

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

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**PROVA ILÍCITA E SUA APLICAÇÃO
NO PROCESSO PENAL**

Geisa Matos Farah

Presidente Prudente/SP
Outubro/2008

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

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**PROVA ILÍCITA E SUA APLICAÇÃO
NO PROCESSO PENAL**

Geisa Matos Farah

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do Grau de Bacharel em Direito, sob a orientação do Prof. Marcus Vinícius Feltrim Aquoti.

Presidente Prudente/SP
Outubro/2008

PROVA ILÍCITA E SUA APLICAÇÃO NO PROCESSO PENAL

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

Marcos Vinícius Feltrin Aquotti
Orientador

Cláudio José Palma Sanchez
Examinador

Gilmara Pesquero Fernandes Mohr Funes
Examinador

Presidente Prudente/SP

*Para Marleide e Tadeu,
mãe e pai
extraordinários,
pelo eterno carinho
e amor.*

AGRADECIMENTOS

Acima de tudo a Deus, que está sempre presente em minha vida, me abençoando, dando-me saúde, amor, alegria, guiando meus passos, confortando-me nos momentos difíceis, mostrando-me o caminho da luz.

Aos meus pais por todas as lições de vida e dedicação.

Ao meu pai, pelo imensurável esforço e apoio em todos os momentos de minha vida.

A minha mãe pela confiança e incentivo a cada dia.

A minhas irmãs Giovana e Gabriela, em especial, pela pessoa maravilhosa e essencial em minha vida.

Ao professor Marcus Vinícius, por ter aceitado prontamente o convite para ser meu orientador e pela atenção na orientação deste Trabalho.

À professora Gilmara e ao professor Cláudio por terem aceitado o convite para compor a minha banca examinadora.

Ao Eduardo, por fazer parte da minha vida, às amigas: Mayara, Beatriz, Larissa, Samara, pela amizade de todos esses anos e ao meu amigo Felipe pelas colaborações ao longo da minha vida acadêmica.

A minha companheira de trabalho e amiga Salete por toda compreensão.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	09
2 ANÁLISE HISTÓRICA DO SISTEMA PROBATÓRIO	11
3 PROVAS	14
3.1 Conceito	14
3.2 Classificação das Provas	15
3.2.1 Quanto ao objeto:.....	15
3.2.2. Quanto ao sujeito:	16
3.2.3 Quanto à forma	17
3.3. Os Meios de Provas	17
3.4. Ônus da Prova	18
4 PRINCÍPIOS	21
4.1 Princípio do Contraditório e Ampla Defesa.....	22
4.2 Princípio da Imparcialidade	23
4.3 Princípio da Oralidade	23
4.4 Princípio da Comunhão das Provas	24
4.5 Princípio da Auto-responsabilidade das Partes.....	24
4.6 Princípio da Concentração	25
4.7 Princípio da Verdade Real.....	25
4.8 Princípio da Publicidade	26
4.9 Princípio da Audiência Contraditória	27
4.10 Princípio Livre Convencimento Motivado	27
4.11 Princípio do In Dúbio Pro Reo e Presunção da Inocência.....	29
5 PROVAS ILÍCITAS	31
5.1 Definição	31
5.2 Distinção entre Prova Ilícita e Prova Ilegítima.....	32
5.3 Limites ao Direito à Prova	34
5.3.1 A admissibilidade das provas ilícitas	35
5.3.2 Inadmissibilidade das provas ilícitas	37
5.4 Lei 11.690/2008: Nova Regra Sobre Provas Ilícitas.....	39
5.5 Provas Ilícitas por Derivação.....	40
5.5.1 Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada.....	41
6 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE	45
6.1 Introdução	45
6.2 Conceito	46
6.3 Evolução Histórica do Princípio da Proporcionalidade	47
6.4 Elementos do Princípio da Proporcionalidade.....	50
6.4.1 Princípio da adequação.....	51
6.4.2 Princípio da necessidade	51
6.4.3 Princípio da proporcionalidade em sentido estrito.....	53
6.5 Princípio da Proporcionalidade no Direito Brasileiro	54
6.6 Aplicação do Princípio da Proporcionalidade <i>Pro Reo</i>	57
6.6 Aplicação do Princípio da Proporcionalidade <i>Pro Societate</i>	60

6.8 Críticas a Teoria da Proporcionalidade	61
7 CONCLUSÃO	63
BIBLIOGRAFIA	65

RESUMO

É exatamente no confronto entre *o jus libertatis x jus puniend* correlatas às exigências de tutela da coletividade e da pessoa humana, que consiste a problemática aduzida neste trabalho. Inicialmente, há o estudo do sistema probatório. Percebe-se que a apreciação da prova passou por diferentes fases através da história, amoldando-se à cultura, aos costumes e ao momento político-econômico de cada povo. O Estado é o detentor do *jus puniend*, ou seja, é ele quem tem o dever de aplicar a justiça. As provas são de grande importância para o processo, pois é através dela que é estabelecida a existência ou inexistência de fatos, a fim de formar o convencimento do juiz. Contudo, a prova não constitui uma obrigação e sim um ônus, dessa forma, a prova é uma faculdade que cabe à parte demonstrar no processo a ocorrência de um fato que alegou em seu favor. No entanto, como no processo penal busca-se a verdade real, o juiz não encontra limites na iniciativa das partes, não é mero espectador das provas produzidas, ele pode diligenciar para conhecer a verdade dos fatos. Cabe ressaltar que o direito à prova, como qualquer outro direito, não é absoluto, a ele incide certas limitações, não podendo se sobrepor aos demais valores igualmente tutelados pelo legislador, no sentido que o Estado não pode banalizar os direitos fundamentais para obter provas. Nesse contexto, há as chamadas provas ilícitas, que são aquelas obtidas mediante violação de norma de direito constitucional ou legal, que atentam contra a dignidade da pessoa humana. É justamente aí que se encontra o conflito entre o direito à liberdade do indivíduo e o direito de punir do Estado. Importante destacar que foi promulgada a Lei n° 11.690/2008 que reiterou a inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos. Há, também, as provas ilegítimas, que são aquelas que ofendem uma norma de direito processual e, ainda, as provas ilícitas por derivação, que são aquelas provas que foram colhidas de forma lícita, todavia, provém de uma prova anterior que foi colhida ilicitamente. Segundo a Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada uma prova obtida por meio ilícito torna-se ilícita todas as demais provas que dela resulte direta ou indiretamente. Diante do exposto, faz-se necessário o estudo do princípio da proporcionalidade. De maneira geral, ele busca o equilíbrio ente o exercício do poder e a preservação dos direitos do cidadão. O referido princípio constitui uma autêntica atenuação da vedação das provas ilícitas, pois havendo conflito entre bens jurídico diversos, deve existir um juízo de ponderação, devendo o de menor valor ser sacrificado, mas somente em casos excepcionais e relevantes. Entretanto, o princípio da proporcionalidade é de extrema importância para a melhor aplicação da justiça e pela busca da paz social.

Palavras-chave: Prova. Processo Penal. Provas ilícitas. Princípio da Proporcionalidade.

ABSTRACT

This Project is about the confront between jus freedwoman x jus punitive towards the demandings of the tutelage of the human being. Firstly, there is a study of proofs system. Through the history the appreciation of the proof passed by different phasis, adjusting to the culture, habits and the economic-political moment en each group of people. The State is the jus punitive, or, it is who superpose the justice. The proof is very important for the process, because it is through is that the existence or not of the facts is established, to convince the judge. But, the proof isn't an obligation but onus, so, the proof must be shown by the part during the process. However, as in the penal process we search for the real truth, the judge doesn't get limits at the iniciative of the parts, he isn't only a spectator of the proofs, he can work to discover the truth. It's important so say that the right to the proof isn't absolut, there are some limits, it can't be over the other rights, or, the State can't banalize the fundamental rights to get the proofs. In this context, there are the illicit profs, which are ones got from violation of the legal or constitutional right, which go against the dignity of the human being. That's here where we find the conflict between the right to freedom of the person and the right to punishment of the State. It is important to say there is the number 11.690/2008, that confirms the illegality of the proof which were got though illegal ways. There are the illegitimate proofs, that are the ones which offenal a norm of right she sues, and yet, evidence illicit by derivation, that are the ones which were got in a licit way, but are from a previous proof that was got in a illicit way. According to the Theory of the "fruit of the poisonous tree" one proof which was got from an illicit way will becomes illicit and all the other proofs that came from it. Facing all this, it is necessary to have a study about the principle of the propotion. In general, it searches for the balance between the exercise of the power and the preservation of the rights of the citizen. This principle is an authentic attenuation of the fence of the illicit proofs, because if there is a conflict between different laws, there must be a judgment of considerate, and the less important must be sacrificed, but only in cases that are really relevant. However, the principle of the propotion is extremely important to apply the justice in the best way and the searching for the social peace.

Keywords: Proofs. Criminal Procedure. Proofs illicit. Proportionality principle.

1 INTRODUÇÃO

O tema do presente trabalho provas ilícitas é bastante atual e controvertido na doutrina e jurisprudência brasileira.

A Constituição Federal consagrou diversos direitos fundamentais como o direito à vida, à liberdade, à privacidade, intimidade, devido processo legal e trouxe também no rol de garantia e direitos fundamentais a expressa proibição da produção de provas no processo por meios ilícitos, de acordo com art. 5º, inciso LVI. E mais, com a promulgação da Lei nº 11.690/08, de 09 de junho de 2008 passou a existir também norma processual, o que até então não existia, vedando a utilização da prova ilícita, conforme dispõe caput do novo art. 157, do Código de Processo Penal: “São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais”.

No entanto, em determinados casos o Estado se depara com situações complexas e havendo conflito entre bens jurídicos diversos e relevantes, deve existir um sistema de contrapeso, no sentido de proteger o de maior importância.

Justifica-se a escolha do tema por ser a prova de extrema importância para o processo, uma vez que é através dela que o juiz toma conhecimento dos fatos, sendo que no nosso ordenamento o princípio do *in dubio pro reo*, ou seja, na dúvida favorece o réu, assim para haver a condenação é preciso que a criminalidade do réu seja provada, caso contrário deverá ser absolvido por falta de prova.

O objetivo deste trabalho foi estudar um assunto amplamente discutido na área jurídica, expor a real importância das provas no processo e as divergências sobre o tema.

Para discorrer sobre o tema foi utilizado o método dedutivo, pesquisas em artigos jurídicos, além de referências bibliográficas.

Destarte, o trabalho foi dividido em sete capítulos, inicialmente a autora analisou o sistema probatório, em seguida, há um estudo das provas em

geral e dos princípios constitucionais e processuais penais; chegando à explanação das provas ilícitas, tema principal do presente trabalho.

Por fim, a autora discorreu sobre o princípio da proporcionalidade, tema de suma importância para o Estado Democrático de Direito, pois em alguns casos a única prova hábil a absolver um inocente é obtida de forma ilícita, dessa forma, aplicando o princípio da proporcionalidade essa prova poderia ser utilizada com a finalidade de aplicar a justiça. Assim, este princípio mitiga a vedação constitucional de inadmissibilidade das provas ilícitas, uma vez que nenhum preceito é absoluto.

2 ANÁLISE HISTÓRICA DO SISTEMA PROBATÓRIO

Antes de iniciarmos o estudo das provas ilícitas, faz-se necessário primeiramente a análise do sistema probatório, com o objetivo de melhor entendimento do processo penal e do próprio sistema probatório.

A apreciação da prova passou diferentes fases através da história, amoldando-se à cultura, aos costumes e ao momento político-econômico de cada povo.

Inicialmente, o método de apuração da verdade era unicamente ligado à religião, em que os acusados eram submetidos a mecanismos de provas como as ordálias, juramentos e duelos para aferir sua responsabilidade.

Prevalencia a verdade formal, onde se acreditava que Deus castigava o culpado, ou seja, havia uma interferência divina na solução dos conflitos.

Esse método era chamado de os juízes dos Deuses, obrigavam os acusados a submeter-se a meios penosos para apuração da verdade, como a “prova de fogo”, a “prova das bebidas amargas”, a “prova das serpentes”, entre outras. Na “prova das serpentes”, por exemplo, o acusado era colocado no meio das cobras, se fosse mordido era considerado culpado por força da vontade divina.

Consoante C.J.A. Mittermaier (1997, p. 17):

A confiança nas ordálias altamente testemunham ainda tendências vivas para o princípio da verdade formal: e nisto devemos ver uma consequência dessa crença enraizada no povo, de que a voz de Deus acaba por descobrir a verdade, e por dar proteção a quem tem por si o direito [...] Aos juízes de Deus (ordálias), constituem meio de prova decididamente formal, obrigando o juiz, embora com convicção diretamente contrárias ao resultado de tal, a aceitar esse resultado como base e motivo de sua sentença.

Dessa forma, não havia qualquer rigor técnico, os julgamentos eram baseados somente em superstições, sem qualquer preocupação com a verdade dos fatos.

Esse sistema permaneceu até o fim do século XII e no curso do século XIII, quando sob a égide do Direito canônico, não totalmente desvinculados da religião, a inquirição tomou lugar dos juízos de Deus, atribuindo a solução dos conflitos, não mais confiando às divindades.

Esse era o período inquisitivo, conquanto a confissão do acusado era o objetivo primordial da inquirição, visto que a obtenção da “verdade”, por todos os meios de provas possíveis era fundamental para a punição das heresias.

Elegeu-se o método inquisitivo para dar guarita ao poder papal e a vigilância sobre toda a sociedade, influenciado pela cultura e sociedade da época. A perseguição ilimitada pela verdade levou ao entendimento que a confissão era a “rainha das provas”, tendo valor inequívoco, com a justificação que somente o acusado tinha o conhecimento preciso da realidade. Assim, como efeito desse sistema, o instrumento mais utilizado era a tortura.

Em seguida ao período da inquirição inicia-se o sistema legal das provas, baseado em textos de direito romano e de direito canônico, estabeleceu-se em leis as regras para avaliação da prova. Assim, ao juiz restava-lhe à observância de rigorosos preceitos estabelecidos nas leis, não havendo espaço para liberdade de apreciação, era a lei que dizia quais as provas são apropriadas a levar à convicção e quais não são aptas para tanto.

A prova tinha um valor pré-fixado, apenas a combinação das provas admitidas e valoradas autorizaria a condenação do indivíduo, desse modo havia uma regulação minuciosa e complexa dos meios de provas, o que favoreceu uma maior severidade da investigação, e novamente a confissão, mesmo diante tortura, era considerado o meio mais eficaz para a certeza necessária à condenação.

Após esse período, com a falência do sistema repressivo das monarquias absolutas e as transformações sociais trazidas pela Revolução Industrial, proporcionou maior liberdade política para os povos, surtiu, assim, efeitos na esfera criminal, que passou a reavaliar o sistema das provas legais.

Surge, então, o sistema da íntima convicção, de forma que a observação dos fatos deveria estar submetida à livre apreciação dos julgadores. A certeza residia na consciência do juiz, a avaliação das provas é deixada a sua

discrição, de forma que o juiz sentenciava conforme a sua íntima convicção, sem necessidade de fundamentar.

Esse sistema é visto com restrições pela doutrina, pois toda decisão deve ser fundamentada. Apesar disso, o nosso ordenamento jurídico sofre influência desse sistema, uma vez que no Tribunal do Júri o julgamento feito pelos jurados é sigiloso, que decidem de acordo com a sua íntima convicção e sem fundamentação alguma.

A partir daí, com a evolução doutrinária e legal, surgiu o sistema do livre convencimento motivado. Adotado por nosso ordenamento, onde o magistrado tem ampla liberdade de apreciação das provas, todavia, a sua decisão deve ser fundamentada, respeitando regras legais de garantia processual.

Em análise desse sistema, Tourinho Filho (1997, p. 122):

Sem o perigo do despotismo judicial que o sistema da íntima convicção ensejava e sem coactar os movimentos do Juiz no sentido de investigar a verdade, como aconteceria com o sistema das provas legais, está o sistema da livre apreciação ou livre convencimento [...] O juiz está livre de preceitos legais na aferição das provas, mas não pode abstrair-se ou alhear-se ao seu conteúdo. Não está dispensado de motivar a sua sentença.

Esse princípio encontra-se enraizado em nosso sistema através de dois artigos, o primeiro o *caput* do artigo 155 do CPP, que dispõe: “O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e cautelares”, o segundo o art. 93, inciso IX, que obriga toda decisão judicial ser fundamentada, sob pena de nulidade.

Por fim, percebe-se, que o sistema probatório está sempre sofrendo mudanças de acordo com a nova conjuntura político-social. E não raras vezes, a apreciação das provas vinculada à persuasão racional do magistrado reconheceu a inviabilidade de ser alcançado um resultado absolutamente verdadeiro na reprodução dos fatos.

3 PROVAS

3.1 Conceito

“A palavra prova é originária do latim *“probatio”*, que por sua vez emana do verbo *“probare”*, com o significado de examinar, persuadir, demonstrar”. (Vicente Greco Filho, p. 196). Assim, prova é todo elemento ou meio destinado ao convencimento do juiz sobre o que se procura demonstrar em determinado processo.

É o meio pelo qual, no decorrer do processo, pode ser demonstrada a existência ou inexistência de um fato, a falsidade ou a veracidade de uma afirmação, a fim de que o magistrado possa tirar suas convicções e realizar o julgamento.

Segundo Fernando da Costa Tourinho Filho (2007, p. 213):

Provar é, antes de mais nada, estabelecer a existência da verdade; e as provas são os meios pelos quais se procura estabelecê-las. Provar é, enfim, demonstrar a certeza do que se diz ou alega. Entendem-se, também, por prova, de ordinário os elementos produzidos pelas partes ou pelo próprio juiz visando a estabelecer, dentro do processo, a existência de certos fatos.

Conforme Tullio Libman: (1952) apud José Frederico Marques (2000, p. 330) “Toda afirmação feita pelas partes em juízo ‘consiste, em última análise, em deduzir determinadas conseqüências jurídicas de alguns fatos acontecidos no passado’, de que o juiz não tem conhecimento direto. Necessário, portanto, é que se dê ao magistrado ‘a possibilidade de formar uma opinião’ sobre esses fatos; e nisso, precisamente, consiste o objetivo das provas”.

De tal modo que o juiz não está presente em todos os fatos que ocorrem no dia-a-dia, é necessário levar ao processo provas de como o fato ocorreu, para que o juiz tome conhecimento.

3.2 Classificação das Provas

3.2.1 Quanto ao objeto:

O objeto da prova, ou *thema probandum*, é a coisa, fato, acontecimento ou circunstância que deve ser demonstrado no processo. As provas podem ser diretas ou indiretas. As primeiras são destinadas a demonstrar o próprio fato principal da demanda, são aquelas que por si só comprovam o fato, já as indiretas são as destinadas à demonstração de fatos secundários, quando um segundo fato prova o principal. São provas indiretas as presunções e indícios.

Nem todos os fatos devem ser submetidos à atividade probatória, apenas os fatos pertinentes ao processo é que suscitam o empenho da parte em demonstrá-los. Além de pertinentes, só devem ser provados os fatos relevantes, que são os que podem influir na decisão da causa.

Conforme, José Frederico Marques (2000, p. 332), “Objeto in concreto da prova são os fatos relevantes para a decisão do litígio. Donde excluir-se, do procedimento instrutório, toda prova impertinente ou irrelevante”.

Para Mirabete, (2006, p. 250):

O objeto da prova refere-se, pois, aos fatos relevantes para a decisão da causa, devendo ser excluídos aqueles que não apresentam qualquer relação com o que é discutido e que, assim, nenhuma influência podem ter na solução do litígio.

No processo penal não se exclui do objeto da prova o chamado fato incontroverso, ou seja, aquele admitido pelas partes.

De acordo com Vincenzo Manzini apud José Frederico Marques (1965, p. 332): “O juiz penal não está obrigado a admitir o que as partes afirmam contestes, uma vez que lhe é dado indagar sobre tudo o que lhe pareça dúbio e suspeito”.

Todavia, não precisam ser provados os fatos axiomáticos (intuitivos), aqueles que são evidentes por si mesmos, como por exemplo, se um indivíduo provar que estava em determinado lugar na hora do crime não precisa comprovar que não estava no local do crime. Os fatos notórios também não precisam ser provados, fatos notórios são aqueles cujo conhecimento faz parte da cultura de uma sociedade, por exemplo que o Natal é comemorado dia 25 de dezembro. Além disso os fatos presumidos não precisam ser provados, presumir é tomar como verdadeiro um fato, independentemente de prova. Diferencia-se a presunção absoluta (*juris et de jure*), que não admite prova em contrário, da presunção relativa (*juris tantum*) que admite prova em contrário.

“Ainda, quanto ao objeto, a prova pode ser plena ou semiplena. A prova plena é aquela que é persuasiva, completa a respeito dos fatos. É aquela de que se gerou a certeza relativamente ao fato e foi produzida segundo as regras legais, culminando em esclarecer, irrefutavelmente, a controvérsia sobre o fato afirmado”(MOSSIN, 1998, p. 207).

Prova semiplena é aquela que traz uma mera probabilidade, não apresentando uma convicção segura, não gera uma certeza indiscutível sobre os fatos, distinguindo-se da prova plena.

3.2.2. Quanto ao sujeito:

As provas, quanto ao sujeito, adotaremos a posição de Fernando Capez (1998): a prova pode ser pessoal ou real a primeira é aquela que encontra sua origem na pessoa humana, consistente em afirmações pessoais e conscientes, como as realizadas através de declaração ou narração do que se sabe: o interrogatório, os depoimentos, as conclusões periciais. A segunda consiste em análise de uma coisa externa e distinta da pessoa, e que atestam dada afirmação: por exemplo o lugar, o cadáver, a arma etc.

3.2.3 Quanto à forma

No que diz respeito a forma, ainda de acordo Fernando Capez a prova é testemunhal: resultante do depoimento prestado por sujeito estranho ao processo sobre fatos de seu conhecimento relacionados ao litígio; documental: aquela produzida por meio de documentos e por fim; material: obtida por meio químico, físico ou biológico, por exemplo: exames, vistorias, corpo de delito etc.

3.3. Os Meios de Provas

São todos aqueles utilizados pelo juiz para o conhecimento acerca dos fatos, são todas ações utilizadas para demonstrar a verdade. Como no processo vigora o princípio da verdade real, não existe limitação aos meios de prova, de modo que as partes podem utilizá-los com liberdade, pois havendo limitação prejudicaria a obtenção da verdade real. Sobre o tema, Julio Fabrini Mirabete, (2006, p. 252):

A busca da verdade material ou real, que preside a atividade probatória do juiz, exige que os requisitos da prova em sentido objetivo se reduzam o mínimo, de modo que as partes possam utilizar-se dos meios de prova com ampla liberdade. Visando o processo penal o interesse público ou social de repressão ao crime, qualquer limitação à prova prejudica a obtenção da verdade real, e, portanto, a justa aplicação da lei.

Nesse sentido já decidiu o Egrégio Supremo Tribunal Federal:

Visando o processo penal o interesse público ou social de repressão ao crime, qualquer limitação à prova prejudica a obtenção da verdade real e, portanto, a justa aplicação da lei. A investigação deve ser a mais ampla possível, já que tem como objetivo alcançar a verdade do fato, da autoria e das circunstâncias (STF, HC n. 69.204-4/SP, 1ª Turma, Rel. Min. Carlos Velloso, DJU 04/09/1992).

Não obstante, vislumbram-se no Código de Processo Penal, algumas limitações ao princípio da liberdade dos meios de prova, não sendo, portanto, absoluto. O parágrafo único do artigo 155 dispõe que deve ser observado as mesmas exigências e formalidades da lei civil para a prova quanto ao estado das pessoas (casamento, morte e parentesco são situações que somente se provam mediante as respectivas certidões) assim, por exemplo, o casamento prova-se com a respectiva certidão do registro (art. 1543 do CC); artigo 158 *caput*, que exige o exame de corpo de delito para as infrações que deixam vestígios, não admitindo que seja suprido nem pela confissão do acusado, e ainda a inadmissibilidade das provas obtidas por meio ilícito, (artigo 5º, inciso LVI, da Constituição Federal), contudo essa regra, também não é absoluta, sendo estudada pormenorizadamente a seguir.

3.4. Ônus da Prova

A palavra ônus tem origem latina “ônus”, significando fardo, peso, carga, imposição.

A prova não estabelece um dever, uma obrigação e sim um encargo, um ônus, como o próprio nome condiz.

Conforme Fernando Capez,(1998, p. 242): “A prova não constitui uma obrigação processual e sim um ônus, ou seja, a posição jurídica cujo exercício conduz seu titular a uma condição mais favorável”.

Faz-se necessário estabelecer a diferença entre ônus e obrigação. Obrigação decorre de um dever, está ligada a obrigatoriedade, enquanto o ônus o cumprimento é facultativo, mas neste caso a parte não terá a vantagem que incidiria se tivesse atuado.

Nesse contexto Adalberto José Q. T. de Camargo Aranha (1994, p. 8):

No processo as partes tem o dever, a obrigação de produzir as provas,mas sim o ônus de realizá-las . Quem tem uma obrigação processual e não a

cumprido sofre a pena correspondente; quem tem um ônus e não o atende, não sofre pena alguma, apenas deixa de lucrar o que obteria se tivesse praticado.

Ainda de acordo com Fernando Capez (1998, p. 243):

A principal diferença entre obrigação e ônus reside na obrigatoriedade. Enquanto na obrigação a parte tem o dever de praticar o ato, sob pena de violar a lei, no ônus o adimplemento é facultativo, de modo que o seu não cumprimento não significa atuação contrária ao direito. Neste último caso, contudo, embora não tendo afrontado o ordenamento legal, a parte arcará com o prejuízo decorrente de sua inação ou deixará de obter a vantagem que adviria de sua atuação.

Distingui-se ainda a obrigatoriedade da defesa, como por exemplo, a prática de atos defensórios que são necessários, e a presença às audiências, onde a ausência incidirá uma sanção que é a nulidade, da produção de provas que é apenas um ônus. De tal modo, que defender-se ou ser defendido é uma obrigação processual, enquanto produzir provas é um ônus.

O art. 156 do CPP dispõe: “A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício: inciso II: determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante”.

Em regra, quem alega é encarregado de fazer a prova, mas a própria parte final do dispositivo traz uma exceção, no entanto, essa faculdade do juiz determinar a produção de provas é supletiva.

Tanto a doutrina como a jurisprudência, interpretando o referido art. 156, seguiram a doutrina de Carnelutti, no qual se extrai “Cabe provar quem tem interesse em afirmar; portanto, a quem apresenta uma pretensão cumpre provar-lhe os fatos constitutivos e a quem fornece a exceção cumpre provar os fatos extintivos, ou as condições impeditivas ou modificativas”.

De acordo com Antônio Milton de Barros (2001, p. 09) “Os fatos constitutivos são aqueles que dizem respeito à tipicidade e à autoria. Fatos extintivos são aqueles que têm eficácia de fazer cessar a relação jurídica, (por exemplo: prescrição, decadência, etc.). Fatos impeditivos todos os que excluem o elemento

vontade livre e consciente (erro de fato, coação irresistível, as causas de exclusão da culpabilidade etc.) Fatos modificativos são todos aqueles que dão um novo aspecto ao fato (ex. a exclusão de antijuridicidade)”.

O direito, em regra, não precisa ser provado, bastando ser alegado, daí a máxima: da *mihi factum, dabo tibi ius*, ou seja: dê-me o fato que eu te darei o direito, mas existe uma exceção a essa regra, por exemplo se a parte alegar direito municipal, estadual, deverá provar a sua existência, conforme ensina Hélio Tornaghi apud Heráclito Antônio Mossin (1998, p. 218):

Não havendo, na lei em vigor, preceito legal que obrigue o alegante a provar o Direito estadual ou municipal, parece-me que ele está dispensado de fazê-lo. Trata-se na verdade, de Direito pátrio que o juiz, se não conhece, deve diligenciar para conhecer.

Por conseguinte, se a parte alegar um direito municipal, estadual, alienígena e o consuetudinário e o juiz não conhecer, deve impor a parte que prove a sua existência.

4 PRINCÍPIOS

Veremos neste capítulo os princípios que norteiam o ordenamento processual, de acordo com as garantias e liberdades individuais consagradas na Constituição Federal de 1988.

A palavra princípio traduz a idéia de começo, origem, onde tudo se inicia, é o fundamento de alguma coisa.

Aurélio Buarque de Holanda Ferreira (2001, p. 556) define a palavra principio como “causa primária”, “origem”, “preceito”, “regra”.

No sentido jurídico princípios são proposições normativas básicas que ressaltam os valores fundamentais do ordenamento jurídico, regulam a aplicação do direito e constituem a base do sistema jurídico do Estado.

De acordo com Celso Antônio Bandeira de Mello apud Anelisy Peres Blasques (2007, p. 21):

Princípio é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, dispositivo fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a intelecção das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo.

São os princípios que orientam, dão sentido às normas, podem estar previstos expressamente ou implicitamente em lei, ou seja, podem resultar da conjugação de diversos dispositivos legais, de acordo com o estudo de determinada matéria no decorrer dos anos.

4.1 Princípio do Contraditório e Ampla Defesa

O princípio do contraditório e ampla defesa encontram previsão expressa na Constituição Federal: artigo 5º, inciso LV: “Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”

O princípio do contraditório consiste na possibilidade das partes, em igualdade de condições, praticar todos os atos tendentes a formar o convencimento do juiz. Alcança, também, a necessidade de cientificação da parte contrária, dos atos praticados por uma delas.

Toda prova produzida no processo necessariamente a parte contrária deverá se manifestar a respeito. Na lição de José Laurindo de Souza Neto (2006, p. 123 e 124):

O contraditório entendido como o direito a ser ouvido (*audiatur et altera pars*), conseqüentemente de defender-se, compreende uma acusação de fato concreto, devidamente claro, preciso e delimitado (imputação), o conhecimento desse fato por meio de ato formal (citação), a presença do acusado a todos os atos do processo, em igualdade de deposição com a acusação .

O juiz deve ouvir o autor e sua pretensão sobre os fatos, além de ouvir o réu e sua defesa, de forma que acusação e defesa estarão em paridade de condições, assim, ambas as partes estarão influenciando no convencimento do juiz a respeito dos fatos para que ele possa formar sua convicção, de forma a permitir que o magistrado chegue a uma verdade processual equilibrada.

O princípio da ampla defesa refere-se à amplitude da defesa, compreende a faculdade de ir a júízo, defender-se de uma acusação e utilizar todos os meios lícitos presentes. O processo tem um duplo conteúdo: um processual e outro de mérito. Consoante José Frederico Marques apud Jorge Henrique Schaefer Martins (s.d, s.p.):

Defesa é o direito que tem o réu ou o acusado de opor-se a pretensão do autor (público ou privado), no curso do processo instaurado contra este. E como o processo tem um duplo conteúdo – um processual e outro de mérito-distinguem-se duas formas de defesa: a defesa processual e a defesa de mérito. Com a primeira, o acusado procurará mostrar, quando isto couber, que é inadmissível a prestação jurisdicional pedida, por faltar algum pressuposto processual, condição da ação ou de procedibilidade; e com a segunda, tentará demonstrar que inexistente o direito de punir, ou que a acusação, no todo ou em parte, é improcedente.

Os princípios do contraditório e ampla defesa estão intimamente ligados ao devido processo legal, na certeza que se alguém for condenado todas as regras existentes foram observadas, sob pena de nulidade.

4.2 Princípio da Imparcialidade

Por esse princípio o juiz deve manter uma posição de distância das partes quando da produção das provas. O magistrado não pode produzir provas para uma ou outra parte. Poderá produzir provas para o processo. São dois pilares que devem estar presentes: a independência na produção das provas e a imparcialidade

4.3 Princípio da Oralidade

Este princípio estabelece que, em geral as provas são produzidas oralmente, havendo predominância da palavra falada, sendo que os depoimentos são sempre orais, não sendo possível substituí-los por outros meios.

Como anotado por José Frederico Marques apud Heráclito Antônio Mossin (1998, p. 199):

A oralidade do procedimento é o sistema segundo o qual as declarações frente aos juizes e tribunais só possuem eficácia quando formuladas através

da palavra oral, em contraposição, o princípio da escritura, ou o procedimento escrito é aquele que obriga o uso da forma escrita para que essas declarações sejam válidas.

Cabe ressaltar que o princípio da oralidade é visto sob a ótica da prova, pois de forma geral o processo penal brasileiro não a adotou; e sim o procedimento escrito.

4.4 Princípio da Comunhão das Provas

No processo penal as provas não pertencem exclusivamente ao juiz, elas são comuns, ou seja, a prova produzida por uma parte poderá ser usada por outra.

Na doutrina de Aranha, (2006, p. 33): “No campo penal não há prova pertencente a uma das partes, mas sim o ônus de produzi-la. Toda a prova produzida integra um campo unificado, servindo a ambos os litigantes e ao interesse da justiça”.

4.5 Princípio da Auto-responsabilidade das Partes

Consoante Adalberto José Q. T. de Camargo Aranha (1994, p. 30):

Cada parte assume e suporta as conseqüências de sua inatividade, negligência, erro ou atos intencionais, pois tem o encargo de apresentar em juízo os elementos comprobatórios das alegações feitas e que lhes compete demonstrar.

Através desse princípio cada parte assume as conseqüências de sua inatividade, tendo que provar as suas alegações, assim cada parte é responsável pelo que alega.

4.6 Princípio da Concentração

Por força deste princípio, busca-se concentrar toda a produção da prova em audiência, visando maior rapidez em sua coleta e produção.

Na lição de José Frederico Marques, embasado em Francisco Moratto, apud Heráclito Antonio Mossin (1998, p. 199, 200):

Consiste em apertar o feito em um período breve, reduzindo-o a uma só audiência ou a poucas audiências a curtos intervalos, pois, quanto mais próximos da decisão do juiz são os movimentos processuais, tanto menor é o perigo do desaparecimento das impressões e dos fatos que a memória registra.

Não obstante, a concentração tem que obedecer ao rito previsto pelo legislador para o tipo de crime que é objeto da acusação pública ou privada.

4.7 Princípio da Verdade Real

No processo penal brasileiro, vigora o princípio da verdade real, no que tange à produção de provas, consoante se vê no artigo 156 do Código de Processo Penal, já que a finalidade do processo é a justa solução em punir o autor da infração, nada mais certo do que a busca pela verdade real dos fatos, onde a investigação não encontra limites na forma ou na iniciativa das partes, pois somente assim se pode dar uma solução justa e exata.

José Frederico Marques (2000, p. 337) preconiza que:

A verdade real – eis a causa finalis da instrução e, portanto, do próprio processo. Tendo em vista os graves interesses que estão em conflito, na instância penal, é absolutamente imprescindível que fique elucidado o *thema probandum* a fim de que se dê solução justa e exata ao pedido que se contém na acusação. E isso só se consegue quando emergem da instrução, de maneira fiel e real, os acontecimentos que motivaram a

acusação. Para tanto, necessário é, também, que o juiz aprecie os dados e informações obtidos com a instrução, para reconstruir a situação concreta que deve ser objeto de seu pronunciamento jurisdicional.

Ainda sobre o tema: José Frederico Marques (2000, p. 339):

Não é o juiz figura impassível que deve apreciar olímpicamente o desenrolar da instância, e sim participante dos atos de maior relevo da relação processual, admiti-se a intervenção complementar e supletiva do órgão judiciário nas operações relativas destinadas à apuração e descoberta da verdade.

Deste modo, como o Estado é o detentor do “*jus puniend*”, ele tem a obrigação de buscar esclarecer as circunstâncias que o crime ocorreu, a fim de conhecer a realidade e veracidade dos fatos.

4.8 Princípio da Publicidade

Em regra, os atos judiciais, conseqüentemente a produção de provas são públicos, devendo ser praticados publicamente diante dos cidadãos.

Entretanto, existe uma exceção a esse princípio quando sobrevier o interesse coletivo sobre o interesse particular, de acordo com o artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal: “A lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse coletivo o exigirem”.

Restringindo a abrangência deste princípio, o legislador processual disciplinou o parágrafo 1º, do artigo 792, do CPP:

Se da publicidade da audiência, da sessão, ou do ato processual, puder resultar escândalo, inconveniente grave ou perigo de perturbação da ordem, o juiz ou tribunal, câmara ou turma, poderá de ofício, ou a requerimento da parte ou do Ministério Público, determinar que o ato seja realizado a portas fechadas, limitando o número de pessoas que possam estar presentes.

Por conseguinte, a regra é que os atos processuais, bem como a produção de provas são públicos, salvo quando a intimidade ou o interesse público exigir.

4.9 Princípio da Audiência Contraditória

No âmbito penal prevalece o princípio da audiência bilateral pelo qual toda prova admite a contraprova, assim, toda prova produzida por uma parte a outra necessariamente deverá tomar conhecimento da mesma.

Conforme Adalberto José Q T. de Camargo Aranha, apud Heráclito Antônio Mossin (1998, p. 202):

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. É princípio jurisprudencial pacífico a nulidade do processo quando uma das partes não tenha ciência e possibilidade de manifestar-se sobre uma prova existente nos autos.

Há nulidade do processo quando uma das partes não tem ciência e possibilidade de manifestar-se sobre uma prova existente nos autos.

4.10 Princípio Livre Convencimento Motivado

Este princípio foi estudado ligeiramente no capítulo 3, ao versar sobre a análise histórica do sistema probatório, entretanto, como trata-se de um princípio importante no nosso ordenamento será apresentado pormenorizadamente neste capítulo.

No direito processual existem três grandes sistemas de avaliação de prova: o sistema legal ou tarifado, o da apreciação e o do livre convencimento

motivado ou sistema da persuasão racional. Para o presente estudo apresentaremos a definição de Adalberto José Q. T. de Camargo Aranha (1994, p. 56): “O sistema da prova legal ou tarifada estabelece que cada prova possui um valor preestabelecido na lei, inalterável e constante, de sorte que ao juiz não era livre a avaliação. O juiz torna-se um órgão passivo, pois, diante do valor tabelado, a ele cabe apenas verificar o valor atribuído pela lei, sem que possa fazer sua apreciação diante da própria convicção”.

Dessa forma, percebemos que embora a prova produzida não demonstre a verdade, mas a lei atribua valor, o juiz deve decidir com base nela, não podendo levar em conta nenhum fator racional que poderia formar seu convencimento.

Ainda, conforme Adalberto José Q. T. de Camargo Aranha(1994, p. 57): “O sistema da livre apreciação da prova, o juiz não está vinculado a qualquer regra legal, quer quanto à natureza da prova, quer quanto à avaliação, pois a verdade jurídica. Age apenas pela sua consciência, não só no tocante à admissibilidade das provas quanto à sua avaliação, seus conhecimentos e impressões pessoais, até contra provas colhidas e, por fim, pode deixar de decidir se não formada a convicção”

Este sistema caracteriza-se como o oposto do sistema da prova legal, uma vez que o magistrado não está preso às previsões legais atinentes à prova.

Não obstante, o sistema probatório brasileiro não optou pelo sistema legal ou tarifado, nem o livre convencimento, existindo a preferência por um terceiro: Princípio do livre convencimento motivado ou da persuasão racional, baseado em características dos dois tipos acima referidos.

Novamente, Adalberto José Q. T. de Camargo Aranha (1994, p. 58): “O juiz age livremente na apreciação das provas (convicção), porém sua avaliação deve ser ajustada às regras científicas (jurídicas, lógicas e experimentais) preestabelecidas (condicionadas). Vale dizer, o juiz tem a liberdade de avaliar as provas pela sua convicção, porém condicionado às colhidas no processo, às admitidas, às sujeitas a um juízo de credibilidade e de acordo com o valor legal. Há

a obrigatoriedade de fundamentar e motivar a decisão para que se saiba quais as condicionantes que levaram o julgador à convicção dos fatos”.

Assim, hoje, o juiz não mais fica preso ao formalismo da lei, sendo que vai embasar suas decisões nas provas existentes nos autos, de acordo com sua livre convicção pessoal motivada.

4.11 Princípio do In Dúbio Pro Reo e Presunção da Inocência

Para que haja condenação é imprescindível que a figura típica seja provada inteiramente. Nesse contexto, Heráclito Antônio Mossin (1998, pág. 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. Em havendo dúvida (*in dúbio pro reo*), deve-se presumir a inocência do acusado. É preferível absolver um réu supostamente culpado a condenar um acusado presumivelmente inocente. A condenação somente é autorizada quando a prova revelar, de modo concludente, a culpabilidade do acusado.

Dessa maneira, se a instrução probatória deixar dúvidas sobre a criminalidade do réu deverá ele ser absolvido por falta de prova, conforme o inciso VI do artigo 386, do CPP; aplicando assim o *in dúbio pro reo*: artigo 386 do CPP: “O juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça, inciso VI – não existir prova suficiente para a condenação”.

Segundo José Laurindo de Souza Netto (2006, p. 158): “Presume-se inocente o acusado até que uma sentença penal irrecorrível o declare culpado”.

O princípio da presunção de inocência é um dos pilares do Estado de Direito, como garantia processual, no qual se extrai que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença, destarte, a pessoa é presumidamente inocente até que trânsito em julgado da sentença penal

condenatória. Porém essa presunção de inocência não é absoluta, admitindo-se as prisões processuais presentes os requisitos previstos pela lei.

5 PROVAS ILÍCITAS

5.1 Definição

“O termo ‘ilícito’, usado pelo constituinte, tem sua origem etimológica no latim *illicitus* (*il + licitus*), tendo dois sentidos: um, restrito, significando o que é proibido ou vedado por lei, e outro, amplo e genérico, indicando o que é contrário à moral e aos bons costumes, reprovável pela opinião pública e proibido pelo direito”. (ARANHA, p. 46, 1994).

Prova ilícita é toda aquela obtida por violação de direito material. A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, inciso LVI, estabeleceu como preceito constitucional: “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”.

Existem várias inviolabilidades postas na Constituição Federal como forma de proteção dos direitos fundamentais da pessoa: inviolabilidade de domicílio (art. 5.º inciso XI), inviolabilidade do sigilo das comunicações em geral e dos dados (art. 5.º inciso XII), inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra, da imagem (art. 5º, inciso X). Portanto, a violação dessas e de outras garantias de natureza constitucional na produção de prova incidirá a entendimento de prova ilícita.

Assim, são proibidas as provas cuja colheita tenha como origem um meio ilícito.

Sobre o tema: Grinover, Scarance e Magalhães (2001, p. 133), apresentam o seguinte conceito: “A prova ilícita (ou obtida por meios ilícitos) enquadra-se na categoria de prova vedada. A prova é vedada sempre que for contrária a uma específica norma legal ou a um princípio do direito positivo”.

Ainda no entendimento de Grinover, Scarance e Magalhães (2001, p. 132):

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

Logo, há um conflito entre a busca da verdade real e os direitos fundamentais dos indivíduos.

5.2 Distinção entre Prova Ilícita e Prova Ilegítima

Sobre essa distinção apresentaremos a de Luiz Francisco Torquato Avolio (1999, p. 44)

A prova ilegítima é aquela cuja colheita estaria ferindo normas de direito processual. [...] Diversamente, por prova ilícita, ou ilicitamente obtida, é de se entender a prova colhida com infração a normas ou princípios de direito material. Para a violação dessas normas, é o direito material que estabelece sanções próprias. Assim, em se tratando de violação do sigilo da correspondência ou de infração à inviolabilidade do domicílio, ou ainda de uma prova obtida sob tortura, haverá sanções penais para o infrator.

Prova ilegítima segundo o Professor Luiz Flávio Gomes (s.d. s. p.) é a que viola regra de direito processual no momento de sua obtenção em juízo (ou seja: no momento em que é produzida no processo). Exemplo: oitiva de pessoas que não podem depor, como é o caso do advogado que não pode nada informar sobre o que soube no exercício da sua profissão (art. 207, do CPP). Outro exemplo: interrogatório sem a presença de advogado; colheita de um depoimento sem advogado etc. A prova ilegítima, como se vê, é sempre intraprocessual (ou endoprocessual).

A sanção para esse tipo de descumprimento, para as provas que viola direito processual, está na própria lei processual. Seguindo ainda o entendimento de Luiz Francisco Torquato Avolio (1999, p. 44)

A sanção para o descumprimento dessas normas encontra-se na própria lei processual. Então, tudo se resolve dentro do processo, segundo os esquemas processuais que determinam as formas e as modalidades de produção da prova, com a sanção correspondente a cada transgressão, que pode ser uma sanção de nulidade.

Por conseguinte, prova ilegítima é aquela que ofende uma norma de direito processual, como por exemplo, se for tomado depoimento de pessoas que em função do ofício ou profissão devam guardar sigilo, como os padres, psicólogos essa prova é nula, pois a prova estará em desacordo com a lei processual penal.

Enquanto prova ilícita é aquela que afronta uma norma de direito material (constitucional ou penal), a ilicitude ocorre em razão da forma pela qual a prova é colhida.

Ilegítimo abrange tudo aquilo “a que faltam qualidades ou requisitos exigidos pela lei para ser por ele reconhecido ou posto sob sua proteção” (conforme Dicionário jurídico brasileiro, José Naufel, e Dicionário de tecnologia jurídica, Pedro Nunes).

Por sua vez, o termo ilícito tem um sentido amplo: “Tudo quanto a lei não permite que se faça ou que é praticado contra o direito, a justiça, os bons costumes, a moral social e a ordem pública”. (conforme Dicionário de tecnologia jurídica, Pedro Nunes).

Referindo-se ao momento que acontece a transgressão; a prova ilegítima a ilegalidade incide quando é inserida no processo, ou seja, é posterior a sua colheita, já as provas ilícitas a violação ocorre no momento de sua colheita, podendo ser anterior ou concomitante ao processo, mas externamente a este.

Concluimos que algumas provas ilícitas também podem ser ilegítimas, se a lei processual também impedir a sua produção em juízo. Sobre essa utilização ou não das provas ilícitas e ilegítimas veremos um pouco mais adiante, no capítulo 5.4, ao tratar da Lei 11.690/08, a nova lei sobre provas ilícitas.

5.3 Limites ao Direito à Prova

Conforme foi explanado anteriormente, a liberdade na produção de provas não é absoluta, existindo limites, de acordo com os princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa. Como salienta Antonio Magalhães Gomes Filho apud Pedro Henrique Demercian e Jorge Assaf Maluly (1999, p. 252):

Direito das partes de introdução, no processo, das provas que entendam úteis e necessárias à demonstração dos fatos em que se assentam suas pretensões, embora de índole constitucional, não é, entretanto, absoluto. Ao contrário, como qualquer direito, também está sujeito a limitações decorrentes da tutela que o ordenamento confere a outros valores e interesses igualmente dignos de proteção.

Algumas limitações encontradas no Código de Processo Penal: impedimento para depor de pessoas que, em razão de função, ministério, ofício ou profissão, devam guardar segredo (art. 207 do CPP); a extinção da punibilidade em virtude da morte do autor da infração penal que deve ser provada com a respectiva certidão de óbito (art. 62 do CPP).

A limitação na liberdade probatória existe em função da convivência das liberdades, de forma que não deve atentar contra a ordem pública e às liberdades alheias. Sobre o tema: Grinover, Scarance e Magalhães (2007, p. 154):

Os direitos do homem, segundo a moderna doutrina constitucional, não podem ser entendidos em sentido absoluto, em face da natural restrição resultante do princípio da convivência das liberdades, pelo que não se permite que qualquer delas seja exercida de modo danoso à ordem pública e às liberdades alheias. As grandes linhas evolutivas dos direitos fundamentais, após o liberalismo, acentuaram a transformação dos direitos individuais em direitos do homem inseridos na sociedade.

Assim, como no processo penal está em jogo a liberdade do indivíduo, o Estado não deve banalizar os direitos fundamentais para obter provas,

de forma que o processo deve estar atento às regras que regem a atividade do juiz e das partes.

5.3.1 A admissibilidade das provas ilícitas

“Numa fase preambular, onde o tema das provas ilícitas mereceu, pela primeira vez, a atenção dos juristas, o condicionamento aos dogmas do ‘livre convencimento’ e da ‘verdade real’, fazia com que um eventual balanceamento dos interesses em jogo pendesse, inequivocamente, em favor do princípio da investigação da verdade, ainda que baseado em meios ilícitos”. (AVOLIO, 1999, p. 45).

Dessa forma, percebemos que o juiz na busca da verdade dos fatos poderia aceitar as provas obtidas por meios ilícitos, de forma que interesse da coletividade deve predominar sobre uma formalidade do procedimento.

Conforme Maria Cecília Pontes Carnaúba (2000, p. 26), “Se for atribuído um valor absoluto à inadmissibilidade da prova ilícita no processo, pode-se levar o juiz a decidir de forma totalmente contrária ao seu convencimento. A proferir sentença injusta, segundo a sua opinião. No processo penal vigora o princípio da verdade material; assim, o julgador tem liberdade para promover, tanto quanto as partes, meios para esclarecimento dos fatos *sub judice*. É um empenho legal no sentido de alcançar uma decisão final harmonizada com a idéia de justiça”.

No entanto, há que se observar que não deve deixar de existir a sanção cabível ao responsável pela produção da prova ilícita.

Nesse sentido: Desirée Brandão Muller (s.d. s.p.):

Como o objetivo do processo é a descoberta da verdade real, acredita-se que, se a prova ilegalmente obtida ostentar essa verdade, seja ela aceita. Nesse caso, haverá de ser instaurada, contra aqueles que obtiveram a prova ilícita, o devido processo penal, de forma a apurar a infração cometida.

Isto poderia ser apurado no caso de um indivíduo que adentra ao domicílio de outro sem o respectivo mandado de busca e apreensão de produto de crime, a *res furtiva* apreendida, serve de prova no processo, ficando ele, porém, sujeito às penas do crime de abuso de autoridade (Lei n° 4.898/65, § 3°, b).

Antes da promulgação da Constituição Federal de 1988, com o regime autoritário que governava o país era comum qualquer tipo de prova violenta, onde eram freqüentes e graves as violações dos direitos fundamentais. É importante reconhecer que naquele momento histórico não se poderia imaginar outra forma de produção de provas no processo, sendo inadmissíveis as provas obtidas por meios ilícitos.

Não obstante, não se defende no presente trabalho a prática de tortura na produção de provas, uma vez que esta jamais pode ser admitida, seja destinada a qualquer fim, apenas que o princípio da inadmissibilidade das provas ilícitas deve ser visto com algumas ressalvas, uma vez que há casos que se faz necessário admitir as provas ilícitas, aplicando o princípio da proporcionalidade, existindo uma colisão de direitos fundamentais, por exemplo, havendo conflito entre o direito à vida e o direito à privacidade, é claro que o direito à vida sobrepõe-se ao direito à privacidade, assim, em casos excepcionais e extremamente graves, nada mais justo que admitir a prova ilícita, a fim de dar uma solução mais justa ao caso concreto, com o objetivo de evitar a impunidade, viabilizando uma das finalidades do Estado de Direito.

Ademais, a proteção a determinados direitos fundamentais deve ceder naquelas hipóteses que a sua observação contumaz levaria a lesão de outro direito fundamental ainda mais importante.

Cabe lembrar que nenhum preceito constitucional é absoluto, pois garantir uma extensão absoluta ao princípio da inadmissibilidade das provas ilícitas seria negar as outras pessoas outros direitos fundamentais para a existência do Estado Democrático de Direito. Por isso, deve haver um meio termo, consagrando o princípio da proporcionalidade.

Ressaltamos que essa posição será estudada pormenorizadamente no capítulo 6, enfocando o princípio da proporcionalidade existente em nosso ordenamento.

5.3.2 Inadmissibilidade das provas ilícitas

Atualmente, grande parte da doutrina sustenta que a prova ilicitamente obtida não pode jamais ser aceita no processo, uma vez que pouco importa sua importância para o desfecho da causa penal, de forma que sacrifica-se o princípio da verdade real em favor da vedação constitucional da proibição da prova obtida por meio ilícito, não se permitindo, assim, qualquer afronta à lei.

Vejamos o posicionamento de Grinover, Fernandes, Magalhães (2001, p. 135-136):

[...] chegou-se a conclusão de que a prova obtida por meios ilícitos deve ser banida do processo, por mais relevantes que sejam os fatos por ela apurados, uma vez que se subsume ela ao conceito de inconstitucionalidade, por vulnerar normas ou princípios constitucionais – como, por exemplo, a intimidade, o sigilo das comunicações, a inviolabilidade do domicílio, a própria integridade e dignidade da pessoa.

A vedação da utilização das provas ilícitas existe como forma de respeito às garantias e direitos fundamentais, no sentido que para um cidadão ser condenado o Estado, por ser o detentor do *jus puniend*, deve empregar meios lícitos.

Acerca da inadmissibilidade das provas ilícitas surgiram três correntes:

1. A primeira corrente defende uma posição contrária à teoria da admissibilidade da utilização da prova ilícita. Tem por fundamento a unidade e indivisibilidade do ordenamento jurídico. Dessa forma, não é possível consentir que a prova ilícita, vedada pela Constituição Federal, seja utilizada no processo.

Camargo Aranha leciona: (2006, p. 64):

O direito é todo unitário, formando um universo, e não composto por compartimentos estanques, por áreas separadas e irreduzíveis. 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 seja objeto de julgamentos diferentes: condenado e prestigiado apenas porque dividiu-se o direito em ramos autônomos. O ilícito, desde que reconhecido, contamina todo o direito e não somente partes separadas.

Importante ressaltar o posicionamento da professora GRINOVER (1982, p. 109):

Sendo a ilicitude um conceito geral de direito, e não conceito especial de seus ramos, o princípio de que é nulo e inválido e também geral: assim, para sustentar-se à inadmissibilidade de uma prova em juízo, basta o fato de que tenha sido obtida ilegalmente, violando-se normas jurídicas de qualquer natureza. Especialmente quando estas normas tenham sido postas para proteger direitos fundamentais, vulnerados através da obtenção processual ou extraprocessual da referida prova.

2. A segunda corrente tem como base o princípio da moralidade dos atos praticados pelo Estado, de forma, que o Estado exercendo o *jus puniend* deve praticar atos moralmente legítimos, não deve praticar atos que ofendam os direitos individuais e as garantias constitucionais asseguradas.

“Essa vertente tem por base a impossibilidade de o Estado investir em práticas repressivas que refusam a consciência de país democrático, numa imoral competição com os criminosos no cometimento de violência e atos de desumanidade”. (SALLA, Thomas Mio, p.88, 2007).

Portanto, a prova deve ser produzida de forma adequada, ou seja, deve ser produzida ou colhida licitamente.

De novo, mencionamos a explanação de Camargo Aranha (2006, p. 65):

Como o mundo 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.

3. Por fim, a terceira corrente diz ser inadmissível toda prova em que há violação de normas de direito constitucional, porque esta prova será inconstitucional.

Estes doutrinadores defendem que por atingir valores fundamentais do indivíduo, inserido no capítulo constitucional dos direitos e garantias individuais, a prova fica fulminada pela inconstitucionalidade.

Entendemos que, sem dúvida, o Estado criou “freios” contra a atuação arbitrária na punição do indivíduo, deixando expresso nos direitos e garantias fundamentais as restrições da atividade probatória no processo penal.

Vejamos abaixo, no item 5.4, a nova lei sobre provas ilícitas que veio confirmar a tendência de inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos.

5.4 Lei 11.690/2008: Nova Regra Sobre Provas Ilícitas

Foi sancionada no último dia 10 de junho a Lei 11.690/2008, que alterou alguns artigos relativos à prova, que entrou em vigor no último dia 09 de agosto, passando a vigorar o seguinte texto:

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

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

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

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

§ 4º (VETADO).

Conforme dispõe a Nova Lei, passa a existir norma processual vedando a utilização da prova ilícita, o que até então não havia, uma vez que era a Constituição Federal quem vedava a mesma. Deste modo, as provas ilícitas e sua derivação por violarem norma de direito processual deverão ser desentranhadas do processo, havendo a sanção correspondente é a inadmissibilidade processual.

A prova ilegítima já não trazia problemas, pois se produzida sem o amparo da lei processual, de acordo com Adalberto José Q. T. de Camargo Aranha (2006, p. 51), aplica-se o art. 564, inciso III, do CPP, no qual dispõe que ocorrerá nulidade nos casos de omissão de formalidade que constitua elemento essencial do ato.

Cumprido ressaltar que o § 4º (vetado) desta Lei trazia o seguinte texto: O juiz que conhecer do conteúdo da prova declarada inadmissível não poderá proferir a sentença ou acórdão. É necessário destacar a importância da referida norma, caso tivesse sido aprovada, pois, ia se consagrar a chamada teoria da descontaminação do julgado. No entanto, com o fundamento de dar mais celeridade ao processo, afirma-se que o tempo para que o juiz substituto tome conhecimento de toda a instrução criminal seria prejudicial à celeridade esperada.

Todavia, Ticiano Alves e Silva sustenta a posição de que, “quando o julgado estiver contaminado, ou seja, quando o juiz que conheceu da prova declarada ilícita tiver que proferir sentença, a saída para um julgamento mais imparcial e justo será a declaração de ofício pelo magistrado de sua suspeição por motivo íntimo”. (s.d. s.p.).

5.5 Provas Ilícitas por Derivação

São aquelas provas que foram colhidas de forma lícita, todavia, provêm de uma prova anterior que tenha sido colhida ilicitamente. Trata-se da hipótese em que a partir de uma prova ilicitamente colhida, se chega a informações, elementos, que isoladamente, seriam lícitos. Um exemplo é o caso de confissão mediante tortura, onde o produto do crime é apreendido através da indicação do acusado.

Essa situação dava margem há muitas discussões sobre a admissibilidade das provas derivadas das ilícitas. De um lado, pregava-se a inadmissibilidade da prova derivada e de outro a admissibilidade da prova derivada, já que sua obtenção é lícita.

Contudo, a posição dominante é que as provas derivadas das ilícitas não podem ser admitidas no processo, aplicando-se a vedação das provas obtidas por meio ilícitos e não o princípio da verdade real.

Luiz Francisco Torquato Avolio (2003, p. 71) aponta pela não utilização das provas ilícitas por derivação:

Se a prova ilícita tomada por referência comprometer a proteção de valores fundamentais, como a vida, a integridade física, a privacidade ou a liberdade, essa ilicitude há de contaminar a prova dela referida, tornando-a ilícita por derivação e, portanto, igualmente inadmissível no processo.

Cabe destacar que o nosso STF sempre entendeu que a prova ilícita por derivação é também inadmissível. HC 74.116 SP, rel. Min. Maurício Corrêa; RTJ 122/47 e HC 69.912-0-RS, Sepúlveda Pertence, DJU de 25/03/1994; STF, HC 75.007-9, Marco Aurélio, DJU de 08/09/2000, P. 5.

Com o advento da Lei 11.690/2008, ficou clara a inadmissibilidade das provas derivadas das ilícitas, com duas exceções: quando não houver o nexo de causalidade entre a prova precedente e a posterior, ou ainda quando a prova for obtida de forma independente da primeira. Dessa forma, tudo vai depender do vínculo, do “nexo de causalidade” se a prova foi obtida de forma totalmente independente da primeira (ilícita), não há que se falar em contaminação, tudo vai depender do nexo, vínculo entre a prova ilícita e a posterior.

5.5.1 Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada

É uma teoria norte-americana (*Fruit of the Poisonous Tree*) que diz que uma prova obtida por meio ilícito tornará ilícita todas as demais provas que dela resulte direta ou indiretamente, assim, o vício da origem que contamina determinada prova transmite-se a todas as demais subsequentes.

Conforme Grinover, Fernandes, Magalhães (2001, p. 137):

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

Assim, segundo essa teoria, o vício da planta é transmitido a todos os seus frutos.

Luiz Francisco Torquato Avolio (2003, p. 70), preconiza pela não utilização das provas ilícitas por derivação:

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

A doutrina e jurisprudência ao longo dos anos não foram pacíficas quanto à possibilidade de admissibilidade ou não das provas derivadas das ilícitas.

Inicialmente, o STF, rebateu a teoria dos frutos da árvore envenenada, admitindo as provas ilícitas por derivação no caso concreto (HC n. 69.6912-0 RS, DJU 26/11/1993). Nesta apreciação, o Min. Sepúlveda Pertence, explanando pela inadmissibilidade dessas provas, abordou em seu voto, que ao final foi vencido, que essa teoria é a única apta a fazer valer a inadmissibilidade das provas ilícitas prevista da Constituição Federal, isso porque de nada adiantaria vedar a própria prova ilícita e admitir que as informações dela colhida pudessem ser aproveitadas. Em sentido contrário, a tese vencedora argumentou que não poderia desprezar todas as demais provas, sendo preferível à adoção dessas provas, a garantir a impunidade de organizações criminosas.

Contudo, em seguida, visto que um dos Ministros que votou a favor da admissibilidade das provas, estava impossibilitado, foi realizada nova sessão, nessa segunda votação, o STF acolheu a teoria dos frutos da árvore envenenada, anulando-se o processo a partir da prisão em flagrante. (DJU 25/03/1994).

Cabe trazer outro julgado, (HC n. 72/588/PB, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJU 04/08/2000) que pela margem de apenas um voto, a posição foi pela inadmissibilidade das provas ilícitas por derivação, com fundamento na teoria da árvore dos frutos envenenados:

As provas obtidas por meios ilícitos contaminam as que são exclusivamente delas decorrentes; tornam-se inadmissíveis no processo e não podem ensejar a investigação criminal e, com mais razão, a denúncia, a instrução e o julgamento (CF, art. 5º, LVI), ainda que tenha restado sobejamente comprovado, por meio delas, que o Juiz foi vítima das contumélias do paciente. Inexistência, nos autos do processo-crime, de prova autônoma e não decorrente de prova ilícita, que permita o prosseguimento do processo. Hábeas corpus conhecido e provido para trancar a ação penal instaurada contra o paciente, por maioria de 6 votos contra 5 (STF, HC n. 72/588/PB, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJU 04/08/2000).

Todavia, também há interpretação do Superior Tribunal de Justiça que rejeitou a teoria dos frutos da árvore envenenada, vejamos o caso do recurso de Habeas Corpus n. 7.363/RJ:

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

Dessa forma, percebemos que ao longo dos anos, houve muita controvérsia quanto à admissibilidade ou não das provas ilícitas por derivação, uma vez que a Constituição Federal veda apenas as provas obtidas por meio ilícitos, não abrangendo as provas derivadas das ilícitas. Entretanto, com a publicação da Lei 11.690/2008, com a alteração do §1º, do artigo 157, do CPP, há previsão expressa da inadmissibilidade das provas ilícitas por derivação, consagrando o

posicionamento do STF, considerando ilícita e prova decorrente de outra obtida por meio ilícito, aplicando a doutrina dos frutos da árvore envenenada.

6 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

6.1 Introdução

Como já estudado no capítulo 4 do presente estudo, princípios são tratados como parte complementar do Direito Positivo, que ao lado das regras constituem a base do sistema normativo.

Nesse contexto, Ruy Samuel Espínola (2002, p. 60):

Hoje, no pensamento jurídico contemporâneo, existe unanimidade em se reconhecer aos princípios o status conceitual e positivo de norma de direito, de norma jurídica. Para este núcleo de pensamento, os princípios têm eficácia positiva e negativa sobre comportamentos públicos ou privados bem como sobre a interpretação e a aplicação de outras normas, como as regras e outros princípios derivados de princípios de generalizações mais abstratas.

E ainda, de acordo com Jorge Miranda apud Anelisy Peres Blasques (2007, p. 33):

Os princípios não se colocam, pois, além ou acima do Direito (ou do próprio Direito positivo); também eles – numa visão ampla, superadora de concepções positivistas, literalistas e absolutizantes das fontes gerais – fazem parte do complexo ordenamental. Não se contrapõe às normas, contrapõem-se tão somente aos preceitos, as normas jurídicas é que se dividem em normas – princípios e normas – disposições.

Assim, os princípios são normas jurídicas, que subsidiam o trabalho de aplicação e interpretação do Direito.

6.2 Conceito

José Laurindo de Souza Neto (2006, p. 62) traz o seguinte conceito “do latim *proportionalis*, de *proportio* (proporção, correspondência, relação), entende-se o que mostra de uma relação de igualdade ou de semelhança entre várias coisas”.

O princípio da proporcionalidade constitui uma autêntica atenuação da vedação das provas ilícitas, pois excepcionalmente e em caráter de extrema gravidade, havendo conflito entre direitos fundamentais, têm-se admitido a prova ilícita, com o objetivo da melhor aplicação da justiça.

Conforme Grinover, Fernandes, Magalhães (2001, p. 136):

A teoria, hoje dominante, da inadmissibilidade processual das provas ilícitas, colhidas com infringência a princípios ou normas constitucionais, vem, porém atenuada por outra tendência, que visa a corrigir possíveis distorções a que a rigidez da exclusão poderia levar em casos de excepcional gravidade. Trata-se do denominado *Verhältnismässigkeitsprinzip*, ou seja, de um critério de proporcionalidade, pelo qual os tribunais da então Alemanha Federal, sempre em caráter excepcional e em casos extremamente graves, têm admitido a prova ilícita, baseando-se no princípio do equilíbrio entre valores fundamentais contratantes.

Como os direitos e garantias fundamentais não são absolutos, deve existir uma relativização dos direitos e é exatamente aí que se encontra o princípio da proporcionalidade, de forma que existindo conflito entre bens jurídicos igualmente tutelados pelo legislador, no caso concreto deve existir um juízo de ponderação dos direitos conflitantes.

Esclarece Alexandre de Moraes (2000, p. 46-47):

Quando houver conflito entre dois ou mais direitos ou garantias fundamentais, o intérprete deve utilizar-se do princípio da concordância prática ou harmonização de forma a coordenar ou combinar os bens jurídicos em conflito, evitando o sacrifício total de uns bens em relação aos outros, realizando uma redução proporcional ao 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.

Tanto a doutrina e a jurisprudência, quando se fala em princípio da proporcionalidade, costumam fazer referência ao princípio da razoabilidade, conceito que mantém relação de fungibilidade com o princípio da proporcção.

Salienta Sylvia Marlene de Castro Figueiredo (2005, p. 173):

[...] a palavra proporcionalidade está ligada ao 'caráter do que é proporcional', e proporcional, significa o que 'está em proporção'. Proporção denota a idéia de 'conveniência, harmonia, simetria, disposição regular, conjunto harmônico'. O termo 'proporcionalidade', portanto, faz referência à noção de proporção, adequação, medida justa e adequada à necessidade exigida pela hipótese concreta.

De maneira geral, o objetivo do princípio da proporcionalidade é a busca do equilíbrio entre o exercício do poder e a preservação dos direitos do cidadão.

6.3 Evolução Histórica do Princípio da Proporcionalidade

A idéia de proporcionalidade não é recente, a Lei do Talião foi a primeira a estabelecer a qualidade da pena a ser imposta. De acordo com Luigi Ferrajoli apud Mariângela Gama de Magalhães Gomes (2003, p. 41).

Esta concepção natural da pena como resposta ao delito significava que ao autor de um homicídio, por exemplo, era aplicada pena de morte. No entanto, este modelo de devida proporção entre o fato e a resposta punitiva também podia ser alargado, de modo que, para se punir um furto, aplicava-se a pena de mutilação do braço. Como conseqüência da lei do talião, e considerando a enorme variedade de crimes possíveis, era também grande a gama de penas a serem aplicadas.

Importante destacar que o princípio da proporcionalidade tem raízes iluministas, destacado por Montesquieu e Beccaria, ambos tratavam sobre a

proporcionalidade das penas em relação aos delitos. (Penalva, 1990, p. 277 apud Raquel Denize Stumm, 1995, p. 78).

Contudo, foi notadamente introduzido como princípio geral do poder de polícia no Direito Administrativo. Conforme Augustin Gordillo apud Suzana de Toledo Barros (2000, p. 35):

O princípio da proporcionalidade, até chegar à modelagem atual, acompanha a história da defesa dos direitos humanos e vai surgir como decorrência da passagem do estado de Polícia para o Estado de Direito, quando é formulado com o intuito de controlar o poder de coação do monarca, chamado de poder de polícia, porque ilimitado quanto aos fins que poderia perseguir e quanto aos meios que poderia empregar.

Desse modo, esse poder deixou de ser indeterminado e passou a ser limitado pelas normas que reconhecem os direitos individuais.

Pode-se dizer que o aspecto constitucional do princípio da proporcionalidade (*Verhältnismässigkeitsprinzip*) se deu pela Corte Constitucional Alemã, também conhecido como princípio da proibição de excesso (*Übermassverbot*).

Consoante Fernando Capez (2008, p. 36): “Foi na Alemanha, no período do pós-guerra, que se desenvolveu a chamada teoria da proporcionalidade (*Verhältnismässigkeitsprinzip*)”.

Luiz Francisco Torquato Avolio (1999, p. 67) esclarece:

*Foi na Alemanha, no período pós II Guerra Mundial, que, rompendo-se, juntamente com outros países, como o Japão, com a ancestral tradição da civil law, se reuniram condições para um expressivo desdobramento da doutrina das liberdades públicas, contemplada nos arts. 1 e 2 da Lei Fundamental. Já se partia da superação da dicotomia *substance-procedure*, pela jurisprudência alemã, no reconhecimento de que a vedação probatória dessumida dos preceitos constitucionais representava, ao menos em princípio, a ‘sanção processual’ de um ilícito praticado sob o plano ‘substancial’. Vale dizer: já se pressupunha a existência de ofensa a valores garantidos pela lex superior.*

Ainda segundo o autor (1999, p. 67-68):

A jurisprudência alemã [...] admite exceções à proibição geral de admissibilidade (e de utilizabilidade) das provas formadas ou obtidas 'inconstitucionalmente', quando se trata de realizar exigências superiores de caráter público ou privado, merecedoras de particular tutela. Chega-se, portanto, ao princípio da Guterund Interessenabwagund (ou seja, o princípio do 'balanceamento dos interesses e dos valores') e, reflexamente, ao Verhältnismassigkeitsprinzip (ou seja, o princípio da proporcionalidade entre o meio empregado e a finalidade pretendida). A mais expressiva colaboração da doutrina e jurisprudência alemãs para o tema deve-se, especialmente, ao correto enfoque dos valores a serem balanceados.

José Laurindo de Souza Neto observa que (2006, p. 64): "Torna-se um princípio constitucional com expressão geral de liberdade frente ao Estado, pois atua como meio de proteção do *status civitatis*, estabelecendo limites à intervenção estatal, somente justificada quando não ultrapassa o estritamente necessário a consecução do fim pretendido".

Desta forma, o princípio da proporcionalidade está ligado ao âmbito dos direitos fundamentais, no sentido de proteger o indivíduo contra a atuação desenfreada do Estado. Ainda, conforme José Laurindo de Souza Neto (2006, p. 65):

A primordial função do princípio da proporcionalidade vincula-se ao Direito Constitucional na esfera dos direitos fundamentais, onde serve basicamente à proteção da liberdade, bem como à difusão dos demais princípios e garantias básicas, os quais são observados em toda hipótese em que os direitos e as liberdades sejam lesados.

Os Estados Unidos tratam do princípio da proporcionalidade como princípio da razoabilidade, que qualifica tudo quanto seja conforme a razão tem sentido bastante amplo. Para Suzana de Toledo Barros (2000, p. 70): "Razoabilidade enseja desde logo uma idéia de adequação, idoneidade, aceitabilidade, logicidade, equidade, traduz aquilo que não é absurdo, tão somente o que é admissível".

Após a II Guerra Mundial com a nova conceituação dos direitos fundamentais houve grande expansão do princípio da proporcionalidade.

Seguindo ainda a doutrina de José Laurindo de Souza Neto (2006, p. 65):

Após a II Guerra Mundial, com a reconceituação dos direitos fundamentais, que deixaram de ser meras afirmações programáticas, o cânone da proporcionalidade teve grande expansão. Qualquer invasão da esfera protegida pelos direitos fundamentais encontra-se submetida à proporcionalidade dos meios, que deverá manter com o objetivo perseguido em uma relação de razoabilidade.

No Brasil Maria Sylvia Zanella Di Pietro apud Luiz Francisco Torquato Avolio (1999, p. 62), tratou do princípio da proporcionalidade, a respeito dos limites do poder de polícia, afirma não poder o seu exercício, pelo Poder Público:

[...] ir além do necessário para a satisfação do interesse público que se visa proteger; a sua finalidade não é destruir os direitos individuais, mas, ao contrário, assegurar o seu exercício, condicionado-os ao bem estar social, só poderá reduzi-los quando em conflito com interesses maiores da coletividade e na medida estritamente necessária à consecução dos fins estatais.

Atualmente, a teoria da proporcionalidade ou da razoabilidade, consiste numa construção doutrinária e jurisprudencial inserida no sistema da inadmissibilidade da prova obtida ilicitamente, mas em um caso concreto, existindo confronto entre os valores constitucionalmente assegurados, permite-se uma escolha ao de maior valor.

6.4 Elementos do Princípio da Proporcionalidade

O princípio da proporcionalidade em sentido amplo é formado por três elementos, quais sejam: princípio da adequação (*Geeignetheit*), princípio da necessidade (*Enforderlichkeit*) e a proporcionalidade em sentido estrito (*Verhältnismässigkeit*). Passaremos a estudar cada um deles

6.4.1 Princípio da adequação

Para Sylvia Marlene de Castro Figueiredo (2005, p. 188-189): “O princípio da adequação tem como sinônimos: princípio da idoneidade, da pertinência, da validade ou da validade de fim, na qual descreve como: O meio empregado deve ser apropriado ao fim desejado”.

Nos dizeres de Canotilho (1998, p. 387): “O princípio da conformidade ou adequação impõe que a medida adotada para realização do interesse público seja apropriada à prossecução do fim ou fins a ele subjacentes. Trata-se, pois, de controlar a relação de adequação medida-fim”.

Wilson Antônio Steinmetz (2001, p. 149) preconiza que: “O juízo de adequação pressupõe que, conceitualmente, saiba-se o que significam meio e fim e que, empiricamente, identifique-se claramente o meio e o fim que estruturam a restrição de direito fundamental”.

Assim, o meio empregado deve ser idôneo à consecução do resultado esperado.

Nesse sentido, Scarance apud Thomas Mio Salla aduz que em nada justificaria prender alguém preventivamente para garantir a futura aplicação da lei penal se, em virtude do crime praticado, a provável pena a ser imposta não será privativa de liberdade ou, se privativa, será suspensa.

Desta forma, a adequação dos meios pressupõe que qualquer medida deve ser idônea, apta para alcançar o fim pretendido.

6.4.2 Princípio da necessidade

O princípio da necessidade, ou da exigibilidade, também é conhecido como: princípio da menor interferência possível, do mínimo de intervenção, do meio mais suave, do meio mais moderado, da subsidiariedade

(PAULO BONAVIDES apud SYLVIA MARLENE DE CASTRO FIGUEIREDO, 2005, 189)

Este princípio refere-se, em poucas palavras, em atingir a esfera do indivíduo da menor forma possível.

Segundo Suzana de Toledo Barros (2000, p. 79): “O pressuposto do princípio da necessidade é o de que a medida restritiva seja indispensável para a conservação do próprio ou de outro direito fundamental e que não possa ser substituída por outra igualmente eficaz, mas menos gravosa”.

No ensinamento de Raquel Denize Stumm (1995, p. 79):

A opção feita pelo legislador ou o executivo deve ser passível de prova no sentido de ter sido a melhor e única possibilidade viável para a obtenção de certos fins e de menor custo ao indivíduo. O atendimento à relação custo-benefício de toda decisão político-jurídica a fim de preservar o máximo possível do direito que possui o cidadão.

Consoante Wilson Antônio Steinmetz (2001, p. 150-151):

Em caso de haver apenas uma medida idônea, trata-se de verificar se não há outra medida estatal de restrição, diferente da utilizada ou que se pretende utilizar, mas igualmente adequada e eficaz, menos prejudicial ao direito fundamental em questão. Na hipótese da existência de vários meios idôneos, ordena-se a escolha daquele que é menos gravoso ao exercício do direito fundamental.

O juiz há de indicar qual o meio mais idôneo e que produziria conseqüências menos prejudiciais, entre os vários meios adequados ao fim esperado.

Bem observa Sylvia Marlene de Castro Figueiredo (2005, p. 190) seguindo o entendimento de Canotilho:

Com base nesse subprincípio em tela, o cidadão tem direito à menor desvantagem possível para a obtenção de determinado fim. Portanto, o meio eleito deve ser, simultaneamente, eficaz e menos desvantajoso, ou melhor, mais suave para os cidadãos. A medida, para ser admissível, deve ser estritamente necessária ao alcance do interesse público visado, ou não deve exceder os limites indispensáveis ao fim que almeja.

O princípio da necessidade pode ser ilustrado pela máxima: “de dois males, faz-se mister escolher o menor” (PHILIPPE apud FIGUEIREDO, 2005, p. 189).

Por outro lado, pode-se afirmar que só haverá exigibilidade se o meio for idôneo à consecução do fim almejado. Dessa forma, conclui-se que o princípio da necessidade traz em si o requisito da adequação. Nesse contexto, Gilmar Ferreira Mendes, citando Pieroth e Schlink apud Suzana de Toledo Barros (2000, p. 81) ressalta que “apenas o que é adequado pode ser necessário, mas o que é necessário não pode ser inadequado”.

Assim, dentro do contexto da utilização da prova ilícita constatar se este causará o menor prejuízo possível ao indivíduo e, não existindo outro meio menos penoso, apurar se este é indispensável.

6.4.3 Princípio da proporcionalidade em sentido estrito

Este princípio está ligado à ponderação, ou seja, adequação entre meios e fins. Conforme Raquel Denize Stumm(1995, p. 80): “o princípio da proporcionalidade em sentido estrito (Verhältnismässigkeit) confunde-se com a pragmática da ponderação ou lei da ponderação. Constitui requisito para a ponderação de resultados e adequação entre meios e fins.

O princípio da proporcionalidade em sentido estrito exige uma reciprocidade entre a relação meio e fim, deve-se ponderar as vantagens e as desvantagens para atingir o fim almejado. Desta forma, medidas desproporcionais estão proibidas, pois se a medida for excessiva não haverá proporcionalidade.

De acordo com Canotilho & Moreira (1993, p. 152) apud Raquel Denize Stumm (1995, p. 81):

O juízo de ponderação entre os pesos dos direitos e bens contrapostos deve ter uma medida que permita alcançar a melhor proporção entre os meios e os fins. Em outras palavras, “os meios legais restritivos e os fins obtidos devem situar-se ‘numa justa medida’, impedindo-se a adoção de

medidas legais restritivas desproporcionadas, excessivas, em relação aos fins obtidos”.

Daniel Sarmento (2002, p. 89) sustenta que:

O subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito convida o intérprete à realização de autêntica ponderação. Em um lado da balança devem ser postos os interesses protegidos com a medida, e no outro, os bens jurídicos que serão restringidos ou sacrificados por ela”.

De qualquer forma, a lei da ponderação pode ser expressa da seguinte maneira: “quanto maior é o grau da não satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior tem que ser a importância da satisfação do outro”. (ALEXY, 1993, p. 161 apud Raquel Denize Stumm, 1995, p. 81).

O subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito busca o equilíbrio, balanceamento entre bens e valores, à medida que estabelece, sempre que possível, a preferência de um sobre o outro.

Portanto, o referido princípio busca a ponderação de bens e é nesse sentido que se encontra a indagação sobre a utilização ou não da prova ilícita.

Por fim, o princípio da proporcionalidade nos permite, havendo dois interesses em questão, definir qual deve prevalecer, no caso concreto, tendo como base as medidas que melhor atendam aos requisitos da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

6.5 Princípio da Proporcionalidade no Direito Brasileiro

O princípio da proporcionalidade no direito brasileiro surgiu no direito administrativo, exercendo controle do poder de polícia.

E assim, a doutrina acabou ampliando a aplicação para os demais ramos do Direito, especialmente no campo das provas ilícitas.

O aludido princípio é a solução da possibilidade de admissibilidade das provas ilícitas, existindo bens de igual valor em conflito, sacrificar um direito previsto na Constituição, com a finalidade de aplicar a justiça.

O princípio da proporcionalidade não existe expressamente no nosso ordenamento, de acordo com Paulo Bonavides (2001, p. 395), “a proporcionalidade existe como norma esparsa no texto constitucional, e não como norma geral de direito escrito”.

Para Raquel Denize Stumm (1995, p. 173): “A fundamentação do princípio da proporcionalidade, no nosso sistema, é realizada pelo princípio constitucional expresso do devido processo legal. Importa aqui a sua ênfase substantiva, em que há a preocupação com a igual proteção dos direitos do homem e os interesses da comunidade quando confrontados”.

Pode-se afirmar que o princípio da proporcionalidade, enquadra-se como um princípio geral do direito, uma vez que o art. 5º, § 2º da CF, dispõe que os direitos expressos na Constituição não excluem outros decorrentes dos princípios por ela adotados. Nesse sentido, a lição de Paulo Bonavides (2001, p. 397):

O princípio da proporcionalidade é, por conseguinte, direito positivo em nosso ordenamento constitucional. Embora não haja sido formulado como ‘norma jurídica global’, flui do espírito que anima em toda a sua extensão e profundidade o § 2º, do artigo 5º, o qual abrange a parte não escrita ou não expressa dos direitos e garantias fundamentais da Constituição, a saber, aqueles direitos e garantias cujo fundamento decorre da natureza do regime, da essência impostergável do Estado de Direito e dos princípios que este consagra e que fazem inviolável a unidade da Constituição.

Do mesmo modo, sustenta Maria Cecília Pontes Carnaúba (2000, p. 100) que o princípio da proporcionalidade está firmado justamente nesse artigo 5º, §2º: “Esse dispositivo visa, justamente, evitar que haja injustiças decorrentes da aplicação intransigente de qualquer norma prevista no artigo em que se insere. Assegura que as normas nele insertas são a regra geral e têm aplicabilidade obrigatória, tal como estão postas, desde que não excluam outros direitos igualmente tutelados pela Constituição”.

E arremata (2000, p. 100):

O dispositivo em análise consagra expressamente a aplicação do princípio da proporcionalidade, uma vez que hierarquiza os valores tutelados pela Constituição, impedindo que os direitos e garantias individuais sobreponham-se a interesses tão valiosos quanto eles. Portanto, em vez de excluir, ratifica o princípio da proporcionalidade em âmbito constitucional, porque propicia a harmonia de todo o sistema.

A jurisprudência brasileira já colocou-se de forma favorável a aplicação do princípio. Inclusive no próprio texto constitucional, há alguns exemplos na qual encontramos materializado o princípio da proporcionalidade: no artigo 5º, inciso XII, há a previsão de quebra da inviolabilidade das comunicações telefônicas, para fins de investigação criminal ou instrução processual penal, no artigo 5º, inciso V, é assegurado o direito de resposta proporcional ao agravo, há ainda há individualização da pena, está implicitamente garantido que estas serão proporcionais ao delito (art. 5º, inciso XLVI).

Apesar da existência do princípio constitucional da proibição da utilização das provas ilícitas (art. 5º, inciso LVI, da Constituição federal) e a ratificação do referido princípio com a alteração do art. 157 do CPP, que veio confirmar a sua vedação, existe uma tendência abrandando a sua não utilização, pois, às vezes, um interesse tutelado se sobrepõe a outro de menor valor.

Abalizando a necessidade de relativização dos direitos fundamentais, o Superior Tribunal de Justiça diz que:

[...] está muito em voga, hodiernamente, a utilização ad *argumentandum tantum*, por aqueles que perpetraram delitos bárbaros e hediondos, dos indigitados direitos humanos. Pasmem, ceifam vidas, estupram, seqüestram, destroem lares e trazem a dor a quem quer que sea, por nada, mas depois, buscam guarida dos direitos humanos fundamentais. É verdade que esses direitos devem ser observados, mas por todos, principalmente, por aqueles que impensadamente, cometem os censurados delitos trazendo a dor aos familiares das vítimas (STJ, HC n. 2.777/RJ, 6ª Turma, Rel. Min. Pedro Aciole, DJU 27/09/1993).

Em igual modo já se manifestou o Supremo Tribunal Federal:

Não há no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, mesmo porque razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas,

desde que respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição (STF, MS n 23.452/RJ, Plenário, Rel. Min. Celso de Mello, DJU 12/05/2000).

É lícita a gravação de conversa telefônica feita por um dos interlocutores, ou com sua autorização, sem ciência do outro, quando há investida criminosa deste último. É inconsciente e fere o senso comum falar-se em violação do direito à privacidade quando o interlocutor grava diálogo com seqüestradores, estelionatários ou qualquer tipo de chantagista (STF, HC n. 75.337-8/RJ, Plenário, Rel. Min. Nelson Jobim, DJU 25/09/1998)

O Superior Tribunal de Justiça aplicou o princípio da proporcionalidade, nos seguintes termos:

A gravação de conversa por um dos interlocutores não é interceptação telefônica, sendo lícita como prova no processo penal. 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. Precedentes do STF (STJ, HC n. 7.216/SP, 5ª Turma, Rel. Min. Edson Vidigal, CJU 25/05/1998).

Portanto, há algumas decisões que demonstram o reconhecimento em nosso ordenamento do princípio da proporcionalidade, embasado na premissa que nenhum direito é absoluto.

6.6 Aplicação do Princípio da Proporcionalidade *Pro Reo*

A proibição existente em nosso ordenamento da não utilização das provas obtidas por meios ilícitos constitui importante garantia do indivíduo contra o Estado, ou seja, garantia que o Estado exercendo *o jus puniend* deve utilizar-se de meios lícitos para punir o indivíduo.

No artigo 5º da Constituição encontramos, ao lado do dispositivo que veda a utilização das provas obtidas por meios ilícitos, outros direitos fundamentais, tais como: direito à liberdade, à vida, à segurança, igualdade, intimidade, propriedade.

Deste modo, percebemos que poderá haver conflito entre o direito de não ser condenado com base em uma prova obtida por meio ilícito e o direito à intimidade, por exemplo. Assim, o criminoso deveria ficar impune, ou o contrário, o juiz deveria fazer uma análise entre os valores em conflito, atribuindo uma solução mais justa?

Salienta Fernando Capez (2008, p. 37):

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

O princípio da proporcionalidade pro réu nada mais é que a possibilidade de utilização de uma prova ilícita em benefício do acusado, ainda que colhida com infringência a direitos fundamentais seus ou de terceiros. A utilização da prova ilícita em favor da defesa é aceita pela doutrina informada pelo princípio da direito da ampla defesa e do princípio do favor rei.

Nesse sentido Grinover, Fernandes, Magalhães (2001, p. 136-137):

Alias, não deixa de ser, em última análise, manifestação do princípio da proporcionalidade a posição praticamente unânime que reconhece a possibilidade de utilização, no processo penal, da prova favorável ao acusado, ainda que colhida com infringência a direitos fundamentais seus ou de terceiros. Trata-se de aplicação do princípio da proporcionalidade, na ótica do direito de defesa, também constitucionalmente assegurado, e de forma prioritária no processo penal, todo informado pelo princípio do favor rei.

Havendo confronto entre o princípio da proibição da prova ilícita com o princípio da ampla defesa, deve prevalecer este. Pois, sem dúvida, não interessa ao Estado a punição de um inocente e a impunidade do verdadeiro culpado. De acordo com Gomes Filho (1997, p. 06-07):

No confronto entre uma proibição, ainda que ditada pelo interesse de proteção a um direito fundamental e o direito à prova da inocência parece claro que deva este último prevalecer, não só porque a liberdade e a dignidade da pessoa humana constituem valores insuperáveis, na ótica da sociedade democrática, mas também porque ao próprio Estado não pode interessar a punição de um inocente, o que poderia significar a impunidade do verdadeiro culpado; é nesse sentido, aliás, que a moderna jurisprudência norte-americana tem firmado que o direito à prova de defesa é superior.

A prova ilícita quando utilizada *pro reo* consiste em uma exceção ao princípio da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos. As mesas de Processo Penal, atividade ligada ao Departamento de Direito Processual da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, tomaram posição sobre a matéria: “Súmula 50 – Podem ser utilizadas no processo penal as prova ilicitamente colhidas, que beneficiem a defesa”.

Além disso, quando a prova ilícita for colhida pelo próprio acusado, tem-se entendido que não há ilicitude, pois seria uma forma de legítima defesa ou estado de necessidade, que exclui a antijuridicidade. É esse o entendimento de Paulo Rangel (2005, p. 426):

Assim surge em doutrina a teoria da exclusão da ilicitude, onde a conduta do réu é amparada pelo direito e, portanto, não pode ser chamada de ilícita. O réu, interceptando uma ligação telefônica, sem ordem judicial, com o escopo de demonstrar sua inocência, estaria agindo de acordo com o direito, em verdadeiro estado de necessidade justificante. [...] Dessa forma, é admissível a prova colhida com (aparente) infringência às normas legais, desde que em favor do réu para provar sua inocência, pois absurda seria a condenação de um acusado que, tendo provas de sua inocência, não poderia usá-las só porque (aparentemente) colhidas ao arpejo da lei. (grifo nosso)

Por conseguinte, a maioria da doutrina vem aceitando o princípio da proporcionalidade *pro reo*, uma vez que seria inaceitável que fosse excluída do processo uma prova hábil a garantir a liberdade do indivíduo, gerando a sua absolvição, apenas porque ela foi obtida ilicitamente.

Enfim, na discussão entre a prova ilicitamente colhida e o direito à liberdade do indivíduo, que consiste, juntamente com o direito à vida, em um dos bens mais valiosos presente no ordenamento, nada mais justo que admitir a prova

ilícita, a fim de evitar uma condenação injusta, punindo um inocente e deixando impune o verdadeiro culpado.

6.6 Aplicação do Princípio da Proporcionalidade *Pro Societate*

O princípio da proporcionalidade *pro societate* visa proteger valores fundamentais para a sociedade, ao contrário do princípio da proporcionalidade *pro réu*, não é aceito pela doutrina, de forma que o Estado não pode utilizar prova ilícita contra o indivíduo a favor da sociedade.

É justamente nesse sentido a existência da vedação das provas obtidas por meio ilícito previsto no art. 5º, inciso LVI, e reiterada pelo *caput* art. 157 do CPP, à medida que o Estado possui inúmeras maneiras legítimas e eficazes de realizar a persecução penal e condenar um criminoso.

Não obstante, uma pequena parte da doutrina ampara o princípio da proporcionalidade *pro societate*, principalmente nos casos em que envolve crimes de alto lesivo para a sociedade.

Vamos supor que uma determinada carta seja interceptada em que o destinatário seja o chefe de uma poderosa organização criminosa, seria mais importante proteger o direito ao sigilo da correspondência do preso, do que reprimir uma poderosa rede de distribuição de drogas? Deste modo o interesse da coletividade deveria sobrepor ao direito à intimidade.

Nesse sentido, interessante acórdão do STF: (Fernando Capez, 2008, p. 39):

A administração penitenciária com fundamento em razões de segurança pública pode, excepcionalmente, proceder à interceptação da correspondência remetida pelos sentenciados, eis que a cláusula da inviolabilidade do sigilo epistolar não pode constituir instrumento de salvaguarda de práticas ilícitas. (STF, HC 70.814-5, rel. Min. Celso de Mello, DJU, 24 jun. 1994, p. 16649).

Maria Cecília Pontes Carnaúba (2000, p. 21-22) assim se pronunciou:

Não é correto que um Estado se proponha a promover a justiça e permaneça sistematicamente deixando impunes crimes de alto poder lesivo para a sociedade, sob o argumento e o modo de coleta das provas foi acintoso à privacidade do criminoso [...] A questão é preocupante quando se sabe que, em determinados casos, somente pela ingerência na esfera de privacidade alheia é possível a obtenção de provas em alguns delitos. Tome-se como exemplo o caso dos crimes que trazem prejuízos ao erário público.

Assim, em casos excepcionais e de grande relevância, como no princípio da proporcionalidade pro réu, uma pequena parte da doutrina entende que o princípio da proporcionalidade *pro societate* também deveria ser aplicado, dependendo dos direitos e interesses em conflito, de forma que o criminoso não poderia invocar princípios constitucionais como a violação da intimidade para cobrir a impunidade. Destarte, o juiz deveria fazer uma escolha para buscar uma solução justa ao caso concreto. No entanto, esse não é o entendimento majoritário da nossa doutrina.

6.8 Críticas a Teoria da Proporcionalidade

Sucintamente, as duas maiores críticas a teoria da proporcionalidade são: a primeira sustenta que utilizando o princípio da proporcionalidade o juiz estaria exercendo o papel do legislador, ou seja, criando normas jurídicas e a segunda refere-se a relativização dos direitos fundamentais o que importaria em ameaça aos princípios da segurança jurídica e igualdade.

Como bem assevera Suzana de Toledo Barros (2000, p. 203-204):

A crítica repousa, precipuamente, nas seguintes objeções: a) A constância da utilização da proporcionalidade pode provocar uma demasiada intervenção do Judiciário na esfera reservada ao legislativo, de maneira a que o juiz sub-rogue-se no papel político do legislador, a quem cabe instituir a disciplina jurídica dos direitos fundamentais [...] b) A idéia de dar primazia

a uma decisão material justa ao caso concreto conduz a um relativismo da aplicação da lei o que importa em séria ameaça aos princípios da segurança jurídica e igualdade, sobre os quais repousa a própria noção de justiça.

Apesar das críticas existentes, podemos afirmar que deve haver uma ponderação de interesses, o juiz não arbitra a solução e sim faz uma adequação à lei, não aludindo indagação sobre o mérito do ato legislativo.

A atuação do Estado deve procurar harmonizar interesses coletivos e individuais e só podem ser justificados e, se for o caso, excepcionalmente, desconhecidos, dentro do exato limite do necessário. Dessa forma, o limite ultrapassado pelo legislador, lesando o núcleo dos direitos fundamentais, implica na atuação judicial em nome do princípio da proporcionalidade.

Não existe uma ordem hierárquica dos valores para os direitos constitucionais, pois assim o juiz estaria dispensado de fundamentar, já que ele deveria seguir uma ordem pré-estabelecida. Porém, para cada caso concreto o juiz deve aplicar de forma diferenciada o princípio da proporcionalidade, assim, não haverá insegurança jurídica com a aplicação do referido princípio.

7 CONCLUSÃO

Entre as finalidades do Estado Democrático de Direito encontramos o respeito aos direitos humanos e as liberdades fundamentais, é por esse motivo a existência da proibição da utilização das provas obtidas por meios ilícitos, previsto no artigo 5º, inciso LVI, da Constituição Federal.

O Estado é o detentor do *jus puniend*, ou seja, é ele quem tem o poder-dever de punir o indivíduo que pratica um ilícito, e a justificação da vedação das provas ilícitas está no fato de que como o Estado exerce o monopólio da Justiça ele deve praticar atos lícitos para condenar um cidadão.

Para o Estado exercer o *jus puniend* é preciso que haja provas para que o juiz tome conhecimento dos fatos, a fim de formar a sua convicção, busca-se, no processo penal, a verdade real, assim o juiz não é mero espectador das provas produzidas pelas partes, ele pode diligenciar para descobrir a veracidade dos fatos.

No artigo 5º, da Constituição Federal, encontramos juntamente com o dispositivo que veda a utilização das provas ilícitas, outros direitos fundamentais, tais como: direito à vida, liberdade, intimidade, privacidade. No entanto, não existe direito absoluto, nem mesmo o direito à prova, de forma que deve existir uma relativização dos direitos, pois, às vezes, deve-se sobrepesar os valores em questão e proceder a uma escolha ao de maior importância.

Desta forma, muitas vezes pode haver conflito entre esses e outros bens igualmente tutelados pelo legislador, assim, o juiz deve sobrepesar os direitos em jogo e buscar a justiça no caso concreto.

Deste modo, apesar da Constituição Federal vedar expressamente a utilização das provas ilícitas, nas hipóteses em que há confronto entre dois direitos fundamentais deve ser aplicado o princípio da proporcionalidade, à medida que o direito de menor valor deverá ser sacrificado ao de maior valor. Por exemplo, poderá haver conflito entre o direito à vida e o direito à intimidade, entendemos ser a vida bem muito mais valioso que a intimidade. Pois, em assim não sendo, em muitas situações o verdadeiro culpado ficaria impune e, pior, um inocente seria punido.

Não se defende no presente trabalho a violação dos direitos fundamentais assegurados na Constituição Federal, contudo, é em defesa deles que o princípio da inadmissibilidade das provas ilícitas deve ser abrandado.

Ressaltamos que o princípio da proporcionalidade *pro reo*, ou seja, quando a prova ilícita é utilizada em favor do acusado, é aceito sem problemas pela doutrina, uma vez que, sem dúvida, não interessa ao Estado a punição de um inocente nem a impunidade do verdadeiro culpado. Entretanto, o princípio da proporcionalidade *pro societate* não é aceito pela doutrina, à medida que o Estado possui inúmeras maneiras legítimas de realizar a persecução penal e repreender um criminoso, assim, o Estado não poderia utilizar uma prova ilícita para condenar um indivíduo apenas para absolver, consagrando o princípio da proporcionalidade *pro reo*.

Todavia, cabe lembrar, que o princípio da proporcionalidade deve ser utilizado somente em casos excepcionais e de extrema gravidade, que poderia causar um dano muito maior ao indivíduo, desde que a verdade dos fatos não pudesse ser alcançada por outros meios, pois por ter caráter subjetivo poderia abalar a segurança jurídica do ordenamento.

Enfim, não há que se falar em princípio da inadmissibilidade das provas ilícitas sem ressalvas, pois, conforme foi elucidado não existe direito absoluto, e o princípio da proporcionalidade existe justamente para proteger outros direitos fundamentais previstos na Constituição Federal.

Portanto, entendemos ser o princípio da proporcionalidade importante para a busca da correta aplicação da justiça e da paz social.

BIBLIOGRAFIA

ARANHA, Adalberto José Q. T. de Aranha. **Da prova no processo penal**. São Paulo:Saraiva.1994

ARANHA, Adalberto José Q. T. de Aranha. **Da prova no processo penal**. São Paulo:Saraiva. 2006.

AVÓLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas ilícitas: interceptações telefônica clandestinas**: São Paulo. Revista dos Tribunais. 1999

AVÓLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas ilícitas: interceptações telefônica clandestinas**: São Paulo. Revista dos Tribunais. 2003.

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

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

BLASQUES, Anelisy Peres. **A utilização da prova ilícita em consonância com os princípios constitucionais e processuais penais**. Monografia (graduação em direito) – Faculdades Integradas “Antônio Eufrásio de Toledo”, Faculdade de Direito de Presidente Prudente/SP.

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

BRASIL. **Constituição Federal. Código Penal. Código de Processo Penal. Organização Luiz Flávio Gomes**. – 9 ed. rev., Ampl. e atual. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007 – RT Mini Códigos.

BRASIL. Lei 11.690/08. Disponível em : http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ Ato2007-2010/2008/Lei/L11690.htm. Acesso em 05 set. 2008.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Processo Penal. *Habeas Corpus*. n.º 2.777/RJ, 6ª Turma, Rel. Min. Pedro Acioli, DJU 27 set. 1993.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Processo Penal. *Habeas Corpus*. n.º 7.216/SP, 5ª Turma, Rel. Min. Edson Vidigal, CJU 25 mai 1998.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Processo Penal. *Habeas Corpus*. n.º 7.363/RJ, 6ª Turma, Rel. Min. Anselmo Santiago, DJU 15 jun 1998.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Processo Penal. *Habeas Corpus* n.º 69.204-4/SP, 1ª Turma, Rel. Min. Carlos Velloso, DJU 04 set. 1992.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Processo Penal. *Habeas Corpus* n.º 70.814-5, Rel. Min. Celso de Mello, DJU, 24 jun 1994.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Processo Penal. *Habeas Corpus* n.º 72/588/PB, Rel. Mauricio Corrêa, DJU 04 ago 2000.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Processo Penal. *Habeas Corpus* n.º 75.337-8/RJ, Plenário, Rel. Min. Nelson Jobim, DJU 25/09/1998.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Processo Penal. MS n.º 23452/RJ, Plenário, Rel. Min. Celso de Mello, DJU 12 mai 2000.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. São Paulo: Saraiva. 1998.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. São Paulo: Saraiva. 2008.

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

DEMERCIAN, Pedro Henrique; MALULY, Jorge Assaf. **Curso de processo penal**. São Paulo: Atlas, 1999.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de princípios constitucionais**: elementos teóricos para uma formulação dogmática constitucionalmente adequada. São Paulo: RT, 2002

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo dicionário Aurélio da língua portuguesa**. 3. ed. Curitiba: Positiva, 2001.

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

FILHO, Vicente Greco. **Manual de Processo Penal**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Direito à prova no processo penal**. São Paulo: RT, 1997.

GOMES, Luiz Flávio. **Lei 11.690/2008 e provas ilícitas: conceito e inadmissibilidade**. Disponível em <http://www.lfg.com.br> 19 junho. 2008.

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

GRINOVEER, Ada Pellegrini. **Liberdades públicas e processo penal: as interceptações telefônicas**. 2. ed. São Paulo: RT, 1982.

GRINOVER, Ada Pellegrine; FERNANDES, Antonio Scaranze; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As nulidades no processo penal**. 7. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

MARQUES, Jose Frederico. **Elementos de direito processual penal**. 2. ed. Campinas: Millennium, 2000.

MARQUES José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. 2. ed. Rio de Janeiro:Forense,1965.

MARTINS, Jorge Henrique Schaefer. **A interpretação da ampla defesa no processo penal conforme a constituição**. Disponível em: tjsc25.tj.sc.gov.br/academia/cejur/arquivos/ampla_defesa_jorge_martins.pdf . Acesso em: 11 out. 2008) -

MIRABETE, Julio Fabrini. **Processo Penal**. 18 ed. Editora Atlas .2006.

MITTERMAIER, C.J.A. **Tratado da Prova em Matéria Criminal**. Campinas: Bookseller Editora. 1997.

MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais**. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2000.

MOSSIN, Heráclito Antonio. **Curso de Processo Penal**. Volume 2. São Paulo: Atlas. 1998.

MULLER, Desirée Brandão. Prova ilícita: **A possibilidade da sua aplicação no processo penal**. Disponível em : <http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/2673/Prova-ilicita>. Acesso em: 01 set. 2008.

NETO, José Laurindo de Souza. **Processo Penal: sistemas e princípios**. Curitiba: Juruá , 2006.

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 2.ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.

SALLA, Thomas Mio, **As provas ilícitas e o princípio da proporcionalidade**. Monografia (graduação em direito) – Faculdades Integradas “Antônio Eufrásio de Toledo”, Faculdade de Direito de Presidente Prudente/SP.

SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na constituição federal**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002.

SILVA, Ticiano Alves e. O vetado § 4º do art. 157 da nova Lei nº 11.690/2008 e a descontaminação do julgado . Jus Navigandi, Teresina, ano 12, n. 1808, 13 jun. 2008. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11382>>. Acesso em: 05 set. 2008.

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

STUMM, Raquel Denize. **Princípio da proporcionalidade no direito constitucional brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 1995.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

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