

CENTRO UNIVERSITÁRIO
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”
FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**A (IN)ADMISSIBILIDADE DAS PROVAS ILÍCITAS NO PROCESSO
PENAL FACE DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE**

Mayara Almeida Milan

Presidente Prudente/SP
2014

CENTRO UNIVERSITÁRIO
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”
FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**A (IN)ADMISSIBILIDADE DAS PROVAS ILÍCITAS NO PROCESSO
PENAL FACE DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE**

Mayara Almeida Milan

Monografia apresentada como requisito parcial de conclusão de curso para obtenção do grau de bacharel em Direito sob a orientação do Prof. Jurandir José Dos Santos.

Presidente Prudente/SP
2014

A (IN)ADMISSIBILIDADE DAS PROVAS ILÍCITAS FACE DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

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

Jurandir José dos Santos

Mário Coimbra

Apollo Almeida

Entrega o teu caminho ao SENHOR, confia nele, e o mais ele fará.
Fará sobressair a tua justiça como a luz e o teu direito, como o sol ao meio-dia. (Salmos, cap. 37, 5.6).

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus primeiramente, por me proporcionar a oportunidade de jamais desistir dos meus sonhos, mesmo diante de tantos obstáculos inevitáveis que a vida nos reserva, lembrando-me que ele sempre estará comigo diante de qualquer situação.

Em segundo lugar venho agradecer aos meus pais, por estarem sempre me incentivando a estudar, para que assim eu consiga realizar todas as minhas realizações profissionais, sem, contudo, esquecer-se dos valores ensinados em casa.

E também as minhas queridas irmãs Enaí e Larissa pelo carinho e atenção que sempre depositaram em mim.

Aos meus amigos, que sempre estiverem ao meu lado, me proporcionando alegria e incentivo nos momentos em que transcorreu a escrita desse trabalho.

Agradeço também ao Professor Jurandir José Dos Santos pela dedicação na orientação do meu trabalho e pela paciência. Igualmente, ao professor Mário Coimbra e ao Doutor Apollo Almeida por terem aceitado o meu convite para integrar a presente banca examinadora.

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo buscar as questões históricas da origem da prova no direito processual penal do ordenamento jurídico brasileiro, identificando a sua origem e evolução, desde o direito antigo até os tempos modernos. Procura-se também analisar a importância da influência dos princípios constitucionais e infraconstitucionais, sob a ótica das provas nas soluções de eventuais conflitos. Salientando ainda, a limitação constitucional no que se refere às provas ilícitas, através do artigo 5º, inciso LVI da Constituição Federal. Ademais trouxemos a discussão a questão do princípio da proporcionalidade, muito embora não haja previsão deste expresso na Constituição. Evidenciando assim, que apesar da Carta Magna narrar de forma expressa pela inadmissibilidade das provas ilícitas no processo com ênfase desse trabalho no processo penal, tem se adotado de maneira conveniente a utilização do princípio da proporcionalidade com a intenção de solucionar a lide. Tendo em vista que, em determinados casos taxados como excepcionais, poderá ocorrer à colisão de direitos fundamentais, o que possibilita a utilização da ponderação de valores na análise do caso concreto, aplicando assim o princípio da proporcionalidade. Cumpre destacar que ainda existem divergências a respeito das provas ilícitas e a aplicabilidade do princípio da proporcionalidade nelas.

Palavras-chave: Provas. Ilícitude. Admissibilidade. Proporcionalidade.

ABSTRACT

The present work aims to find out the historical issues of the origin of the evidence in criminal procedural law of the Brazilian legal system, identifying its origin and evolution, from ancient to modern times right. It is also wanted to analyze the importance of the influence of constitutional and infra-constitutional principles from the perspective of the evidence in the solutions of possible conflicts. Stressing further the constitutional limitation in regard to illegal evidence, through the 5th article, section LVI of the Brazilian Federal Constitution. Moreover brought the discussion to the question of the proportionality principle, although there is no provision of this expressed in the Constitution. Thus evidencing that despite the National Constitution narrates explicitly by the unacceptability of illegal evidence in the process with emphasis of this work in criminal proceedings, has been adopted a convenient way the use of the principle of proportionality with the intention of resolving the dispute. Considering that, in certain cases rated as exceptional, it may occur the collision of fundamental rights, which enables the use of weighting values in the analysis of the real case, therefore applying the principle of proportionality. It is worth noting that there are still disagreements about the illegal evidence and the applicability of the principle of proportionality on them.

Keywords: Evidence. Illicitness. Admissibility. Proportionality.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 DA PROVA NO PROCESSO PENAL	11
2.1 Evolução Histórica da Prova	11
2.2 Conceituação e Finalidade	14
2.4 Classificação da Prova	17
2.5 Meios de Prova	18
2.6 Sistemas de Avaliação das Provas	20
2.7 Alterações Legislativas Decorrentes da Lei nº 11.690/08	22
3 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS SOBRE PROVAS	26
3.1 Princípio da Auto Responsabilidade das Partes	26
3.2 Princípio da Comunhão das Provas	26
3.3 Princípio da Publicidade	27
3.4 Princípio da Oralidade	27
3.5 Princípio da Concentração	28
3.6 Princípio da Audiência Contraditória	29
3.7 Princípio da Verdade Real	29
3.8 Princípio do Livre Convencimento Motivado	30
3.9 Princípio “in dubio pro reo”	31
3.10 Princípio da Liberdade Probatória	32
3.11 Princípio do Contraditório	33
4 DA PROVA PROIBIDA NO PROCESSO PENAL	35
4.1 Conceito	35
4.2 Requisitos da Prova Ilícita	37
4.3 Consequências Processuais da Prova Ilícita	38

4.4 A Prova ilícita Anterior a Constituição Federal de 1988	41
4.5 Estudo Comparado e as Provas ilícitas	43
4.6 Interceptação, Gravação e Escuta (Telefônica e Ambiental)	46
5.1 Conceituação	53
5.2 Objetivo	55
5.3 Relativização	56
5.4 Conflitos dos Direitos Fundamentais	57
6 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE	59
6.1 Distinção entre Princípio e Norma	59
6.2 Fundamentos	63
6.4 Conteúdo ou Subprincípios	65
6.5 Aplicabilidade da Proporcionalidade	67
6.7 Princípio da Razoabilidade	68
7 PROVAS ILÍCITAS NO PROCESSO PENAL	71
7.1 Princípio da Proporcionalidade e as Provas Ilícitas	71
7.2 Prova Ilícita Pro Reo	75
7.3 Prova Ilícita Pro Societate	78
7.4 Princípio da proporcionalidade e as provas ilícitas por derivação	81
CONCLUSÃO	86
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	89

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho visou estudar a questão ainda premente da utilização (ou não) das provas ilícitas no processo penal brasileiro.

É que, apesar da previsão expressa pela Constituição Federal, na qual institui a inadmissibilidade da utilização das provas ilícitas no processo, ainda é tormentoso esse assunto na doutrina e na jurisprudência.

As discussões se acentuam, pois fica claro o conflito existente entre os interesses do Estado de Direito e as necessidades desejadas pela coletividade em detrimento da dignidade da pessoa humana.

Muito embora a prova ilícita seja produzida por meios que violem direitos e garantias constitucionais fixados na Constituição, em determinados eventos é indispensável à ligação desse tipo de prova no processo, com a finalidade da efetivação da justiça.

Desde modo, em decorrência da adoção pelo processo penal do princípio da busca pela verdade real no processo, tem-se que ao julgador é possível valer-se de determinados tipos de provas para satisfação da sua decisão.

Surge então, o mecanismo do princípio da proporcionalidade o qual se questiona a aplicabilidade deste princípio no emprego das provas ilícitas, visto que às vezes é comum o conflito de normas que fixam direito nos dispositivos constitucionais.

Assim, temos que embora deva ser respeitos os direitos e garantias elencados na Lei Maior, em casos excepcionais faz-se necessária a utilização desse princípio, tendo em vista que em havendo direito de maior valia aplicar-se o princípio narrado.

Desta forma, a melhor forma de aplicação das normas vigentes, faz-se através da aplicação da harmonização destas, pois, o mesmo artigo que aduz pela inadmissibilidade das provas ilícitas, também elenca diversos direitos a eles relacionados, como o direito à vida, à liberdade, à segurança.

O Estudo abordou o conceito de provas, os princípios constitucionais que tratam das mesmas, a questão das provas proibidas, os direitos e garantias individuais e o princípio da proporcionalidade, uma vez que a discussão sobre o

tema perpassa pelo mesmo, havendo divergências doutrinárias e jurisprudenciais sobre a aplicabilidade das provas ilícitas, frente a tal postulado.

A pesquisa de louvou em apanhados doutrinários, jurisprudenciais e em análise da legislação.

2 DA PROVA NO PROCESSO PENAL

O presente capítulo visa abordar questões concernentes à matéria da prova no processo penal, aproximando-se do conceito, objeto, classificação, meios, sistema de avaliação das provas e por fim as alterações legislativas da lei 11.690/08.

2.1 Evolução Histórica da Prova

Desde as sociedades mais remotas os povos que ali habitavam já possuíam certa percepção da importância da prova na solução de conflitos, ainda que de maneira rudimentar. No entanto, as provas eram estabelecidas de acordo com os costumes em cada época.

Com o passar dos anos o homem seguiu a “Lei de Talião”, cujo surgimento se deu no Direito Babilônico em 1684 a.C., aquele que de alguma forma fosse lesado poderia fazer justiça com as próprias mãos, segundo Reinaldo Venâncio Paião Júnior (2004, p. 10).

Nessa época, a vida social do homem, em sua própria visão era muito delimitada. As atividades eram consideradas ofensas às divindades. Quem punia o ofensor era o próprio ofendido (...), conforme Reinaldo Venâncio Paião Junior (2004, p. 10).

Assim, no direito antigo havia uma desproporcionalidade na punição de um conflito, tendo em vista que, “aquele que acusasse e não provasse a culpabilidade do imputado, também, sofria a mesma pena que a este seria infligida, caso a acusação fosse verdade.” (AQUINO, 1995, p. 4-5).

Segundo Garrud (1909) *apud* Maria Thereza Rocha de Assis Moura (2009, p. 9) “as provas, naquele período, eram deixadas inteiramente ao empirismo das impressões pessoais”.

Desta forma, o Código de Hamurabi era utilizado para pacificar os conflitos, sendo um de seus principais elementos a Lei de Talião. Ocorre que, o Código de Hamurabi era tido como uma forma de punição muito rigorosa, o que acarretava na severa repressão aos acusados de um crime.

Com o passar do tempo, “após a queda do Império Romano, no século VI, e até a Idade Média, as provas penais assumiram natureza peculiar”. (MOURA, 2009, p. 11).

Conforme leciona Avolio (2010, p. 31), “originariamente, a prova era banhada em superstição. O homem possuía uma visão muito limitada da vida social, e lidava com um conceito de delito ligado à ideia de ofensa a alguma divindade”.

Acreditava-se, segundo Maria Thereza Rocha de Assis Moura (2009, p. 12), “os ordálios e os juízos de Deus que eram provações físicas, fundadas no conceito supersticioso de que a divina providencia tinha salvado o inocente e indiciado o culpado, foram as mais rudimentares formas de provas”.

Contudo, nessa época, predominava a chamada prova mística, que sujeitava os acusados a determinados processos bárbaros e desumanos, como ensina, José Carlos G. Xavier de Aquino (1995, p. 3).

Dessa forma, a prova advinha da superstição do juízo de Deus, que enviaria uma resposta sobre a inocência ou acusação dos acusados. “Para tanto, os suspeitos tinham de suportar toda sorte de sofrimentos, pois, se resistissem a eles, provariam sua inocência. Esse meio primitivo de prova denominava-se ‘ordália”, nas palavras de José Carlos G. Xavier de Aquino (1995, p. 3).

“É de se ressaltar-se a grande influência exercida pelo Direito Canônico na transição do período místico para a fase do sistema legal, que se consolidou posteriormente”, nas palavras de Maria Thereza Rocha de Assis Moura (2009, p. 13).

As provações foram substituídas pela introdução de inúmeras regras para a indagação da verdade, que conduziram a uma verdadeira apreciação jurídica da prova, conforme descreve Maria Thereza Rocha de Assis Moura (2009, p.13).

Maria Thereza Rocha de Assis Moura (2009, p.14), discorre sobre o tema:

Acrescentou-se então, aos existentes, o procedimento inquisitório, fundado no sistema da prova legal, que se caracterizava pela vinculação do juiz a determinadas regras formais prefixadas, por forças das quais a condenação deveria ser, obrigatoriamente, pronunciada, qualquer que fosse o convencimento moral do magistrado.

O Tribunal da Santa Inquisição foi criado em 1200 d.C., só que era tanto quanto carrasco, pois bastava que alguém praticasse algum tipo de magia ou

fosse herege que teria sua punição na fogueira, conforme relata Paião Júnior (2004, p. 10/11).

Com isso, era possível a percepção de um tratamento desumano para com o acusado, pois, ainda poderia ocorrer a inocência de um culpado por possuir maior capacidade de resistência e a condenação de um inocente em virtude de sua fragilidade.

Com o passar do tempo, “a sociedade foi evoluindo, os clãs foram desaparecendo, e com isso surgiu o cristianismo, em meados do século XV, o homem passou a ter direitos e deveres, passando a ser individualizado” [...], salienta Paião Júnior (2004, p.11).

Como elucida Luis Francisco Torquato Avolio (2010, p. 31):

Somente quando o Estado aparece consolidado, com seu imperium, é que a lei propriamente estabelece a prova. No sistema da prova legal, a lei deveria determinar concreta e pontualmente os fatos a serem provados, e de que modo, carecendo o juiz de liberdade para julgar, pois só lhe era dado aplicar um mero raciocínio lógico.

Destarte, com a Revolução Francesa de 1789, ocorreu à devida apreciação das provas, pois, “se fez quando a livre valoração da prova pelo juiz se associou ao dever deste em justificar seu juízo, por meio da motivação da sentença” aduz Maria Thereza Rocha de Assis Moura (2009, p. 23).

Com isso, era possível a percepção das provas lícitas e ilícitas para condenação ou absolvição de um acusado e também a presença de alguns direitos.

Desta forma, as provas e seus princípios constitucionais foram evoluindo, passando a vetar formas ilegais de aquisição da prova, havendo mais rigor na apreciação perante o órgão julgador, passando assim a serem mais justas.

Conforme Paião Junior “no Brasil, somente com a Constituição Política do Império 1824, a prova esteve inserida no texto constitucional, inclusive vedando algumas formas ilícitas de produção de prova” (2004, p. 13).

2.2 Conceituação e Finalidade

Primeiramente, convém elucidar algumas considerações gerais relevantes sob a prova, sendo esta de extrema importância para o conjunto probatório do processo penal.

Cumprido ressaltar que, para um indivíduo ser considerado culpado da prática de um ilícito penal, faz-se necessário que os fatos causadores dessa conduta sejam levados a conhecimento do juiz para que o mesmo possa aplicar sanção penal.

Todavia, tais fatos se perfazem pelas chamadas provas, pois permitem as partes e ao nobre julgador da causa, delinear quais provas possuem caráter verdadeiro e quais não passam de meras afirmações falsas.

Conforme o ilustre entendimento Heráclito Antônio Mossin (1998, p. 195):

A palavra *prova*, derivada do latim *probare* (pro, as, are), implica demonstrar, reconhecer, formar juízo de. Sob forma ampla, no sentido jurídico, entende-se a demonstração que se faz, pelos meios legais, da existência ou veracidade de um fato material ou de um ato jurídico, em virtude do qual se conclui por sua existência ou firma a certeza a respeito da existência do fato ou do ato demonstrativo.

Ademais, acrescenta Hélio Tornaghi (1997, p. 269) “A finalidade do procedimento probatório é levar ao juiz fatos e acontecimentos, dados diretos ou circunstâncias, que por ele serão valorados”.

Sendo assim, as partes arcam com a incumbência de provas suas argumentações sob o ocorrido, tem-se que, “a função da prova é essencialmente demonstrar que um fato existiu e de que forma existiu ou como existe e de que forma existe”, aduz Aranha (1999, p. 05).

Logo, o vocábulo provar “como significado jurídico representa os atos e os meios usados pelas partes e reconhecidos pelo juiz como sendo a verdade dos fatos alegados”, explica Aranha (1999, p. 05).

Destarte que, a prova tem como finalidade formar o convencimento do juiz perante os fatos expostos pelas partes, ou seja, quanto à ocorrência ou não dos fatos, tendo o próprio juiz como destinatário da causa.

Consoante Vicente Greco Filho (2009, p. 186):

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. Não se busca a certeza absoluta, a qual, aliás, é sempre impossível, mas a certeza relativa suficiente na convicção do magistrado.

No entanto, convém ressaltar que devem ser utilizados meios jurídicos lícitos e adequados com o objetivo de acrescentar a convicção do juiz, ainda que de maneira relativa, pois o que é verdadeiro para alguns indivíduos, pode não ser para outros.

2.3 Objeto

Em razão da importância da demonstração de um direito que se afirma ter, este se perfaz por meio dos fatos, sendo então objeto das provas. “Com escólio na prova produzida em juízo, vai-se descobrir como os fatos realmente ocorreram (verdade real ou material), possibilitando ao magistrado reconstituir a histórica [...]” de acordo com Heráclito Mossin (1998, p. 196).

Para Vicente Greco Filho (2009, p. 187):

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 a causa, devem ter sua prova recusada pelo juiz, sob pena de se desenvolver atividade inútil.

Acontece que no processo penal, segundo Vicente Greco Filho (2009, p. 187), a regra é que todos os fatos devam ser provados não é absoluta, haja vista que, a exceção se dá em relação aos fatos impertinentes, uma vez que esses podem ser deixados de lado, pois o que interessa ao processo são os fatos relevantes que possuem força probatória e que corroborem na busca pela verdade real.

Nesse sentido, nas palavras de Hélio Tornaghi (1997, p. 283), temos como exemplo de fatos impertinentes, os fatos notórios (*notória non egent probatione*) que são fatos públicos e de conhecimento de todos e os fatos

axiomáticos (intuitivos), que são fatos evidentes por si só e que não precisam ser provados.

Assim, acrescenta Heráclito Antônio Mossin (1998, p. 194):

O vínculo do processo e a prova é extremamente estreito. Aquele como relação jurídica desenvolve-se catalisando elementos probatórios capazes de formar a persuasão racional do magistrado, o que verifica com a exata demonstração de como os fatos efetivamente ocorreram e quem é o responsável por eles.

Leciona Vicente Greco Filho (2009, p. 187), em relação aos fatos que possuem veracidade ou presunção legal de existência, independem de provas, uma vez que, presumir é fixar como verdadeiro algo. A própria lei dá como verdadeiro um fato, tornando a parte dispensada de ter que prová-lo, neste caso, estamos diante da presunção absoluta, de outrora, temos a presunção relativa, quando a parte não precisa provar o direito alegado, passando o ônus para a parte contrária se quiser provar.

Exemplifica Antônio Milton de Barros (2001, p. 5): “Também não há necessidade de provar uma presunção legal. Ela é a conclusão decorrente de lei, podendo ser absoluta (*jure et de jure*) ou condicionada (*juris tantum*)”.

Contudo, “a falta de discussão sobre um fato não dispensa a prova. A confissão, por exemplo, que elimina a controvérsia sobre a autoria, não dispensa a necessidade de outras provas sobre ela e que, aliás, deverão corroborá-la” ensina (GRECO, 2009, p. 187).

Ademais, para Vicente Greco Filho (2009, p. 187) no processo penal os fatos notórios que tiverem conteúdo sobre elementares do tipo penal necessitam da realização de provas, como é o caso da morte de um indivíduo, sendo é imprescindível o exame de corpo de delito.

Cumprе ressaltar que conforme explanação de Vicente Greco Filho (2009, p. 187), no que diz respeito às questões de direito municipal, estadual, estrangeiro ou consuetudinário, é cabível ao juiz que determine a quem aproveite a produção de tais provas referentes ao assunto, pois nesses casos é possível que o direito seja objeto de prova, aplicando analogicamente o artigo 337 do Código de Processo Civil.

Assim, conclui-se que cabem as partes o ônus de trazerem ao processo os fatos pertinentes à solução da lide, objetivando a persuasão do nobre julgador de que tais fatos realmente existiram e de que forma ocorreram.

2.4 Classificação da Prova

Diante das mais diversas classificações existentes, destaca-se aquela idealizada por Nicola Framarino Dei Malatesta, pois tradicionalmente é a mais venerada e utilizada.

Segundo Malatesta (1996, p. 111):

Toda classificação que, sem fazer uma classe particular da prova direta, põe o indício como uma espécie probatória ao lado do testemunho, confissão e documento, é uma classificação absolutamente heterogênea e incompleta e só pode gerar confusão. Não podemos, por isso, absolutamente, aderir a semelhante método de classificação.

O mesmo doutrinador (1996, p. 112), faz a seguinte classificação da prova, adotando três critérios tidos como principais: quanto ao objeto ou conteúdo, quanto ao sujeito e quanto à forma.

No que tange ao objeto ensina Malatesta (1996, p. 112):

[...] todos veem que ela pode referir-se tanto à coisa que se verificar como a uma coisa diversa, de que se deduz a primeira. Quanto ao juízo penal particular, pode respeitar ao delito ou a coisa diversa dele, do qual, pois, por um trabalho racional, o espírito do juiz o deduz.

É possível ainda, que o objeto se divida em duas classes, quais sejam: prova direta que se perfaz quando diretamente da prova se extrai o fato ocorrido e a prova indireta refere-se ao tema Heráclito Antônio Mossin (1998, p.207) “que é constituída pelos indícios e presunções [...]”.

Quanto ao critério do sujeito, “[...] todos veem que não existem apenas dois sujeitos possíveis: como produtores de provas, pode apresentar-se uma pessoa ou coisa perante a consciência de quem apurar [...]”, sendo explica (MALATESTA, 1996, p. 112).

Acrescentam ainda duas classes quanto ao sujeito, sendo primeira a prova pessoal ou de verificação de pessoa, que tem sua origem na própria

declaração do indivíduo; e a segunda a prova real ou verificação de coisa, que se estabelece na coisa exterior.

Sob a visão de Heráclito Antônio Mossin (1998, p. 209) “[...] praticado um fato, este deixa vestígios, que podem ser comprovados por meio de exame ou perícia. Está “coisa” que atesta é um sujeito da prova (real). A prova do fato pode decorrer também da afirmação consciente da pessoa (prova pessoal) [...]”.

No que diz respeito, quanto à forma, divide-se em três classes: prova testemunhal, que é aquela onde o indivíduo explica sob o fato ocorrido ou se perfaz através do depoimento de testemunhas; prova documental que se materializa através de documentos, com o objetivo de demonstrar a ocorrência do fato alegado; prova material, “é representada pelo exame de corpo de delito, exames vistoriais ou quaisquer outras perícias em que haja o conhecimento científico especializado [...]” leciona sobre o tema (MOSSIN, 1998, p. 210).

Acrescenta Edilson Mougnot Bonfim (2012, p. 362), que a prova possui outra classe considerando quanto ao efeito, que se perfaz pela prova plena aquela capaz de produzir um estado de veracidade ao juiz, tendo como exemplo desta prova a prova documental, testemunhal entre outras. Já em relação a não plena é aquela que não é capaz de provar a ocorrência do ato, como o indício, a fundada suspeita.

Convém ressaltar a existência da chamada prova emprestada, que se perfaz através de uma prova testemunhal, documental ou pericial, produzida em outro processo, cuja sua existência se faz necessária para processo atual em andamento, tornando prova trasladada por empréstimo.

2.5 Meios de Prova

Tendo em vista que a prova tem como objetivo provar a ocorrência de um fato que tenha acontecido, os meios de provas nada mais são do que recursos diretos ou indiretos, pessoais ou materiais utilizados por ambas as partes em uma lide processual.

Para Heráclito Antônio Mossin (1998, p. 210):

Meios de provas são fontes donde promanam os elementos ou motivos da prova, a exemplo do acontece com as declarações da vítima, depoimento

de testemunhas, acareações, conteúdo de um documento, objeto apreendido, reconstituição dos fatos.

Ademais, a utilidade dos meios de prova é comprovar a veracidade dos acontecimentos e promover o convencimento do nobre julgador da causa, acerca dos fatos narrados.

Vicente Greco Filho (2009, p. 188), raciocina sobre os meios de provas aduzidos como legais, são eles:

[...] o exame de corpo de delito e outras perícias (arts. 158 a 184), o interrogatório do acusado (arts. 185 a 196), a confissão (arts. 197 a 200), as perguntas ao ofendido (art. 201), as testemunhas (arts. 202 a 225), o reconhecimento de pessoas ou coisas (arts. 226 a 228), a acareação (arts. 229 e 230), os documentos (arts. 231 a 238), os indícios (arts. 239) e a busca e apreensão (arts. 240 a 250). Os indícios, como a diante se verá não são meios de prova.

Restando caracterizado, que os meios de provas que poderão constar no processo são aqueles expressamente trazidos pela lei, contudo são cabíveis as chamadas provas inominadas ou atípicas, como exemplo a prova emprestada.

Nesse sentido aduz Vicente Greco Filho (2009, p. 188) “são admissíveis, desde que consentâneos com a cultura do processo moderno, que poupem os valores da pessoa humana e racionalidade”.

Acontece que, a liberdade probatória é relativizada basta analisar o artigo 155 e 158 ambos do Código de Processo Penal, o primeiro refere-se ao diz ao estado de pessoa enquanto no segundo trata-se da questão referente ao exame de corpo de delito.

Consoante Tourinho Filho (2007, p. 220):

Sendo assim, podemos afirmar que a tendência, hoje, é no sentido de abolir a taxatividade, tendo-se, contudo, o cuidado de se vedar qualquer meio probatório que atente contra a moralidade ou violente o respeito à dignidade humana.

No entanto, embora a doutrina entenda cabível ampliação do rol de outros meios de prova legais, passando de taxativo para exemplificativo, esse posicionamento esbarra na Constituição Federal, em seu artigo 5º inciso LVI que traz a vedada das provas ilícitas, que iremos tratar em outro capítulo do presente trabalho.

2.6 Sistemas de Avaliação das Provas

Concluída a etapa da produção das provas caberá ao nobre julgador avaliar as provas necessárias produção ao caso concreto, devendo o mesmo observar o sistema de avaliação das provas para proferir sua decisão.

Salienta Tourinho Filho (2007, p. 242), no entanto, apesar das partes no que diz respeito às alegações, proporcionaram mais evidências com o intuito do juiz fazer um juízo de valor, somente o juiz é quem poderá valorá-la.

Vicente Greco Filho (2009, p. 189) ensina que o sistema de avaliação das provas é muito antigo, vem desde os tempos das Ordálias, onde os juízes eram tidos como fiscais de provas. Todavia acreditava-se nos Juízos de Deus, pois era na fase de produção de prova que se revelaria o estado de culpabilidade ou inocência do indivíduo.

Em razão da época, tal sistema era muito precário e toda prova era fundada na credence daqueles povos, submetendo os supostos denunciados a um tratamento desumano e bárbaro, na tentativa de se obter alguma prova, limitando-se ao juiz apenas a certificar a comprovação dos resultados obtidos, relaciona Vicente Filho (2009, p.189).

No entanto, segundo Hélio Tornaghi (1997, p. 278) hoje existem três principais sistemas de ponderação das provas, que orientará o magistrado, são eles: sistema da íntima convicção ou certeza moral do juiz, sistema de regras legais ou certeza moral do legislador e o sistema da livre convicção.

Quanto ao sistema da íntima convicção ou da prova livre, o julgador possui livre-arbítrio de aferir a prova fixada nos autos do processo de acordo com a sua consciência, pois, não é necessário que ele fique adstrito somente ao conhecimento que aquela prova produziu no processo. Ademais, valendo-se dessa convicção particular o nobre julgador fica isento de exteriorizar os motivos que deram origem aquela decisão, uma vez que, não existe a necessidade de justificativa, ensina (TORNAGHI, 1997, p. 278).

Com isso, a característica principal desse sistema é a não ocorrência de um valor em relação à prova, o que possibilita ao juiz decidir de acordo com o seu conhecimento, estando ou não as provas presentes nos autos.

Nas palavras de Hélio Tornaghi (1997, p. 279), esse sistema tem prevalência no julgamento do Tribunal do Júri, visto que, os jurados apenas respondem “sim” ou “não”, sem a necessidade de qualquer fundamentação.

Já no método das provas legais, vigora sistema contrário do acima exemplificado, onde o magistrado deve tomar sua decisão com base nas provas existentes no processo, pois existem pré-valores determinados a serem aplicadas as provas, ou ainda, a forma de como um fato deve ser provado. “Por esse sistema tipo tarifário, que foi muito empregado no processo inquisitório medieval, o legislador fixa qual o valor a ser atribuído para cada prova, devendo o juiz, rigidamente aplicá-los.”, narra Heráclito Antônio Mossin (1998, p. 230).

Dessa forma, o magistrado fica adstrito às provas realizadas no processo, pois não é permitida a exteriorização da sua convicção pessoal quanto à avaliação das provas, sendo vedado no curso do processo, que o mesmo traga elementos de caráter pessoal para solucionar o deslinde da causa.

Exemplifica sobre o assunto Hélio Tornaghi (1997, p. 280) um exemplo típico desse sistema é o *testis unus, testis nullus*, no qual o depoimento de uma testemunha ainda que de caráter extremamente relevante ao caso e detalhado, não possui valor algum.

Por fim, o sistema da livre convicção é uma mistura tanto do sistema da íntima convicção quanto do sistema de regras legais, onde ao magistrado é concedido o livre arbítrio de aferir as provas e atribuir-lhes valores de acordo com a sua convicção, não estando vinculado aos valores pré-estabelecidos em lei, ou seja, *ex vi legis*, onde uma prova pode ter valores desconexos em relação à outra.

No entanto, ao passo que seja proferida a decisão, está deve ser feita de maneira justificada, sob o fundamento de que as provas adquiridas na etapa criminal foram decisivas para a decisão determinante, juntamente com a convicção moderada exercida pelo juiz, ensina (TORNAGHI, 1997, p. 282).

Segundo estabelece a redação do artigo 157 do Código de Processo Penal: “O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova.”, isso destaca o descobrimento pela verdade no processo, bem como fundamentação dessa decisão.

Acontece que, embora a lei preceitue o sistema da livre convicção no ordenamento jurídico, não é o que de fato ocorre, visto que se perfaz o princípio da persuasão racional, onde ao magistrado é dado o poder de decidir com base nas provas depositadas nos autos, juntamente de acordo com a sua convicção, não se valendo assim de valores estabelecidos em lei, devendo apenas observar os limites fixados, como é o caso de fundamentar suas decisões.

2.7 Alterações Legislativas Decorrentes da Lei nº 11.690/08

O Poder Executivo em meados de agosto de 2008 apresentou um projeto de Lei nº 4.205/01, que versava sobre uma modificação no Código de Processo Penal, visando uma maior segurança para aqueles que necessitam da proteção jurisdicional proporcionada pelo Estado.

Ocorre que, o projeto de Lei apesar de ter um regime jurídico de urgência devido a sua importância processual, somente foi consagrado em meados março de 2001 de maneira unânime, perfazendo-se um longo período de seis anos, até que o mesmo chegasse ao Senado Federal, de onde levou cerca de um ano para retornar ao Poder Executivo para ser tornar a Lei nº 11.690/08.

A Lei nº 11.690/08 trata das chamadas provas ilícitas, cuja finalidade era impor uma norma que pacificasse o assunto, tendo em vista que a doutrina e a jurisprudência eram divergentes em seus posicionamentos quanto às provas ilícitas.

Explana Daniella Parra Pedroso Yoshikawa (2008, s. p.) a Lei nº 11.690/08, surgiu com algumas das seguintes modificações nos artigos: 155, 156, 157, 159, 201, 210, 212, 217 e 386 do Código de Processo Penal, no entanto a mesma nada disse a respeito ao princípio da proporcionalidade nas provas ilícitas.

No que diz respeito ao artigo 155 do Código de Processo Penal constava em sua redação originária a seguinte explanação: “No juízo penal, somente quanto ao estado das pessoas, serão observadas as restrições à prova estabelecida na lei civil”.

Com a edição da Lei nº 11.690/08 o referido dispositivo 155 do Código Penal sofreu a seguinte alteração:

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

Parágrafo único. Somente quanto ao estado de pessoas serão observados as restrições estabelecidas na lei civil.

Segundo as palavras de Yoshikawa (2008, s.p.) o dispositivo “acaba positivando o entendimento doutrinário de que a investigação preliminar é peça puramente informativa e com intenção de instruir uma futura ação penal, portanto sem valor probatório”.

Outra mudança significativa diz respeito ao artigo 157 do Código de Processo Penal, cuja remota narrativa versava sobre a livre persuasão do magistrado quanto às provas, devendo ser indispensável à fundamentação conforme estabelece a Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso LVI, conforme aduz (YOSHIKAWA, 2008, s. p.).

No entanto a nova redação referente ao artigo 157 do Código de Processo Penal é a seguinte:

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

§ 1.º 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.

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

§ 3.º Preclusa a decisão de desentranhamento da prova declarada inadmissível, esta será inutilizada por decisão judicial, facultado às partes acompanhar o incidente.

Desta forma, 157 do Código de Processo Penal, reforça a inadmissibilidade das provas ilícitas numa relação processual, enfatizando assim a não valoração da referida prova, uma vez que se fazendo presentes devem ser retirados dos autos do processo, conforme também prevê o artigo 5º, inciso LVI, da Carta Magna.

Nesta linha de pensamento Daniela Parra Pedroso Yoshikawa (2008, s.p.) discorre sobre o tema:

O novo teor do artigo 157 traz à legislação infraconstitucional uma vedação já prevista no inciso LVI, art. 5º, Constituição Federal, ou seja, a inadmissibilidade das provas ilícitas no processo. Notavelmente o artigo dá

dois passos à frente, o primeiro determina que as provas ilícitas deverão ser desentranhadas do processo, e o segundo está no conceito de provas ilícitas contido no corpo do artigo, qual seja: "as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais. Fundamental a nota regulamentação do art. 157, pois além de coibir práticas infracionais do próprio Estado e assegurar direitos e garantias individuais de todos, acaba por fixar parâmetros legais dentro do quais não mais se pode alegar nulidade.

Assim, é notório que a Lei nº 11.690/08 aumenta de forma expressiva, as características das provas ilícitas, pois a prova também será ilícita quando violar norma de caráter processual.

No § 1º, do art. 157, temos a prova ilícita por derivação que na sua origem já é ilícita, no entanto se dessa prova se originar outra prova essa também será considerada ilícita. "Contudo, há a ressalva para os casos em que não há a necessária correlação de causa e efeito entre a prova ilícita e a derivada ou, quando for possível ser obtida à prova através de um meio independente das primeiras", conforme explica (YOSHIKAWA, 2008, s. p.).

Enquanto no § 2º, o legislador traz a explicação do que vem a ser classificado como fonte independente da prova, "como aquela que por si só, seguindo os trâmites peculiares e de praxe, da verificação criminal, seria capaz de acarretar ao fato objeto da prova." (Código de Processo Penal).

Já em relação ao § 3º se faz presente o instituto do incidente da ilicitude da prova, na qual possibilitam as partes à possibilidade de combater eventual prova ilícita trazida para dentro do processo.

Segundo Adão Razuk (s.p., s.d.), a lei criou um incidente de desentranhamento da prova ilícita. Nessa decisão a natureza jurídica é interlocutória, logo cabível o recurso em sentido estrito e uma vez estando o réu solto a medida a ser utilizada é mandado de segurança, e se o mesmo encontrar-se preso caberia habeas data.

Ocorre que segundo Daniella Parra Pedroso Yoshikawa (2008, s. p.) durante o decorrer do projeto de Lei nº 4.205/01, ocorreu diversas emendas, a qual merece destaque a emenda nº 2 onde o Senado tentava suprimir o § 4º, do artigo 157 do Código de Processo Penal.

O artigo 157, parágrafo 4º do Código de Processo Penal expressava a seguinte redação: O juiz que conhecer do contexto da prova assumida inadmissível não poderá proferir a sentença ou acórdão.

Conforme ilustra Daniela Parra Pedroso Yoshikawa (2008, s.p.), essa emenda não foi aceita pela Câmara sob o seguinte contexto:

O dispositivo (...) visa a afastar do julgamento o juiz que tiver sido 'contaminado' pelo conhecimento de prova declarada ilícita, de forma a proteger as garantias do acusado e assegurar a imparcialidade do julgador. Ora, o simples fato de impedir que o juiz se valha de provas declaradas inadmissíveis para fundamentar sua decisão não basta para preservar os mencionados princípios norteadores do processo se o magistrado tiver conhecimento de tais provas. Esse mecanismo é insuficiente para garantir que o magistrado não tenha sua convicção - e, portanto, sua decisão - influenciada pelo conhecimento de provas inadmissíveis. Ademais, (...) o referido dispositivo, com a redação dada por esta Casa, atende melhor a vontade constitucional de impedir que provas ilícitas ou obtidas por meios ilícitos possam contaminar a subjetividade do julgador.

Ocorre que, ao ser apresentado ao Presidente da República para que assim fosse sancionada a referida emenda, a mesma foi vetada, sob o argumento de que esse parágrafo quarto do artigo 157 do Código de Processo Penal limitava questões de interesses públicos, explica (YOSHIKAWA, 2008, s. p.).

Salienta ainda, Daniela Parra Pedroso Yoshikawa (2008, s.p.), as justificativas apresentadas em decorrência do veto:

O objetivo primordial da reforma processual penal consubstanciada, dentre outros, no presente projeto de lei, é imprimir celeridade e simplicidade ao desfecho do processo e assegurar a prestação jurisdicional em condições adequadas. O referido dispositivo vai de encontro a tal movimento, uma vez que pode causar transtornos razoáveis ao andamento processual, ao obrigar que o juiz que fez toda a instrução processual deva ser eventualmente substituído por um outro que nem sequer conhece o caso.

Outra alteração relevante ao presente trabalho, diz respeito ao artigo 156, inciso I do Código de Processo Penal onde permite ao juiz de ofício: “ordenar, mesmo antes da iniciada ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida”, conforme lembra (YOSHIKAWA, 2008, s. p.).

A importância desse artigo se dá em razão do princípio da proporcionalidade em relação à chamada produção de prova antecipada no âmbito do processo penal de forma expressa e ampla, possibilitando a margem da utilização do referido nas provas ilícitas para aqueles que defendem tal possibilidade, podendo ser tanto em favor do réu como da sociedade.

3 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS SOBRE PROVAS

Neste capítulo, salienta-se a importância de alguns princípios constitucionais referentes à prova ilícita, como por exemplo, o princípio da verdade real, livre convencimento motivado dentre outros.

3.1 Princípio da Auto Responsabilidade das Partes

Na lição de Adalberto José Q. T. de Camargo Aranha (1999, p. 31-32):

É o problema do ônus da prova, ou seja, cada parte assume e suporta as consequências de sua inatividade, negligência, erro ou atos intencionais, pois tem o encargo de apresentar em juízo os elementos comprobatórios das alegações feitas e que lhe compete demonstrar.

O princípio da auto- responsabilidade das partes refere-se ao fato de que, as partes deveram arcar com as consequências que decorrerem da sua conduta, ou seja, são responsáveis pelos atos que praticarem no processo e por aqueles que eventualmente se omitirem de fazê-lo.

3.2 Princípio da Comunhão das Provas

Conforme as palavras de Adalberto José Q. T de Camargo Aranha (1999, p. 32), “no campo penal não há prova pertencente a uma das partes, mais sim o ônus de produzi-la. Toda a prova produzida integra um campo unificado, servindo a ambos os litigantes e ao interesse da justiça”.

Com isso, as provas produzidas no processo penal não pertencem às partes, ainda que tenham sido produzidas exclusivamente por uma delas e nem ao juiz, mas sim ao processo, pois visam à elucidação da verdade real.

3.3 Princípio da Publicidade

Por força de tal princípio, a regra no ordenamento jurídico é que todos os atos judiciais praticados no processo devam ser públicos, logo, todos os cidadãos poderão ter acesso a eles, como é o caso da produção de provas em um processo.

Ademais ensina Heráclito Antônio Mossin (1998, p. 201):

Assim, diante dos textos ordinário e constitucional, como regra, a produção de prova em audiência é pública, podendo ser assistida por quaisquer pessoas, o que concorrerá não só para justificar o caráter político do princípio, bem como as garantias do direito de defesa e a própria transparência do juízo na coleta das provas.

No entanto, existe uma exceção ao princípio da publicidade, que diz respeito ao segredo de justiça, que se refere ao fato de preservar a intimidade de uma das partes, bem como, em eventuais casos assegurar a ordem pública, conforme demonstrados nos artigos 5º, LX da Constituição Federal e 792 § 1º do Código de Processo Penal.

3.4 Princípio da Oralidade

Em decorrência deste princípio, existe a preferência da palavra falada, podendo ser verificada nos depoimentos e debates, não podendo ser substituído por outras formas.

Discorre Camargo Aranha (1999, p. 33):

Há a predominância da palavra falada, imediatidade do juiz com as partes e as provas e concentração de causa no tempo. Tirante a perícia e a prova testemunhal todas as outras são realizadas quando da audiência de instrução no processo ordinário e instrução e julgamento no processo sumário.

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 [...], acrescenta Barros, 2001, p. 15.

Ocorre que existem exceções ao princípio da oralidade no processo penal, como é o caso do Júri, dos juizados especiais criminais e também nos crimes de abuso de autoridade.

Importante destacar, que estamos analisando este princípio, sob a esfera da produção de provas, pois, o procedimento adotado pelo ordenamento jurídico como regra é o da escrita.

3.5 Princípio da Concentração

Tal princípio está intimamente relacionado com o princípio da oralidade, pois nele busca-se concentrar toda produção da prova em um número menor de audiência, visando à celeridade no processo e a economia processual.

“No entanto, como ocorre com a oralidade, à concentração apenas se verifica, efetivamente, no procedimento do júri”. (BARROS, 2001, p.15)

Assevera Heráclito Antônio Mossin (1998, p. 200):

Outro exemplo característico desta concentração encontra-se inserido na Lei nº 4.898, de 9-12-1965, que trata dos crimes de abuso de autoridade, onde as provas orais da acusação e da defesa são produzidas em uma única audiência [...].

Segundo o entendimento de Heráclito Antônio Mossin (1998, p.200), em decorrência de diversos procedimentos criados, tais como, sumário, ordinário, sumaríssimo e especial, nem sempre é possível fazer a concentração da produção de provas, que acontecerá no momento oportuno explanado pela lei.

Nesse sentido Marcellus Polastri Lima (2009, p.63) diz:

Mas é evidente que, na prática, dificilmente se conseguirá tanta concentração e que, mormente considerando a prova requerida pela defesa, em nome da ampla defesa poderá ser fracionada a audiência para ouvir testemunha faltante, bastando que se demonstre imprescindibilidade. De igual forma, se o Ministério Público demonstrar ser imprescindível, poderá ser designada outra data para se ouvir testemunha de acusação.

Assim, não obstante tal princípio, de se notar que em sendo necessário o juiz poderá deixar de praticar os atos de forma concentrada, cindindo a sua prática.

3.6 Princípio da Audiência Contraditória

Segundo leciona Aranha (1999, p. 32), “no âmbito penal prevalece o princípio da audiência bilateral pelo qual toda a prova admite a contraprova, não sendo admissível a produção de uma delas sem o conhecimento da outra parte”.

Conclui-se que as provas produzidas no processo pertencem a ambas as partes, em decorrência do princípio do contraditório e ampla defesa, explanado no artigo 5º, LV da Constituição Federal.

3.7 Princípio da Verdade Real

É sob a ótica deste princípio, que podemos afirmar que a função punitiva estatal é dirigida aquele que de fato tenha praticado uma infração.

Mossin elucida que (1998, p.202) a “descobrir a verdade real ou material é catalisar elementos probatórios aptos a demonstrar com segurança imutável quem realmente praticou o crime e o modo e o meio com ele foi executado”.

Desta forma, como o processo penal trata de direitos indisponíveis, como por exemplo, a liberdade, toda acusação deve ser pautada na efetiva veracidade do fato alegado e não simplesmente na verdade formal.

O princípio da verdade real está elencado no artigo 155 do Código de Processo Penal, que diz: “O juiz formulará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvados às provas cautelares, não repetíveis e antecipadas”.

Discorre sobre o assunto José Carlos do Nascimento (2005, s. p.):

É no sentido de investigar a verdade tal como o fato aconteceu que se concede especiais poderes ao juiz na busca da verdade, possibilitando a ele reconstruir todos os fatos relevantes para balizar a justa e correta imposição da sanção penal, em respeito aos valores mais fundamentais da pessoa humana, como a honra, a dignidade e a liberdade, bem como a defesa da sociedade como um todo.

Portanto, no processo penal as partes devem produzir provas referentes ao que pretendem se defender, para que assim o juiz possa formular sua decisão embasada no seu convencimento e nas provas que se aproximaram da realidade fática.

No entanto, essa busca da verdade real no processo sofre limitações, conforme demonstrado nas palavras de Alexandre Guimarães Gavião Pinto (223, s. d.):

Insta salientar, contudo, que, em casos de extrema excepcionalidade, o Juiz penal se curva à verdade formal, quando não dispõe de meios para assegurar a verdade real, absolvendo o réu com fundamento no artigo 386, VI, do Código de Processo Penal, ou seja, quando inexistente prova suficiente para a condenação.

Tais limitações advêm dos princípios constitucionais, que visam assegurar a dignidade humana, estando, portanto, extirpado as provas que ferem os direitos e garantias fundamentais estabelecidos na Constituição Federal.

3.8 Princípio do Livre Convencimento Motivado

Em decorrência de tal princípio, é possível verificar a autonomia que é dada ao magistrado na valoração das provas, pois, “não vigora no nosso processo penal o critério da prova tarifária tarifada ou legal, como também é chamado o sistema, onde cada prova tem, a priori, um valor previamente fixado em lei [...]” (LIMA, 2009, p. 65).

A consagração deste princípio na legislação pátria está elencada no artigo 157 do Código de Processo Penal, bem como, no artigo 131 do Código de Processo Civil.

Apesar deste princípio, estar estipulado na lei, conforme demonstrado acima, isso não quer dizer que o magistrado não deva ficar ligado às provas produzidas nos autos, pois, não pode se desvincular das provas produzidas, e se embasar na ocorrência de fatos externos ao processo.

De acordo com José Frederico Marques (2000, p. 363):

O juiz está livre de preceitos legais na aferição das provas, mas não pode abstrair-se ou alhear-se ao seu conteúdo. Não estará ele dispensado de motivar a sua sentença. E precisamente nisso reside a suficiente garantia do direito das partes e do direito social.

No entanto, o princípio do livre convencimento motivado sofre limitações, restringindo assim a liberdade do magistrado, como é o caso do exame de corpo de delito para infrações que deixam vestígios, conforme descreve o artigo 564, inciso III, alínea b, do Código de Processo Penal, e a indispensabilidade da prova documental.

Desta forma, na elaboração da sentença, deve o magistrado estabelecer sua disposição com base nas provas determinadas no processo, bem como, se valer do princípio do livre convencimento para estabelecer valores às provas de acordo com a sua consciência, devendo posteriormente ser justificada na sentença.

3.9 Princípio “in dúbio pro reo”

Toda acusação deve ser pautada por provas concretas embasadas no processo, para que haja uma condenação justa, não ferindo assim, alguns princípios constitucionais.

Por força desse princípio, havendo dúvida referente à culpabilidade do acusado, do suspeito, ou do réu, o mesmo, deverá ser absolvido por falta de provas, prevalecendo a sua inocência.

Sobre o tema ensina Heráclito Antônio Mossin (1998, p. 203):

Para que haja condenação, imprescindível torna-se que a increparação e os próprios elementos configurativos da infração típica sejam provados em toda sua inteireza. Só a certeza absoluta quanto à criminalidade provinda do conjunto probatório é que pode autorizar a imposição da *sanctio poenalis*. Se houver dúvida por mínima que seja, impõe-se a absolvição por falta de prova [...].

A Carta Magna em seu artigo 5º, inciso LVII, diz que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença condenatória, com isso, se existir a dúvida julgar-se pela inocência do acusado, pois para que seja considerado culpado deve ocorrer o trânsito em julgado da decisão.

Sobre o tema, discorre Germano Marques da Silva (1993, p. 90):

O princípio da presunção da inocência é antes de mais nada um princípio natural, lógico, de prova. Com efeito, enquanto não for demonstrada, provada a culpabilidade do arguido, não é admissível a sua condenação [...].

Ademais, é de suma importância a análise do princípio do *in dubio pro reo* com o instituto do ônus da prova, pois, todo fato alegado deverá ser provado, conforme redação expressa do artigo 156, Código de Processo Penal.

Preconiza Heráclito Antônio Mossin (1998, p. 205):

Em princípio, pode parecer que somente se aplicará o princípio enfocado quando a prova estiver a cargo da acusação pública ou privada. Ledo engano. A absolvição por insuficiência de provas tanto pode provir da prova a cargo da acusação como da defesa, porque em ambas as situações o conjunto probatório pode colocar o magistrado em dúvidas sobre a certeza da criminalidade (crime no sentido dogmático) do acusado.

Dessa maneira, se o réu não consegue provar sua não participação, restando dúvidas no conjunto das provas no que tange a autoria e materialidade do crime, deve-se aplicar o princípio do *in dubio pro reo*, sendo então o réu absolvido nos termos do artigo 386, inciso VI, do Código de Processo Penal.

3.10 Princípio da Liberdade Probatória

O princípio da liberdade probatória é uma consequência decorrente do princípio da verdade real que encontramos no direito processual penal.

Com isso, temos que ao juiz é dado o dever de buscar a real situação fática das provas que lhe são apresentados, com o fim de aplicar a norma jurídica correta quando está for violada, visando dar a cada um aquilo que lhe é de direito.

No entanto, este desempenho do nobre juiz no livre-arbítrio das provas é relativa, sofrendo assim, algumas limitações, que somente são válidas se decorrentes de lei, sob pena de o Estado ferir a aplicação da lei a qual foi instituída.

Os meios de provas admitidos no processo penal encontram-se resguardados nos artigos 185 e 239 do Código de Processo Penal, mas, a jurisprudência vem admitindo outros meios de provas, desde que, não violem os direitos e garantias estabelecidas na Constituição Federal.

Como dito acima, o princípio da liberdade probatória não é absoluto, sob o fundamento de que se aplicam as mesmas limitações ao princípio da verdade real.

Há cerca de limitações do princípio da liberdade probatória descreve Ariane Ragni Scardazzi Silva (2008. p. 36) temos:

A situação elencada no artigo 155, parágrafo único, do CPP; as questões prejudiciais, que devem ser julgadas antes da questão principal; no crime falimentar onde o juízo penal não pode questionar sobre a legalidade da sentença que declara a falência; obrigatoriedade do exame de corpo de delito, em crimes que deixam vestígios; o sigilo profissional exposto no artigo 207 do Código de Processo Civil, bem como, a utilização de provas ilícitas (artigo 5º, LVI).

Desta forma, o princípio da liberdade probatória tem que ser respeitado, devendo o magistrado na busca da verdade real observá-los, sob pena de ferir preceitos constitucionais, que violam a garantia da pessoa humana, em decorrência de uma simples prova.

3.11 Princípio do Contraditório

O princípio do contraditório encontra previsão no artigo 5º, LV da Constituição Federal, onde é possível extrair que aos litigantes, em um processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com meios e recursos a ela inerentes.

Segundo Alexandre Guimarães Gavião Pinto (s.d.; s.p.):

O princípio do contraditório está intimamente ligado ao princípio da audiência bilateral. Isto porque, somente pela soma da parcialidade das partes, uma delas representando a tese e a outra a antítese, o Magistrado, em um processo dialético, corporifica a síntese, o que implica o reconhecimento de que o contraditório é constituído por dois elementos: informação e reação.

Assim, em decorrência do princípio do contraditório as partes têm direito a informação de todos os atos decorrente do processo e também ao direito de defesa das provas lançadas pela acusação, para valer dos meios de defesa aceitos pelo direito.

Ademais Rangel (2009, p.20) ensina que: a imparcialidade do juiz tem perfeita e íntima correlação com o sistema acusatório adotado pela ordem constitucional vigente, pois, exatamente visando retirar o juiz da persecução penal, mantendo-o imparcial [...].

Com isso, do mesmo modo que é o princípio do contraditório assegura às partes acompanhar o andamento do processo em igualdades de condições ao juiz é imprescindível que se utilize da sua imparcialidade para julgar a causa.

4 DA PROVA PROIBIDA NO PROCESSO PENAL

A importância desse capítulo se dá em decorrência da importância de exemplificar quais são as provas ilícitas, seus pressupostos, bem como seus efeitos e por fim fazer um breve panorama de como o tema em questão é tratado no direito estrangeiro.

4.1 Conceito

A conceituação da prova proibida é muito importante no processo penal tendo em vista que são permitidas as partes se valerem da liberdade probatória, e ao juiz se utilizar do seu livre convencimento, com a finalidade de se obter a busca pela verdade real.

Mas ao passo que analisamos o conteúdo disciplinado no artigo 155 do Código de Processo Penal, concluímos que a liberdade de produção das provas é limitada, pois é inconcebível o emprego de provas que contrariem a dignidade da pessoa humana e o devido processo legal.

Ademais, outra limitação encontra-se na Carta Magna em seu artigo 5º, inciso LVI, onde disciplina a inadmissibilidade das provas tidas como ilícitas, permitindo assim somente a utilização das provas lícitas, bem como as legítimas.

Sobre o assunto relata Heráclito Antônio Mossin (1998, p. 219):

[...] somente são admissíveis as provas obtidas por meio lícito, ou seja que não forem contrárias à moral e aos bons costumes e principalmente quando não forem atentatórias à dignidade e liberdade de expressão do indiciado ou réu.

Salienta ainda Heráclito Antônio Mossin (1998, p. 218) que “se os direitos dos cidadãos são violados, as provas que se obtenham através de tal violação não poderão ser atendidas no processo, são proibidas”.

Ocorre que, a terminologia da prova proibida é muito abrangente, podendo ser chamada de prova ilícita, prova ilegal, dentre outros.

Com isso, a nomenclatura da prova proibida se perfaz, segundo Adalberto José Q. T. de Camargo Aranha (1999, p. 48) “por proibir entende-se

impedir que se faça, tonar defeso, impedir impondo sanção, prescrever abstenção etc.”.

De acordo com a explanação de Aranha (1999, p. 51):

[...] a prova proibida, conceito genérico, é toda aquela que é defesa, impedida mediante uma sanção, impedida que se faça pelo direito. **A que de ser conservada à distância pelo ordenamento jurídico. Por ser proibida, ofende, molesta, opõe-se ao direito.** (Destques Nossos).

Deste modo, diante do conteúdo genérico que a prova apresenta, tem-se a necessidade da diferenciação pela natureza jurídica da prova ilícita ou da prova ilegítima.

De acordo com a ilustre lição de Luiz Torquato Avolio (2010, p. 51):

A prova ilegítima é aquela cuja colheita estaria ferindo normas de direito processual. Assim, veremos que alguns dispositivos da lei processual penal contêm regras de exclusão de determinadas provas, como, por exemplo, a proibição de depois em relação a fatos que envolvam o sigilo profissional (art. 207 do CPP). Diversamente, por prova ilícita, ou ilicitamente obtida, é de se entender a prova colhida com infração a normas ou princípios de direito material- sobretudo de direito constitucional, por que, como vimos, a problemática da prova ilícita se prende sempre à questão das liberdades públicas, onde estão assegurados os direitos e garantias atinentes à intimidade, à liberdade [...].

Com isso, quando a prova ferir preceitos estabelecidos pelo direito material existente, temos a prova ilícita. No entanto uma vez entrando em choque as provas produzidas com as regras atinentes ao direito instrumental teremos as provas ilegítimas.

Deste modo, é vedada a utilização das provas tidas como ilícitas, pois são oriundas de formas contrárias ao que dita à lei, a moral e os bons costumes, infringindo assim a dignidade da pessoa humana, bem como, as ilegítimas que forem colhidas não respeitando o que dispõe a lei segundo ensinamento (ARANHA, 1999, p. 49).

Como já mencionado acima, a punição para utilização dessas provas, tem razão de existir na própria lei, uma vez que em razão da própria natureza material ou processual é possível visualizar o momento em que se deu a transgressão.

Para Adalberto José Q. T. de Aranha (1999, p. 48) a distinção da natureza se faz da seguinte forma:

[...] a ofensa **ao direito pode ser quanto à obtenção da prova** (como foi colhida), molestando, destarte, **uma norma de direito material**, como exemplo, a confissão obtida mediante sevícia ou sanção [...]. Ou pode ser traduz-se numa ofensa ao **direito quando da produção da prova**, de sua introdução ao processo, **atingindo uma norma instrumental**, exemplo clássico: o uso de testemunhas para provar um fato que deixou vestígio. (Destques Nossos).

A transgressão da prova ilícita se dá no direito material quando da captação das provas, podendo ser anterior ou no decorrer do processo. No que pese a infração das provas ilegítimas acontecerá sempre que na sua produção não for observada uma norma processual, aduz (ARANHA, 1999, p. 48).

Desde modo, as provas ilícitas são tidas como espécie da chamada prova proibida, que abrangem tanto as provas ilegítimas como as ilícitas.

Em virtude da magnitude da conceituação da prova ilícita, o presente trabalho relacionou-se o conceito de provas ilícitas sob a forma como a Constituição Federal trata do assunto.

4.2 Requisitos da Prova Ilícita

Afim de que uma prova venha ser considerada ilícita, devemos nos ater ao modo como ela foi lançada. A prova ilícita é aquela prova fornecida em desconformidade com os ditames da lei, tomando-a inadmissível no processo e no ordenamento, inexistindo assim valor probatório, ensina Alda Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho, Antonio Scarance Fernandes (2009, p. 126).

Desde modo, não há de se falar em ilegalidade quanto ao meio de produção de produção da prova, quando houver concordância deste meio com a legislação vigente, como é o caso do juiz que determina em uma ordem judicial que seja realizada a prisão de um sujeito considerado foragido da justiça.

Descreve sobre o tema Alda Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho, Antonio Scarance Fernandes (2009, p. 127), a prova ilícita é aquela obtida por meios distintos daqueles previstos em lei, de igual modo, em relação aos princípios fixados na Constituição Federal, como a violação ao devido processo legal, intimidade, ao domicílio dentro outros.

Consequentemente, o pressuposto referente à prova ilícita estará relacionado “[...] a prova colhida infringindo-se normas ou princípios colocados pela Constituição e as leis, frequentemente para a proteção das liberdades públicas e dos direitos da personalidade e daquela sua manifestação que é o direito à intimidade”, aduz Alda Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho, Antonio Scarance Fernandes (2009, p. 127).

Para Vicente Greco Filho (2009, p. 188) embora haja dispositivos que pré-estabeleçam alguns tipos de provas em certos casos, como a prova em relação à perícia, também será permitido outros tipos de provas, desde que não violem o dever de constitucionalidade já estabelecida no sistema legal.

Ademais, o artigo 332 do Código de Processo Civil aduz que: Todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou defesa.

Sobre o referido assunto ensina Júlio Fabbrini Mirabete (2007, p.254): não serão consideradas como provas ilícitas, as provas colhidas em violação dos direitos, assegurados constitucionalmente, quando o interessado aceitar a violação, e desde que possuam qualquer relação com bens e direitos disponíveis.

4.3 Consequências Processuais da Prova Ilícita

Embora o artigo 5º, inciso LVI da Constituição Federal traga na sua redação o impedimento da utilização das provas ilícitas, o mesmo é totalmente omissivo ao que se refere aos efeitos processuais da utilização dessa prova no processo.

Assim, não é possível visualizar a consequência real para o prosseguimento da prova ilícita em um processo, como por exemplo, nos casos em que não fora reconhecido o caráter ilícito da prova ou ainda quando o juiz tiver proferido uma sentença de mérito, tendo como base uma prova ilícita, conforme esclarece Alda Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho, Antonio Scarance Fernandes (2009, p. 137).

Assim, descreve sobre o assunto Luiz Francisco Torquato Avolio (2010, p. 107-108):

As consequências da atipicidade devem ser buscadas no próprio sistema onde esta se insere: no ordenamento material ou processual. Em se tratando da atipicidade constitucional, na própria Constituição ou na unidade do ordenamento jurídico. Ocorrendo, contudo, violação a princípio ou norma constitucional com relevância processual, a sanção poderá ou não advir do texto constitucional. No primeiro caso, temos como exemplo a obrigação de motivação das decisões judiciais, onde o próprio art. 93, inc. IX, da Constituição Federal comina a sanção de nulidade para a inobservância do preceito. Noutras hipóteses, como a da inadmissibilidade das provas ilícitas, não há sanção prevista na constituição. Esta deve defluir, portanto dos princípios gerais do ordenamento. O enfoque da atipicidade processual cede lugar, pois, ao da atipicidade constitucional. Diferentemente do que ocorre no processo, na atipicidade constitucional com relação às normas de garantia, não há lugar para irregularidade sem sanção. Nem se poderia falar em nulidade relativa, já que essa repercute no estreito âmbito do interesse das partes. As consequências serão, em regra, a nulidade absoluta, ou a inexistência jurídica.

Deste modo, somente com base nos princípios gerais vigentes é que será possível verificar a consequência real da utilização da prova ilícita, pois não há previsão relatada no processo penal.

Alda Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho, Antonio Scarance Fernandes (2009, p. 138), afirma que sendo empregada uma prova cujo caráter seja ilícito teremos como consequência, qual seja, a inexistência jurídica ou até mesmo a nulidade absoluta dessa prova, pois essa prova não tem o condão de proferir nenhum efeito jurídico ao qual ela se destina.

Ademais, constatando a existência de uma prova ilícita no processo, deve o nobre magistrado determinar o desentranhamento desta dos autos e seguir normalmente dando continuidade da ação.

Sobre o referido tema, Alberto Silva Franco e Rui Stocco (2001, p. 1.711) traz o pacífico entendimento jurisprudencial de que:

Constitucional- Processual penal- Prova- Meio ilícito de obtenção- Nulidade. A produção de provas precisa obedecer o procedimento legal. Daí a Constituição da República expressar a inadmissibilidade de provas obtidas por meios ilícitos (art. 5º, LVI). Não produzem efeito confissão e testemunho resultantes de tortura física e psicológica. Decorre nulidade. Não acarreta absolvição. Enquanto não incidente a prescrição, é admissível produção de prova. (STJ- RHC 2.132-2/ DJU 31.05.92). (FRANCO E STOCCO, 1999, p. 1.711).

Desta forma, ao passo que a prova ilícita é retirada dos autos discute como ficariam a situação das outras provas que se encontram no processo, tendo em vista que embora a prova ilícita tenha sido retirada, a mesma estava no mesmo lugar com as demais.

Em assim sendo, a questão que se levanta é se essa prova inutilizada em decorrência da sua ilicitude teria a ligação de viciar todas as demais provas existentes, e se a decisão do juiz neste mesmo processo teria o caráter nulo.

No entanto é tranquilo o posicionamento que somente serão ilícitas as demais provas que se encontrem no mesmo local que a prova ilícita quando essas resultarem da prova que deveria ser inutilizada, essas provas são tidas de prova ilícita por derivação, ou quando o juiz proferir uma sentença baseada somente naquela prova que tenha sido produzida de cunho ilícito.

Orienta Alda Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho e Antonio Scarance Fernandes (2011, p. 130), “isso significa que se a prova ilícita não foi absolutamente determinante para o descobrimento das derivadas, ou se estas derivam de fonte própria, não ficam contaminadas e podem ser produzidas em juízo”.

Conforme exposto ensinamento de consagrado pela jurisprudência citada por Franco e Stocco (1999, p. 1712):

Não estando a denúncia respaldada exclusivamente em provas obtidas por meios ilícitos, que devem ser desentranhadas dos autos, não há por que declara-se a sua inépcia porquanto remanesce prova lícita e autônoma, não contaminada pelo vício de inconstitucionalidade. (STF - HC 74.807-4/ DJU 20.06.97).

Aduz Alda Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho, Antonio Scarance Fernandes (2009, p. 135) que resta claro o posicionamento de que uma vez presentes provas ilícitas no processo, devem ser imediatamente retiradas dos autos, sem prejuízo para as demais provas desde que, essas tenham sido produzidas em conformidade com o que preceitua a própria Constituição Federal.

Desta forma elucida o seguinte acórdão, trazido pelos doutrinadores Franco e Stocco (1999, p. 1712):

Admitem-se, em juízo, todos os meios de provas, salvo as obtidas por meio ilícito (CF, art. 5º, LVI). As provas ilícitas, porque proibidas, não podem ser

consideradas. Cumpre desentranhá-las dos autos. (STJ-RMS 8559/ DJY 03.08.98).

Aliás, a própria lei infraconstitucional que neste caso se perfaz no artigo 157 do Código de Processo Penal, aduz sobre o desentranhamento das provas obtidas ilicitamente, devida as alterações decorrentes da própria Lei 11.690/2008.

Contudo, suponhamos a existência de uma sentença transitada em julgado que tenha como principal elemento para condenação uma prova ilícita que a embase, neste caso, o meio a ser utilizado para combater tal decisão é a revisão criminal, leciona Alda Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho e Antonio Scarance Fernandes (2011, p. 138).

Em se tratando de prova ilícita quanto ao Júri, declara Alda Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho e Antonio Scarance Fernandes (2011, p. 138-139):

Se a decisão de pronúncia tiver nela se apoiado, poderá ser reformada pela via recursal ou anulada mediante *habeas corpus*. Mas se consumir a preclusão e o *habeas corpus* não for impetrado, não compete ao juiz Presidente qualquer providência: o veredicto dos jurados, porém, será irremediavelmente nulo, até porque a ausência de motivação impede o conhecimento das razões de julgar. Se as provas ilícitas tiverem ingressado no processo, mas não tiverem sido levadas em consideração na pronúncia, o Presidente mandará desentranhá-las, antes que tomem conhecimento os jurados.

Não se descarta, também que poderá essa prova ser desfeita inclusive por meio de ação de revisão criminal, exercitável pelo réu, caso tenha sido condenado.

4.4 A Prova ilícita Anterior a Constituição Federal de 1988

Segundo Luiz Francisco Torquato Avolio (2010, p. 92) antes da Constituição Federal de 1988, uma grande parte da doutrina brasileira questionava-se em duas correntes diferentes quanto ao assunto da admissibilidade processual em relação às provas ilícitas, tendo como aspecto primordial a questão da admissibilidade, sobretudo no direito de família.

Buscava-se com isso, a regulamentação pertinente aos direitos relacionados ao estado das pessoas, tendo em vista se tratar de um assunto muito delicado, pois visa à efetivação da busca pela verdade real no processo.

No entanto, havia na época alguns doutrinadores como Pontes de Miranda e Washington, afirmavam não ter importância o meio e a modalidade a qual a prova fora elaborada, pois, está sendo considerada posteriormente ilícita deveria servir como indícios aos autos, sendo, contudo aproveitado o seu conteúdo, discorre sobre o assunto (AVOLIO, 2010, p. 92).

Ademais, a jurisprudência caminhava de igual modo a esse pensamento, conforme expresso acórdão proferido pelo então Min. Raphael de Barros Monteiro, onde diz, “os tribunais têm de julgar conforme as provas que lhes são apresentadas e não lhes compete investigar se elas foram bem ou mal adquiridas pelo respectivo litigante” (AVOLIO, 2013, p. 93).

Nas palavras do Ministro Cordeiro Guerra será possível à utilização de uma prova obtida através da violência ou sevícia em sede de juízo de confissão extrajudicial. “Para o ministro, pune-se o autor do ilícito, mas a prova é apropriada, desde que confirmado o seu teor pelas outras evidências colhidas na instrução judicial” (AVOLIO, 2013, p. 93).

Para os demais autores que tinham suas opiniões em prol da vedação probatória, ao que pese das provas ilícitas encontravam como embasamento da eliminação destas o que previa a legislação processual esparsa, como é o caso do artigo 322, do Código de Processo Penal.

Com passar do tempo, estipulou-se que o magistrado deveria deixar a prova ilícita de lado, não devendo aplicá-la para resolver o caso, mas o mesmo teria que ainda mantê-la de modo a servir como indícios de provas no processo, (AVOLIO, 2013, p.95).

Ademais, as seguintes provas que viessem após a descoberta da prova ilícita, estas sim seriam consideradas válidas e contundentes ao deslinde da causa.

Desta forma, Luiz Francisco Torquato Avolio compartilha o seguinte julgado (2010, p. 97):

A jurisprudência, desta feita, apressou-se em acompanhar a tendência evolutiva, da admissibilidade para a inadmissibilidade das provas ilícitas. Como vimos, dos julgados que admitiam a confissão extorquida como “a

rainha das provas”, passando pela tendência de se prestigiar o direito de família com as gravações telefônicas clandestinas, passou-se a repudiar o resultado de buscas e apreensões ilegais, analisar JUTACrim 44/168, 49/200, 53/247, 73/78 RT 441/344 e 442/386).

Contudo, o que há de mais importante quando se diz em prova ilícitas posteriores a Constituição Federal de 1988 são as decisões já emanadas pelo Supremo Tribunal Federal, extirpando da validade constitucional os modos ilegais cuja obtenção de prova ilícita fora produzida, cujas decisões referem-se a através interceptações telefônicas não importando a matéria referente da mesma.

Ademais, hoje já é pacífico o juízo do Supremo Tribunal Federal quanto à vedação das provas ilícitas em face do processo e com o enfoque do posicionamento trazido no artigo 5º, LVI da Constituição Federal, bem como, o artigo 157 do Código de Processo Penal.

4.5 Estudo Comparado e as Provas ilícitas

Cumprido neste tópico estabelecer uma breve exposição de como o direito estrangeiro trata do assunto referente às provas ilícitas no campo do processo penal.

A prova ilícita na Constituição da República Portuguesa, em seu artigo 32 aduz de forma clara pela inadmissibilidade das provas ilícitas, senão vejamos:

São nulas todas as provas obtidas mediante tortura, coação, ofensa da integridade física ou moral da pessoa, abusiva intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações.

No que tange a Constituição da Nação de Portugal em seus artigos 18 e 19, “aponta no sentido de que os dados probatórios obtidos com violação às garantias individuais e à moral devem ser considerados ilegais e sem valor para fundamentar condenações”, descreve Antonio Scarance Fernandes, José Raul Gavião de Almeida, Maurício Zanoide de Moraes (2011, p. 122):

Art. 18. Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin uicio prévio fundado en la ley anterior al hecho del processo, ni juzgado por comisiones especiales, o sacado de lós jueces designados por la ley antes del hecho de la causa. Nadie puede ser obligado a declarar contra si mismo; ni arrestado

sino em virtude de orden escrita de autoridad competente. Es inviolable la defensa em juicio de la persona y de lós derechos. El domicilio ES inviolable, como también la correspondência epistolar y lós papeles privados; y uma ley determinará em qué casos y com qué justificativo podrá procederse a su allanamiento y ocupación. **Quedan abolidos para siempre la pena de muerte por causas políticas, toda especie de tormento y lós azotes.** Las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, paraseguridad y no para castigo de lós reos detenidos em Ella, y toda medida que a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más allá de ló aquélla exija, hará responsable al juez que la autorice.” (Griffo Nosso)¹.

Art. 19. Las acciones privadas de lós hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a um tercero, están solo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de ló que ella no prohíbe.²

Com relação ao Código de Processo Penal vigente no Chile, embora seja pacífico o emprego do princípio da liberdade para elaboração das provas, o mesmo sofre algumas limitações, na qual a prova deve ser produzida dentro da observância do que decorre a lei.

Segundo Antonio Scarance Fernandes, José Raul Gavião de Almeida, Maurício Zanoide de Moraes, o artigo 295 se perfaz da seguinte forma (2011, p. 175):

Art. 295. Todos los hechos y circunstancias pertinentes para la adecuada solución del caso sometido a enjuiciamiento podrán ser probados **por cualquier médio producido e corporado em conformidad a la ley [...]. (Destques nossos).**³

Conforme disposto na legislação Itália, temos o que preceitua o Código de Processo Penal Italiano, onde afirma que não permitido o emprego das provas ilícitas (AVOLIO, 2010 p. 56):

¹ Art. 18. Nenhum habitante da Nação Argentina pode ser condenado sem julgamento prévio fundado em lei anterior aos fatos do processo, nem julgado por comissões especiais ou por juízes que não aqueles designados pela lei antes dos fatos do processo. Ninguém pode ser obrigado a declarar contra si mesmo, nem sofrer arresto senão em virtude de ordem escrita de autoridade competente. É inviolável em juízo a defesa das pessoas e seus direitos. O domicilio é inviolável, bem como a correspondência epistolar e os papéis privados; declarar contra si mesmo, nem sofrer arresto senão em virtude de ordem escrita de autoridade competente. É inviolável em juízo a defesa das pessoas e seus direitos. O domicilio é inviolável, bem como a correspondência epistolar e os papéis privados; e uma lei determinará em que casos e com que justificativa poder-se-á proceder à invasão e ocupação. Ficam abolidos para sempre a pena de tortura e flagelos. As prisões da Nação serão aseadas e limpas, servindo à segurança e não ao castigo dos réus nelas detidos, e toda medida que, a pretexto da prevenção conduzir à penalização dos detidos para além do que determina a lei, fará responsável o magistrado que a autorizar.

² Art.19. As ações privadas dos cidadãos que de nenhum modo ofendam a moral pública nem prejudiquem terceiros estão reservadas somente a Deus, e isentas da autoridade dos magistrados. Nenhum habitante da Nação será obrigado a fazer o que a lei não obriga, tampouco ficará privado daquilo que ela não proíbe.

³ Art. 295. Todos os fatos e circunstâncias pertinentes para adequação da solução da causa, somente poderão ser provados e produzidos em conformidades com a lei.

Art. 191 Prove illegittimamente acquisite:

1. Le prove acquisite in violazione dei divieti stabiliti dalla legge non possono essere utilizzate.⁴

Sobre o tema, a Constituição da Espanha dispõe apenas sobre a proibição da tortura e tratamentos desumanos e degradantes, nada ressaltando especificamente sobre as provas produzidas ilicitamente 1978, descreve Ariane Ragni Silva (2008, p. 57):

Artículo 15

Todos tienen derecho a la vida y a integridad física y mora, sin que, em ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos degradantes. Queda abolida la pena de muerte, salvo lo que puedan disponer las leyes penales militares para tiempos de guerra⁵.

A Constituição do Iraque tratando dos direitos fundamentais, proíbe a admissão da confissão sob tortura ou qualquer outro tipo de tratamento em qualquer tipo de processo (2004), descreve diz Ariana Ragni Silva (2008, p.57):

Article 15

Torture in all its forms, physical or mental, shall be prohibited under all circumstances as shall be cruel, inhuman, or degrading treatment. No confession made under compulsion, torture, or threat thereof shall be relied upon or admitted into evidence for any reason in any proceeding, whether criminal or otherwise.⁶

Com isso, é possível perceber que ambas as Constituições acima citadas, tratam de forma relativamente igual à questão atinente as provas ilícitas, pois ambas preceituam a não utilização das provas ilícitas seguida daquelas provas que se perfizerem da degradação da dignidade da pessoa humana.

⁴ Art. 191. Provas adquiridas ilegalmente: 1. As provas obtidas em violação as proibições estabelecidas por lei, não devem ser usadas.

⁵ Artigo 15. Todos tem direito a vida a integridade física e moral, sem que em nenhum caso, possam ser submetidos a tortura e a penas e ao tratamento desumano degradante. A pena de morte é abolida, salvo nas disposições penal militares em tempos de guerra.

⁶ Artigo 15. A tortura em todas suas formas, física ou mental, será proibida em quaisquer circunstâncias em que for cruel desumano ou de tratamento degradante. Qualquer confissão feita sob coação, tortura ou ameaça deverá ser considerada ou admitida como provas, em qualquer processo, quer de natureza penal quer de outro modo.

4.6 Intercepção, Gravação e Escuta (Telefônica e Ambiental)

Primeiramente, necessário se faz a distinção entre as seguintes nomenclaturas, intercepção, gravação e escuta (telefônica e ambiental), pois corriqueiramente são tratadas como sinônimos, o que não é correto porque cada uma possui sua peculiaridade.

A Constituição Federal assegura inúmeras garantias fundamentais para os indivíduos, tais como, o direito à liberdade, a intimidade dentre outros.

Mas eventualmente essas garantias ainda que salvaguardadas pela Constituição Federal poderão vir a sofrer algumas limitações, como é o caso do artigo 5º, inciso XII, que mais especificamente estabelece o sigilo à intimidade.

Ocorre que, embora a própria Constituição Federal estabeleça a inviolabilidade da intimidade, a mesma descreve na parte final deste artigo que em último caso, será possível à violação desse sigilo para fins investigatórios, desde que exista uma lei que regule essa ação.

Ensina Luiz Flávio Gomes (1997, p. 105) que em virtude da inexistência de uma lei no ordenamento que regulamentasse a violação da intercepção telefônica conforme estabelece o artigo 5º, inciso XII da Constituição, esse artigo não teve muita utilização, pois somente com o advento da Lei nº 9.296/96 é que foi possível a regulamentação das intercepções telefônicas.

A intercepção telefônica é a obtenção de informações realizadas por um terceiro, mediante uma conversa telefônica alheia na qual os participantes não tem conhecimento de que estão sendo monitorados, (GOMES, 1997, p. 106).

Ademais, a intercepção telefônica somente poderá ser realizada mediante autorização judicial, e por essa razão sua finalidade consiste na materialização das informações obtidas, contribuindo assim para a fixação da sentença.

Luiz Flávio Gomes e Raúl Cervini (1997, p. 95) lecionam sobre a intercepção telefônica:

[...] é da essência da intercepção telefônica, no sentido legal, a participação de um terceiro. Interceptar comunicação telefônica, assim, é ter conhecimento de uma comunicação "alheia". Ter ciência de algo que pertence a terceiros (aos comunicadores). Na intercepção existe sempre

uma ingerência alheia, externa, no conteúdo da comunicação, captando-se o que está sendo comunicado.

Outro instituto que não devemos confundir em relação à interceptação telefônica, diz respeito à escuta telefônica, que se dá na captação de informações decorrentes de uma conversa onde apenas um dos participantes tem ciência.

Na análise de Luiz Flávio Gomes e Raúl Cervini a distinção entre interceptação telefônica de escuta telefônica que se faz da seguinte forma (1997, p. 95):

[...] aquela se concretiza “sem” o conhecimento dos comunicadores (nenhum deles sabe que o conteúdo da comunicação está sendo captado); a ofensa, portanto, endereça-se a todos eles; a intimidade de todos está sendo violada; nesta, “um” dos comunicadores sabe da interceptação, da captação, logo a ofensa acontece apenas contra um deles.

Segundo ensinamento de Alexandre Morais (2013, p. 66), no que diz respeito conceituação das gravações clandestinas:

[...] são aquelas em que a captação e gravação da conversa pessoal, ambiental ou telefônica se dão no mesmo momento em que a conversa se realiza, feita por um dos interlocutores, ou por terceira pessoa com seu consentimento, sem que haja conhecimento dos demais interlocutores.

No entanto, ainda é possível a conceituação da interceptação telefônica ambiental, escuta ambiental e da gravação clandestina ambiental, na qual se diferenciam pela forma de como foram obtidas tais informações, perfazendo essas nas conversas presentes (físicas) sem ser desde modo, pela via telefônica.

Segundo as palavras de Luig Almeida Mota (2003, p. 1) a interceptação ambiental, escuta telefônica ambiental e a gravação clandestina podem ser diferenciadas da seguinte forma:

Na interceptação ambiental, vale reiterar, terceira pessoa capta sons ou imagens produzidas por duas ou mais pessoas, sem que elas saibam da atuação dessa terceira pessoa.

Na escuta ambiental, terceira pessoa capta sons ou imagens provenientes de duas ou mais pessoas, tendo uma delas conhecimento da atitude do interceptante.

Na gravação ambiental, a captação de sons ou imagens é feita por uma pessoa, sem que a outra pessoa comunicante saiba do seu intento.

Vale frisar que isso tudo se aplica à interceptação telefônica, escuta telefônica e gravação telefônica, com a ressalva de que, nestes casos, o que há é uma comunicação realizada através do telefone. (Destacamos).

Segundo a lição de Luiz Flavio Gomes e Raúl Cervini (1997, p. 105, 106 e 111), a gravação clandestina e a interceptação telefônica ambiental diferem:

A expressão genérica “gravações clandestinas”, aliás, abrange tanto a telefônica (quando se grava uma comunicação telefônica própria) quanto a ambiental (quando se grava uma conversação entre presentes, clandestinamente, isto é sem o conhecimento do interlocutor).

[...]

Por interceptação ambiental entende-se a captação de uma conversa alheia (não telefônica), feita por terceiro, valendo-se de qualquer meio de gravação. Não se trata, como se percebe, de uma conversa telefônica. Não é o caso. É uma conversa não telefônica, ocorrida num gabinete, numa reunião, numa residência etc.

Mas para Alexandre de Moraes (2013, p. 67) somente existe a necessidade de distinção entre a interceptação telefônica e as gravações clandestinas da seguinte forma:

[...] Não se confunde interceptação telefônica com gravação clandestina de conversa telefônica, pois enquanto na primeira nenhum dos interlocutores tem ciência da invasão de privacidade, na segunda um deles tem pleno conhecimento de que a gravação se realiza. Essa conduta afronta o inciso X do art. 5º da Constituição Federal, diferentemente das interceptações telefônicas que, conforme já analisado, afrontam o inciso XII do art. 5º da Carta Magna.

Contudo, a importância da conceituação desses institutos se dá em razão da disciplina que eles irão abordar sob a vigência da Lei 9.296, de 24.07.1996, pois ainda não é pacífico o entendimento fixado entre a doutrina e a jurisprudência.

Segundo preceitua o artigo 1º da Lei 9.296/96, ao passo que o legislador refere-se à interceptação de qualquer natureza é nítido que ele quis dizer que a presente lei relaciona-se tanto para as interceptações telefônicas como para a escuta telefônica, pois ambas as espécies consistem em obtenção de comunicação de informações alheias, segundo palavras de Luiz Flávio Gomes e Raúl Cervini (1997, p. 104).

Entretanto “estão fora do regime jurídico instituído pela Lei 9.296/96, conseqüentemente, a gravação telefônica, a gravação ambiental, a interceptação ambiental e a escuta ambiental”, conforme leciona Luiz Flávio Gomes (1997, p. 104), e isso ocorre em razão da não regulamentação de uma lei específica que se trata do regime a ser fixada para as gravações telefônicas.

Discordando da aplicação da lei mencionada por Luiz Flávio Gomes, Vicente Greco Filho (2005, p. 6) afirma que em relação à gravação clandestina, e a

ambiental, não são disciplinadas pela Lei 9.296/96, pois não são interceptações telefônicas, sendo impossível a existência de uma tipificação criminal.

Ademais, no que se refere à escuta telefônica, a gravação clandestina e a interceptação realizada por terceiro, segundo o Vicente Greco Filho (2005, p. 8):

[...] são irregulamentáveis porque fora do âmbito do inciso XII do art. 5º da Constituição, e sua licitude, bem como a da prova dela decorrente, dependerá do confronto do direito à intimidade (se existente com a justa causa para a gravação ou interceptação, como o estado de necessidade e a defesa de direito, nos moldes da disciplina da exibição da correspondência pelo destinatário (art. 153 do Código de Processo Penal e art.233 do Código de Processo Penal).

Do mesmo modo de lecionar salienta César Dario Mariano da Silva (2007, p. 38):

Embora a escuta clandestina se trate de modalidade de interceptação *lato sensu*, haja vista a interferência de terceira pessoa na conversação, ela muito se assemelha da gravação clandestina. Assim, como há autorização ou conhecimento de uma dos interlocutores para que a conversa seja percebida e/ou gravada pelo terceiro, independe de ordem judicial, podendo seu conteúdo ser empregado como prova em juízo quando presente a justa causa, do mesmo modo que ocorre com a gravação clandestina.

Logo para os seguintes autores, inexistindo a regulamentação da gravação clandestina, bem como a escuta ambiental, será possível em alguns casos a utilização dessa prova como adequada, pois a lei 9.296/96 refere-se somente as interceptações telefônicas em *stricto sensu*.

Neste mesmo entendimento César Dario Mariano Silva (2007, p. 39) traz a análise da ementa em um recurso ordinário em *Habeas Corpus* da 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, que diz:

1. A **gravação de conversa por um dos interlocutores não é interceptação telefônica, sendo lícita como prova no processo penal.**
2. Pelo Princípio da Proporcionalidade, as normas constitucionais se articulam num sistema, cuja harmonia impõe que, em certa medida, **tolere-se o detrimento a alguns direitos por ela conferidos, no caso, o direito à intimidade.** (Os destaques são nossos).

Ocorre que, o posicionamento anterior referente a esta matéria em face do Supremo Tribunal Federal, era pela inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos, ou seja, em face da ausência de lei que regulamente a realização da prova, conforme frisa o Ministro Celso de Mello, elucidado por Alexandre Morais (2013, p. 68):

A gravação de conversação com terceiros, feita através de fita magnética, sem o conhecimento de um dos sujeitos da relação dialógica, não pode ser contra este utilizada pelo Estado em juízo, uma vez que esse procedimento – precisamente por realizar-se de modo sub-reptício- envolve quebra evidente de privacidade, sendo, em consequência, nula a eficácia jurídica da prova coligada por esse meio. O fato de um dos interlocutores desconhecer a circunstância de que a conversação que mantém com outrem está sendo objeto de gravação atua, em juízo, como causa obstativa desse meio de prova. O reconhecimento constitucional do direito à privacidade (CF, art. 5º, X) desautoriza o valor probante do conteúdo de fita magnética a que registra, de forma clandestina, o diálogo mantido com alguém que venha a sofrer persecução penal do Estado. A gravação de diálogos privados, quando executada com total desconhecimento de um dos seus partícipes, apresenta-se eivada de absoluta desvalia, especialmente quando o órgão da acusação penal postula, com base nela, a prolação de um decreto condenatório.

No entanto para César Dario Mariano Silva (2007, p. 40) somente ocorreria à infração aos direitos da intimidade quando ocorresse “a revelação do conteúdo da conversa para terceira pessoa nela não envolvida”, desde modo somente a gravação e a escuta não revelariam a violação aos direitos.

Ademais, hoje o posicionamento que prevalece se perfaz da seguinte forma:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. PENAL. GRAVAÇÃO DE CONVERSA FEITA POR UM DOS INTERLOCUTORES: LICITUDE. PREQUESTIONAMENTO. Súmula 282-STF. PROVA: REEXAME EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO: IMPOSSIBILIDADE. Súmula 279-STF. I. - **A gravação de conversa entre dois interlocutores, feita por um deles, sem conhecimento do outro, com a finalidade de documentá-la, futuramente, em caso de negativa, nada tem de ilícita, principalmente quando constitui exercício de defesa.** II. - Existência, nos autos, de provas outras não obtidas mediante gravação de conversa ou quebra de sigilo bancário. III. - A questão relativa às provas ilícitas por derivação "the fruits of the poisonous tree" não foi objeto de debate e decisão, assim não prequestionada. Incidência da Súmula 282-STF. IV. - A apreciação do RE, no caso, não prescindiria do reexame do conjunto fático-probatório, o que não é possível em recurso extraordinário. Súmula 279-STF. V. - Agravo não provido. (AI 503617 AgR / PR - Relator: Min. CARLOS VELLOSO - Julgamento: 01/02/2005). (Destacamos).

Com isso temos que, é lícita a gravação e a escuta realizada desde que em casos excepcionais em razão de não existir no ordenamento uma lei que as regulamente com a finalidade de estabelecer critério para aplicação destas, devendo assim ser admitidas no processo sob a ótica do princípio da proporcionalidade.

Acrescenta ainda Alexandre de Moraes (2013, p. 68) o valor probatório dado a essas provas devem ser resguardado tendo em vista que “não se pode deixar de reconhecer que toda gravação apresenta grandes possibilidades de manipulação, através de sofisticados meios eletrônicos e computadorizados [...]”.

Na visão de Luiz Flávio Gomes (1997, p. 107) as gravações clandestinas abarcando as telefônicas ou ambientais, não devem ser consideradas provas lícitas, pois “não porque o comunicador não possa gravar sua comunicação, senão porque não existe lei disciplinando como deve dar-se a gravação, quando é cabível, quais crimes, quais pressupostos etc.”.

Cumprindo ainda destacar, que é possível a existência do surgimento de elementos diversos daqueles que se buscava obter em uma interceptação telefônica, no que pese a ocorrência de elementos ou pessoas de crimes diversos daquele ao qual estavam sendo investigados, denominando encontro fortuito de diferentes fatos, conforme ensina (AVOLIO, 2013, p. 231).

Ao modo de compreensão de Luiz Francisco Torquato Avolio (2010, p. 231) referente à matéria se mostra da seguinte forma:

Concordo com a utilização da matéria que envolve hipótese de conexão e continência, mas tenho forte restrição em relação ao material que destoa do objeto da investigação, pois não é por que foi encontrado no curso de interceptação lícita que a notícia-crime pode ser reputada igualmente lícita, eis que nada justificaria utilizar-se indiscriminadamente da autorização judicial concedida para investigação com relação a terceiro e situações diversas. A menos que a notícia-crime servisse para a prisão em flagrante da pessoa que estivesse praticando crime permanente, como o de sequestro [...].

Divergindo desse posicionamento no que diz respeito ao encontro fortuito de outros fatos Vicente Greco Filho afirma que é cabível desde que na hipótese do delito seja possível a autorização da interceptação, bem como exista a conexão e a continência entre os crimes relacionados.

Ademais acrescenta Vicente Greco Filho (2005, p. 38):

[...] seria uma limitação excessiva não se permitir que, uma vez autorizada legitimamente à interceptação, não pudesse ela abranger toda atividade criminosa dos interceptados no âmbito da continência ou conexão a partir dos fatos que a justificou.

Compartilhando desse entendimento Alda Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho e Antonio Scarance Fernandes (2011, p. 177), explica:

A falta, na lei brasileira, de rol taxativo de infrações em que se admite a interceptação telefônica dificulta a solução do problema. Mas o juiz poderá guiar-se pelo mesmo critério indicado na alínea *b supra* (a gravidade da infração penal), para, também com base no direito comparado, adotá-lo para o aproveitamento do resultado da interceptação em processo ou

investigação diverso daquele para o qual a ordem foi dada, desde que atinente a crime de igual ou maior gravidade.

Cumprido destacar que, neste presente tópico a intenção foi elucidar umas considerações de caráter primordial quanto à interceptação telefônica, gravação e escuta (telefônica e ambiental), sem, contudo esgotar a análise que é cabível, pois nem mesmo a doutrina e a jurisprudência conseguiram pacificar o entendimento acerca do tema, principalmente quanto ao modo de aplicação e regulamentação para que esses meios de prova se estabeleçam.

5 DIREITOS E GARANTIAS CONSTITUCIONAIS

No tópico em análise buscamos elucidar a diferença existente entre os direitos e as garantias contidos na Constituição Federal, tendo em vista que não fora realizado pelo constituinte.

Ademais abordamos questões relativas à relativização entre os direitos, bem como a possibilidade de conflitos entre tais direitos e garantias.

5.1 Conceituação

A Constituição Federal elenca no Título II o assunto atinente os direitos e garantias fundamentais atinentes a qualquer cidadão, segundo Alexandre Morais (2013, p. 29), o legislador fixou cinco espécies destes, quais sejam “direitos e garantias individuais e coletivos; direitos sociais; direitos de nacionalidade; direitos políticos e direitos relacionados à existência, organização e participação em partidos políticos”. Deste modo, no tópico em questão, abordaremos o conceito alusivo aos direitos e garantias individuais no que tange a prova ilícita.

Entretanto, a nomenclatura direito e garantias não possuem o mesmo significado, posto que, se o legislador quisesse expressar que ambas tivessem a mesma definição entre essas palavras ele teria utilizado a palavra ou e não e como fez.

Desta forma, direito cumpre o significado de dar, ou seja, é aquilo que a Constituição Federal proporciona ao indivíduo, por exemplo, o direito à saúde, a segurança. Mas de nada adianta a Carta Magna oferecer se não existem mecanismos capazes para efetivação desses direitos, é aqui que entra o conceito de garantia, ou seja, a garantia é o modo como se realiza os direitos fornecidos pela Constituição Federal, como é o caso da utilização de um Habeas Corpus.

Alexandre de Moraes (2013, p. 31) faz menção ao assunto da seguinte forma:

A distinção entre direitos e garantias fundamentais, no direito brasileiro, remonta a Rui Barbosa, ao separar as disposições meramente declaratórias, que são as que imprimem existência legal aos direitos

reconhecidos, e as disposições assecuratórias, que são as que, em defesa dos direitos, limitam o poder. Aquelas instituem os direitos; estas, as garantias; ocorrendo não raro juntar-se na mesma disposição constitucional, ou legal, a fixação da garantia com a declaração do direito.

A doutrina moderna faz menção “a classificação de direitos fundamentais de primeira, segunda e terceira geração, baseando-se na ordem histórica cronológica em que passam a ser constitucionalmente reconhecidos”, Alexandre Morais (2013, p. 29).

Quanto à primeira dimensão “são os direitos e garantias individuais e políticos classificados (liberdades públicas), surgidos institucionalmente a partir da Magna Charta”, aduz Alexandre Morais (2013, p. 29).

Em relação aos “direitos fundamentais de segunda geração são os direitos sociais, econômicos e culturais, surgidos no início do século [...]”, Alexandre de Moraes (2013, p. 29), cumpre ressaltar que neste período perfazia-se por condições de igualdade.

“Por fim, modernamente, protegem-se, constitucionalmente, como direitos de terceira geração os chamados direitos de solidariedade ou fraternidade”, ensina (MORAES, p. 29), aqui a importância passou a ser em relação à coletividade, de modo a proteger direitos relacionados ao consumidor.

Entretanto, para alguns doutrinadores que ainda visualizam uma quarta geração que consiste na revolução de meios de comunicação, surgindo assim os direitos a comunicação, tidos como informação. E mais, teria ainda uma quinta geração na qual estaria relacionada com o biodireito. Ocorre que essas gerações ainda não são pacíficas na doutrina.

Ademais, ao que se refere às garantias fundamentais estipuladas na Constituição Federal, é possível perfazer a seguinte divisão, sendo as garantias fundamentais gerais e as específicas, ensina Bulos (2007, p. 109).

Por garantias fundamentais gerais, temos aqueles meios que estão sempre postos a serviço dos indivíduos para condenar o absolutismo do Estado, proibindo assim que o Estado em seu poder seja limitado ao passo que não fira os direitos elencados para qualquer cidadão.

Exemplifica Uadi Lammêgo Bulos (2007, p. 109):

Esboçam-se através de princípios insculpidos pelo constituinte, e.g, princípios da legalidade (art. 5º, II), princípio da liberdade (art. 5º, IV, VI, IX, XII, XIV, XV, XVI, XVII etc.), princípio da inafastabilidade do controle

jurisdicional (art. 5º, XXXV), princípio do juiz e do promotor natural (art. 5º XXXVII e LII), princípio do devido processo legal (art. 5º LIV), princípio do contraditório (art. 5º, LVI), princípio da publicidade dos atos processuais (art.5º, LX, e 93 IX) etc.

Ao que tange as garantias fundamentais específicas temos os mecanismos que poderão ser utilizados pelos cidadãos para se defenderem de eventuais violações colocadas pelo Estado em detrimento do seu poder, são eles, mandado de segurança, habeas corpus, ação popular entre outros, ensina (BULOS, 2007, p. 103).

Contudo, em virtude dos direitos e das garantias fundamentais estarem disposta no artigo 5º da Constituição Federal o legislador ao relaciona-los não se utilizou de nenhum critério para distingui-los, mas a todo cidadão é resguardado o direito de utiliza-los, desde que em total proporção ao estabelece a lei.

Logo, os direitos e as garantias instituídos na Constituição Federal são regramentos ínfimos que um indivíduo precisa para viver com o ínfimo de dignidade. Tal dignidade que por sinal vem progredindo gradualmente com o tempo, proporcionando assim maiores direitos e proteções.

5.2 Objetivo

O objetivo pelo qual o legislador instituiu regramentos arrolados aos direitos e garantias fundamentais no artigo 5º da Constituição Federal, se dá em razão de adaptar uma maior efetivação dos direitos ao qual a todo cidadão necessita para sobreviver, bem como elucidar também as obrigações que são devidas a cada pessoa, para que somente assim haja uma convivência adequada.

Ademais, tamanha se faz sua importância em estarem aplicados na Constituição Federal os direitos e também as garantias fundamentais, pois são mecanismos em que todos devem respeitar limitando de uma maneira mais concreta a violação a esses meios que adéquam uma melhor condição a dignidade do ser humano.

Nas palavras elencadas por Alexandre de Moraes (2013, p. 28):

Ressalta-se que o estabelecimento de constituições escritas está diretamente ligado à edição de declarações de direitos do homem. Com a finalidade de estabelecimento de limites ao poder político, ocorrendo a incorporação de direitos subjetivos do homem em normas formalmente básicas, subtraindo-se seu reconhecimento e garantia à disponibilidade do legislador ordinário.

Desta forma, a instituição dos direitos e garantia essenciais na Constituição Federal, possui como finalidade resguardar fundamentos primordiais para se conviver em sociedade, proporcionando desta forma uma estabilização entre os cidadãos e o Estado, dando a cada um deles condições e deveres alistados à vida em sociedade.

5.3 Relativização

Embora o legislador constituinte tenha estabelecido direitos e garantias na Carta Magna para todos os indivíduos, isso quer dizer que tais elementos poderão ser utilizados como excludentes para a prática de condutas irregulares, ilícitas tanto dos cidadãos como do próprio Estado.

É neste ponto que os direitos e as garantias sofrem limitações mesmo estando resguardadas pela Constituição Federal. Isso se dá ao passo de que os demais princípios tal qual, o princípio da relatividade conhecido também como princípio da conveniência da liberdade pública estabelece um rigorismo a atuação da conduta do Estado e do cidadão, ensina Moraes (2013, p. 30).

Segundo explanação de Alexandre de Moraes (2013, p. 30):

[...] Quando houver conflito entre dois ou mais direitos ou garantias fundamentais, o intérprete deve utilizar-se do princípio da concordância prática ou da harmonização, de forma a coordenar e combinar os bens jurídicos em conflitos, evitando o sacrifício total de uns em relação aos outros, realizando uma redução proporcional do âmbito de alcance de cada qual (contradição dos princípios), sempre em busca do verdadeiro significado da norma e da harmonia do texto constitucional com sua finalidade precípua.

Já se faz presente à institucionalização da relatividade dos direitos e garantias fundamentais, como é possível visualizar na explanação do Min Pedro Acioli, citado por Alexandre de Moraes (2013, p. 30):

Os direitos humanos fundamentais, dentre eles os direitos e garantias individuais e coletivos consagrados no art. 5º da Constituição Federal, não podem ser utilizadas como um *verdadeiro escudo protetivo* da prática de atividades ilícitas, tampouco como argumento par afastamento ou diminuição da responsabilidade civil ou penal por atos criminosos, sob pena de total consagração ao desrespeito a um verdadeiro Estado de Direito. (RT-STF 709/418; STJ-6ªT.RHC nº 2.777-0/RJ).

Ademais não tão menos importante a própria Declaração dos Direitos Humanos das Nações Unidas, reafirma no seu intitulado artigo 29 que “todas as pessoas estarão sujeitas às limitações estabelecidas pela lei com a única finalidade de assegurar o respeito dos direitos e liberdade dos demais [...]”, leciona Moraes (2013, p. 31).

Deste modo, a relativização dos direitos e garantias tende constituir parâmetros para o exercício desses meios, sem, contudo anular os direitos já anteriormente fixados pela Constituição, com objetivo de não desvirtuem o que fora concedido por tais direitos sem também salvaguardem comportamentos que não enquadram com a Constituição.

5.4 Conflitos dos Direitos Fundamentais

Devido aos vários direitos constituídos na Constituição Federal, inevitável seria o conflito que existissem entre eles, tendo em vista que às vezes para solução de um caso em que é possível aproveitar um direito fundamental, você acabe tendo que minimizar a aplicação de outros direitos fundamentais tão quanto importante.

Segundo relata Wilson Antônio Steinmetz (2001, p. 140):

Somente haverá colisão real se os direitos fundamentais conflitantes forem estatuidos diretamente pela Constituição, mediante disposição normativa expressa, ou se da Constituição se puder deduzir as normas de direitos fundamentais conflitantes. Assim, a caracterização da colisão pressupõe a interpretação constitucional.

Uma vez que haja a colisão de direitos fundamentais de um mesmo patamar deve-se utilizar dos mecanismos constitucionais, como a otimização entre esses direitos e a harmonização a qual a Constituição Federal estabelece, devendo, no entanto respeitar a relação que permanece entre eles, tendo em vista que muitas

vezes a própria interpretação do constituído não é eficaz para o caso, acrescenta (STEINMETZ, 2001, p. 140).

Ademais, quando ocorrer conflitos entre os direitos constitucionais, deve o aplicador da lei se utilizar da ponderação atinente à solução desse fato, “o método que determinará qual o direito ou bem, e em que medida, prevalecerá, solucionando a colisão”, explica (STEINMETZ, 2001, p. 140).

Nesta ponderação de direitos fundamentais competirá ao interprete sobrepesar os princípios que estão em conflitos, sem, contudo exclui aquele que não for passível a solução do caso, pois deve sempre ter em mente que os direitos jamais se aniquilam eles apenas se limitam uns em meios aos outros.

No entanto, não sendo possível a ponderação desses direitos para solução da colisão, surgiram princípios que tendem a adequar a aplicação desses direitos, tal como o princípio da proporcionalidade, adequação, poderíamos inclusive concluir pela ineficácia das confusões entre esses direitos, uma vez que basta nos valermos do aproveitamento desses princípios para uma melhor forma de condução desses direitos.

6 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

O presente capítulo visa abordar a distinção referente aos princípios e as normas e também elucidar algumas questões quanto o princípio da proporcionalidade, tendo em vista a importância da diferenciação existente entre este princípio com o princípio da razoabilidade.

6.1 Distinção entre Princípio e Norma

Em decorrência da fase pós-positivista, na qual vivemos hoje, instituiu – se um grande avanço constitucional no ordenamento, o que torna essencial a distinção entre os princípios e as normas, pois “desempenham papel de importância definitiva no processo de interpretação/aplicação do Direito [...]” (GRAU, 2012, p. 151).

Discorre sobre o assunto Bonavides aduzindo que (2000, p. 243):

Tendo ocorrido já tanta maturidade do processo histórico como a sua evolução terminal- a que se reportou o conspícuo Jurista - faz-se, agora, de todo o ponto possível asseverar, a exemplo de Esser, Alexy, Dworkin e Crisafulli, que os princípios são normas e as normas compreendem igualmente os princípios e as regras.

Deste modo, é possível afirmar que as normas são gêneros que decorrem tanto os princípios e as regras e a junção deles se perfazem nas chamadas normas jurídicas, que visam conferir direitos e deveres para os cidadãos.

No entanto, é primordial a distinção entre essas espécies de normas jurídicas: princípios e regras, segundo explanação de um dos estudiosos tidos como uns dos pioneiros quanto ao assunto em questão Ronald Dworkin.

O primeiro parâmetro de diferenciação entre os princípios e as regras é quanto o caráter de generalidade. Isso conduz ao esclarecimento de que, as regras geralmente são criadas para conduzir uma determinada situação, específica e determinável, já os princípios são compostos para serem sobrepostos em casos concretos, porém indeterminados, menciona (Salla 2007, p. 21).

Discorre sobre o tema Alexy (1985) apud Bonavides (2000, p.249): “os princípios são normas dotadas de alto grau de generalidade relativa, ao passo que as regras, sendo também normas, têm, contudo, grau relativamente baixo de generalidade [...]”.

De acordo com Willis Santiago Guerra Filho, no que diz respeito às regras (1997, p.17):

[...] possuem a estrutura lógica que tradicionalmente se atribui às normas do Direito, com a descrição (ou “tipificação”) de um fato, ao que se acrescenta a sua qualificação prescritiva, amparada em uma sanção (ou na ausência dela, no caso da qualificação como “fato permitido”). Já os princípios fundamentais, igualmente dotados de validade positiva e de um modo geral estabelecidos na constituição, não se reportam a um fato específico, que se possa precisar com facilidade a ocorrência, extraindo a consequência prevista normativamente. Eles devem ser entendidos como indicadores de uma opção pelo favorecimento de determinado valor, a ser levada em conta na apreciação jurídica de uma infinidade de fatos e situações possíveis, juntamente com outras tantas opções dessas, outros princípios igualmente adotados, que em determinados caso concreto podem se conflitar uns com os outros, quando já não são mesmo, *in abstracto*, antinômicos entre sim.

As regras devem ser efetivadas na relação com o caso concreto, ou seja, ao julgador da lide cabe analisar se a prática daquela conduta perfaz a infringência ou não da regra. Já em relação aos princípios, não se tem a necessidade da análise restrita de especificar cada um dos casos, como é o caso das regras, o que facilita ao julgador uma dimensão maior na aplicação destes.

Com isso, temos que os princípios e as regras apontam para uma obrigação jurídica a ser efetivada, o que diferem entre eles, é a natureza dessa orientação que descrevem.

Deste modo, podemos dizer ainda que os princípios e as regras estão interligados, pelo fato de existir essa relação jurídica acima exemplificada, pois os princípios são também considerados meios de empregos das regras. E se por ventura, ocorrer à falta de uma norma para regular a devida aplicação de um princípio deve o magistrado instituir uma norma que se amolde ao caso concreto, para a devida aplicação do princípio, discorre a respeito (Salla, p. 23).

Assim, temos que as regras somente podem ser exercidas na sua totalidade, embora os princípios devam ser considerados levando em conta o real caso, ocorrendo o chamado mandados de otimização, onde “o mesmo princípio terá diferentes graus de aplicação na solução de situações rotineiras”, nas palavras de Thomas Mio Salla (2007, p. 23).

Sobretudo, tal afirmação explanada, não se aplica as regras tidas como normas, pois sua eficácia irá de encontro com daquilo que a regra preceitua, ou seja, se é permitido ou proibido determinando assim uma conduta que se amolde a norma, logo não há níveis que codifiquem aplicação da regra, aduz Ronald Dworkin (2007, p. 43).

Ademais, outro fator que permite a distinção das regras aos princípios é que as regras jamais entrarão em conflitos uma com a outra, pois as regras são apresentadas a maneira do tudo ou nada (*all or nothing*), isso quer dizer que “dado os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão.”, ensina Ronaldo Dworkin (2007, p. 39).

Sendo assim, é admissível assegurar que as regras estão relacionadas à validade, pois ou elas são aplicáveis na sua integralidade ou não valerá de outro lado à efetivação dos princípios abordará tanto as questões de validade como de peso, relaciona (Dworkin, p. 39).

Segundo Ronaldo Dworkin (2007, p. 42) os princípios em seu turno possuem uma circunscrição bem de alcance bem maior devido à dimensão do peso ou importância que eles possuem. Por esse motivo quando um princípio entra em conflito com outro, só irá prevalecer aquele cujo peso é maior, ou seja, aquele que se amoldar de melhor forma ao caso concreto.

Isso decorre do fato de ser possível nos princípios a utilização da ponderação, ademais, quando os princípios se chocam, “aquele que vai resolver o conflito tem de levar em conta a força relativa de cada um.”, segundo Ronald Dworkin (2007, p. 42).

Para Thomas Mio Salla (2007, p. 26), “isso deverá ser feito mediante o estabelecimento do peso, da importância de cada um dos princípios envolvidos, de modo a produzir um resultado socialmente desejável, sem, contudo, alijar os princípios em choque [...]”.

Mas para que se consiga aplicar essa ponderação dos princípios deverá o legislador valer-se do princípio de caráter mais relevante como é o caso do princípio da proporcionalidade, devendo analisar o real caso para melhor aproveitamento da aplicação desse princípio, tendo em vista a necessidade de restituir os direitos ameaçados.

Contudo, ao passo que o legislador em um conflito de princípio aplique um princípio em prevalência ao outro, isso não quer dizer que deverá ocorrer sua extinção daquele que não foi utilizado, esse apenas será deixado de lado, pois em outra situação esse princípio que fora deixado de lado poderá a vir a ser utilizado.

Além disto, na ponderação dos princípios têm sempre em vista os valores bem como os interesses que se pretendem sobreguardar, pois mesmo nesse caso ainda vigoram os direitos e garantias constitucionais, sob pena de tornar tal ação ilícito.

Convém acrescentar a distinção relacionada entre princípios e regras trazidas pela doutrina de Joaquim Gomes Canotilho (1997, p. 1124-1123):

Saber distinguir regras e princípios é uma tarefa particularmente muito complexa. Vários são os critérios sugeridos. a) Grau de abstracção: os princípios são normas com um grau de abstracção relativamente elevado; de modo diverso, as regras possuem uma abstracção relativamente reduzida. b) Grau de determinabilidade na aplicação do caso concreto: os princípios, por serem vagos e indeterminados, carecem de mediações concretizadoras (do legislador do juiz), enquanto as regras são susceptíveis de aplicação directa. c) Carácter de fundamentalidade no sistema das fontes de direito: os princípios são normas de natureza ou com um papel fundamental no ordenamento jurídico devido à sua posição hierárquica no sistema das fontes. d) Proximidade da ideia de direito: os princípios são *standards* juridicamente vinculados nas exigências de justiça (Dworkin) ou na ideia de direito (Larenz); as regras podem ser normas vinculativas com um conteúdo meramente funcional. e) Natureza normogénica: os princípios são fundamentos de regras, isto é, são normas que estão na base ou constituem a *ratio* de regras jurídicas, desempenhando, por isso, uma função normogénica.

Logo, a discriminação entre princípios e regras adotada fora aquela idealizada por Dworkin, levando em conta que os princípios assim como as regras são gênero de normas jurídicas e o que difere entre elas é a sua aplicação. Tendo em vista que os princípios devem ser ponderados, ao passo que deva ser aplicado aquele que melhor se adequar ao caso concreto, de modo que não se extirpa do ordenamento aquele que não fora escolhido. Em relação às regras, temos que a sua aplicação deve decorrer da sua total relação com o caso e se por ventura ocorrer à existência de duas regras, deve-se utilizar do critério de exclusão, prevalecendo assim apenas uma.

6.2 Fundamentos

Em virtude da não estipulação expressa do princípio da proporcionalidade na Constituição Federal ou em demais leis infraconstitucionais ainda permanece diversas divergências no que tange ao fundamento desse princípio. No entanto é pacífico o entendimento do real valor e da aplicação desse princípio no ordenamento.

Desta forma, o princípio da proporcionalidade estaria relacionado como o fundamento do princípio do estado democrático de direito, conforme relaciona (STEINMETZ, 2001 p. 159), pois ao Estado seria lícita a limitação aos assuntos da coletividade e dos interesses individuais atinentes ao cidadão em razão do próprio interesse privado, sem afasta, contudo ideia de justiça.

Esse fundamento referente ao princípio da proporcionalidade exposto acima “desenvolve-se rigorosamente no segundo após-guerra, quando a doutrina e a jurisprudência constitucionais, principalmente da Alemanha, conferiram hierarquia constitucional”, salienta Steinmetz (2001, p. 159).

Ademais, segundo Wilson Antônio Steinmetz (2001, p. 161) outro fundamento instituído ao princípio da proporcionalidade estaria intensamente conexo ao próprio direito fundamental, sendo uma continuidade de tais direitos.

Tente-se também o princípio da dignidade humana, “[...] essa via de fundamentação se aproxima muito da via do princípio da proteção do conteúdo essencial dos direitos fundamentais”, conforme leciona Steinmetz (2001 p. 164).

E por fim, um dos fundamentos adotado pela maioria da doutrina brasileira para justificar o fundamento do princípio da proporcionalidade se perfaz na cláusula do *due process of law* que se estabelece no artigo 5º, inciso LIV, da Constituição Federal de 1988.

Ensina Wilson Antônio Steinmetz (2001, p. 166) “[...] fungibilidade entre os princípios da proporcionalidade (de origem germânica) e da razoabilidade (de origem norte americana). Ambos são concebidos como equivalentes idênticos [...]”.

Wilson Antônio Steinmetz (2001, p. 166) ensina que:

Por ora, anota-se que se, de fato, há equivalência, então a derivação do princípio da proporcionalidade do *due process of law* estará plenamente justificada, à medida que, à luz do longo desenvolvimento jurisprudencial constitucional norte-americano, não restam dúvidas de que o princípio da

razoabilidade deriva *do due process of law*. **Porém, se não demonstrada a correspondência, então novos argumentos poderão ser exigidos de quem deduza o princípio da proporcionalidade do *due process of law*. (Grifo Nosso).**

Abstraídas tais questões, é fora de dúvida que o princípio da proporcionalidade encontra respaldo no nosso ordenamento.

6.3 Natureza Jurídica

Segundo Wilson Antônio Steinmetz (2001, p. 155), “quanto à natureza do princípio, há duas posições concorrentes. Uma atribui caráter material ao princípio da proporcionalidade; e a outra, formal”.

A natureza jurídica fundada no elemento material afirma que o princípio da proporcionalidade possui grande carga de valores, pois “ao mesmo tempo que manda ponderar, indica critérios materiais a serem considerados”, (Steinmetz, p. 156).”

Na seguinte explicação de Wilson Antônio Steinmetz (2001, p.156), “[...] o princípio da proporcionalidade possui enquanto tal ou indica, quando aplicado, determinados critérios ou ponto de vista materiais conformadores da decisão normativa, solucionadora dos conflitos de direitos”.

Desta forma, para aqueles que atribuem o elemento material ao princípio da proporcionalidade, explicam tais afirmações baseado no fato de uma ideia relacionada à justiça. No entanto para outros este se baseia no interesse que está em jogo, surgindo deste modo um contrassenso, pois inúmeras vezes não estão presentes o mesmo interesse em um único caso discorre (Steinmetz, p.157).

Com isso, temos que tal princípio poderia ostentar diferentes aspectos materiais tendo em vista que sua análise seria feita em decorrência de cada caso, ao qual este fosse aplicado. Isso daria margem para mais uma justificativa do princípio da proporcionalidade possuir natureza formal, pois ao passo que ele é analisado de acordo com o caso em concreto, não tem caráter relevante determinado.

Conforme ensina Wilson Antônio Steinmetz (2001, p.157):

O princípio da proporcionalidade não indica *a priori* qual interesse ou direito que prevalecerá (se individual ou coletivo). A aplicação do princípio decorre exatamente do fato de que não se pode abstratamente dizer qual prevalecerá. [...]. Portanto, para quem sustenta o caráter material do princípio da proporcionalidade exige-se que especifique e fundamente o conteúdo material.

Desta forma, se utilizarmos como natureza do referido princípio o caráter material, devemos nos ater que isso não decorrerá exclusivamente do princípio da proporcionalidade ou da ponderação, mais sim dos direitos fundamentais elaborados pela referida Constituição, o qual deve ser justificado bem como apresentado.

Por outro lado, para os que acreditam no elemento formal como já demonstrado acima à natureza do princípio tem-se como justificativa da análise referente ao caso em si.

Para Ávila *apud* Wilson Antônio Steinmetz (2001, p. 158):

[...] Só a análise diante do caso concreto e diante da relevância que o ordenamento jurídico atribui a determinados bens jurídicos (p. ex. vida, dignidade, liberdade, propriedade) pode revelar o excesso da medida. A aplicação concreta só se completa com um conteúdo, até porque os fins podem ser estabelecidos em contatos com normas substanciais. O que importa, entretanto, é que não é o dever de proporcionalidade em si que estabelece a medida substancial da excessividade, mas sua aplicação conjunta com outros princípios materiais.

Em relação ao assunto tratado em questão, o objetivo foi elencar alguns pontos essenciais atinentes à natureza jurídica do princípio da proporcionalidade sem, contudo esgotar os posicionamentos quanto a cada posicionamento adotado pela doutrina para definir o assunto.

6.4 Conteúdo ou Subprincípios

Para uma melhor compreensão do princípio da proporcionalidade, temos que nos valer de alguns outros princípios denominados como subprincípios, cuja intenção visa somar os elementos estruturais para formar a correta aplicação desde princípio.

Segundo estudo realizado por Wilson Antônio Steinmetz (2001, p. 149) existe basicamente três princípios parciais para aplicação do princípio da

proporcionalidade, são eles: o princípio da adequação, da necessidade também chamado de princípio da exigibilidade e por fim o princípio da proporcionalidade em sentido estrito.

Cumprido ressaltar que no que tange ao princípio da proporcionalidade em observância dos princípios parciais, “em matéria de limitação dos direitos fundamentais, pressupõe a estruturação de uma relação meio-fim, na qual o fim é o objetivo ou finalidade perseguida pela limitação, e o meio é a própria decisão normativa, legislativa ou judicial limitadora que alcança o fim”, (Steinmetz, 2001 p. 149).

Logo, quanto ao princípio da adequação, esclarece Wilson Antônio Steinmetz (2001, p. 149):

O princípio ordena que se verifique, no caso concreto, se a decisão normativa restritiva (o meio) do direito fundamental oportuniza o alcance da finalidade perseguida. Trata-se de investigar se a medida é apta, útil, idônea, apropriada para atingir o fim perseguido.

Desta forma, o que se pretende obter só será considerado apto, adequado se for possível introduzir no fim ao qual se destina. Com isso, a adequação gira em torno da utilidade e da aptidão da medida passível ao caso.

Ao que pese esse assunto, o Tribunal alemão aceitou a elucidação de que é possível existir diversos meios de idôneos de se chegar à finalidade pretendida.

No entanto o juízo de adequação é omissivo, pois não relaciona quais seriam “os meios idôneos que devem prevalecer, pois não diz qual é mais o menos eficaz. Apenas diz se um determinado meio é ou não útil, apto, apropriado”, afirma Steinmetz (2001, p. 150).

No que tange, ao princípio da necessidade como um dos sub-princípios da proporcionalidade relaciona Wilson Antônio Steinmetz quatro notas essenciais (2001, p. 151):

A primeira, já exposta, é a da ingerência ou intervenção mínima no exercício do direito fundamental pelo seu titular. A segunda é a de que se parte da hipótese de que havia ou poderia haver uma medida alternativa menos gravosa. É a presença do elemento da dúvida. [...]. A terceira nota essencial é a da comparabilidade dos meios ou das medidas de restrição. [...]. A quarta nota essencial é a dimensão empírica. É um juízo de conteúdo empírico aquele que indica qual é o meio menos prejudicial.

Com isso, temos que devesse utilizar à medida que tenha menos prejuízo possível, ou seja, aquela que tenha o mínimo de intervenção possível.

Contudo, ainda se faz presente o princípio da proporcionalidade em sentido estrito que “observando-se os efeitos que ela produz sobre o direito fundamental que restringe ou afeta - e a finalidade perseguida. O princípio exige que na relação meio-fim haja reciprocidade razoável, racional”, ensina Steinmetz (2001, p. 152).

Ademais, o princípio explanado acima tem íntima ligação com a ponderação de bens, tendo em vista que perfaz a ideia de uma justa medida, pois se deve sempre alcançar o fim pretendido observando as vantagens e eventuais desvantagens que possam vir a existir.

6.5 Aplicabilidade da Proporcionalidade

Segundo preconiza Wilson Antônio Steinmetz (2001, p. 139):

[...] há colisão de direitos fundamentais quando, *in concreto*, o exercício de um direito fundamental por um titular obstaculiza, afeta ou restringe o exercício de um direito fundamental de um outro titular, podendo tratar-se de direitos idênticos ou de direitos diferentes; podendo, ainda, ser direito fundamental individual *versus* direito coletivo fundamental (bem constitucionalmente protegido).

Deste modo, quando ocorrer quaisquer conflitos entre os direitos fundamentais desde que ambas as normas sejam da mesma hierarquia conforme já explanado no tópico acima, podemos nos utilizar do princípio da proporcionalidade.

É neste ponto que se perfaz a aplicabilidade da proporcionalidade do direito, quando ocorrer à colisão de direitos fundamentais, ou seja, quando ao utilizarmos um direito fundamental esse limita outro direito fundamental.

Ademais, por ser insuficiente a interpretação constitucional o que ocasiona a colisão, faz-se então necessário à utilização da ponderação de bens, com a finalidade de sobrepesar o direito ou os bens que melhor solucionaria o caso.

No entanto cumpre ressaltar que essa somente ocorrerá o conflito entre esses direitos desde ambos direitos estejam previsto na Constituição Federal. Segundo Steinmetz (2001, p. 144) esse método de ponderação concreta de bens se perfaz através do emprego do princípio da proporcionalidade.

O mesmo doutrinador ainda acrescenta (2001, p. 145):

Considera-se que a **ponderação concreta de bens, na colisão de direitos fundamentais, realiza-se mediante o controle da proporcionalidade em sentido amplo**, de modo especial ou propriamente dito por meio do princípio da proporcionalidade em sentido estrito, o terceiro subprincípio constitutivo do princípio da proporcionalidade em sentido amplo. **Assim, o princípio da proporcionalidade em sentido amplo compreende a ponderação de bens.** (Destacamos).

No Brasil é possível verificar a aplicabilidade do princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, conforme leciona Gilmar Ferreira Mendes (2010, p. 414), no voto do julgamento da ação direta de constitucionalidade nº 855 Rel. Min. Sepúlveda Pertence:

[...] Eles servem, de um lado – **como proficientemente explorados na petição- não só para lastrear o questionamento da proporcionalidade ou da razoabilidade da disciplina legal impugnada**, mas também para indicar a conveniência de sustar- ao menos, provisoriamente – as inovações por ela impostas, as quais- onerosas e de duvidosos efeitos úteis – acarretariam danos de incerta reparação para a economia do setor, na hipótese- que não é de afastar- de que se venha a final a declarar a inconstitucionalidade da lei. (Destaques Nossos).

Com isso, a aplicação do princípio da proporcionalidade se dá como um dos meios de aplicação da ponderação de direitos ou bens quando ocorrer conflitos entre os direitos, haja vista que a finalidade se baseia tão somente na proteção de direitos fundamentais fixados na Constituição Federal.

6.7 Princípio da Razoabilidade

Diante da explanação realizada por Alexandre Araújo Costa (s.d., p. 03) embora não haja previsão expressa na doutrina ou na jurisprudência da diferenciação do princípio da razoabilidade com o princípio da proporcionalidade, alguns doutrinadores os diferem de acordo com o surgimento de cada um.

Deste modo o princípio da proporcionalidade “teve sua origem alemã, no direito germânico, designa um instituto jurídico consolidado e de características definidas”, explica Alexandre Araújo Costa (s. d, p. 03).

No que tange ao “princípio da razoabilidade amplamente invocado pela literatura brasileira, tem sua origem norte-americana, e fundamento no *due process of law* em sentido substantivo” (STEINMETZ, 2001, p. 185).

Ocorre que, para diversos autores segundo Steinmetz (2001, p.185), o princípio da razoabilidade e o princípio da proporcionalidade apresentam-se de formas equivalentes, ou seja, fungíveis entre si, sendo este o posicionamento que prevalece na doutrina brasileira.

Conforme é possível visualizar na jurisprudência de uma decisão sobre DNA em uma ação de paternidade, na qual não se verifica qualquer critério de distinção entre o princípio da razoabilidade e da proporcionalidade, conforme elucida Gilmar Ferreira Mendes (2010, p. 414-415):

Cuida-se aqui de hipótese atípica, em que o processo tem por objeto a pretensão de um terceiro de ver-se declarado pai da criança gerada na constância do casamento do paciente, que assim tem por si presunção legal da paternidade e contra quem, por isso, se dirige a ação. Não discuto aqui a questão civil da admissibilidade da demanda. O que, entretanto, não parece resistir, que mais não seja, **ao confronto do princípio da razoabilidade ou da proporcionalidade de fundamental importância para o deslinde constitucional da colisão de direitos fundamentais**- é que se pretenda constranger fisicamente o pai presumindo ao fornecimento de uma prova de reforço contra a presunção de que é titular [...]. HC 76.060, Rel. Min. Sepúlveda. STF 237,304. (Destques Nossos).

No entanto cumpre ressaltar que existem também outras duas correntes, uma que afirma que tais princípios apresentam distinções entre si, pois cada um possui o seu fundamento, sendo dessa forma princípios independentes. Já para terceira corrente os seguintes princípios possuem distinções entre si, pois tem finalidades diversas, doutrina (STEINMETZ, 2001, p. 186).

Cumpre ressaltar que embora não haja previsão expressa referente ao princípio da razoabilidade de maneira individualizada este se perfaz mediante o conjunto de normas e princípios existentes no ordenamento, conforme leciona Gilmar Ferreira Mendes (2014, p. 431):

Argumenta-se que os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade decorrem do próprio sistema de princípios constitucionalmente e não necessitam de nenhum dispositivo textual para fundar suas bases normativas. **Pode-se afirmar, em outra perspectiva, que o dever de proporcionalidade está implícito no próprio princípio do Estado. E, em verdade também na qualidade de metanormas ou sobreprincípios de interpretação de normas constitucionais e legais, proporcionalidade e razoabilidade não se identificam em dispositivos normativos específicos.** (Destques Nossos).

Ademais, salienta Wilson Antônio Steinmetz (2001, p. 192):

[...] o princípio da razoabilidade ainda não apresenta uma definição operacional, o que pode ser constatado, de forma cristalina, na literatura publicista brasileira. Já o princípio da proporcionalidade apresenta indicadores de concreção mediante os princípios da adequação, da exigibilidade e da proporcionalidade em sentido estrito. [...] **conclui-se que o princípio da proporcionalidade não se confunde com o princípio da razoabilidade e que o princípio da proporcionalidade é o princípio apropriado para solução da colisão de direitos fundamentais.** (Os destaques são nossos).

Desta forma, embora não haja previsão expressa da diferenciação no que diz respeito ao princípio da razoabilidade em relação ao princípio da proporcionalidade essa diferente existe sim.

Segundo entendimento do doutrinador Ávila *apud* Wilson Antônio Steinmetz (2001, p. 187), a diferença entre os princípios em tela se mostram porque “o princípio da proporcionalidade consiste num juízo com referência a bens jurídicos ligados a fins, enquanto o princípio da razoabilidade traduz um juízo com referência à pessoa atingida”.

Com isso, temos que em decorrência dos subprincípios aplicáveis ao princípio da proporcionalidade este possui um diferencial, pois da sua aplicação devem ser observados tais princípios. Enquanto que no princípio da razoabilidade, quando da decisão jurídica que decidir a colisão de direitos, basta apenas que está esteja devidamente motivada não descaracterizando assim a relação existente entre o meio e o fim.

7 PROVAS ILÍCITAS NO PROCESSO PENAL

Nesse tópico, cujo caráter essencial para o presente trabalho, buscou-se elencar a relação existente entre as provas ilícitas no processo penal com o princípio da proporcionalidade.

Demonstrando que ainda que se tenha a vedação das provas ilícitas, em alguns casos é possível se utilizar dessas provas, tendo em vista que nenhum direito e garantia é absoluto.

7.1 Princípio da Proporcionalidade e as Provas Ilícitas

Embora o entendimento hoje seja pela inadmissibilidade das provas ilícitas, ou seja, aquelas provas colhidas em desacordo com as normas constitucionais conforme preceitua o artigo 5º, inciso LIV, da Constituição Federal, surge uma teoria na qual aduz a possibilidade de corrigir erros que eventualmente possam vir a ser cometidos, leciona Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho, Antonio Scarance Fernandes (2011, p. 129).

Segundo Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho, Antonio Scarance Fernandes (2011, p. 129): “trata-se do denominado Verhältnismässigkeitsprinzip, ou seja, de um critério de proporcionalidade, utilizado pelo tribunal da Alemanha Federal”.

No qual consiste em dizer que “em casos extremamente graves e excepcionais, têm admitido a prova ilícita, fundando-se no princípio do equilíbrio entre estimas fundamentais contratantes”, segundo Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho, Antonio Scarance Fernandes (2011, p. 129).

Surgem então duas correntes a respeito do tema, uma chamada de teoria da admissibilidade da prova ilícita no processo, ou teoria permissiva tendo em vista o princípio da proporcionalidade, e a outra pela inadmissibilidade da prova ilícita, também denominada teoria obstativa.

Para aqueles autores que admitem a da prova ilícita no processo penal, seus apontamentos se perfazem através do princípio do livre convencimento do juiz

e o princípio da busca pela verdade real no processo, ensina Julio Fabbrini Mirabete (2006, p. 253).

Segundo entendimento de Fernando da Costa Tourinho Filho (2007, p. 224-225) no que tange a teoria permissiva:

Parte desta entende que nada impede a admissão de provas ilícitas no Processo Penal. Se a prova foi conseguida com transgressão a normas de Direito Penal, de Direito Civil ou de Direito Administrativo, por exemplo, o seu autor sujeitar-se-á às sanções respectivas, nada impedindo sua admissão no processo. Quem agiu contra jus deve ser punido, mas a prova é validamente introduzida no processo, toda vez que a lei processual não impeça: *male captum bene retentum*.

Deste modo, embora seja o entendimento majoritário pela inadmissibilidade das provas ilícitas, para esta corrente o sujeito que conseguiu a prova ilícita de modo criminoso, esse sim será responsável pela conduta na qual utilizou para conseguir a prova. Ademais, “uma coisa é a utilização dessa prova judicialmente, a outra é a apuração da prática delitiva devido à sua obtenção”, leciona (SILVA, 2007, p. 27).

Para Antonio Scarance Fernandes (1999, p. 80) conclui a aceitação da proporcionalidade da admissão das provas ilícitas nos autos, nos casos de interceptação telefônica conseguida pelo interessado, bem como nas violações de correspondências de presos para evitar futuras fugas.

Sobre o assunto discorre Leandro Cadenas Prado (2006, p. 15):

Assim, o que importava era a busca incessante pela verdade real do fatos, não importando se isso levasse a violação dos direitos investigados[...]. Ademais, o raciocínio contrário levaria a tratar de forma indevida a autoridade policial que, na busca pelas provas, eventualmente se excedesse, em benefício do real criminoso. Porém, apesar de entenderem que a prova ilícita deveria sim ser considerada, propugnam sempre pela responsabilização daquele que produzia de forma indevida tal prova.

Ademais, apregoam tais doutrinadores adeptos a permissibilidade da prova ilícita no processo que essa teoria estaria baseada no fato de que “nenhum direito ou garantia constitucional é absoluto. Assim, sempre será possível o sacrifício de um direito em prol do outro de igual ou superior valia, dada a relatividade dos direitos e garantias constitucionais”, conforme descreve César Dario Mariano da Silva (2007, p. 22).

Ocorre que, para a teoria permissiva não se visualiza o modo com que a prova foi obtida, mas a importância da prova aqui se perfaz através de como está a prova foi introduzida no processo. .

Assim, uma prova só será consideradamente ilícita quando está além de ilícita for ilegítima em sua análise, com exceção a prova ilícita que será admitida no processo quando em favor do réu, sendo a única opção, segundo escreve (PRADO, 2006, p.18).

Temos também a teoria obstativa, também chamada de “inadmissibilidade que leva o nome de *exclusionary rule*, ou princípio da exclusão, ou ainda, regra da exclusão”, explica Leandro Cadenas Prado (2006, p. 17).

O fundamento dessa teoria para aqueles que a defendem, está contida no artigo 5º, inciso LVI da Constituição Federal, no qual diz que é inadmissível a utilização das provas ilícitas no processo, bem como no artigo 157 caput da lei infraconstitucional.

Deste modo, não há porque defender que em uma colisão de direitos fundamentais um direito poderá prevalecer sobre o outro tendo em vista o seu grande valor, seja ele moral ou legal.

Conforme julgado abaixo é possível visualizar a inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos em decisão proferida pela Suprema Corte, segundo (PRADO, 2006, p. 20):

Habeas Corpus. 2. Notitia Criminis originária de representação formulada por Deputado Federal com base em gravação de conversa telefônica. 3. Obtenção de provas por meio ilícito. Art. 5º, LVI, da Constituição Federal. Inadmissibilidade. 4. O só fato de a única prova ou referência aos indícios apontados na representação do MPF resultarem de gravação clandestina de conversa telefônica que teria sido concretizada por terceira pessoa, sem qualquer autorização judicial, na linha da jurisprudência do STF; não é elemento invocável a servir de base à propulsão de procedimento criminal legítimo contra um cidadão, que passa a ter situação de investigado. 5. À vista dos fatos noticiados na representação, o Ministério Público Federal poderá proceder à apuração criminal, respeitados, o devido processo legal, a ampla defesa e o contraditório.6.**Habeas Corpus deferido para determinar o trancamento da investigação penal contra o paciente, baseada em elemento de prova ilícita.** STF, HC 80.949/RJ. Relator Ministro Sepúlveda Pertence. (Destaques Nossos).

Ademais nas palavras de Tourinho (2007, p. 224-225), para alguns autores dessa teoria não é permitido ao juiz tecer como fundamento de uma sentença uma prova tida como ilícita, tendo em vista que resta para o Magistrado a análise da moralidade no que tange a decisão a ser proferida. Com isso “se não

houvesse a exclusão das provas ilícitas o valor da justiça, vê se seriamente ressentido, por que aqueles que devem velar para as leis sejam cumpridas, os policiais são os primeiros a violentá-las”.

Dessa forma Tourinho Filho (2007, p. 221-222) elenca algumas formas cuja utilização não será permitida por ser considerada como uma prova ilícita:

Não se admitem as provas conseguidas mediante tortura, como os interrogatórios fatigantes, exaustivos, mesmo porque obtidos com preterição da norma contida no art. 5º. III, da Lei Maior. Metem-se a rol entre as provas não permitidas aquelas objeto de captação clandestina de conversações telefônicas (CF, art. 5º., XII), de microfones dissimulados para captar conversações íntimas, o diário onde algumas pessoas registram, com indisfarçável nota de segredo, os acontecimentos mais importantes do seu dia- a- dia. Tais provas não podem ser permitidas porque violatórias da vida íntima da pessoa, e como se sabe a constituição da proteção à privacidade, como se constatada pelo art. 5º, X e XII. [...] A advertência extensiva a todos e quaisquer processos que se possam utilizar para a obtenção de prova e que possam produzir alterações do estado físico ou psíquico da pessoa. (Destacamos).

Por essa teoria temos que embora vigore no processo penal a utilização da busca pela verdade real e a liberdade probatória, os meios de provas aos quais são utilizados deveram observar as normas estabelecidas pela Constituição Federal, leis infraconstitucionais e a moral os costumes.

Deste modo, toda prova que vier a ser colhida de forma ilícita deverá o magistrado repudiar tal prova, pois a mesma possui caráter distinto daqueles previstos em leis, afrontando assim diversos princípios como o devido processo legal, o princípio da moralidade dentre tantos outros.

No ensinamento de Camargo Aranha (1999, p. 61):

Ora, se a prova é ilícita, afronta ao direito em seu universo, não sendo admissível no processo, ainda que não seja instrumental a norma violada. Não se pode admitir que o mesmo fato objeto de julgamentos diferentes: condenado e prestigiado, apenas porque dividiu-se o direito em ramos autônomos.

Entretanto sob a ótica da teoria obstativa, ou seja, pela inadmissibilidade da prova ilícita passou a existir outras três correntes.

Segundo Aranha (1999, p. 61) a primeira corrente se baseia na afirmação de que é inadmissível a prova ilícita no âmbito processual, “o ilícito desde que reconhecido, contamina todo o direito e não somente partes separadas”.

Na segunda corrente está pautada “o princípio da moralidade dos atos praticados pelo Estado”, conforme lembra (ARANHA, 1999, p. 62).

O mesmo doutrinador diz:

O Estado de Direito tem a obrigação de combater o crime e perseguir os criminosos, fazendo-os mediante atos e princípios moralmente inatacáveis. Como o jurídico reconhece em favor do Estado uma presunção de legalidade e moralidade de todos os atos praticados, não se pode admitir por parte de seus agentes o uso de meios condenáveis, ombreando-se aos marginais combatidos (ARANHA, 1999, p. 62).

Por fim, no que pese a terceira corrente, está parte do seguinte fundamento para explicar a não utilização da prova ilícita “a prova ilícita afronta a Constituição, por ferir valores fundamentais dos indivíduos, é que, toda vez que a prova é colhida ilicitamente, a violação atinge um direito fundamental, inserido dos direitos e garantias individuais”, demonstra Aranha (1999, p. 62).

Deste modo, diante do que foi demonstrado ainda que de maneira geral, a teoria que tem prevalência no ordenamento jurídico é a teoria obstativa, tendo em vista as disposições constitucionais fixadas na qual proíbe de forma clara e expressa a vedação da utilização das provas ilícitas.

No entanto, cumpre deixar clara a impossibilidade do emprego das provas ilícitas quando infringir direitos fundamentais estabelecidos pela Constituição Federal.

Logo, hoje o posicionamento que prevalece é pela inadmissibilidade das provas ilícitas, em virtude de violação de direitos e normas constitucionais.

Porém no que diz respeito à teoria permissiva, essa visa apenas corrigir eventuais falhas que se não esclarecidas, e que poderiam trazer prejuízos muito graves. Tal teoria é abarcada pelo princípio da proporcionalidade no qual acolhe casos extremamente excepcionais o emprego da prova ilícita, quando houver um conflito de direitos fundamentais.

7.2 Prova Ilícita Pro Reo

Sobre o assunto Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho, Antonio Scarance Fernandes (2011, p. 129), lecionam que vem sendo admitido quase de modo unânime o emprego do princípio da proporcionalidade nos

casos de prova ilícita em favor do acusado, enfrentando assim ditames que zelam pela violação dos direitos fundamentais estabelecidos na Constituição Federal.

Também conhecido como princípio favor rei, este permite diz que as provas ilícitas “somente em casos excepcionais deverão ser admitidas em juízo, em respeito às liberdades públicas e ao princípio da dignidade humana na colheita de provas [...]”, aduz Moraes (2013, p. 115).

Ocorre 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”, acrescenta (GRINOVER, 2011, p.130).

No entanto, convém demonstrar que inicialmente o Supremo Tribunal Federal, era totalmente contrário a posição da admissibilidade da prova ilícita ainda que em favor do acusado, conforme relata Alexandre de Moraes (2013, p. 114):

É indubitável que a prova ilícita, entre nós, não se reveste da necessária idoneidade jurídica como meio de formação do convencimento do julgador, razão qual deve ser desprezada, ainda que em prejuízo da apuração da verdade, no prol do ideal maior de um processo justo, condizente com o respeito devido a direitos e garantias fundamentais da pessoa humana, valor que se sobreleva, em muito, ao que é representado pelo interesse que tem a sociedade numa eficaz repressão aos delitos. É um pequeno preço que se paga por viver-se em Estado de Direito democrático. A justiça penal não se realiza a qualquer preço. Existem, na da busca da verdade, limitações impostas por valores mais altos que não podem ser violados ensina Heleno Fragoso, em trecho de sua obra jurisprudência criminal, transcrita pela defesa. **A constituição brasileira, no art.5º, inc. LVI, com efeito, dispõe, a todas as letras, que são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos.** Ação Penal 307-3, Rel. Min. Ilmar Galvão. (Destaques Nossos).

Mas hoje, já é possível verificar a modificação referente à utilização da prova ilícita em benefício do acusado na jurisprudência, conforme julgado abaixo (PRADO, 2006, p. 21):

GRAVAÇÃO DE CONVERSA TELEFÔNICA POR UM DOS INTERLOCUTORES. PROVA LÍCITA. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. HABEAS CORPUS. RECURSO. 1. A gravação de conversa por um dos interlocutores não é interceptação telefônica, sendo lícita como prova no processo penal.2. Pelo princípio da proporcionalidade, as normas constitucionais se articulam num sistema, cuja harmonia impõe que, em certa medida, tolere-se o detrimento a alguns direitos por ela conferidos, no caso, o direito a intimidade. 3. Precedentes do STF.4 Recurso conhecido, mais não provido. STJ, RHC 7.216/SP, relator Ministro Edson Vidigal. (Destaques Nossos).

Ademais, convém elucidar as súmulas das mesas de processo penal do Departamento de Direito Processual da Universidade de São Paulo, conforme salienta Grinover (2011, p. 131):

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 infringem normas e princípios constitucionais, ainda quando forem relevantes e pertinentes, e mesmo sem cominação processual expressa.

Súmula 50 - Podem ser utilizadas no processo penal as provas ilicitamente colhidas, que beneficiam a defesa. (Destques Nossos).

Deste modo, para os autores que defendem a prova em benefício do acusado, estes sustentam que embora o artigo 5º, inciso LVI da Constituição Federal, preveja a inadmissibilidade das provas ilícitas, temos que observar também outro princípio fixado na Constituição Federal, chamado de princípio da ampla defesa e do contraditório o qual permite ao acusado utilizar todos meios de defesa para provar sua inocência (SCARANCE, 2000, p. 82).

Nas palavras trazidas por Cesar Dario Mariano da Silva (2007, p. 23):

A liberdade é protegida pela Constituição Federal através de vários dispositivos. Podemos destacar, dentre outros, o do princípio do devido processo legal, que já engloba o do contraditório e da ampla defesa, o da presunção da inocência [...]. **Desta forma, resta claro e evidente que esses princípios constitucionais se sobrepõem à norma constitucional proíbe a utilização de prova ilícita, caso esta seja usada em favor do acusado.** Se for possível ao acusado demonstrar sua inocência através de uma prova obtida ilicitamente, certamente ela poderá ser utilizada, haja vista a preponderância do direito à liberdade sobre a inadmissibilidade da prova ilícita no âmbito processual. (Os destaques são nossos).

Segundo explanação de Maria Cecília Pontes Carnaúba (2000, p. 98), a utilização do princípio da proporcionalidade nas provas ilícitas admitiu a utilização dessas provas em favor do acusado, ademais não devem ser vistas como uma incosequência pelo Poder Judiciário, mas sim como forma de tentar evitar injustiças que possam vir a ser cometidas por eventuais deslizes.

Desde modo, em “eventual aplicação inadequada do princípio da razoabilidade, esta será corrigível pelo segundo grau de jurisdição”, relata Carnaúba (2000, p. 99).

Com isso, é possível dizer que embora haja previsão expressa na Constituição Federal no que pese a inadmissibilidade da prova ilícita no processo, para aqueles que defendem a utilização da mesma, o argumento que eles defendem

é o fato de que seria uma forma de evitar eventuais abusos que o Estado possa vir a cometer contra o indivíduo.

Ademais, salientam também a necessidade da prova ilícita ser utilizada somente em casos muito extremos, bem como, a necessidade de uma análise do todo da Constituição e não de forma isoladamente nas normas a ela inerente.

7.3 Prova Ilícita Pro Societate

No que tange a prova ilícita para punir um indivíduo ainda não há um posicionamento unânime na jurisprudência e até mesmo na doutrina, no entanto, convém destacar uma prevalência pela inadmissibilidade dessa prova pro societate.

A justificativa para aqueles que defendem a admissibilidade da prova ilícita a favor da sociedade diz respeito ao fato de que a utilização do princípio da proporcionalidade teria o condão de absolver o indivíduo pela prática de um crime, pois a necessidade de uma ação eficaz para o deslinde da causa.

Ocorre que, de outro lado para aqueles que zelam pela inutilidade da prova ilícita pro societate é inconcebível a ideia de se valer de uma prova de origem ilícita, cuja finalidade seria condenar uma pessoa, tendo em vista que o princípio da proporcionalidade só deveria ser utilizado para beneficiar o indivíduo.

Nesse sentido ainda acrescentam Rogério Lemes de Oliveira (s.d., 2012), que a prova ilícita em favor da sociedade não tem razão de existir, “pois o Estado Democrático de Direito detém de materiais e pessoas adequadas para fazer uma investigação mais adequada e real dos fatos”.

Segundo entendimento de Aury Lopes Júnior apud José Hélio Marcelo Júnior (s.p., 2012) que defende a proibição da prova ilícita pro societate:

[...] a própria definição de proporcionalidade é constantemente manipulada e “serve a qualquer senhor”. Acrescenta ainda o autor basta verificar a quantidade enorme de decisões e até de juristas que ainda atuam no reducionismo binário do interesse público versus interesse privado, para explicar a restrição de direitos fundamentais, incluindo, inclusive a condenação do acusado, com base na prevalência do interesse público.

No posicionamento elencado por Carnaúba (2000, p. 84), a qual é adepta ao pensamento da possível utilização das provas ilícitas em favor da sociedade, salienta que:

A admissibilidade de provas colhidas por meios ilícitos no processo, seguindo o princípio da proporcionalidade, não favorece as ideologias em que a manutenção da ordem pública é valor absoluto. Também não torna os cidadãos inteiramente desprovidos da expectativa de serem respeitados em sua individualidade [...]. **O contexto social, decorrente de uma admissibilidade condicionada de provas obtidas por meios ilícitos não é aquele onde se faz inexistente qualquer restrição aos modos de coleta de provas, de maneira que as arbitrariedades estatais, nessa área, sejam consideradas modo legal de exercício do poder *imperium*.** Não faz o aparelho repressor preguiçoso por meio favorecimento da permissividade da atividade estatal de persecução crimina, criando insegurança aos indivíduos e instalando uma situação de pânico social, portanto, não resulta impossível aos indivíduos conciliar sua condição de seres humanos, carentes de respeito e segurança, com sua situação de cidadãos, devedores de total submissão ao arbítrio estatal. **Inversamente, cria-se uma situação de controle das atividades estatais ainda mais criteriosa do que o controle meramente formal e absoluto da inadmissibilidade de provas ilícitas no processo.** (Destacamos).

Ocorre que, conforme lembra José Hélio Marcelo Júnior (2012, s. p.), apesar de a maioria vetar a utilização da prova ilícita pro societate, hoje em dia em detrimentos do grande aumento na prática de crimes bem como a especialização na qual se encontram as organizações criminosas, não se pode visualizar de maneira absoluta a vedação do princípio da proporcionalidade em favor da sociedade.

Pois, como exemplo temos o caso trazido por César Dario Mariano da Silva (2007, p. 24), em que feita uma interceptação telefônica sem a devida autorização judicial em um crime de extorsão mediante sequestro, o que pesaria mais o fato de obtermos uma prova ilícita na qual está em risco à vida de um indivíduo ou a violação de um direito fundamental estabelecido pela constituição.

Ademais, temos a análise dos fatos dos crimes praticados contra o erário público que violam a intimidade dos indivíduos, pois a prova a ser lançada só pode ser feita através de filmagens clandestinas. E o fato da Lei nº. 9.296 tentar resguardar uma solução não é totalmente satisfativa, tendo em vista que a essa lei não acoberta as filmagens e gravações clandestinas, as quais são essenciais para comprovação do ocorrido, conforme (CARNAÚBA, p. 87).

Outro caso seria em relação ao tráfico ilícito de entorpecentes e de substâncias psicotrópicas, relaciona Maria Cecília Pontes Carnaúba (2000, p. 88):

Em casos dessa natureza, inadmitir intransigentemente no processo provas obtidas ilicitamente, a respeito de danos criminosos ao erário público e ao tráfico ilícito de entorpecentes e substâncias psicotrópicas, significa proteger o abuso do direito à privacidade de alguns criminosos, em detrimento do direito de outros cidadãos a uma existência compatível com a dignidade da pessoa humana. Tal injustiça é ainda mais gritante quando se sabe que, na maioria desses casos, somente através de meios ilícitos é possível obter provas de tais crimes.

Os direitos bem como as garantias fundamentais não devem ser analisados sob a ótica do individualismo, tendo em vista um maior aproveitamento se houver uma harmonização tanto dos princípios como das normas.

Nas explicações trazidas por José Hélio Marcelo Júnior (s.p., 2012), “não se deve sempre desfazer de toda 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”.

Desta forma, outro argumento extremamente relevante é quanto aos limites fixados aos direitos fundamentais (MORAES, 2013, p. 119):

As liberdades públicas não podem ser utilizadas 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 da responsabilidade a um verdadeiro Estado de Direito.

Logo, é um tanto quanto preocupante a ideia de não se observar o princípio da proporcionalidade diante de crimes cada vez mais graves, não podendo assim a utilização de outro modo de obtenção da prova, a não ser o meio ilícito.

Embora, grande parte da doutrina defenda a inadmissibilidade das provas ilícitas pro societate, grande parte da doutrina e da jurisprudência vem admitindo sob o fundamento de solucionar o conflito entre os direitos fundamentais.

Ademais, descreve Fernando Capez (2000, p. 261):

O princípio da proporcionalidade deve também ser admitido pro societate, pois o confronto que se estabelece não entre o direito ao sigilo, de um lado, e o direito da acusação à prova, do outro. Trata-se de algo mais profundo. Quando o conflito se estabelecer entre a garantia, o sigilo e a necessidade de se tutelar a vida, o patrimônio e a segurança, bens também protegidos por nossa Constituição, o juiz utilizando-se do seu alto poder de discricionariedade, deve sopesar e avaliar os valores contrastantes envolvidos.

Com efeito, ainda aduz Moreira (1996, p. 105):

Se a defesa- à diferença da acusação- fica isenta do veto à utilização de provas ilegalmente obtidas, não será essa disparidade de tratamento incompatível com o princípio, também de nível constitucional, da igualdade das partes? Quiçá se responda que, em vistas as coisas, é sempre mais cômoda a posição da acusação, porque os órgãos de repressão penal dispõem de maiores e melhores recursos que o réu. Em tal perspectiva, ao favorecer a atuação da defesa no campo probatório, não obstante posta em xeque a igualdade formal, se estará tratando de restabelecer entre as partes a igualdade substancial. O raciocínio é hábil e, em condições normais, dificilmente se contestará a premissa da superioridade de armas da acusação.

Deste modo, ensina José Hélio Marcelo Júnior (s.p., 2012) “[...] admitir as provas ilícitas colhidas pela defesa e repudiar as produzidas pela acusação agride frontalmente o princípio da igualdade, que da mesma forma possui natureza constitucional”.

Isto posto, o aproveitamento do princípio da proporcionalidade nas provas ilícitas deve ser utilizado de modo excepcional, diante da análise feita pelo nobre magistrado de acordo com o caso concreto, para que assim haja uma solução justa e correta para aplicação da sanção.

Ainda, faz necessário que quando da aplicação deste princípio o magistrado leve em conta os subprincípios que o compõe o princípio da proporcionalidade.

Somente assim com a junção de todos esses requisitos é que seria viável a persistência na aplicação da proporcionalidade nas provas ilícitas em favor da sociedade, tendo em vista a prevalência dos interesses coletivos frente aos interesses individuais assegurados pelo Estado o qual afastaria de algum modo o artigo 5º, inciso LVI da Carta Magna.

7.4 Princípio da proporcionalidade e as provas ilícitas por derivação

Ensina Leandro Cadenas Prado (2006, p. 17) que a origem da *fruits of the poisonous tree*, deriva do direito norte-americano no qual uma árvore envenenada não pode produzir frutos lícitos. Assim se a prova originária é ilícita, ilícita também será aquela que dela derivar.

Logo, para essa “teoria a prova que é em si mesma lícita, mas produzida através de um meio ilegal, a despeito de ser regular, contraria com o vício de origem que a contamina irremediavelmente [...], é ilícita por derivação da sua origem”, como exemplifica Aranha (1999, p. 61).

Segundo explanação realizada por Luiz Francisco Torquato Avolio (2010, p.114):

As provas ilícitas por derivação, quais sejam, aquelas obtidas de forma lícita, mas a partir da informação extraída de uma prova obtida por meio ilícito, não são admissíveis no processo, ressalvada a hipótese de sua desvinculação casual da prova ilicitamente obtida

Desde modo, ficou conhecida também como “teoria da ilicitude por derivação ou dos frutos as árvore contaminada”, lembra Aranha (1999, p. 61).

Como exemplo de prova ilícita por derivação (AVOLIO, 2010, p. 81):

Concerne as hipóteses em que a prova foi obtida de forma ilícita, mas a partir de informações extraída de uma prova obtida por meio ilícito. 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.

Desta forma, “a prova ilícita por derivação são aquelas provas materialmente e processualmente válidas, mas angariadas a partir de uma prova ilicitamente obtida” (SILVA, 2007, p. 28).

No que tange a utilização da prova ilícita por derivação no ordenamento jurídico brasileiro não é razoável um posicionamento pacífico entre a doutrina e a jurisprudência em relação à admissibilidade desse tipo de prova.

Um dos adeptos favoráveis à adoção da utilização das provas ilícitas por derivação é César Dario Mariano da Silva (2007, p. 31):

Não vemos como não admitir no processo uma prova somente porque ela teve sua origem em uma prova ilícita. Se as provas angariadas, mesmo derivadas de uma ilícita, obedecerem a todos os princípios constitucionais e processuais, não há como desprezá-las e deixar criminosos impunes, uma vez que o Processo Penal visa a busca da verdade real e a punição de pessoas que atentem contra a ordem pública.

Na suprema corte norte-americana na qual se originou tal teoria, há prevalência do exclusionary rule no que tange as provas ilícitas por derivação.

Essa exceção significa dizer que aquela prova que foi avaliada como ilícita não possui relação com as provas que eventualmente dela se originar, bem

como que essa prova ilícita não foi fundamental para a descoberta das demais provas que delas resultar.

Sobre as provas ilícitas na suprema corte norte-americana leciona Avolio (2010, p. 79-80):

Acreditava-se que, com isso, similarmente ao pensamento que ensejou a concepção da exclusionary rule, a polícia ficaria desencorajada de proceder a buscas e apreensões ilegais. A regra de exclusão tem sido severamente criticada nesses casos, em que se diz que a polícia extrapolou ou não agiu com inteligência (constable hás blundered) por permitir que um acusado inequivocamente culpado tenha logrado escapar da punição por causa do mau comportamento dos agentes do governo.

No entanto no Brasil já existem julgados no qual se faz presente a utilização dessa exceção, conforme segue abaixo:

EMENTA: HABEAS CORPUS. INÉPCIA DA DENÚNCIA. ALEGAÇÃO EXTEMPORÂNEA. PARECER DO MINISTÉRIO PÚBLICO PELA CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO. PROVA ILÍCITA. ESCUTA TELEFÔNICA. FRUITS OF THE POISONOUS TREE. NÃO ACOLHIMENTO. A alegação de inépcia da denúncia, por não descrever as condutas individualizadas dos co-partícipes e nem demonstrar, sequer implicitamente, a existência de associação permanente entre os pacientes para o cometimento do tráfico de substância entorpecente, é extemporânea, pois a oportunidade de argüi-la, se antes não fora suscitada, exauriu-se com a prolação da decisão condenatória transitada em julgado. Jurisprudência dominante no STF. Desacolhimento do proposto pela Procuradoria-Geral da República, no sentido da concessão de ofício do habeas corpus para anular-se a decisão condenatória. **É que a interceptação telefônica - prova tida por ilícita até a edição da Lei nº 9.296, de 24.07.96, que contamina as demais provas que dela se originam -, não foi a prova exclusiva que desencadeou o procedimento penal, mas somente veio a corroborar as outras lícitamente obtidas pela equipe de investigação policial. Habeas corpus indeferido.**

(HC 74530, Relator(a): Min. ILMAR GALVÃO, Primeira Turma, julgado em 12/11/1996, DJ 13-12-1996 PP-50167 EMENT VOL-01854-05 PP-00961).
(Destques Nossos).

Ocorre que, a prevalência nos órgãos julgadores do ordenamento jurídico brasileiro é pela inadmissibilidade das provas ilícitas por derivação, conforme julgado trazido por José Hélio Marcelo Júnior (s.p., 2012):

A questão da doutrina dos frutos da árvore envenenada (*fruits of the poisonous tree*): a questão da ilicitude por derivação. Ninguém pode ser investigado, denunciado ou condenado com base, unicamente, em provas ilícitas, quer se trate de ilicitude originária, quer se cuide de ilicitude por derivação. Qualquer novo dado probatório, ainda que produzido, de modo válido, em momento subsequente, não pode apoiar-se, não pode ter fundamento causal nem derivar de prova comprometida pela mácula da ilicitude originária. A exclusão da prova originalmente ilícita – ou daquela afetada pelo vício da ilicitude por derivação – representa um dos meios mais expressivos destinados a conferir efetividade à garantia do *due processo of Law* e a tornar mais intensa, pelo banimento da prova ilicitamente obtida, a

tutela constitucional que preserva os direitos e prerrogativas que assistem a qualquer acusado em sede processual penal. Doutrina. Precedentes. **A doutrina da ilicitude por derivação (teoria dos ‘frutos da árvore envenenada’) repudia, por constitucionalmente inadmissíveis, os meios probatórios, que, não obstante produzidos, validamente, em momento ulterior, acham-se afetados, no entanto, pelo vício (gravíssimo) da ilicitude originária, que a eles se transmite, contaminando-os, por efeito de repercussão causal.** Hipótese em que os novos dados probatórios somente foram conhecidos, pelo Poder Público, em razão de anterior transgressão praticada, originalmente, pelos agentes da persecução penal, que desrespeitaram a garantia constitucional da inviolabilidade domiciliar. Revelam-se inadmissíveis, desse modo, em decorrência da ilicitude por derivação, os elementos probatórios a que os órgãos da persecução penal somente tiveram acesso em razão da prova originalmente ilícita, obtida como resultado da transgressão, por agentes estatais, de direitos e garantias constitucionais e legais, cuja eficácia condicionante, no plano do ordenamento positivo brasileiro, traduz significativa limitação de ordem jurídica ao poder do Estado em face dos cidadãos. (RHC 90.376, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 3-4-07, DJ de 18-5-07). (Destques Nossos).

Entretanto, apesar do Supremo adotar a teoria da árvore dos frutos envenenados, essa sofre duas mitigações, conforme relaciona Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho, Antonio Scarance Fernandes (2011, p. 130):

No entanto, é preciso atentar para as limitações impostas à teoria da inadmissibilidade das provas ilícitas por derivação, ou dos frutos da árvore envenenada, pelo próprio Supremo norte-americano e pela doutrina internacional: excepcionam-se da vedação probatória as provas derivadas da ilícita, quando a conexão entre umas e outra é tênue, de modo a não se colocarem a primária e as secundárias como causa e efeito, ou ainda, quando as provas derivadas da ilícita poderiam de qualquer modo serem descobertas por outra maneira. **Fala-se, no primeiro caso, *independent source* e, no segundo, na *inevitable Discovery*. Isso significa dizer que se a prova ilícita não foi absolutamente determinante para o descobrimento das derivadas, ou se estas derivam de fonte própria, não ficam contaminadas e podem ser produzidas em juízo.** (Destques Nossos).

Com isso, apesar da adoção da teoria da *fruits of the poisonous tree*, a mesma sofre limitações no ordenamento, tendo em vista que a prova ilícita por derivação poderá ser utilizada quando a sua descoberta era inevitável para o deslinde da causa, bem como quando a fonte originária era totalmente divergente da prova ilícita, conforme estabelece o artigo 157, § 1º, do Código de Processo Penal.

No que diz respeito à inadmissibilidade das provas ilícitas por derivação, é possível verificar a vedação dessas provas no tocante à edição da Lei 11.690/08 que trouxe alteração no artigo 157 do Código Processo Penal, o qual diz

expressamente pela inadmissibilidade desse tipo de prova, colocando assim um ponto final na discussão referente à matéria.

Outro aspecto importante a ser demonstrado diz respeito às provas ilícitas por derivação em relação com o princípio da proporcionalidade.

Conforme dito no capítulo 6, que trata do princípio da proporcionalidade, nenhum direito e garantia previsto no ordenamento jurídico possui caráter absoluto, podendo sofrer alterações na sua forma, desde que seja de acordo com a necessidade do caso.

Esse aspecto se faz presente também no que tange a esse princípio com as provas ilícitas por derivação.

Relaciona César Mariano da Silva (2007 p. 33-34):

Por outro lado, continuamos a entender que elas poderão ser empregadas no processo, desde que observados o princípio da proporcionalidade, uma vez que nenhuma liberdade pública tem caráter absoluto e poderá ceder quando houver choque com outro direito de igual ou maior valia. Ademais, se a prova derivada da ilícita observar todos os princípios processuais contidos na Constituição (contraditório, ampla defesa e devido processo) seu emprego não poderá ser obstado por simples lei ordinária, que não contrariar a Lei Maior, sendo isso um princípio comezinho de direito.

Desde modo, embora haja previsão expressa no ordenamento pela inadmissibilidade das provas ilícitas por derivação, cabe ao nobre magistrado realizar um juízo de valor e verificar qual direito fundamental deve prevalecer em detrimento do outro.

CONCLUSÃO

No presente trabalho buscou-se inicialmente analisar a importância do surgimento das provas, fazendo breves anotações históricas sobre a sua origem, enfatizando assim períodos mais importantes.

Concluindo que com o passar dos anos o sistema probatório vem sofrendo diversas modificações. No entanto, permanece sempre com a mesma essência, qual seja a possibilidade de imputar um fato criminoso a alguém que de fato tenha praticado um crime ou até mesmo buscar a absolvição de um inocente.

Dessa forma, apesar das modificações instituídas nas provas ao longo da história do direito, esta tem sua importância sempre destacada, a ponto de não podermos subestimá-la, pois, o direito careceria de subsídios para condenar os culpados e absolver os inocentes.

Ademais, ao analisar a prova, temos que observar a influência dos princípios aplicáveis ao estudo desta, tais como: o princípio da verdade real, princípio da concentração, princípio da oralidade, princípio "in dubio pro reo", princípio da liberdade probatória, dentre tantos outros.

Em decorrência de tais princípios, foi possível a percepção de um equilíbrio na utilização da prova no processo penal, pois esses diversos postulados jurídicos orientam a aplicação da prova, podendo ser encontrados tanto na Constituição Federal e nas normas infraconstitucionais.

Deste modo, restou configurado que apesar da prova servir para demonstrar o que de fato tenha ocorrido, a mesma sofre limitações na sua forma de aplicação. Surgindo assim a chamada prova proibida, ou seja, aquela prova que na sua forma de obtenção restou configurado a não observância aos preceitos constitucionais estabelecidos na Constituição, havendo assim uma grave violação material ou processual.

O legislador constituinte fixou no artigo 5º da Constituição Federal diversos direitos e garantias, estabelecendo certos limites para utilização desse tipo de prova no processo.

Desse modo, como a regra adotada na Constituição Federal é pela inadmissível da utilização da prova ilícita, conforme preceitua o artigo 5º, inciso LVI,

bem como a prova ilegítima, cumpre observar a relação existente dessa prova em relação ao princípio da proporcionalidade.

Com a aproximação do princípio da proporcionalidade frente às provas ilícitas, ficou configurado que embora não haja previsão expressa na Constituição Federal deste princípio, sua prevalência no ordenamento brasileiro é de suma importância, tendo em vista que, sua composição já advém de outros princípios fixados na Constituição Federal.

Ademais, com o rigorismo em aplicar a lei em determinados casos pode vir a causar danos irreversíveis, a doutrina e a jurisprudência já vem admitindo a prova ilícita pro reo ainda que em casos excepcionais, como o de legítima defesa e estado de necessidade.

Tem se então, que o princípio da proporcionalidade diante da composição dos subprincípios que o compõem tal como: adequação, necessidade e razoabilidade, vêm para auxiliar a aplicação das normas, pois conforme elucidado nenhum direito bem como as garantias são tidas como absolutas no ordenamento jurídico.

Assim, verifica-se a possibilidade de diante de uma prova ilícita se utilizar o princípio da proporcionalidade para solucionar conflitos coletivos e individuais, visto que, a sua aplicação deve ser sempre analisada diante cada caso, cabendo ao magistrado o melhor aproveitamento. Tal ação se dá através da ponderação de valores, admitidas nas provas ilícitas pro reo.

No entanto, a aplicação do princípio da proporcionalidade não deve ser aplicada de forma geral, somente deverá ser utilizada em casos excepcionais, como por exemplo, quando a vítima está sendo extorquida e se utiliza de uma gravação telefônica sem a autorização judicial.

Ocorre que, no que diz respeito às provas ilícitas pro societate foi possível verificar que ainda não há um posicionamento pacífico para a admissibilidade dessas provas.

Para aqueles que não admitem a utilização das provas ilícitas pro societate tais argumentos se baseiam no fato de que o Estado tem todos os equipamentos necessários para se valer de provas lícitas para a condenação ou absolvição de um indivíduo.

No que pese a outra parte, defende admissibilidade das provas ilícitas ainda que em favor da sociedade, questionam que a Constituição Federal

estabelece no seu contexto o princípio do Estado Democrático de Direito, logo se deve ter a igualdade para ambas as partes em um processo, o que justificaria a adoção da prova ilícita pro societate.

Todavia, alega-se também como forma de emprego das provas ilícitas em favor da sociedade, o combate que elas teriam em relação às grandes organizações criminosas que a cada dia vem ganhando mais força na sociedade brasileira.

Além disso, no que tange às provas ilícitas por derivação, embora não admitidas no ordenamento jurídico, conforme elencou o artigo 157 do Código de Processo Penal, destacam-se pelas exceções que o compõem como, por exemplo, na sua admissibilidade quando a prova derivada da ilícita demonstrar que adveio de uma fonte independente ou de uma descoberta inevitável.

Em face das provas ilícitas por derivação no tocante ao princípio da proporcionalidade, também não nenhuma previsão no ordenamento, cabendo ao magistrado sopesar os valores em questão.

Diante das explanações elencadas no presente trabalho, ressalvo minha opinião particular sobre o referido tema.

Embora haja previsão expressa na Constituição Federal pela inadmissibilidade das provas ilícitas no processo penal, penso que, se aplicado de maneira prudente, adequada o princípio da proporcionalidade nas provas ilícitas seria de total valia a utilização desse princípio no ordenamento.

Tendo em vista, que conforme já salientado nenhum direito e garantias fundamentais estabelecidas para os indivíduos são absolutos e em certos casos, faz-se necessário o sacrifício de um direito em relação a outro, às vezes de maior valia, com a finalidade de uma aplicação justa na solução da causa.

Isto posto, convém dizer que os dizeres aqui expostos tem cunho mais social, tendo em vista que muitas vezes o individualismo acaba por ferir interesses coletivos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AQUINO, José Carlos G. Xavier. **A prova testemunhal no processo penal brasileiro**. 3ª ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1995.

ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. **Da Prova no Processo Penal**. 5ª ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1999.

AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas Ilícitas: interpretações telefônicas, ambientais, e gravações clandestinas**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

BARROS, Antônio Milton de. **Da prova no Processo Penal: apontamentos gerais**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2001.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 11. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2001.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Processo Penal. Habeas Corpus nº 74530. Relator: Ministro Ilmar Galvão. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000029568&base=baseAcordaos> . Acesso em: 11 out de 2014.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal Anotada**. São Paulo: Saraiva, 2000.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas**: Coimbra ed., 1982.

_____. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 4ª ed. Coimbra: Almedina, 1997.

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

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

COSTA, Alexandre Araújo. O **princípio da razoabilidade na jurisprudência do STF**. Disponível em: <http://www.arcos.org.br/livros/o-principio-da-razoabilidade-na-jurisprudencia-do-stf-o-seculo-xx/conclusao/b-o-principio-da-razoabilidade-na-jurisprudencia-do-stf#topo>. Acesso em: 20 out. 2014.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FERNANDES, Antônio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. 2 ed. ver. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____ ; ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAES, Maurício Zanoide de (Coordenadores). **Provas no Processo Penal Estudo Comparado**. São Paulo: Saraiva 2011.

FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui (Coord.). **Código de Processo Penal e sua Interpretação Jurisprudencial**. v. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

GOMES, Luiz Flávio Gomes; CERVINI, Raúl. **Interceptação Telefônica: Lei 9.296, de 24.07.96**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988**. 6. Ed: São Paulo: Malheiros, 2001.

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

_____. **Interceptação Telefônica: Considerações sobre a lei n. 9.296 de julho de 1996**. São Paulo: Saraiva, 1996.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Direitos Fundamentais, processo e princípio da proporcionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antônio Scarance; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **As nulidades no Processo Penal**. 7ª ed.; São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

LIMA, Marcellus Polastri. **A Prova Penal: de acordo com a reforma processual penal**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

MALATESTA, Nicola Framarino Dei. **A Lógica das Provas em Matéria Criminal**. v. 1. Tradução da 3ª edição de 1972. Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 1996.

MARCELO JÚNIOR, José Hélio. **Estudo das provas ilícitas e o critério da proporcionalidade no processo penal**. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,estudo-das-provas-ilicitas-e-o-criterio-da-proporcionalidade-no-processo-penal,36894.html> . Acesso em: 09 out 2014

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal**. 2ª ed. v. 2. Campinas: Millennium, 2000.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **As provas ilícitas e a violação do sigilo bancário**. v. 5. São Paulo: Livro de estudos jurídicos, 1989.

_____. **Processo Penal**. 18ª ed. São Paulo: Altas, 2006.

MOSSIN, Heráclito Antônio. **Curso de Processo Penal**. v. 2. São Paulo: Altas, 1998.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 29ª ed. São Paulo: Editora Altas, 2013.

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

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **A constituição e as provas ilicitamente obtidas**. Revista do ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, n.04, 1996.

MOTA, Luig Almeida, **O fenômeno da interceptação ambiental**. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/24546>>. Acesso em: 25 set. 2014.

NASCIMENTO, José Carlos do. **As provas produzidas por meios ilícitos e sua admissibilidade no Processo Penal**. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/7180/as-provas-produzidas-por-meios-ilicitos-e-sua-admissibilidade-no-processo-penal> . Acesso em: 13 abril de 2014.

OLIVEIRA, Rogério de Lemes. **Prova ilícita pro reo e pro societate**. Disponível em: <http://www.webartigos.com/artigos/prova-ilicita-pro-reo-e-pro-societate/85637/> . Acesso em: 20 out de 2014.

PAIÃO JUNIOR, Reinaldo Venâncio. **Interpretação telefônica e ilicitude das provas no processo penal**. 2004. Monografia (Bacharelado em Direito) – Faculdades Integradas “Antônio Eufrásio de Toledo”.

PRADO, Leandro Cadenas Prado. **Provas ilícitas no processo penal: Teoria e Interpretação dos Tribunais Superiores**. Rio de Janeiro: Impetus, 2006.

PINTO, A. G. G. **Os Mais Importantes Princípios que Regem o Processo Penal Brasileiro**. Disponível em: http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista35/revista35_221.pdf. Acesso em: 03 de maio de 2014.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 16ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

TORNAGHI, Hélio. **Curso de Processo Penal**. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 29ª ed. São Paulo: Saraiva 2007.

SALLA, Thomas Mio. **As provas ilícitas e o princípio da proporcionalidade**. 2007. Monografia (Bacharelado em Direito) - Faculdades Integradas “Antônio Eufrásio de Toledo”.

SILVA, Ariane Ragni Scardazzi. **A (in) admissibilidade das provas ilícitas no processo penal em face ao princípio da proporcionalidade**. 2008. Monografia (Bacharelado em Direito) – Faculdades Integradas “Antônio Eufrásio de Toledo”.

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. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

SILVA, Germano Marques da. **Curso de Processo Penal**. v. 2. Lisboa: Verbo, 1993.

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

YOSHIKAWA, Daniella Parra Pedroso. **Lei 11.690/08: o novo regramento das provas ilícitas**. São Paulo: Rede de Ensino LFG. 2005. Disponível em: http://ww3.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20080611120430212&mode=print. Acesso em: 07 out. 2014.