual direito irá prevalecer, o direito estatal de se apurar a verdade real dos fatos, bem como, o direito da vítima ameaçado ou violado pela conduta criminosa ou a proteção aos direitos do acusado que foram cerceados pela utilização das provas ilícitas? Para a maioria da doutrina e da jurisprudência, dependerá se essa utilização das provas ilícitas for para beneficiar ou prejudicar o réu.

O entendimento que prevalece no direito brasileiro é que se as provas ilícitas forem o único meio capaz de se demonstrar a inocência do acusado poderão ser utilizadas no processo. É o que se entende por prova ilícita *pro reo*.

A utilização de provas ilícitas em favor do réu pode demonstrar a inocência do mesmo. Assim, não há o que se discutir sobre a prevalência do direito à liberdade frente a outros direitos. Deste modo, a exemplo, mesmo que se viole a intimidade de alguém através de uma interceptação telefônica não autorizada judicialmente, mas que se comprove a inocência do acusado, a prova ilícita será admitida.

Neste sentido se pronuncia Fernando Capez (2009, pg. 306):

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

O Supremo Tribunal Federal assim julgou no Habeas Corpus nº 74.678/SP:

EMENTA: "Habeas corpus". Utilização de gravação de conversa telefônica feita por terceiro com a autorização de um dos interlocutores sem o conhecimento do outro quando há, para essa utilização, excludente da antijuridicidade. - Afastada a ilicitude de tal conduta - a de, por legítima defesa, fazer gravar e divulgar conversa telefônica ainda que não haja o conhecimento do terceiro que está praticando crime -, é ela, por via de consequência, lícita e, também consequentemente, essa gravação não pode ser tida como prova ilícita, para invocar-se o artigo 5º, LVI, da Constituição com fundamento em que houve violação da intimidade (art. 5º, X, da Carta Magna). "Habeas corpus" indeferido. (STF – 1ª T. – HC nº 74.678-1/SP – Rel. Min. Moreira Alves – votação unânime, Diário da Justiça, Seção I, 15 ago. 1997. Serviço de Jurisprudência do STF. Ementário STJ, nº 1.878-02).

A jurisprudência entende que quando a prova ilícita *pro reo* for produzida pelo próprio acusado, a ilicitude da conduta é afastada, pois é vista como uma forma de defesa do acusado. Portanto, a utilização desta prova é válida.

Relevante é enfatizar que a utilização da prova ilícita *pro reo* deve ser o único meio hábil a se demonstrar a inocência do acusado. Pois, caso contrário, se permitiria a produção de provas ilícitas de forma desmedida. Portanto, se através de outros meios se comprovar que o réu é inocente, é vedada a utilização das provas ilícitas.

A grande questão está relacionada com a utilização das provas ilícitas em desfavor do acusado. Ora, se para a utilização das provas ilícitas em benefício do réu o raciocínio utilizado para sua permissão é a contraposição de direitos humanos igualmente tutelados, mas que no caso concreto, apenas um será protegido, o mesmo argumento pode ser utilizado em defesa da prova ilícita prejudicial ao acusado.

Neste sentido, dispõe Camargo Aranha (1996, pg. 56):

Em determinadas situações a sociedade, representada pelo Estado, é posta diante de dois interesses relevantes antagônicos e que a ela cabe tutelar: a defesa de um princípio constitucional e a necessidade de perseguir e punir o criminoso. A solução deve consultar o interesse que preponderar e que, como tal, deve ser preservado.

A única prova obtida contra um sanguinário sequestrador foi a gravação de uma conversa telefônica interceptada: absolve-se, preservando-se um princípio constitucional, ou condena-se, preservando a sociedade?

Assim, o que se busca evitar é a impunidade de criminosos de alta periculosidade quando podem estar em risco direitos prevalentes na Constituição Federal, como o direito à vida, a integridade física e psíquica e até mesmo a segurança da sociedade. É inaceitável, a exemplo, que um estuproador ou homicida fique impune e pratique outros crimes sendo que poderia ter sido processado e julgado, mesmo que a única prova no processo fosse ilícita. Não seria razoável proteger, a exemplo, a intimidade e privacidade do acusado quando os direitos violados pelo infrator remonta maior importância.

Deste modo defende César Dario Mariano da Silva (2010, pg. 19):

E se a prova que incriminasse sequestradores fosse a interceptação de uma correspondência, que, segundo parte da doutrina e jurisprudência, não pode ser interceptada mesmo com autorização judicial? Seria razoável não condenar pessoas perigosas e perniciosas à sociedade em atenção à proibição da utilização da prova ilicitamente obtida? Ora, se simplesmente formos interpretar aquela norma proibitiva de maneira totalmente garantista para os sequestradores, eles teriam de ser soltos e a sociedade estaria à mercê de indivíduos que certamente iriam praticar outros sequestros, pondo em risco valores constitucionais tão ou mais importantes que o direito à intimidade.

Em um Estado Democrático de Direito, o que se deve prevalecer é a justiça e não a proteção humanitária exacerbada ao infrator, pois nenhum direito é absoluto quando sua existência é conflitante com outro de maior importância.

Certo é que a posição majoritária da doutrina e da jurisprudência não admite a prova ilícita se esta for utilizada de forma que cause prejuízos ao réu, podendo levar, assim, a sua condenação. Como dito, é majoritário, mas não absoluto.

Há julgados que colocam em xeque a inadmissibilidade das provas ilícitas quando o interesse social é maior do que o interesse individual do criminoso. Senão, vejamos:

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo na Apelação Criminal nº 185.901-3, assim decidiu:

EMENTA: Prova Criminal. Interceptação telefônica. Admissibilidade. Inviolabilidade do sigilo que não tem caráter absoluto. Aplicação do princípio



da proporcionalidade. Hipótese em que a Polícia, tendo suspeita razoável sobre envolvimento no comércio de drogas, obteve autorização judicial – Recurso provido. Havendo conflitância entre o direito à intimidade e o direito à prova (due process of law) deve prevalecer o que atenda ao interesse maior, vale dizer ao interesse da sociedade (AP.Crim.n. 185.901-3 – Indaiatuba - 3ª C. Crim. TJSP, rel. Segurado Bráz, j. 30.10.95 – v.u.)

O Superior Tribunal de Justiça no Habeas Corpus nº 3982/RJ julgou da seguinte forma:

EMENTA: Constitucional e Processo 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 ação penal (corrupção ativa) ou destruir gravação feita pela polícia. O inciso LVI do artigo 5º da Constituição, que fala '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 tranquila. Sempre é invocável o princípio da 'Razoabilidade' (Reasonableness). O 'princípio da exclusão das provas ilicitamente obtidas' (Exclusionary Rule) também lá pede temperamentos. Ordem denegada" (Acórdão da 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, publicado no DJU de 26.02.96, p. 4.084, rel. Adhemar Maciel, autos do HC nº 3982/RJ, v.u.).

Através destes importantes julgados, percebe-se que parcela da jurisprudência já se atentou pelo fato que a inadmissibilidade das provas ilícitas não é absoluta, em razão do princípio da proporcionalidade. Portanto, é precipitado dizer que as provas ilícitas nunca poderão ser utilizadas em desfavor do réu, principalmente nos casos em que o interesse público é maior que o interesse individual.

O princípio da proporcionalidade e a ponderação de interesses devem ser aplicados pelo juiz no caso concreto. Assim, caberá ao magistrado verificar quais são os interesses conflitantes e qual irá se sobrepor. Seria impossível construir um rol de direitos conflitantes e a solução para cada caso, em face das inúmeras possibilidades e das peculiaridades de todo processo.

O que se não deve confundir é utilização da prova ilícita no processo com impunidade daquele que obteve tais provas. A atitude de se utilizar de provas

ilícitas deve ser punida, caso contrário, estaria prejudicada a segurança jurídica. Porém, isto não implica que a prova ilícita deva ser inutilizada.

Por fim, o uso de provas ilícitas como único meio cabal de absolver ou condenar, nada tem de inadequado, quando um direito deve se curvar a outro. O princípio da proporcionalidade é extremamente importante e sua utilização contribui para que a justiça seja alcançada e o crime combatido.

## 6 CONCLUSÃO

Pode-se verificar pela produção do trabalho que a utilização das provas ilícitas no processo pode ser de suma importância para o desfecho da causa. Deste modo, o tema é polêmico e contempla diferentes posicionamentos.

Embora esteja previsto na Constituição Federal que não serão admitidas as provas ilícitas no processo, este dispositivo não deve ser interpretado de forma absoluta, mas analisado ao caso concreto.

Uma parcela minoritária da doutrina e da jurisprudência alega que este dispositivo constitucional deve ser interpretado de forma literal, não comportando exceções. Assim, de acordo com tal posicionamento, as provas ilícitas não serão admitidas em qualquer hipótese.

Porém, o que defende a maioria é que o princípio da proporcionalidade deve ser invocado apenas para admitir a prova ilícita quando for benéfica ao réu. Entretanto, não é razoável deixar de utilizá-la em desfavor do acusado quando a privação da liberdade do mesmo for necessária à proteção da sociedade.

Igual raciocínio utilizado para absolver o condenado é aplicado para condená-lo, ou seja, no conflito de direitos assegurados constitucionalmente, o de maior importância deve se sobrepor. No caso em que o réu for favorecido pela utilização de provas ilícitas, o direito à liberdade prevalece. Por outro lado, quando o risco que o acusado oferece à sociedade é de tamanha grandeza, a sociedade é quem se beneficia.

Não se deve permitir a impunidade de um criminoso quando a prova ilícita for o único meio cabal de se demonstrar a materialidade e autoria do delito. Caso contrário, não se poderia falar em justiça.

Em suma, em cada caso, caberá ao magistrado analisar qual direito deve ser protegido, aplicando-se o princípio da proporcionalidade e admitindo a prova ilícita seja em prol do acusado ou em defesa da sociedade.

## BIBLIOGRAFIA

ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. **Da prova no processo penal**. 7 ed.; São Paulo: Saraiva, 2006.

AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas ilícitas**. 2 ed.; São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

BARROS, Antonio Milton. **Curso básico de processo penal**. São Paulo: Lemos e Cruz, 2007.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição federal anotada**. 8 ed.; São Paulo: Saraiva, 2008.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 2 ed.; Coimbra: Livraria Almedina, 1998.

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

CARDONA, Martin Eduardo Botero. **El sistema procesal penal acusatorio el justo proceso**. Lima: Ara, 2009.

DÓRO, Tereza Nascimento Rocha. **Princípios no processo penal brasileiro**. Campinas: Copola, 1999.

FEITOZA, Denílson. **Direito processual penal: teoria, crítica e práxis**. 5 ed.; Niterói: Impetus, 2008.

FERNANDES, Antonio Scarance, et. al. **Provas no processo penal. estudo comparado**. São Paulo: Saraiva, 2011.

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

FILHO, Eduardo Espínola. **Código de processo penal brasileiro anotado**. Campinas: Bookseller, 2000.

FILHO, Fernando da Costa Tourinho. **Processo penal**. 29 ed.; São Paulo: Saraiva, 2007.

FILHO, Vicente Greco. **Manual de processo penal**. 7 ed.; São Paulo: Saraiva, 2009.

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

GOSSEL, Karl-Heinz. **El proceso penal ante el estado de derecho**. 1 ed.; Lima: Jurídica Grijley, 2004.

LIMA, Marcellus Polastri. **A Prova penal de acordo com a reforma processual penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2009.

MARTINS, Jorge Henrique Schaefer. **Prova criminal: modalidades e valoração**. Curitiba: Juruá, 1996.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de direito penal**. 27 ed.; São Paulo: Atlas, 2010.

\_\_\_\_\_. **Processo penal**. 18 ed.; São Paulo: Atlas, 2008.

MITTERMAYER, C.J.A. **Tratado da prova em matéria criminal**. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos editor, 1917.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada**. 7 ed.; São Paulo: Atlas, 2007.

MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. **A prova por indícios no processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2009.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 3 ed.; São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

\_\_\_\_\_. **Princípios constitucionais penais e processuais penais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Curso de processo penal**. 11 ed.; Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

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

PRADO, Leandro Cadenas. **Provas ilícitas no processo penal: teoria e interpretação dos tribunais superiores**. Niterói: Impetus, 2006.

ROXIN, Claus. **Derecho procesal penal**. Buenos Aires: Del Puerto, 2000.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Eficácia dos direitos fundamentais**. 2 ed.; Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição Federal**. 1 ed.; Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

SILVA, César Dario Mariano da. **Provas ilícitas**. 6 ed.; São Paulo: Atlas, 2010.