
FACULDADES INTEGRADAS
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**(IN) ADMISSIBILIDADE DAS PROVAS ILÍCITAS NO PROCESSO
PENAL**

Fernanda Natsumi Demori Bonioli

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

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**(IN) ADMISSIBILIDADE DAS PROVAS ILÍCITAS NO PROCESSO
PENAL**

Fernanda Natsumi Demori Bonioli

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
2012

(IN) ADMISSIBILIDADE DAS PROVAS ILÍCITAS NO PROCESSO PENAL

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

Marcelo Agamenon Goes de Souza
Orientador

Mário Coimbra
Examinador

Walery Gislaïne Fontana Lopes Martinho
Examinadora

"O amor à verdade não é apenas uma simples qualidade filosófica, mas um verdadeiro dever moral. Procurar ver nas coisas o que existe, e nada mais do que aquilo que existe, que é no que consiste o conhecimento da verdade, não é apenas um conselho da arte de pensar: é também um dever prescrito pela lei do agir bem."
(Jaime Balmes)

Dedico esse trabalho a minha família, pelo seu amor e carinho incondicional e também aos meus amigos, que proporcionam mais alegria e amenizam os dias ruins em minha vida.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente a Deus, agradeço pela vida que me concedeu e por me abençoar a cada novo dia.

Agradeço à minha família, em especial à minha mãe, que proporciona sempre tudo o que preciso, me apoiando de todas as formas, ao meu padrasto, que por inúmeras vezes cumpriu o verdadeiro papel de pai, à minha avó, sempre tão preocupada e cuidadosa, ao meu querido e amado avô, que infelizmente não está mais presente entre nós e a quem eu devo todo respeito e amor, por ter sido tão amável, bondoso e correto. Agradeço também às minhas tias, sempre tão dispostas a ajudar em qualquer situação, e aos meus primos e meu irmão, que serão sempre o meu melhor elo com o passado e serão possivelmente as pessoas que sempre irão me apoiar no futuro.

Agradeço a todos os meus amigos, que estão sempre presentes e que me proporcionam momentos de muita alegria, aos quais jamais vou esquecer. Em especial, agradeço aos amigos que dividem comigo dia após dia as angústias, as dúvidas, as preocupações e também os melhores momentos da faculdade, que são Larissa, Ana, Débora e Bruno, os quais não poderiam passar despercebidos nessa homenagem, por estarem tão presentes nessa caminhada.

Agradeço ao meu orientador, Prof. MSC Marcelo Agamenon Goes de Souza, por uma orientação exemplar, clara e objetiva ao longo de todo o trabalho.

Agradeço também aos examinadores, Dr. Mario Coimbra, por ter aceitado o convite e por todos os ensinamentos em suas aulas e a Dra. Walery, por também aceitar o convite, e por ser tão atenciosa e sempre desempenhar uma conduta exemplar, tanto como pessoa, como pela profissional que é. Tais exemplos são profundamente importantes para minha formação.

Por fim, agradeço a Faculdade Integrada Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente – SP, por me proporcionar um curso respeitado, pautado por responsabilidade e seriedade.

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo o estudo da questão da prova ilícita no processo penal brasileiro. Primeiramente analisando os direitos fundamentais, chegando-se ao direito à prova, conceituando-a, definindo seu objeto e sua finalidade, bem como abordando seus princípios informadores. Chegando à questão da vedação constitucional e infraconstitucional da utilização da prova ilícita, analisando o princípio da proporcionalidade como meio de ponderar valores para uma possível admissão da prova ilícita, demonstrando por fim, o posicionamento da autora sobre a questão, pautado nos fundamentos expostos ao longo da pesquisa.

Palavras-chave: Prova. Prova ilícita no processo penal. Inadmissibilidade e Admissibilidade. Princípio da Proporcionalidade.

ABSTRACT

The present work aims to study the subject of illicit proof into the Brazilian Penal Process. Firstly analyzing the fundamental rights, then reaching the lawful to proof, conceptualizing it, defining its objective and its purpose as well as its informing principles. Getting to the matter of constitutional and infra-constitutional blockage of illicit proof use, analyzing the proportionality principle as a way to ponder values to a possible admission of illicit proof, lastly showing, the positioning of the author about the question, lined on the exposed fundamentals along the research.

Keywords: Proof, illicit proof on penal process. Inadmissibility and admissibility. Proportionality principle.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	10
2 DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS.....	12
2.1 Evolução dos Direitos Fundamentais.....	13
2.2 Relatividade dos Direitos Fundamentais.....	14
3 DEVIDO PROCESSO LEGAL.....	15
3.1 Contraditório e Ampla Defesa.....	15
4 DIREITO À PROVA.....	17
5 NOÇÕES GERAIS DA PROVA.....	19
5.1 Conceito de Prova.....	19
5.2 Objeto e Classificação da Prova.....	21
5.3 Objetivo ou Finalidade da Prova.....	22
5.4 Meios de Prova.....	23
5.5 Destinatário da Prova.....	23
5.6 Ônus da Prova.....	24
5.7 Prova Emprestada.....	26
5.8 Princípios Gerais da Prova.....	27
5.8.1 Princípio da auto responsabilidade das partes.....	28
5.8.2 Princípio da audiência contraditória.....	29
5.8.3 Princípio da comunhão da prova.....	29
5.8.4 Princípio da oralidade e da concentração.....	29
5.8.5 Princípio da publicidade.....	30
5.8.6 Princípio do livre convencimento motivado.....	31
6 PROVAS ILEGAIS.....	32
6.1 Prova Ilícita e Prova Ilegítima.....	34
7 PROVAS ILÍCITAS POR DERIVAÇÃO E TEORIA DA ÁRVORE DOS FRUTOS ENVENENADOS.....	35
8 (IN) ADMISSIBILIDADE DAS PROVAS ILÍCITAS NO PROCESSO PENAL.....	38
8.1 Posicionamento Contrário à Admissibilidade das Provas Ilícitas.....	38
8.1.1 Teoria da unidade.....	38
8.1.2 Teoria da moralidade.....	39
8.1.3 Teoria dos direitos e garantias fundamentais.....	39
8.2 Posicionamento Favorável à Admissibilidade das Provas Ilícitas.....	39
9 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E PONDERAÇÃO DE VALORES.....	41
9.1 Origem e Conceito do Princípio da Proporcionalidade.....	41
9.2 Considerações Gerais sobre o Princípio da Proporcionalidade.....	43
9.3 O Princípio da Proporcionalidade e a Constituição Federal de 1988.....	45

9.4 O Princípio da Proporcionalidade e as Provas Ilícitas.....	46
10 PROVAS ILÍCITAS EM FAVOR DO RÉU.....	48
11 PROVAS ILÍCITAS EM FAVOR DA SOCIEDADE.....	51
12 CONCLUSÃO.....	57
BIBLIOGRAFIA.....	61

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo teve como objetivo fazer uma análise do direito à prova no processo penal, passando primeiramente por uma exposição dos direitos fundamentais, chegando-se ao devido processo legal e adentrando na questão da prova em si, buscando com isso, focar o debate à problemática da vedação constitucional da admissibilidade da prova ilícita em nosso ordenamento, através dos métodos dedutivo, comparativo e analítico.

Nesse encadeamento, aponta como ponto principal da pesquisa a análise sobre a prova, ponderando sobre seu conceito, bem como seu objeto e sua finalidade. Expondo sobre seus princípios gerais e ingressando na questão da prova ilegal, delimitando as diferenças entre prova ilícita e prova ilegítima, objetivando demonstrar que a prova ilícita deve ser aceita tanto em favor do acusado, como em seu desfavor, desde que guiada pelo princípio da proporcionalidade, regulado pelas submáximas da necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito, para ponderar que ainda que tenha previsão constitucional, princípios e garantias fundamentais não são absolutos, podendo ceder a outro com peso maior, dependendo do caso concreto, surgindo assim hipóteses de se admitir eventualmente uma prova ilícita no processo.

Diante da importância da prova no processo penal, tendo em vista que é o instrumento utilizado para formar a convicção do juiz e para buscar a chamada verdade real dos fatos, e diante da problemática nascida em torno da admissibilidade ou não da prova ilícita em nosso ordenamento é que se faz relevante o tema principal do presente trabalho.

Como ainda existe uma infundável discussão acerca dessa questão, pois são diversos os entendimentos doutrinários e jurisprudenciais, a presente pesquisa teve como enfoque discutir os posicionamentos e demonstrar que, embora o objetivo da vedação constitucional às provas obtidas por meios ilícitos seja proteger os direitos fundamentais, pode haver situações em que tal proibição,

ocasionará conflitos, protegendo-se um direito e ameaçando ou ferindo outro pois, assim como o Princípio da Legalidade é fundamental, a Justiça também é.

Portanto, o posicionamento da autora visa esclarecer que a vedação constitucional não deve ser vista sempre como absoluta, mas deve-se considerar que às vezes, um princípio cede à autoridade de outro princípio, e assim, comporta exceções.

2 DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS

Espelhando-se na Declaração Universal dos Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas, a Constituição Federal de 1988 trouxe em seu Título II, os Direitos e Garantias Fundamentais, os quais devem ser assegurados por todo o ordenamento jurídico.

Sarlete (2008, pág. 37), conceitua os Direitos Fundamentais da seguinte maneira:

Constituem o conjunto de direitos e liberdades institucionalmente reconhecidos e garantidos pelo direito positivo de determinado Estado, tratando-se, portanto, de direitos delimitados espacial e temporalmente, cuja denominação se deve ao seu caráter básico e fundamentador do sistema jurídico do Estado de Direito.

Paulo Bonavides, prefere citar um trecho de Carl Schmitt que define os direitos fundamentais (1998, p. 515):

Os direitos fundamentais propriamente ditos são, na essência, entende ele, os direitos do homem livre e isolado, direitos que possui em face do Estado. E acrescenta: numa acepção estrita são unicamente os direitos da liberdade, da pessoa particular, correspondendo de um lado ao conceito do Estado burguês de Direito, frente a uma liberdade, em princípio ilimitada diante de um poder estatal de intervenção, em princípio limitado, mensurável e controlável.

Analisando os conceitos sobre os direitos fundamentais, chega-se a conclusão de que estes são os direitos considerados indispensáveis ao ser humano, e imprescindíveis para certificar a todos a dignidade, a liberdade e a igualdade humana, direitos estes que devem ser acatados por todo o ordenamento jurídico.

Diante da sua supremacia, tendo em vista que previstos na Constituição Federal, os direitos fundamentais possuem características inerentes, como a imprescritibilidade, a inalienabilidade, irrenunciabilidade, inviolabilidade, universalidade, efetividade, interdependência, complementariedade.

2.1 Evolução dos Direitos Fundamentais

Os direitos fundamentais, ao longo das constituições, passaram por diversas mudanças.

Tais transformações dizem respeito tanto ao conteúdo, quanto à titularidade, efetivação e eficácia dos direitos fundamentais.

É comum falar-se em 03 (três) gerações de direitos, e ainda recentemente há quem entenda que existe uma 4ª geração de direitos fundamentais.

Também existe divergência em relação ao termo “gerações”, tendo em vista que esta denominação causaria a falsa impressão de “substituição”, desse modo, há quem prefira o termo “dimensões”, posto que o referido termo exprime a idéia de abrangência.

Adotando, portanto, o termo dimensão, temos que os direitos de 1ª dimensão, assim chamados, são os direitos e garantias individuais e políticos clássicos (liberdades públicas), surgidos inconstitucionalmente a partir da Magna Carta. (MORAES, 2009, pág. 31)

Já os direitos de 2ª dimensão, são considerados os direitos sociais, econômicos e culturais.

Ingo Wolfgang Sarlet comenta que (2008, pág. 55):

Ainda na esfera dos direitos de segunda dimensão, há que atentar para a circunstância de que estes não englobam apenas direitos de cunho positivo, mas também as assim denominadas “liberdades sociais”.

Os direitos de 3ª dimensão, conhecidos como direitos de solidariedade ou fraternidade, destinam-se ao gênero humano, à coletividade.

Eles trazem como nota distintiva o fato de se desprenderem, em princípio da figura do homem-indivíduo como seu titular, destinando-se à proteção de grupos humanos (família, povo, nação) e caracterizando-se, como direitos de titularidade coletiva ou difusa. (SARLET, 2008, pág. 56).

2.2 Relatividade dos Direitos Fundamentais

As normas que definem os direitos e garantias fundamentais estão previstas na Constituição Federal de 1988, e dentre esses direitos, a Constituição Federal prevê a inadmissibilidade da prova obtida por meio ilícito.

Esse é o exato ponto que o presente estudo procura analisar, já que, sendo aceita no processo, a prova obtida por meio ilícito, violará outros direitos fundamentais, também elencados na Constituição Federal, como, o direito à intimidade, à inviolabilidade de domicílio, à propriedade, dentre outros.

Por outro lado, sendo absoluta a proibição da utilização da prova obtida por meio ilícito no processo, outros direitos, tão importantes quanto os acima citados, serão também violados, como o direito à prova e à ampla defesa.

Deve-se, portanto, atentar para o fato de que os direitos fundamentais não são absolutos, e podem sofrer limitações em determinadas situações, quando existir conflitos entre direitos, ou seja, os demais direitos assegurados na Constituição Federal poderão impor limitações aos direitos fundamentais, ocorrendo assim uma relativização ao absolutismo dos direitos fundamentais.

Cumprido esclarecer que apesar de ser possível se fazer uma relativização dos direitos fundamentais, alguns deles são absolutos e não devem sofrer nenhuma restrição, previstos Constitucionalmente, como a proibição à tortura, em respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana.¹

Mas é no contexto de proibição da prova ilícita no processo penal, que se faz importante o estudo sobre os direitos e garantias fundamentais, e também dos princípios que fazem uma correlação com o tema.

¹ Art 5º(...)

III- ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante.

3 DEVIDO PROCESSO LEGAL

A Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso LIV assegura que ninguém será privado de liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.

O princípio do devido processo legal, portanto, garante ao cidadão defesa contra a arbitrariedade do Estado, ou seja, assegura o exercício do direito de acesso ao poder judiciário.

Para Moraes (2009, pag. 106):

O devido processo legal configura dupla proteção ao indivíduo, atuando tanto no âmbito material de proteção ao direito de liberdade, quanto no âmbito formal, ao assegurar-lhe paridade total de condições com o Estado-persecutor e plenitude de defesa (direito a defesa técnica, à publicidade do processo, à citação, de produção ampla de provas, de ser processado e julgado pelo juiz competente, aos recursos, à decisão imutável, à revisão criminal).

Ainda, para Rogério Sanches Cunha, o princípio do devido processo legal, previsto em nossa CF/88 (art. 5º, LV) protege o cidadão contra a interferência arbitrária do Estado, permitindo a este exercer o direito de punir, somente quando dentro do devido processo legal, oferecendo ao acusado o direito de oferecer resistência, produzir provas e influenciar no convencimento do Julgador. Não se aceita, portanto, a existência de uma pena sem o respectivo processo. É o que se denomina *due process of law* (2007, pág. 21).

3.1 Contraditório e Ampla Defesa

Ao devido processo legal estão relacionados o Contraditório e a Ampla Defesa, que devem ser asseverados aos litigantes e aos acusados.

Ampla defesa, são as condições que devem ser dadas ao réu, para que o mesmo possa trazer ao processo elementos que evidenciem a verdade, ou ainda, o direito que o réu de omitir-se ou calar-se.

É o que explica novamente Alexandre de Moraes (2009, pág. 106):

Por ampla defesa entende-se o asseguramento que é dado ao réu de condições que lhe possibilitem trazer para o processo todos os elementos tendentes a esclarecer a verdade ou mesmo de omitir-se ou calar-se, se entender necessário.

Já o contraditório, configura-se basicamente, fazendo uma comparação simplória, no direito de que para cada ação, haja uma reação, tendo em vista que para cada ato produzido pela acusação, a defesa tem igual direito de dar sua versão.

Para Greco Filho (1989, pág. 110), o contraditório é:

(...) a técnica processual e procedimental que impõe a bilateralidade do processo. Todos os atos do processo devem ser realizados de modo que a parte contrária possa deles participar, ou, pelo menos, possa impugná-los em contramanifestação.

Assim, o devido processo legal é o aglomerado de normas que precisam ser seguidas para o correto andamento do processo, ao passo que o contraditório é a garantia de que o réu poderá se manifestar sobre o que for apresentado em juízo pelo autor, e assim, poder trazer as provas de sua pretensão, no que se funde a ampla defesa.

4 DIREITO À PROVA

Antes de conceituarmos a prova, passamos a analisá-la pelo ponto de vista do direito constitucional de produzi-la.

Pois bem, tendo em vista que o Estado detém o monopólio da prestação jurisdicional, nasce o chamado Direito de Ação, que é fundamental e está previsto na Constituição Federal de 1988.

Através do processo, o Estado busca apurar a verdade dos fatos, e a prova é o instrumento para que o processo atinja a sua finalidade, qual seja, a descoberta da verdade.

Tem-se que do direito de ação, nasce também o direito à ampla defesa e ao contraditório, também fundamentais.

É preciso dar às partes a oportunidade de produzir provas a fim de demonstrarem a existência ou inexistência dos fatos. O direito ao contraditório manifesta-se na oportunidade que as partes têm de requerer a produção de provas.

O processo sem prova, não será útil, pois, não se chegará ao fim a que se destina, que é a verdade.

Nesse sentido, a doutrina entende que a prova possui fundamento constitucional, pois está implicitamente inserida no princípio do contraditório e no direito de ação, descritos na Magna Carta.

Todavia, apesar de ser assegurado constitucionalmente, o direito à prova não é absoluto, pois irá sofrer restrições em algumas situações.

O inciso LVI, do artigo 5º da CF/88 refere-se às provas ilícitas e a sua inadmissibilidade no processo.²

Nesse sentido, as limitações ao direito à prova ocorrem quando esta afronta as principais garantias asseguradas no rol do artigo 5º.

² Art 5º(...)

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

A partir disso, nascem as discussões acerca da possibilidade de se admitir ou não o uso das provas ilícitas no Processo Penal frente à relativização de princípios e valores ao caso em concreto.

5 NOÇÕES GERAIS DA PROVA

O poder jurisdicional procura solucionar a lide com base nos elementos levados ao processo, e tais elementos nada mais são do que as provas produzidas.

É notória a importância da prova para o processo, de modo que o estudo sobre a sua produção se mostra relevante, pois mostrará a finalidade da prova, bem como suas limitações, já que, apesar de ser uma garantia constitucional, o direito à prova não é absoluto, pois sofre restrições no tocante a admissibilidade ou não das provas obtidas por meios ilícitos.

Sobre a referida importância da prova no processo, menciona Fernando Capez (2009, pág. 297):

Sem dúvida alguma, o tema referente à prova é o mais importante de toda a ciência processual, já que as provas constituem os olhos do processo, o alicerce sobre o qual se ergue toda a dialética processual. Sem provas idôneas e válidas, de nada adianta desenvolverem-se aprofundados debates doutrinários e variadas vertentes jurisprudenciais sobre temas jurídicos, pois a discussão não terá objeto.

O presente capítulo aborda as considerações iniciais sobre a prova, conceituando-a, definindo seu objeto e a classificando, bem como estudando os princípios que regem a atividade probatória.

5.1 Conceito de Prova

A prova, em uma primeira observação, é o instrumento pelo qual se forma a convicção do juiz a respeito dos fatos.

Originando-se do latim *probatio*, significa o conjunto de atos praticados pelas partes, pelo juiz e por terceiros. São atos que buscam conduzir ao juiz a certeza sobre a existência ou inexistência de fatos.

Fernando da Costa Tourinho Filho (2005, pág. 213), explica nesse contexto, 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 *themaprobandum*.

Nas palavras de Luiz Francisco Torquato Avolio, (1999, pág. 24), pode-se dizer que a prova é o elemento integrador a convicção do juiz com os fatos da causa, daí sua relevância no campo do direito processual.

Mas o conceito de prova não é único, e possui vários significados, para Aranha (2006, pág. 5):

Num sentido comum ou vulgar (verificação, reconhecimento, etc.) significa tudo aquilo que pode levar ao conhecimento de um fato, de uma qualidade, da existência ou exatidão de uma coisa.

De forma similar, Grinover, Fernandes e Gomes Filho (2009, pág. 112), entendem que o termo prova não é singular e afirmam que a prova

(...) em uma primeira acepção, indica o conjunto de atos processuais praticados para averiguar a verdade e formar o convencimento do juiz sobre os fatos. Num segundo sentido, designa o resultado dessa atividade. No terceiro, aponta para os “meios de prova”.

Resta evidente a importância da prova na prática processual, tendo em vista que é através da prova que se busca a real verdade dos fatos alegados pelas partes.

E assim, é a prova que incidirá sobre o ânimo do julgador, embasando a sua decisão diante dos fatos que lhes são apresentados.

5.2 Objeto e Classificação da Prova

Segundo Fernando Capez (2008, pág. 344) a prova tem como objeto toda circunstância, fato ou alegação referente ao litígio sobre os quais pesa incerteza, e que precisam ser demonstrados perante o deslinde da causa.

Importante esclarecer que os fatos objetos da prova são aqueles que necessitam de comprovação, sobre os quais pairam dúvidas e que são pertinentes e relevantes ao processo.

Desse modo, os fatos notórios e evidentes, não devem ser objeto da prova, assim como as presunções legais e os fatos inúteis.

Os notórios e evidentes não serão objeto, pois estão pautados na certeza. Já as presunções legais derivam da lei. E os fatos inúteis, que podem ser verdadeiros ou falsos, não interferem na solução da lide, na verificação da verdade.

Desse modo entende Vicente Greco Filho (1995, pág. 175):

O objeto da prova são os fatos. Nem todos os fatos, porém, devem ser submetidos a atividade probatória. Em primeiro lugar apenas os fatos pertinentes ao processo é que suscitam o interesse da parte em demonstrá-los; os fatos impertinentes, isto é, não relacionados com a causa, devem ter sua prova recusada pelo juiz, sob pena de se desenvolver atividade inútil.

Fazendo-se uma observação ao entendimento acima citado, em regra, somente os fatos precisam ser provados, tendo em vista que presume-se que o juiz conhece o Direito, e assim não há necessidade da sua demonstração. Porém, excepcionalmente, o Direito também deve ser provado, precisamente nas hipóteses de casos que envolvam direito municipal, estadual, estrangeiro ou consuetudinário.

Desse modo, fatos que não possuem relevância para a solução do litígio e que não influenciam na descoberta da verdade, não são considerados objetos de prova, já que não possuem importância.

No tocante à sua classificação, as provas podem ser divididas a partir dos seguintes critérios: objetivo, subjetivo e formal.

No que se refere ao objeto, a prova pode ser direta e indireta. Será direta quando reportar-se ao fato a ser provado, como por exemplo: no crime de falsificação de documento, a exibição do falsificado; ou o exame de corpo de delito feito diretamente na vítima.

Já a prova indireta é aquela que faz relação à outros fatos, que poderão levar a um raciocínio lógico dedutivo.

Quanto ao critério subjetivo, a prova pode ser real ou pessoal. As primeiras incidem sobre uma coisa, como por exemplo, sobre o instrumento do crime. As pessoais referem-se sobre a pessoa humana.

Analisando a prova sob o critério forma, ela pode ser testemunhal, documental ou material. Será testemunhal quando nascerem de depoimentos de pessoas que conhecem os fatos do processo.

Já a prova documental se observa através de documentos, como um recibo escrito.

A prova material por sua vez, é obtida por meios científicos, através da química, física, como por exemplo: exames.

5.3 Objetivo ou Finalidade da Prova

Para solucionar os litígios que chegam ao poder jurisdicional, este procura formar sua convicção através das provas apresentadas ao longo do processo pelas partes.

Desse modo, entende Fernando Capez que a prova destina-se à formação da convicção do juiz acerca dos elementos essenciais para o deslinde da causa. (2009, pág. 297).

Assim, a finalidade, ou o objetivo das provas, é trazer subsídios para que o julgador forme seu convencimento.

O juiz precisa saber sobre a existência ou não do fato sobre o qual incide a lide e é através da prova que um fato torna-se conhecido pelo poder

jurisdicional, e ainda, através da prova, é que sabe-se sobre a existência ou não desse fato e também de que maneira ele aconteceu.

5.4 Meios de Prova

Meios de provas são os instrumentos, os recursos que possam trazer ao processo a verdade dos fatos.

Segundo Fernando da Costa Tourinho Filho (2010, pág. 555), é tudo quanto possa servir, direta ou indiretamente, à comprovação da verdade que se procura no processo: testemunha, documento, perícia, informação da vítima, reconhecimento, tudo são meios de provas.

O Código de Processo Penal traz os meios de provas legais utilizados no processo, são eles: o exame de corpo de delito e as perícias em geral (arts. 158 a 184), o interrogatório do acusado (arts. 185 a 196), a confissão (arts. 197 a 200), perguntas do ofendido (art.201), testemunhas (arts. 202 a 225), reconhecimento de pessoas e coisas (arts. 226 a 228), a acareação (arts. 229 a 230), os documentos (arts. 231 a 238), os indícios (art. 239), e a busca e a apreensão (arts. 240 a 250).

Desse modo, os meios de provas são técnicas usadas para tirar das fontes, as provas, a fim de se chegar à verdade que se busca no processo, para então, formar o convencimento do juiz sobre um fato.

5.5 Destinatário da Prova

Como já explicado anteriormente, a prova é meio pelo qual se procura demonstrar a realidade dos fatos e assim, formar o convencimento do juiz. A principal finalidade da prova é exatamente isso, formar o convencimento do juiz sobre um fato.

Assim explica Greco Filho (1995, pág. 174), que

(...) a finalidade da prova é o convencimento do juiz, que é o seu destinatário. No processo, a prova não tem um fim em si mesma ou um fim moral ou filosófico; sua finalidade é prática, qual seja, convencer o juiz”.

Desse modo, é o juiz o destinatário principal ou direto da prova, pois é ele quem precisa saber a verdade dos fatos, para que possa decidir a causa, passando as partes a serem o que podemos chamar de destinatários indiretos da prova, já que através desta procuram convencer o juiz.

5.6 Ônus da Prova

Primeiramente, analisaremos o que vem a ser o chamado “ônus”, de origem latina “*onus*”, significa carga, fardo, imposição, etc.

Cumprir esclarecer que ônus é diferente de obrigação, a principal divergência entre os dois institutos é que na obrigação tem-se o dever de praticar o ato, já no ônus o cumprimento é opcional, trata-se de uma faculdade.

Porém, o não cumprimento do ônus implica em algum prejuízo para quem não agiu.

Em relação à prova, o ônus é a incumbência que tem as partes de provar a verdade dos fatos que alegam.

Explica Fernando Capez (2009, pág. 333):

Portanto, cabe provar a quem tem interesse em afirmar. A quem apresenta uma pretensão cumpre provar os fatos constitutivos; a quem fornece a exceção cumpre provar os fatos extintivos ou as condições impeditivas ou modificativas.

No Código de Processo Penal, o ônus da prova está disciplinado no artigo 156, caput, 1ª parte, prevê o dispositivo legal que “a prova da alegação incumbirá a quem a fizer”³.

A regra é que cabe à acusação provar os fatos constitutivos, para se chegar à sua pretensão. Já a defesa fica incumbida de provar, a princípio, os fatos impeditivos, modificativos ou impeditivos do direito da acusação, com o fim de extinguir a pretensão.

Porém, é importante mencionar que a regra do artigo 156 do Código de Processo Penal, que prevê que cabe a quem alegar provar o fato, não é satisfatória, tendo em vista que no Processo Penal, o descumprimento do ônus, por parte da defesa, não acarretará necessariamente a procedência da pretensão da acusação, já que em razão do princípio *do in dubio pro réu*, que preconiza que na dúvida, beneficia-se o réu, o ônus da prova para a defesa é diminuído. (GRECO FILHO, 1995, pág. 182).

Não seria admissível que o acusado ficasse obrigado a provar, nem mesmo os fatos a seu favor, como excludentes de ilicitude, ou extinção da punibilidade, já que no processo penal não poderia ocorrer a inversão do ônus da prova, em razão do já mencionado princípio do *in dubio pro réu* e também da *presunção de inocência*, previsto na Constituição Federal.

Nesse sentido, explica Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró (2003, pág. 436):

Embora sejam elementos negativos do delito, as excludentes de ilicitude são fatos negativos determinados e definidos, cuja inoocorrência pode ser perfeitamente demonstrada pela comprovação dos fatos positivos com eles incompatíveis. Se houver dúvida sobre a ocorrência de qualquer das excludentes, o acusado deve ser absolvido.

Nota-se, que no processo penal não é aplicável a regra de que sempre cabe a quem alegar, provar o fato, tendo em vista que a defesa não poderá sofrer a inversão do ônus da prova, ou seja, o ônus da prova é da acusação.

³ Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício.

A regra do caput ao artigo 156 do Código de Processo Penal também não é absoluta, pelo fato de que a 2ª parte do caput do artigo 156 cumulada com o inciso II do referido artigo, permite ao juiz, de ofício, colher ou produzir outros elementos probatórios se necessário for quando diz: “determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir a sentença, a realização de diligências para dirimir dúvidas sobre ponto relevante.”

Importante ressaltar que as partes têm o ônus da prova, e não a obrigação.

Assim, não atendendo o ônus da prova, a parte não sofrerá nenhuma pena, pois não estará violando nenhum dispositivo legal, apenas deixará de obter uma vantagem que obteria se tivesse exercido o ônus.

5.7 Prova Emprestada

Trata-se de prova emprestada aquela produzida em um processo e que posteriormente foi transportada para servir de prova em outro processo.

Nesse sentido, para Fernando Capez (2009, pág. 335):

(...) é aquela produzida em determinado processo e a ele destinada, depois transportada, por traslado, certidão ou qualquer outro meio autenticatório, para produzir efeito como prova em outro processo.

Cumprido informar que ao ser transportada para outro processo, a prova emprestada passa a ser prova documental. Ou seja, ainda que no processo original ela seja uma prova testemunhal ou pericial, no novo processo ela será sempre uma mera prova documental, esta é a forma da prova emprestada.

À prova emprestada também são aplicados os princípios constitucionais que conduzem a prova em geral.

O valor probatório da prova emprestada fica condicionado ao crivo do contraditório e, esta só tem valor se tiver sido produzida em processo formado pelas mesmas partes, ou, contra quem tenha sido parte no processo originário.

É o que explica Ada Pellegrini Grinover (2009, pág. 117):

Isso porque o princípio constitucional do contraditório, exige que a prova emprestada somente possa ter valia se produzida, no primeiro processo, perante quem suportará seus efeitos no segundo, com a possibilidade de ter contado, naquele, com todos os meios possíveis de contraria-la. Em hipótese alguma poderá a prova gerar efeitos contra quem não tenha participado da prova no processo originário.

Portanto, uma prova que foi produzida em um determinado processo, pode servir de prova em outro processo, ou seja, pode ser emprestada para outro processo. Porém, essa prova emprestada deve passar pelo crivo do contraditório e respeitar os princípios constitucionais para ter valia e gerar efeitos no segundo processo.

5.8 Princípios Gerais das Provas no Processo Penal

Passaremos agora a estudar os princípios que regem a instrução probatória, mas, primeiro, vamos analisar o que significam os princípios.

Juridicamente, o termo “princípio” não significa apenas o início de algo, ao contrário o conceito de princípio para o mundo jurídico é muito amplo, e não é único, não se chegando a uma definição exclusiva. Dessa forma, várias são as definições de “princípio”.

Para Silvio de Salvo Venosa (2004, pág. 162), por exemplo, por meio dos princípios, o intérprete investiga o pensamento mais elevado da cultura jurídica universal, buscando orientação geral do pensamento jurídico.

Rizzato Nunes (2009, pág. 172), entende que 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.

Fazendo uma diferenciação entre princípios e regras, cumpre esclarecer regras e princípios são normas, ou melhor dizendo, as normas podem ser reveladas através de regras ou de princípios.

As regras regulam uma situação, e serão sempre válidas ou inválidas, ou seja, quando se faz presente determinada situação regulada pela regra, esta tem aplicabilidade, mas quando não se faz presente tal situação, a regra não tem aplicabilidade, seria o tudo ou nada.

Melhor explica Robert Alexy ao dizer que as regras são normas que são sempre satisfeitas ou não satisfeitas, assim, se uma regra vale, então é necessário que se faça exatamente aquilo que ela exige. (2006, pág. 91).

Nesse sentido, havendo colisão entre as regras fala-se em conflito, ao passo que entre os princípios pode haver exatamente a colisão, e não conflitos.

No conflito entre regras, uma afasta a outra, ou seja, pelo menos uma delas deve ser considerada inválida.

Já na colisão entre princípios, um tem precedência em face de outro, sob determinadas condições. (ALEXY, 2006, pág. 93). Desse modo, os princípios podem sempre ter aplicabilidade em casos concretos, deve-se, portanto, fazer uma análise entre os princípios com maior e menor peso.

Os princípios, portanto, são de suma importância para que se faça uma correta interpretação das normas, e conseqüentemente que estas sejam aplicadas de maneira adequada, tendo em vista que os princípios situam bases e norteiam a interpretação dos textos legais.

5.8.1 Princípio da auto responsabilidade das partes

Decorrente do chamado ônus da prova, em que as partes são incumbidas de demonstrar os fatos que alegam, ou seja, cumpre a quem alegar

demonstrar os elementos probatórios, pelo princípio da auto responsabilidade das partes, cada um assume as consequências dos atos praticados ou deixados de praticar.

5.8.2 Princípio da audiência contraditória

Quando produzida uma prova por uma das partes, à parte contrária deve-se dar conhecimento dessa prova.

Decorrente do princípio constitucional do contraditório, elencado no artigo 5º, inciso LV, é inadmissível a produção de uma prova, sem que a outra parte tome conhecimento desta.

Dessa forma, toda prova admite a contraprova.

5.8.3 Princípio da comunhão da prova

Como a prova visa à formação do convencimento do juiz, tanto as produzidas por uma parte, quanto a produzida pela outra, pertencem a processo. Toda a prova produzida integram um conjunto que pertence ao processo, e não a uma das partes, servem de interesse tanto para estes, como para a justiça.

5.8.4 Princípio da oralidade e da concentração

Pelo princípio da oralidade, tem-se que deve haver a predominância da palavra falada, ou seja, debates, depoimentos, alegações.

Desse modo, os depoimentos devem ser sempre orais, e não podem ser substituídos por outros meios.

Porém, ainda que predomine a forma oral, os atos devem ser reduzidos a termo, ou seja, a escrito.

É o que entende Barros (2001, pág. 15):

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 não procedimento sumário, não raro são substituídos por alegações escritas, no último.

Em decorrência do princípio da oralidade, temos o princípio da concentração, que preconiza buscar que toda a produção de prova ocorra na audiência.

5.8.5 Princípio da publicidade

Os atos processuais são públicos. É o que consagra a Constituição Federal e todo o ordenamento jurídico. Assim, a produção de provas também dever ser pública, já que é um ato processual.

No Código de Processo Penal o princípio da Publicidade vem consagrado no artigo 792.⁴

Porém, esse absolutismo do princípio da Publicidade também recebe restrições, no próprio artigo supracitado, em seu § 1º e também a Constituição Federal permite que tal princípio seja restringido, nos casos previstos no inciso LX do artigo 5º da Magna Carta.

⁴ Art 792. As audiências, sessões e os atos processuais serão, em regra, públicos e se realizarão nas sedes dos juízos e tribunais, com assistência dos escrivães, do secretário, do oficial de justiça que servir de porteiro, em dia e hora certos, ou previamente designados.

5.8.6 Princípio do livre convencimento motivado

As provas não possuem valoração prévia pelo legislador. O Juiz tem a liberdade para aprecia-las, devendo somente limitar-se aos fatos e circunstâncias.

Tal princípio do livre convencimento encontra-se no artigo 155, do Código de Processo Penal:

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.

Desse modo, pelo princípio do livre convencimento motivado, o juiz pode decidir de acordo com o seu entendimento e com base nas provas que entender pertinentes, porém, não podendo extrapolar dos elementos constantes nos autos, ou seja, não podendo se fundamentar em elementos que não estejam nos autos.

6 PROVAS ILEGAIS

No sistema processual penal vigora o chamado “Princípio da Verdade Real”, pois, nesse instituto, o importante é descobrir a verdade dos fatos.

Através do princípio da verdade real, tem-se a ideia de que com as provas, busca-se chegar à verdade dos fatos, ou melhor, a verdadeira realidade dos fatos.

Para Ricardo de Almeida Borges Gomes (2007, pág. 230):

(...) por verdade real, material ou substancial, pode-se entender a versão processual que mais se aproxima da realidade fática, ou seja, aquela condizente com o que, de fato, aconteceu – seria a verdade incontestável.

Diante dessa busca pela verdade real, pela exata reconstrução dos fatos, em princípio, admite-se que no processo penal haja uma atividade probatória mais ampla, completa, sem limitações.

Flúvio Cardinelle Oliveira Garcia entende que (2004):

(...)o Processo Penal não deve encontrar limites na forma ou na iniciativa das partes, ao contrário, impõe-se-lhe a busca e o descobrimento da *verdade real material*, ou seja, cumpre ao juiz averiguar além dos limites artificiais da verdade formal, com o intuito claro e determinado de fazer valer a função punitiva em face daquele que realmente tenha cometido um ilícito penal.

Porém, essa liberdade probatória acima descrita não é absoluta, pois sofre limitações impostas pelo próprio Código de Processo Penal, bem como pela Constituição Federal de 1988.

No Código de Processo Penal, é possível verificar algumas dessas restrições à produção de prova nos artigos 155, parágrafo único e 158. O primeiro artigo, em seu parágrafo único estabelece que são necessárias as mesmas formalidades e exigências da lei civil para a prova referente ao estado das pessoas e o segundo artigo supracitado estabelece que é necessário o exame de corpo de

delito quando as infrações deixarem vestígios e não permite que este seja suprido pela confissão do acusado.

Tais restrições são ainda menos rígidas do que a restrição prevista no artigo 157, também do Código de Processo Penal, que não admite a utilização de provas ilícitas no processo penal e determina que estas devem ser desentranhas do processo.

Ainda, nossa Magna Carta, prescreve também em seu artigo 5º, inciso LVI que “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos.”

Nota-se que a liberdade probatória não é absoluta e sofre restrições.

A Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso LVI, veda que as provas obtidas por meios ilícitos sejam admitidas no processo, e, essas provas são as chamadas “provas ilegais”, ou ainda, “provas proibidas”, “provas ilegalmente obtidas”, dentre outras expressões utilizadas pelos doutrinadores.

Fernando Capez (2009, pág. 300), entende que prova vedada ou proibida, é, portanto, a produzida por meios ilícitos em contrariedade a uma norma legal específica.

Cumprе esclarecer que prova ilegal é um gênero, do qual são espécies prova ilícita e prova ilegítima.

Assim entende Ricardo Raboneze, ao citar Pietro Nuvolone (1998, pág. 15), como sendo a melhor doutrina “com a noção de prova vedada ou ilegal, como gênero, tendo a prova ilícita e ilegítima como subespécies.”

Estabelecendo uma definição sobre o gênero de prova ilegal, estas são consideradas as provas que são contrárias aos preceitos legais, causando ameaça aos direitos fundamentais da pessoa humana.

Passamos agora a analisar as diferenças entre as espécies de prova ilícita e prova ilegítima.

6.1 Prova ilícita e prova ilegítima

Entende-se que a prova proibida é um gênero, do qual são espécies as provas ilícitas e as provas ilegítimas.

A prova será ilegítima quando afrontar uma norma de natureza processual. Será no momento da sua produção no processo que surgirá a ilegalidade.

Um exemplo de prova ilegítima seria, o depoimento prestado com violação à regra do artigo 207 do Código de Processo Penal.⁵

Já a prova ilícita é aquela que foi produzida ou obtida em afronta as normas de direito material.

Esclarece Fernando Capez que serão ilícitas todas as provas produzidas mediante a prática de crime ou contravenção, as que violem normas de Direito Civil, Comercial ou Administrativo, bem como aquelas que afrontem princípios constitucionais. (2009, pág. 301).

Exemplos de provas ilícitas seriam a confissão obtida mediante tortura, uma apreensão de documento realizada mediante violação de domicílio, entre outras.

Aqui, a violação acontece no momento da colheita da prova.

Portanto, se for violado direito material ou princípio constitucional, a prova é ilícita. E se violada a norma processual, a prova é ilegítima.

⁵Art. 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.

7 PROVAS ILÍCITAS POR DERIVAÇÃO E TEORIA DA ÁRVORE DOS FRUTOS ENVENENADOS

Esclarece Luis Francisco Torquato Avolio (1999, pág. 73) que prova ilícita por derivação concerne às hipóteses em que a prova foi obtida de forma lícita, mas a partir da informação extraída de uma prova obtida por meio ilícito.

Um exemplo do que seria uma prova ilícita por derivação é o caso da confissão extorquida mediante tortura.

O ponto em questão é que, como acima explanado, de acordo com a Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso LVI e o Código de Processo Penal, em seu artigo 157, são inadmissíveis em nosso ordenamento as provas obtidas por meios ilícitos, devendo estas serem desentranhas dos autos do processo.

O que resta saber é se essas provas ilícitas por derivação podem ou não serem admitidas no processo.

Surge então a discussão se diante de uma violação a um direito material ou norma processual a fim de produzir uma prova, deve ser somente esta desentranhada dos autos, ou se aquelas que surgiram em razão dessa prova obtida por meio ilícito, também está contaminada.

A partir de tal questionamento surge a Teoria da Árvore dos Frutos Envenenados (*fruits of poisonous tree*), reconhecida pela Suprema Corte norte-americana, segundo a qual o vício da planta se transmite a todos os seus frutos.

O que basicamente significa dizer que as provas que decorrem de uma prova ilícita também serão ilícitas.

Ou seja, por essa teoria, o vício contido em uma prova também contaminará as demais provas que dela decorrerem.

No Brasil, a doutrina e a jurisprudência não chegaram a uma posição unânime sobre o tema.

Grinover, Scarance e Magalhães entendem que as provas decorrentes de uma prova ilícita, serão também ilícitas, ou seja, estarão também contaminadas, como discorrem no trecho a seguir (2009, pág. 128):

Na posição mais sensível às garantias da pessoa humana, e conseqüentemente mais intransigente com os princípios e normas constitucionais, a ilicitude da obtenção da prova transmite-se às provas derivadas, que são, assim, igualmente banidas do processo.

Este é o posicionamento majoritário, portanto, tanto para a doutrina quanto para a jurisprudência, as provas ilícitas por derivação são também inadmissíveis no ordenamento jurídico brasileiro.

Primeiro porque a Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso LVI prescreve isso. Outro fundamento está no artigo 573, § 1º do Código de Processo Penal, que prescreve que uma vez declarada a nulidade de um ato, todos os subsequentes que dependa, ou seja, consequência desse também serão nulos.

Porém, existem outros posicionamentos, que entendem que a inadmissibilidade da prova ilícita por derivação não é absoluta, e que esta pode ser admitida em algumas situações.

A primeira situação de admissibilidade da prova ilícita por derivação seria quando a relação entre esta e àquela obtida ilicitamente for tão pequena, tão ínfima, que não gerará causa e efeito, é chamada Fonte Independente.

A outra situação passível de admissão da prova ilícita é quando mesmo sendo decorrente de uma prova ilícita, esta prova derivada poderia ser obtida de outra forma, independentemente.

Portanto, pode se dizer que as provas ilícitas por derivação serão aceitas nos casos acima citados.

Com isso, a Lei nº 11.609/2008, veio excepcionar duas situações em que será admitida a prova derivada da ilícita, mais precisamente com a nova redação do artigo 157 do Código de Processo Penal:

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

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

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

Resumindo, o § 1º do artigo 157, do Código de Processo Penal, permite a prova derivada da ilícita quando não evidenciado, ou demonstrado nexo de causalidade entre a prova ilícita e a derivada da primeira. Não existiria nessa hipótese a derivação propriamente dita, tendo em vista que não foi comprovado o nexo de causalidade entre uma prova e outra, assim, não sendo comprovada a derivação de uma prova tida como lícita de outra tida como ilícita, não haveria a contaminação e esta poderia ser admitida no processo. (SILVA, 2008).

Já o § 2º do mesmo artigo admite a prova ilícita por derivação quando esta puder ser obtida por uma fonte independente da ilícita. Ou seja, quando resta evidente que a prova derivada da ilícita poderia ser obtida por meio autônomo. É quando a fonte por si só puder conduzir ao fato objeto da prova.

Diante de todo o exposto acima, chegamos a conclusão de que o nosso ordenamento adota a teoria da *Árvore dos frutos envenenados*, que não admite a utilização das provas derivadas das ilícitas. Porém, isso não é totalmente absoluto, há uma flexibilidade, pois o próprio legislador permite a prova ilícita por derivação em dois casos.

Cumpra esclarecer que é sempre necessário que haja uma ponderação, sob a luz do Princípio da Proporcionalidade, que será explicado posteriormente. Pois, é preciso analisar que nenhum princípio tem caráter absoluto, e que um pode ceder ou entrar em harmonia com outro, quando estiverem em choque direitos iguais ou de maior valia.

8 (IN)ADMISSIBILIDADE DAS PROVAS ILÍCITAS NO PROCESSO PENAL

Como já mencionado anteriormente, as provas ilícitas, que tratam-se daquelas obtidas por meios ilícitos e que são também conhecidas como provas vedadas, ou porque violam norma processual, ou porque violam direito material, são inadmitidas no processo, pelo que dispõe o texto constitucional, em seu artigo 5º inciso LVI e também o artigo 157 do Código de Processo Penal.

Porém, apesar do texto constitucional e da lei processual penal inadmitirem a utilização da prova ilícita, o tema ainda gera muitas discussões na jurisprudência e na doutrina, motivo pelo qual se faz importante o objeto do presente estudo.

A doutrina apresenta cinco teorias a respeito do assunto, as quais serão expostas a seguir.

8.2 Posicionamento Contrário à Admissibilidade das Provas Ilícitas

A maioria da doutrina pugna pela inadmissibilidade prova ilícita no processo. Sendo que três das cinco correntes doutrinárias são pela sua proibição.

8.2.1 Teoria da unidade

Para esta primeira teoria, segundo explica Adalberto José Q. T. de Camargo Aranha (2006, pág. 64), o direito é um todo unitário, formando um universo, e não composto por compartimentos estanques, por áreas separadas e irreduzíveis.

Assim, a prova ilícita contaminaria todo o direito, e não somente algumas partes.

8.2.2 Teoria da moralidade

Baseada no princípio da moralidade dos atos praticados pelo estado, a segunda teoria pela inadmissibilidade às provas ilícitas entende que o estado deve combater o crime, mas não se pode aceitar que o estado use métodos ilícitos ou condenáveis para perseguir o crime.

Dessa forma, significa que o estado deve combater o crime e os criminosos, mas sempre observando as garantias fundamentais, através de atos respaldados pela moralidade e através de princípios.

8.2.3 Teoria dos direitos e garantias fundamentais

Por fim, posiciona-se que a prova ilícita é inadmissível porque esta ofende a Constituição, por violar os direitos e garantias fundamentais do indivíduo, gerando sua inconstitucionalidade.

8.3 Posicionamento Favorável à Admissibilidade das Provas Ilícitas

Uma única teoria admite a prova ilícita, partindo do pressuposto de que só podem ser inadmitidas a provas que violam uma norma processual, ou seja, apenas as prova ilegítimas.

Isso porque para os adeptos dessa corrente, quando se viola uma norma material, há uma sanção específica, e não será o afastamento do processo.

Como explica novamente Aranha (2006, pág. 63):

Vale dizer: na prova ilícita reconhece-se a ofensa ao direito material, devendo ser aplicada ao ofensor a sanção correspondente, a penalidade adequada; todavia, não pode ser afastada do processo, pois neste só podem ser rejeitadas as ofensas com sanção especificamente processual.

Conclui-se, que para esta corrente, a prova ilícita só será inadmitida se for ilegítima, ou seja, se violar uma norma processual.

9 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E PONDERAÇÃO DE VALORES

Após a análise das diversas correntes e posicionamentos a respeito da admissibilidade ou não das provas ilícitas, é mister que se faça um estudo sobre o chamado Princípio da Proporcionalidade.

O referido princípio surge para alcançar um ponto de equilíbrio, na tentativa de solucionar conflitos, sopesando princípios e direitos fundamentais.

Mas antes de adentrarmos especificamente na questão do princípio da proporcionalidade em relação às provas ilícitas, cumpre ressaltar que princípios, no sentido jurídico, não significam somente o início de algo, possuindo um amplo e extenso conceito, não se chegando a uma única definição.

De um modo em geral, os princípios são relevantes no sentido de que se faça uma correta interpretação e aplicação do direito, pois servem de norteadores dessa interpretação.

Passaremos agora mais precisamente ao estudo do princípio da proporcionalidade, comentando sobre sua origem e seu conceito, fazendo uma consideração geral da teoria e demonstrando sua importância em relação à prova ilícita.

9.1 Origem e Conceito do Princípio da Proporcionalidade

A origem do princípio da proporcionalidade está essencialmente ligada à evolução dos direitos e das garantias individuais da pessoa humana.

Assim, discorre Rezek Neto (2004, pág. 16):

O princípio da proporcionalidade teve seu início acompanhado da história de defesa dos Direitos Humanos, onde destaca-se a passagem do Estado de Polícia para o Estado de Direito, no intuito de estabelecer uma limitação do poder de coação do monarca para a garantia da integridade física e moral dos indivíduos que estavam sob sua dominação. Portanto, a liberdade individual pode ser citada em face dos direitos da administração como sendo o nascimento da idéia do Princípio da Proporcionalidade, decorrendo daí o pensamento de que o Estado deveria respeitar os direitos do cidadão, sendo oriundas estas idéias das teorias jusnaturalistas, formuladas na Inglaterra, nos séculos XVII e XVIII.

Porém, a referida teoria foi desenvolvida e consolidada na Alemanha Federal, onde seus tribunais, baseando-se no equilíbrio entre valores fundamentais contrastantes, admitem a prova ilícita em casos excepcionais.

Menciona Ricardo Raboneze (1998, pág. 20):

(...) outro caminho vem sendo apontado pela aplicação do que se denominou “teoria da proporcionalidade” (também denominada de teoria do balanceamento ou da preponderância de interesses) desenvolvida na antiga Alemanha Federal, pela qual os interesses e valores em questão são sopesados, admitindo, em certos casos, a prova obtida por meios ilícitos.

Na Suprema Corte Americana, o princípio da proporcionalidade é confirmado pelo que se chama de Teoria da Razoabilidade.

Apesar de não haver uma uniformização conceitual e terminológica de “proporcionalidade”, o termo é entendido como o que é proporcional, razoável, adequado, ou ainda justo.

9.2 Considerações Gerais sobre o Princípio da Proporcionalidade

Como o Direito Penal é uma das ferramentas para a concretização dos Direitos Fundamentais, o princípio da proporcionalidade se mostra indispensável para que se chegue a esse fim, qual seja, a realização dos Direitos Fundamentais.

O referido princípio procura repelir o excesso, buscando o justo, o proporcional, o adequado.

Menciona Sebastián Borges de Albuquerque Mello (2007, pág. 204):

O princípio da proporcionalidade, ligado aos Direitos Fundamentais, possui, para Larenz, uma relação estreita com a ideia de justiça, tanto no exercício dos direitos como na imposição de deveres e ônus. Serve para estabelecer o equilíbrio de interesses contrapostos, tendo base a linha do menor prejuízo possível. Isso significa, a grosso modo, que se busca a justa medida na relação entre os homens entre si e das coisas submetidas à sua disposição. Tal princípio busca alcançar um ponto de equilíbrio entre os valores violados por uma prova ilícita, e o interesse de punir o indivíduo ou a assecuração de seus direitos e garantias fundamentais.

Por essa teoria, ou princípio, da proporcionalidade, a intenção principal é solucionar conflitos principiológicos por meio de um sopesamento entre valores.

Há a necessidade de harmonia entre as normas constitucionais, e como a Constituição Federal não apresenta uma hierarquia ao elencar os direitos e garantias fundamentais, em seu artigo 5º, todos detém o mesmo valor e mesma força.

Ocorre que pode haver conflitos entre esses direitos e garantias e o princípio da proporcionalidade é o instrumento invocado para solucionar esses conflitos.

O que faz através do sopesamento de valores, para saber qual deverá preponderar em determinado caso concreto. Sempre será possível, portanto, o sacrifício de um direito ou garantia constitucional em prol de outro direito ou garantia constitucional, quando houver preponderância destes últimos, como explica César Dario Mariano da Silva. (2007, pág. 23).

Ainda sobre a questão de sopesar valores, Robert Alexy explica que princípios são mandamentos de otimização em face das possibilidades jurídicas e fáticas, que, portanto, a Máxima da Proporcionalidade, como ele chama o Princípio da Proporcionalidade, como exigência de sopesamento, decorre da relativização em face das possibilidades jurídicas. (2006, pág. 117).

Neste diapasão, o princípio da proporcionalidade possui três dimensões, ou subprincípios: necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito.

No elemento ou subprincípio necessidade, tem-se que para a realização do fim ou interesse público, deve-se utilizar a medida que menos interfere nos direitos fundamentais. O referido subprincípio também é conhecido como “princípio da menor interferência possível”.

Nesse sentido, menciona Sebastián Borges de Albuquerque Mello (2007, pág. 205):

Desta forma, se o Estado possui dois meios igualmente eficazes para a obtenção de um determinado fim, o cidadão tem direito de exigir do Estado aquele que não vulnera seus Direitos Fundamentais. E se, para realização de um interesse público, só estão presentes dois meios que vulneram Direitos Fundamentais, deve-se proporcionar ao cidadão a menor desvantagem possível, isto é, à escolha do meio menos gravoso.

A via de solução deve ser a menos desvantajosa possível, a mais branda possível.

Já pelo subprincípio da adequação, o meio deve ser apropriado ao fim desejado, como menciona Sylvia Marlene de Castro Figueiredo. Ou seja, a medida será adequada quando for apta para produzir a consequência esperada. (2000, pág. 189)

O terceiro subprincípio, o chamado proporcionalidade em sentido estrito estabelece que é necessário alcançar um equilíbrio entre os direitos protegidos com a medida e os direitos que podem ser reprimidos pela proporcionalidade.

Menciona Raquel Danize Stumm, que o princípio da proporcionalidade em sentido estrito se confunde com a pragmática da ponderação ou lei da

ponderação, na medida em que constitui requisito para a ponderação de resultados a adequação entre meios e fins. (1995, pág. 80).

9.3 O Princípio da Proporcionalidade e a Constituição Federal de 1988

Em nosso ordenamento jurídico, a proporcionalidade, não existe como norma geral de direito escrito, mas existe como norma esparsa no texto constitucional, como explica Paulo Bonavides (2000, pág. 395).

Porém, o fato de não estar expressamente previsto em nossa Magna Carta não impede que se reconheça o princípio da proporcionalidade, como menciona Willis Santiago Guerra Filho (2001, pág. 83).

É importante que se reconheça que o princípio da proporcionalidade existe, ainda que de forma implícita, no ordenamento jurídico brasileiro.

A nossa Constituição insere o princípio da proporcionalidade de forma e aplicação particularizada em alguns dispositivos de seu texto, em figura de norma como, por exemplo, nos incisos V, X e XXV do artigo 5º, como também no campo do Direito eleitoral, no artigo 45, caput, entre outros dispositivos.

Mas ainda, para Sylvia Marlene de Castro Figueiredo, o princípio da proporcionalidade deriva do Estado de Direito e flui do espírito que anima a norma do artigo 5º, § 2º, da Lei Fundamental, que abrange a parte não escrita dos direitos e garantias fundamentais. (2005, pág. 212).

Neste contexto, é na qualidade de princípio constitucional ou princípio geral do direito, apto a acautelar do arbítrio do poder o cidadão e toda a sociedade, que é necessário reconhece-lo já implícito, e portanto, positivado em nosso Direito Constitucional, como menciona Paulo Bonavides (2000, pág. 395).

Diante disso, como um princípio constitucional implícito no ordenamento jurídico, o princípio da proporcionalidade deve ser reconhecido, considerando a força cogente de sua normatividade e acolhido como uma ferramenta para alcançar a solução diante de eventuais conflitos de direitos

fundamentais, através de um juízo de ponderação e sopesamento, já que um direito não deve restringir totalmente um outro direito.

9.4 O Princípio da Proporcionalidade e as Provas Ilícitas

Como demonstrado ao longo do presente capítulo, o Princípio ou Teoria da Proporcionalidade é um instrumento para solucionar eventuais conflitos entre direitos fundamentais, através da ponderação, sopesando valores e buscando valer-se de meios que sejam menos restritivos e mais adequados ao caso em concreto.

Desse modo, o referido princípio possui uma relação muito próxima e importante com a questão objeto do presente estudo, qual seja, a admissibilidade das provas ilícitas.

O inciso LVI, do artigo 5º da Constituição Federal, que veda a utilização da prova ilícita no processo, recebe uma interpretação menos rigorosa aos olhos do princípio da proporcionalidade nos casos em que a ofensa à essa proibição constitucional é realizada visando proteger um valor maior, também garantido constitucionalmente.

Nesse sentido, entende Luiz Francisco Torquato Avolio (1999, pág. 64):

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

Ou seja, através do princípio da proporcionalidade se analisará se o bem violado por meio da obtenção da prova ilícita é maior ou menor que o bem jurídico que se visa tutelar.

Resta evidente, portanto, a relevância do princípio da proporcionalidade com a questão da admissibilidade das provas ilícitas em nosso ordenamento.

10 PROVAS ILÍCITAS EM FAVOR DO RÉU

Toda a questão da admissibilidade ou não da prova ilícita no processo penal brasileiro encontra um posicionamento majoritário quando se trata da utilização da prova ilícita em favor do réu, que seria o que se chama de prova ilícita *pro reu*.

Pois bem, a liberdade é resguardada e encontra garantia em vários princípios constitucionais, como o do devido processo legal, contraditório e ampla defesa, presunção de inocência, entre outros elencados ao longo da nossa Magna Carta.

A proibição da prova ilícita, por sua vez, também encontra respaldo na Constituição Federal, porém, é evidente que o direito à liberdade e os princípios que a asseguram se sobrepõem à norma que veda a prova ilícita no processo, nos casos em que a prova obtida por meio ilícito é capaz de provar algo em favor do réu.

Discorre Cesar Dario Mariano da Silva (2007, pág. 23):

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

Nota-se que será através do princípio da proporcionalidade, estudado no capítulo anterior, que poderá utilizar-se de uma prova ilícita em favor do acusado.

Faz-se uma ponderação de valores, se seria melhor privar o acusado de liberdade, quando se demonstraria sua inocência através de uma prova obtida ilicitamente ou seria o mais coerente e se não, o mais justo, inocentá-lo, já que sua inocência foi demonstrada, ainda que por meio de uma prova ilícita.

Com efeito, Fernando Capez também faz uma análise sobre a aplicação do princípio da proporcionalidade para se admitir a prova ilícita no processo, quando em favor do acusado (2009, pág. 305):

Um exemplo em que seria possível a aplicação desse princípio é o de uma pessoa acusa injustamente, que tenha na interceptação telefônica ilegal, o único meio de demonstrar sua inocência. No dilema entre não se admitir a prova ilícita e privar alguém de sua liberdade injustamente, por certo o sistema se harmoniza no sentido de excepcionar a vedação da prova para permitir a absolvição.

Cumprido esclarecer e destacar que as provas ilícitas em favor do réu, são, de maneira em geral, aceitas também em privilégio à ampla defesa do acusado e ao princípio do *favor rei*, em que na dúvida prevalece o interesse do réu, além da questão do direito à liberdade, já mencionada.

Importante salientar também que é possível a aplicação do princípio da proporcionalidade para se admitir a prova ilícita em favor do réu, com base no fato de que nenhum direito fundamental é absoluto, podendo-se fazer um equilíbrio entre valores contrastantes.

Entende, Leandro Cadenas Prado que o princípio da vedação às provas ilícitas não deve ser visto como absoluto, sendo excepcionalmente relevado, sempre que estiver em risco um valor significativo, podendo um princípio de menor importância ceder a um de maior relevância social. (2006, pág. 18).

Outra observação é que, ainda que a prova ilícita seja produzida pelo próprio acusado, esta poderá ser admitida, pois será considerada como legítima defesa.

Nesse sentido, confirmam Grinover, Scarance e Magalhães que quando a prova, aparentemente ilícita, for colhida pelo próprio acusado, tem-se entendido que a ilicitude é eliminada por causas legais, como a legítima defesa que exclui a antijuridicidade. (2009, pág. 128).

Como na doutrina entende-se majoritariamente que as provas ilícitas devem ser admitidas no processo penal, há julgados no mesmo sentido, como o proferido pelo Superior Tribunal de Justiça, relatado pelo ministro Adhemar Maciel:

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 art. 5 da Constituição, fala que “são inadmissíveis as provas obtidas por meio ilícito”, não tem conotação absoluta. Há sempre um substrato ético a orientar o exegeta na busca de valores maiores na construção da sociedade. A própria Constituição Federal brasileira, que é dirigente e programática, oferece ao juiz, através da “atualização constitucional” (*verfassungsaktualisierung*), base para o entendimento de que a cláusula constitucional invocada é relativa. A jurisprudência norte-americana, menciona 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. (STJ, HC 3.982/RJ, relator Ministro Adhemar Maciel, publicação DJ 25/05/1998)

Nota-se que é majoritário, quase unânime, na doutrina e na jurisprudência que a prova ilícita *pro reo* deve ser admitida no processo penal brasileiro.

Porém, é evidente que para que seja admitida, primeiramente deve-se fazer uma ponderação, um sopesamento, através do princípio da proporcionalidade, que analisará se a ofensa à vedação constitucional prevista no artigo 5º, inciso LVI da Constituição Federal é realizada para proteger outro valor maior, também assegurado pela Magna Carta.

11 PROVAS ILÍCITAS EM FAVOR DA SOCIEDADE

Adentramos no último e não menos importante ponto do trabalho em testilha, qual seja, a possibilidade de se admitir o uso de provas ilícitas em favor da sociedade.

Diferente da posição quase unânime da doutrina e da jurisprudência, que admite as provas ilícitas *pro reo*, ou seja, em favor do réu, existe uma grande discussão em torno da admissibilidade das provas ilícitas em favor da sociedade, ou melhor dizendo, das provas ilícitas *pro societate*.

Nesse sentido, a maioria da doutrina e da jurisprudência entendem que é inadmissível o uso da prova ilícita em benefício da sociedade, ou seja, contra o acusado.

Tal posicionamento tem como fundamento o fato de que os direitos e garantias fundamentais, tais como a liberdade, integridade do indivíduo, dignidade, intimidade, entre outros direitos constitucionalmente assegurados, não devem ser coibidos ou reduzidos em face do direito à prova.

Porém, os direitos e garantias fundamentais não são totalmente absolutos, de modo que estes podem ser contrapostos uns com os outros.

Assim explica Vicente Greco Filho (1995, pág. 178):

O texto constitucional parece, contudo, jamais admitir qualquer prova cuja obtenção tenha sido ilícita. Entendo, porém, que a regra não seja absoluta, porque nenhuma regra constitucional é absoluta, uma vez que tem de conviver com outras regras ou princípios também constitucionais. Assim, continuará a ser necessário o confronto ou peso entre os bens jurídicos, desde que constitucionalmente garantidos, a fim de se admitir, ou não, a prova obtida por meio ilícito.

Pode-se observar que diante do não absolutismo dos direitos constitucionais, a regra da não admissibilidade das provas ilícitas também não deve ser vista como uma questão totalmente correta, totalmente absoluta.

Outra vez, o princípio da proporcionalidade se faz presente e de suma importância, auxiliando no sopesamento de valores que deve ser feito no caso concreto, observando que a norma que proíbe a utilização da prova ilícita pode ser violada diante de uma situação em que a sua preponderância ocasionar uma lesão a um direito de maior valia.

Como já foi dito, predomina o entendimento de que as provas ilícitas não podem ser utilizadas quando em benefício do Estado e em desfavor do acusado.

Porém, há aqueles que entendem pela sua admissibilidade, já que nenhum direito é absoluto e deve-se fazer um sopesamento de interesses através do princípio da proporcionalidade.

Outro argumento para os que defendem esse posicionamento é que deve haver uma flexibilidade da vedação das provas ilícitas diante do aumento da criminalidade, diante do indispensável dever do Estado de proteger a sociedade contra o avanço da criminalidade.

Sobre a questão das provas ilícitas, Avolio discorre que é exatamente no binômio segurança social-liberdade individual, no confronto das correlatas exigências de tutela da coletividade e da pessoa humana. (1999, pág. 20)

É inaceitável que, com o ínfimo motivo de que a prova ilegal é nula, imprestável, por ferir uma norma processual ou de direito material, prevaleça a impunidade do criminoso, sendo que, se fosse para ser usada a seu favor, essa não seria nula e poderia ser admitida.

Nesse sentido, Fernando Capez em seu exemplo, demonstra o quão importante é a admissibilidade da prova ilícita também em favor da sociedade:

Suponhamos uma carta apreendida ilicitamente, que seria dirigida ao chefe de uma poderosa rede de narcotráfico internacional, com extensas ramificações com o crime organizado. Seria mais importante proteger o direito do preso ao sigilo de sua correspondência epistolar, do qual se serve para planejar crimes, do que desbaratar uma poderosa rede de distribuição de drogas, que ceifa milhões de vidas de crianças e jovens? Certamente não.

Por conseguinte, como já dito anteriormente, explica também Marcelo Junior que, não parece ser o mais correto o entendimento inflexível que desconsidera sempre, toda e qualquer prova ilícita, sob o pretexto de que o interesse de tutelar a ordem pública, preservando-a da prática reiterada de graves infrações penais, jamais se sobreporá a proteção da intimidade.(2012).

Ademais, o processo penal tem como princípio a busca da verdade real, como meio de se alcançar a justiça, de modo que, ignorar uma prova que comprove a verdade sobre um fato de forma segura e evidente, seria dar espaço à injustiça, destoando totalmente do objetivo do Direito que é a justiça.

Neste diapasão é preciso dar atenção ao fato de que os direitos e garantias fundamentais assegurados pela Constituição Federal não são ilimitados, pois são restringidos por outros direitos consagrados pela mesma Constituição.

Alexandre de Moraes menciona que (2009, pág. 32):

Os direitos humanos fundamentais, dentre eles os direitos e garantias individuais e coletivos consagrados no art. 5º da Constituição Federal, não podem ser utilizados como um verdadeiro escudo protetivo da prática de atividades ilícitas, nem tampouco como argumento para afastamento ou diminuição da responsabilidade civil ou penal por atos criminosos, sob pena de total consagração ao desrespeito a um verdadeiro Estado de Direito.

Também nesse sentido de que os direitos fundamentais não são absolutos, o Superior Tribunal de Justiça se pronunciou manifestando que:

Está muito em voga, hodiernamente, a utilização *ad argumentandum tantum*, por aqueles que perpetram delitos bárbaros e hediondos, dos indigitados direitos humanos. Pasmem, ceifam vidas, estupram, seqüestram, destroem lares e trazem dor a quem quer que seja, por nada, mas depois, buscam guarida nos direitos humanos fundamentais. É verdade que esses direitos devem ser observados, mas todos, principalmente, por aqueles que, impensadamente, cometem os censurados delitos, trazendo a dor aos familiares das vítimas (6ª T., RHC nº2.777-0/RJ, Rel. Min. Pedro Aciole, Ementário STJ, nº 8/721).

A admissibilidade das provas ilícitas em desfavor do acusado e, portanto, em favor da sociedade, não pretende desprezar os direitos fundamentais do ser humano, porém, o que não se pode admitir é que criminosos, que coloquem em risco toda a sociedade, fiquem impunes em razão do seu direito de intimidade.

Ainda sobre a ponderação de interesses, Zamalloa do Prado faz uma importante consideração (2006, pág. 202):

A ponderação de interesses, fundamentada no princípio da proporcionalidade, pressupõe a existência de uma colisão real entre interesses legítimos, é dizer, uma colisão entre direitos fundamentais ou bens constitucionalmente protegidos, pois o princípio da proporcionalidade em que se fundamenta a ponderação, só legitima a compressão dos direitos ou bens constitucionais se absolutamente necessária para a proteção de outros bens ou direitos igualmente consagrados pela Constituição.

Como já mencionado, é quase unânime o entendimento que em favor da defesa do acusado, a prova ilícita pode ser usada, tendo em vista que esta demonstraria uma causa excludente de ilicitude e através do princípio da proporcionalidade se chegaria a conclusão de que diante da comprovação da inocência do acusado, ainda que por meio de uma prova ilícita, o mais justo seria aceitá-la.

Tal entendimento está correto e merece ser acolhido, por todas as razões já expostas.

Porém, até pela garantia da igualdade entre as partes no processo, não seria razoável restringir o princípio da proporcionalidade para que este fosse aplicado somente nos casos em que a prova ilícita beneficie o réu.

A Constituição Federal, quando trata com maior rigor os crimes mais graves, buscou fazê-lo com o intuito de que o Estado assegure uma proteção à sociedade.

Desse modo, pautado no princípio da proporcionalidade, pode ser que o direito individual do acusado possua um menor valor do que o direito conferido para toda a coletividade.

Também entende Fernando Capez (2009, pág. 307):

Aqui, não se cuida de um conflito entre o direito ao sigilo e o direito da acusação à prova. Trata-se de algo mais profundo. A acusação, principalmente a promovida pelo Ministério Público, visa resguardar valores fundamentais para a coletividade, tutelados pela norma penal. Quando o conflito se estabelecer entre a garantia do sigilo e a necessidade de se tutelar a vida, o patrimônio e a segurança, bens também protegidos por

nossa Constituição, o juiz, utilizando seu alto poder de discricionariedade, deve sopesar e avaliar os valores contrastantes envolvidos.

Neste ínterim, existem julgados que tendem à admissibilidade da prova ilícita, dentro do princípio da proporcionalidade ou razoabilidade, também em favor da sociedade e contra o acusado, ainda que o posicionamento majoritário seja o da não utilização da prova ilegal.

O entendimento proferido pelo Supremo Tribunal Federal:

EMENTA: HABEAS CORPUS - ESTRUTURA FORMAL DA SENTENÇA E DO ACÓRDÃO – OBSERVÂNCIA - ALEGAÇÃO DE INTERCEPTAÇÃO CRIMINOSA DE CARTA MISSIVA REMETIDA POR SENTENCIADO - UTILIZAÇÃO DE COPIAS XEROGRÁFICAS NÃO AUTENTICADAS - PRETENDIDA ANÁLISE DA PROVA - PEDIDO INDEFERIDO. – (...) - A administração penitenciária, com fundamento em razões de segurança pública, de disciplina prisional ou de preservação da ordem jurídica, pode, sempre excepcionalmente, e desde que respeitada a norma inscrita no art. 41, parágrafo único, da Lei 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..” (HC 70814 / SP – São Paulo, DJ 24-06-1994. 1ª Turma do STF. Relator Min. Celso de Mello).

Cumprido ressaltar que para que a prova obtida ilicitamente seja admitida no processo, tanto em benefício do réu, como em benefício do acusado, é necessário que haja uma ponderação de valores, e que essa prova seja significativa, imprescindível para provar algo de muita importância.

Esclarecendo também, que a prova obtida mediante tortura, não deverá ser admitida, tendo em vista que transgredir normas de direito natural, que são anteriores e se sobrepõem às constituições.

É importante informar, que a presente obra não tem o objetivo de que o Estado exerça seu direito de punir de forma exagerada ou arbitrária através da utilização de provas ilícitas.

O que se busca demonstrar é que a prova, ainda que obtida ilicitamente, quando indispensável e significativa, pode ser aceita tanto em favor do acusado como em favor da sociedade, desde que sopesados os valores em jogo e analisado o caso concreto, tendo em vista que com uma prova clara, evidente, se

chegaria a verdade real e por conseguinte à justiça, que é o maior objetivo do processo penal e do Direito.

Desse modo, a questão da inadmissibilidade da prova ilícita não deve ser vista como uma questão absoluta, mas sim, deve haver uma maior flexibilidade, não desprezando totalmente seu conteúdo e admitindo-a em casos excepcionais, com fundamento no princípio da proporcionalidade. Lembrando sempre da necessidade de assegurar a dignidade da pessoa humana.

12 CONCLUSÃO

Fazendo uma abordagem acerca dos direitos fundamentais, adentrando na questão do devido processo legal, e então desmembrando-se ao contraditório e a ampla defesa, chegou-se ao estudo da prova propriamente dita, do direito de produzi-la, analisando seu objeto, classificações e sua finalidade, bem como fazendo uma breve exposição de seus princípios informadores e chegando na questão da prova ilegal.

No âmbito da prova ilegal, esta é gênero, do qual são espécies a prova ilícita e ilegítima, fez-se a diferenciação entre as duas, demonstrando que ilegítima é a prova que afronta uma norma processual, ao passo que, ilícita é a prova que afronta uma norma de direito material.

Com efeito, as provas ilegais, são vedadas em nosso ordenamento jurídico, primeiro pela nossa Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso LVI, depois por força do artigo 157, do Código de Processo Penal.

Porém, ainda que haja a vedação expressa das provas ilícitas em nosso ordenamento jurídico, é grande a divergência sobre o assunto, tanto na doutrina, quanto da jurisprudência, tendo em vista que alguns entendem que a vedação à sua admissibilidade é absoluta, ao passo que outros ponderam, entendendo que as provas ilícitas podem ser admitidas, através do uso do princípio da proporcionalidade.

O entendimento predominante e quase unânime em nosso ordenamento jurídico é o de que a prova ilícita pode ser admitida quando em defesa do réu, ainda que seja obtida com violação à direito fundamental. Isso porque seria a hipótese de se aplicar o princípio da proporcionalidade, no âmbito da defesa, que também é um direito fundamental, assegurado constitucionalmente. E também, atentando-se ao fato de que essa prova ilícita em favor do acusado, estaria acobertada por causas legais, como excludentes de ilicitude, demonstrando a prova da inocência do acusado.

Já em relação à questão de se admitir a prova ilícita em favor da sociedade, ou, a prova ilícita *pro societate*, o posicionamento da doutrina e da jurisprudência é direcionado à sua inadmissibilidade, possuindo ainda muita discussão acerca do tema.

A Constituição Federal de 1988, traz em seu artigo 5º um extenso rol dos direitos e garantias fundamentais. Dentre esses direitos, temos o do devido processo legal, que desmembra-se no contraditório e ampla defesa, surgindo então o direito à prova, como já foi dito ao longo do presente trabalho.

Ocorre que, o direito à prova, sofre limitações, como a da própria Constituição Federal, no mesmo artigo 5º, inciso LVI, que inadmite no processo a prova obtida por meio ilícito.

O referido dispositivo que inadmite a prova ilícita no processo penal, tem como objetivo garantir e assegurar outros direitos e garantias fundamentais, o que é correto e merece ser acolhido.

Porém, é importante esclarecer que não existem direitos e garantias fundamentais totalmente absolutos, de modo que estes podem ser contrapostos uns com os outros.

Desse modo, a vedação à admissibilidade da prova ilícita, prevista constitucionalmente, também não deve ser vista de forma absoluta, e assim, diante de um conflito entre direitos fundamentais, o julgador deve valer-se do princípio da proporcionalidade, como ferramenta para uma ponderação entre valores, para se chegar à uma conclusão, a uma decisão que possa admitir o uso da prova ilícita ao caso concreto.

Portanto, a prova ilícita não deve ser rejeitada prontamente, já que ignorá-la poderia ocasionar uma lesão à justiça, ou seja, poderia gerar na verdade, uma injustiça, o que é detestável no Direito.

Diante de tais argumentos, o trabalho em testilha visa acolher o posicionamento de que a prova ilícita deve ser admitida em favor do acusado, e defender que esta seja usada também em favor da sociedade, ou seja, se a prova ilícita demonstrar claramente um fato, com significância, e pautada pela princípio da proporcionalidade, ela pode também ser usada contra o réu e em favor da sociedade.

Como já foi dito, é correto e merece ser acolhido o posicionamento da doutrina e da jurisprudência que admite a prova ilícita em favor do réu.

Porém, não é do mesmo modo, sendo assim, errado, o posicionamento majoritário da doutrina e da jurisprudência, que inadmite a prova ilícita em favor da sociedade.

O princípio da igualdade entre as partes, também vigora em nosso ordenamento jurídico, porém, admitir-se que a prova ilícita seja usada pelo réu e nunca pela acusação, não prestigia tal princípio, ao contrário, viola a igualdade que deve existir entre as partes.

Deve haver uma flexibilidade sobre a questão, fazendo sempre uma ponderação através do princípio da proporcionalidade, respeitando suas submáximas de necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito.

É necessário que diante do caso concreto seja realizada uma análise do bem jurídico que se busca proteger, se este é maior que o bem violado pela prova ilícita.

Ademais, um dos princípios básicos do processo penal é o da busca da verdade real, sendo o instrumento para se alcançar a justiça. E a prova é justamente o meio pelo qual se chegará a essa verdade real.

Nesse contexto, é inconcebível que apenas por violar uma norma processual, ou de direito material, uma prova que demonstre evidentemente um fato, esclarecendo sobre sua materialidade ou autoria, seja inutilizada por ser ilícita, pois seu conteúdo pode influenciar de forma decisiva para o melhor julgamento.

Outro argumento para que a prova seja admitida também quando em favor da sociedade, é o fato que o Estado tem o dever de proteger a sociedade contra o avanço da criminalidade. Assim, pode ser que o direito coletivo, se sobreponha a um direito individual do acusado.

Os mesmos fundamentos para a admissibilidade da prova ilícita em favor do acusado, são usados também para defender a utilização da prova ilícita por derivação, sempre lembrando do uso do princípio da proporcionalidade para tal.

É de suma importância destacar que o presente trabalho não pretende defender que o Estado, que detém o chamado *jus puniend*, o exerça de forma

exagerada ou arbitrária e nem que as partes possam produzir provas de forma irrestrita, ilimitada, causando sempre lesões aos direitos fundamentais.

O principal objetivo da pesquisa é demonstrar que a prova, sendo imprescindível para a formação da convicção do juiz, ainda que obtida ilicitamente, não pode ser inutilizada e ignorada no processo, tendo em vista que com o conteúdo da prova possibilitaria a descoberta da verdade real, dando subsídios para que o julgador chegue à decisão mais justa possível.

Por fim, desprezar uma prova, ainda que obtida por meios ilícitos antes de se fazer um sopesamento entre os valores em jogo, seria dar espaço à decisões não pautadas com plenitude à segurança, ao forte convencimento e à justiça, destoando assim, do principal objetivo do Direito, qual seja, a busca pela Justiça.

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**: interceptações telefônicas e gravações clandestinas. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Ônus da prova no processo penal**. São Paulo: RT, 2003.

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

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 10 ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2000.

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

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

GARCIA, Flávio Cardinelle Oliveira. **Diretrizes constitucionais aplicadas no âmbito do Direito Processual Penal. Jus Navegandi**, Teresina, ano 9, n. 278, 11 abr. 2004 . Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/4993>. Acesso em: 26 ago. 2012.

GRECO FILHO, Vicente. **Manual de Processo Penal**. São Paulo: Saraiva: 1995.

GRECO FILHO, Vicente. **Tutela constitucional das liberdades**. São Paulo: Saraiva: 1989.

GRINOVER, Ada Pellegrini; SCARANCE FERNANDES, Antonio; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As nulidades no processo penal**. 11 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

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

JUNIOR, Marcelo José Hélio. **Estudo das provas ilícitas e o critério da proporcionalidade no processo penal**. Conteúdo Jurídico, Brasília–DF: 10 de maio de 2012. Disponível em: <http://conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.36894seo=1>. Acesso em: 08 de out. de 2012.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 24 ed. São Paulo: Atlas, 2009.

NUNES, Rizatto. **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: ICCRIM, 2006.

RABONEZE, Ricardo. **Provas obtidas por meios ilícitos**. 1 ed. Porto Alegre: Síntese, 1998.

REZEK NETO, Chade. **O princípio da proporcionalidade no estado democrático de direito**. São Paulo: Lemos & Cruz, 2004.

ROBERT, Alexy. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva, 5 ed. alemã. Frankfurt am Main: Shurkamp, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SCHIMITT, Ricardo Augusto. **Princípios Penais Constitucionais: Direito e Processo Penal à Luz da Constituição Federal**. Capítulo VII: O princípio da proporcionalidade no direito penal. MELLO, Sebastián Borges de Albuquerque. Capítulo IX. O Princípio da verdade real e sua conformação com a Constituição Federal de 1988. GOMES, Roberto de Almeida Borges. Podivm, 2007.

SILVA, César Dario Mariano da. **Provas Ilícitas**. Disponível em: http://www.apmp.com.br/juridico/artigos/docs/2008/provas_ilicitas.doc. Acesso em: 07 de maio de 2012.

SILVA, César Dario Mariano da. **Provas Ilícitas: princípio da proporcionalidade, interceptação e gravação telefônica, busca e apreensão, sigilo e segredo, confissão, Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) e Sigilo**. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

STUMM, Raquel Denize. **Princípio da Proporcionalidade no Direito Constitucional Brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.

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

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