

AS PROVAS ILÍCITAS SOB A PERSPECTIVA PROCESSUAL PENAL

*** Felipe Augusto Almeida Côrtes**

Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito de Ipatinga,
Estudante de Medicina pela Univaço em Ipatinga, Minas Gerais, Brasil

*** Rosilene Gomes da Silva Giacomini**

Mestranda em Direito Empresarial pela Faculdade Milton Campos em Belo Horizonte,
Coordenadora de Estágios, Publicações e Bancas de Monografia pela Faculdade de Direito em Ipatinga, Minas Gerais, Brasil

*** José Francisco de Oliveira**

Docente em Direito Penal, Faculdade de Direito de Ipatinga, Minas Gerais, Brasil

RESUMO

O trabalho, desenvolvido sob a forma de pesquisa bibliográfica, teve como objetivo geral analisar a vedação constitucional da inadmissibilidade das provas ilícitas e pesquisar a possibilidade de sua flexibilização pelo princípio da proporcionalidade. Inicialmente foi feita uma análise da teoria geral das provas para estabelecer conceitos necessários para o estudo das provas ilícitas. Foram descritos em linhas gerais alguns dos princípios informadores do processo e que são de relevante valor na aplicação das provas ilícitas. Logo após, foi dada ênfase ao tema proposto traçando-se algumas generalidades sobre as provas ilícitas e a distinção entre provas ilícitas e provas ilegítimas em consonância com as alterações trazidas pela Lei nº 11.690/08. Foi feita também a definição das provas ilícitas por derivação e mostrada a sua consequente inadmissibilidade. Foram relatadas as divergências doutrinárias e jurisprudenciais que ocorreram ao longo dos tempos sobre a admissibilidade das provas ilícitas até o advento da Constituição da República de 1988, que vedou o uso de tais provas. E por fim, nesse contexto, foi abordado o Princípio da Proporcionalidade como solução para a problemática das provas ilícitas no Processo Penal, consoante a colisão de direitos fundamentais, sendo utilizado *pro reo* ou *pro societate*, e também como meio de exclusão da ilicitude.

Palavras-chave: Inadmissibilidade, provas ilícitas, provas ilícitas por derivação, Princípio da Proporcionalidade.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

art.	– Artigo
CP	– Código Penal
CPC	– Código de Processo Civil
CPP	– Código de Processo Penal
CR	– Constituição da República
CRFB	– Constituição da República Federativa do Brasil
DOU	– Diário Oficial da União
DJ	– Diário de Justiça
et al.	– E outros
HC	– Habeas Corpus
JECRIM	– Juizado Especial Criminal
MP	– Ministério Público
RE	– Recurso Extraordinário
REsp	– Recurso Especial
STF	– Supremo Tribunal Federal
STJ	– Superior tribunal de Justiça

CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

Prova em qualquer de seus sentidos é a forma utilizada pelos homens de demonstrar a verdade sobre os fatos. Mais especificamente no Processo Penal é a justificação em juízo de que um fato é supostamente adequado ao tipo penal.

A prova é de grande importância em matéria criminal, uma vez que auxilia o julgador na formação do seu convencimento acerca da verdade dos fatos, por isso, em regra, apenas os meios lícitos de prova são admitidos visando garantir a segurança jurídica.

A questão da admissibilidade das provas ilícitas no direito brasileiro, especialmente no processo penal, é matéria bastante polêmica e controvertida, uma vez que ela coloca em contradição a busca da verdade real em defesa da sociedade e direitos fundamentais previstos constitucionalmente.

Antes da Constituição da República de 1988, a doutrina e a jurisprudência se dividiam entre a admissibilidade e a inadmissibilidade das provas ilícitas. Os defensores do uso das provas ilícitas se baseavam na busca pela verdade real dos fatos, ainda que implicasse em violação dos direitos do acusado. Contudo a corrente que defendia a inadmissibilidade das provas obtidas por meio ilícito começava a se solidificar, mas não havia nenhuma vedação legal.

Com o advento da Constituição da República de 1988, proibiu-se o uso das provas ilícitas, face a vedação expressa na art. 5º, LVI, que dispõe: “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”, consolidando a teoria sobre a inadmissibilidade das provas ilícitas, voltada para as garantias individuais do cidadão, e não exclusivamente como instrumento de busca da verdade real e de punição do infrator, a qualquer custo.

Entretanto, correntes doutrinárias e alguns julgados passaram a indicar a necessidade de se fazer uma ponderação do art. 5º, LVI, da Constituição da República de 1988, para equilibrar as disparidades e garantir a justiça, permitindo-se que se proceda a uma escolha, no caso concreto, entre os valores constitucionalmente relevantes postos em colisão. Trata-se da aplicação do Princípio da Proporcionalidade, onde as provas ilícitas poderão ser admitidas, sempre que

estivermos diante de princípios ou garantias constitucionais contrastantes, buscando sempre uma harmonia onde, o princípio fundamental maior deve prevalecer sobre o de menor valor social.

Não é harmoniosa a aplicação deste princípio haja vista ser vedada a obtenção de provas ilícitas, havendo posicionamentos diversos em relação aos aplicadores do direito. A maioria da doutrina e da jurisprudência tem entendido pela sua utilização da proporcionalidade *pro reo*, mas outra parte entende que poderá ser aplicado também *pro societate*, conforme o caso.

Com base nisso ressaltamos que tem prevalecido no nosso ordenamento jurídico a tendência que o Princípio da proporcionalidade só poderá ser aplicado nos casos em que for para beneficiar o réu, em razão de ser a liberdade um direito individual fundamental não restando respaldo para sua aplicação em prol da sociedade, já que as garantias constitucionais visam proteger o indivíduo, o que prevalece sobre o direito coletivo e a persecução penal.

Assim justifica-se, em casos extremos, a aplicação deste princípio, sobre a utilização das provas ilícitas e inclusive no que tange as provas ilícitas por derivação, concretizada pela Teoria dos “frutos da árvore envenenada”, ainda que, sacrificando outro princípio constitucional, se essa se mostrar como a única forma viável de se fazer justiça.

E seguindo esta linha de raciocínio discorreremos sobre as provas ilícitas por derivação, que são as provas lícitas em si mesmas, mas que, se originaram de uma outra prova tida como ilícita. Sobre esta questão não havia lei que vedava expressamente a admissão de tais provas, mas tirava-se do texto constitucional esta interpretação. No entanto, a Lei nº 11.690/08, veio disciplinar esta questão, acabando com a polêmica, trazendo além da inadmissibilidade das provas ilícitas, também a vedação às provas ilícitas por derivação.

Enfim, apesar de polêmico o tema, o que se busca com este trabalho é questionar a possibilidade de se utilizar no processo penal, uma prova relevante e eficaz, capaz de levar a verdade dos fatos, mas que foi colhida com violação a norma constitucional, quando posta em confronto com outro direito garantido constitucionalmente. E responder os seguintes questionamentos: é possível a

supressão de princípios constitucionalmente expressos pelo princípio da proporcionalidade? O Princípio da proporcionalidade é absoluto? Pode ser este princípio utilizado *pro societate* ou apenas *pro reo*? Há hipótese de ser utilizado como excludente de ilicitude a favor do réu?

Para responder essas questões iremos levantar a existência de divergências doutrinárias quanto à admissibilidade das provas obtidas por meio ilícitos; verificar a aplicação do Princípio da Proporcionalidade *pro reo* e *pro societate* com relação as provas vedadas; examinar jurisprudências quanto a admissibilidade de tais provas; mostrar em quais situações serão admitidas as provas ilícitas no processo penal e estabelecer a posição doutrinária adotada no direito comparado e pelos juristas brasileiros a respeito da admissibilidade da prova ilícita no processo penal em face da teoria da proporcionalidade.

Nesse contexto busca-se analisar a aplicação deste princípio na persecução penal, e mais especificamente no que tange a questão das provas ilícitas. Este princípio é invocado para solucionar a colisão de valores, pesando cada direito individual e cada garantia processual que se contraponham, para valorar aquele de maior preponderância, sobre o prisma constitucional da ampla defesa e da liberdade do cidadão.

1 TEORIA GERAL DAS PROVAS

O conceito de prova, em Direito Processual, se torna um trabalho intenso, tendo em vista a diversidade de acepções que o mesmo abrange.

A palavra prova vem do latim *probatio*, que significa confronto, exame, verificação, confirmação, mas no direito processual existem diversos significados e sentidos para a expressão provas.

Na doutrina Paulo Rangel conceitua prova como sendo:

O meio instrumental de que se valem os sujeitos processuais (autor, juiz e réu) de comprovar os fatos da causa, ou seja, os fatos deduzidos pelas partes como fundamento do exercício dos direitos de ação e de defesa (2007, p.401).

Para Vicente Greco Filho (1999, p.190), “prova é todo elemento que pode levar o conhecimento de um fato a alguém”.

Fernando Capez (2006, p.282), assim a define: “Do latim *probatio*, é o conjunto de atos praticados pelas partes, pelo juiz e por terceiros, destinados a levar ao magistrado a convicção acerca da existência ou inexistência de um fato, da falsidade ou veracidade de uma afirmação”.

Embora exista essa multiplicidade de conceitos, certo é que a prova é o meio utilizado para atestar a veracidade de um fato e tem como principais destinatários o juiz que busca motivar a sua decisão e, as partes, a quem interessa a solução final do caso.

A prova é de grande importância em matéria criminal, por isso em regra, apenas os meios lícitos de prova são admitidos, conforme estabelecido no art. 5º, inciso LVI, da Constituição da República, visando garantir a segurança jurídica. Desse modo qualquer um poderá comprovar a regularidade da decisão prolatada através das provas constantes nos autos.

Para Ada Pellegrini Grinover (2001, p.120) “o termo prova não é unívoco”. É o conjunto de atos processuais que tem como objetivo buscar a verdade dos fatos e formar a convicção do juiz sobre os mesmos. Em outro sentido, visa o resultado dessa atividade. E por fim designa os meios de prova.

Leandro Cadenas (2006, p.3) entende ser as provas “o conjunto de meios para se chegar à certeza”. Para ele na esfera criminal, esse conjunto de atos deve buscar convencer o julgador de forma que seja capaz de suplantar o princípio constitucional da presunção de inocência, opção que é válida no caso de sentença condenatória, mas que deixa dúvida no caso de sentença absolutória. Assim, provar nada mais é que convencer de que algo é verdadeiro.

Por fim, a despeito dos diversos significados que o conceito de prova possa ter, Fernando da Costa Tourinho Filho opta por abreviar com maior exatidão os ensinamentos de Dellepiane, dizendo que provar um fato é determinar no processo a sua existência, é evidenciar que existiu antes ou existe na atualidade.

Embora não esteja expressamente previsto, o direito à prova encontra-se dentro do direito de ação, como meio inerente ao contraditório e a ampla defesa, elencados no texto constitucional como direitos fundamentais do cidadão, sendo um forte elemento para a formação do convencimento do julgador, ao mesmo tempo em que demonstra os fatos e justifica a decisão do juiz mediante a sociedade.

A teoria da prova tem como objetivo demonstrar a verdade dos fatos pela reconstrução destes no procedimento judicial. No processo de conhecimento, o ato de provar nada mais é do que determinar um estado de certeza, não apenas no que diz respeito à consciência do juiz, mas também para convicção da sociedade de um máximo de segurança e um mínimo de injustiça. No Estado Democrático de Direito, o relevo de um verdadeiro direito à prova ressalta, justamente, os aspectos das garantias na instrução do processo protegendo os direitos fundamentais.

1.1 Classificação da Prova

As provas classificam-se de maneira usual de acordo com os critérios objetivo, subjetivo e formal.

Assim quanto ao objetivo, que diz respeito a relação que a prova tem com o fato a ser provado, ela pode ser *direta*, que é aquela que se refere diretamente aos fatos a serem provados, ou ser *indireta* que se refere a outros fatos (indícios), que poderão levar ao fato a ser provado.

Quanto ao sujeito, pode a prova ser *real* (que são as evidentes, que integram o fato por serem originadas dos vestígios deixados pelo crime), ou *moral* que é a feita pelo homem o que viu sobre o crime, ou das conclusões que eles chegaram sobre o fato.

Quanto ao efeito, ou seja, o grau de certeza gerado pela apreciação da prova, pode a prova ser plena, que é a que imprime ao julgador um juízo de certeza, ou pode ser não plena, que é a prova limitada quanto à profundidade.

E por último quanto à forma, que é a maneira como a prova se revela no processo, à prova pode ser testemunhal (expressa pela afirmação de uma pessoa), documental

(registra a manifestação em um documento) e material (qualquer elemento que corporifica a demonstração do fato).

1.2 Objeto da Prova

Objeto da prova é o fato, a coisa que deve ser provada, demonstrando a sua veracidade para que o juiz possa emitir uma decisão. É no dizer de Paulo Rangel (2007, p.402), o “*thema probandum* que serve de base à imputação penal feita pelo Ministério público. É a verdade dos fatos imputados ao réu com todas as suas circunstâncias”.

O objeto da prova abrange, além do fato criminoso, as circunstâncias objetivas e subjetivas que possam influir na imposição da resolução do caso. Entretanto, importam apenas aquelas questões que sejam pertinentes e relevantes à solução da causa, excluindo-se todas àquelas que não tenham ligação com o que se está discutindo (Mirabete, 2000, p. 257).

Em face do princípio da verdade real ou material, no processo penal até os fatos incontroversos precisam ser provados. Ao contrário do disposto acima, os casos de presunções legais e os fatos públicos e notórios, não necessitam ser provados, pois geram certeza sobre a existência do fato, uma vez que o conhecimento destes faz parte da cultura de uma sociedade e o daqueles decorre da ordem normal das coisas.

1.3 Meios e Ônus de Prova

Os meios de prova são aqueles que compreendem tudo que possa ser utilizado direta ou indiretamente para se ter certeza da veracidade de um fato ou crime.

Nas palavras de Paulo Rangel, os meios de prova “são todos aqueles que o juiz, direta ou indiretamente, utiliza para conhecer da verdade dos fatos, estejam eles previstos em lei ou não” (Rangel, 2003, p.414).

Em regra, não há limitação na escolha dos meios de prova, uma vez que se visa buscar através desta a verdade. Assim prevalece o Princípio da Liberdade Probatória, que não é absoluto, pois, encontra óbice (limitação) nos meios que atentem contra a oralidade ou violem o respeito à dignidade humana (Prado, 2006, p.7).

Adotada a liberdade probatória, vale lembrar que o CPP não traz de forma exaustiva todos os meios de prova admissíveis. Pode-se, assim, serem utilizadas as provas nominadas que são as trazidas nos arts. 158 a 250 do Código de Processo Penal, e também as inominadas, que são as consideradas atípicas. O princípio da verdade real, iluminando a persecução criminal, permite a utilização de meios probatórios não disciplinados em lei, desde que moralmente legítimos e não afrontadores do próprio ordenamento (Távora, 2009, p.311). Mas existem limitações que estão expressas no próprio Código de Processo Penal, no parágrafo único do art. 155, antigo art. 157 que foi reformado pela Lei 11.690/2008, que manda observar para as provas, as mesmas formalidades da lei civil quanto ao estado de pessoas. É o caso, por exemplo, da demonstração do estado de casamento, que deve ser feita com a certidão do respectivo registro civil. Dessa forma, pode-se dizer que a liberdade probatória é a regra, e as limitações, a exceção.

E quanto ao ônus da prova o novo art. 156 do CPP, traz em seu texto que, este, incumbe a quem fizer a alegação, mas via de regra isto não é absoluto, pois pode o Juiz de ofício, *"determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante"* (art. 156, II, CPP), posição esta que dá continuidade ao antigo debate na doutrina, se essa iniciativa do juiz enfraquece ou não o sistema acusatório de provas adotado pelo processo penal brasileiro.

Para Afrânio S. Jardim (2003, p. 202), "ônus da prova é a faculdade que tem a parte de demonstrar no processo a real ocorrência de um fato que alegou em seu interesse, o qual se apresenta como relevante para o julgamento da pretensão deduzida pelo autor da ação penal".

1.4 Histórico do Sistema de Avaliação das Provas

Terminada a fase de produção das provas, caberá ao juiz apreciá-las, valorando-as de forma a fundamentar sua decisão. No sistema atual de avaliação, muito embora as partes auxiliem o juiz na valoração dessas provas, através de suas alegações, é certo que somente ao juiz incumbe valorá-las. (NASCIMENTO, José Carlos do. As provas produzidas por meios ilícitos e sua admissibilidade no Processo Penal. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 779, 21 ago. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7180>>. Acesso em: 27 jul. 2010. (apud TOURINHO FILHO, 1994, p. 218).)

Assim quanto à avaliação das provas, é possível descrever três sistemas de apreciação que podem orientar a conclusão do juiz: o sistema da livre apreciação ou da íntima convicção; o sistema da prova legal, da certeza moral do legislador ou da verdade legal e o sistema da persuasão racional ou da livre convicção.

Sistema da livre apreciação ou da íntima convicção. Por este sistema o juiz tem liberdade total para valorar as provas, não lhe impondo a lei nenhuma regra de apreciação. Basta a convicção do juiz, o que ele pensa sobre determinado fato, não sendo relevante nenhum outro critério para o julgamento.

Sistema da prova legal, da certeza moral do legislador ou da verdade legal. Neste sistema ao contrário do anterior, o juiz não tem liberdade para valorar as provas, cabe a ele seguir as regras de avaliação das provas impostas pela lei. Aqui a lei estabelece critérios a que o juiz deve seguir rigorosamente, não tendo discricionariedade nenhum na valoração das provas. Fernando Capez define muito bem esta situação, ao dizer que cabe ao magistrado “obediência estrita ao sistema de pesos e valores impostos pela lei” (2006, p.130).

Sistema da persuasão racional ou da livre convicção. E por fim, este sistema que é um misto dos dois anteriores. O juiz tem liberdade para formar seu convencimento independente de qualquer critério estabelecido em lei, mas essa liberdade não é absoluta, sendo necessário o magistrado fundamentar a sua decisão. Assim o juiz tem liberdade para decidir, mas deve motivar as razões que o levaram aquela decisão. Visando com isso quebrar o absolutismo do magistrado e fazer com que o resultado atinja a maior parte das pessoas interessadas no conteúdo probatório.

2 PRINCÍPIOS INFORMADORES DA TEORIA DAS PROVAS E APLICÁVEIS AO ESTUDO DAS PROVAS ILÍCITAS

Princípios, como bem dito por Paulo Rangel, “são as verdades primeiras, as premissas de todo um sistema que se desenvolve visando à construção de um determinado instituto ou categoria do direito” (2007, p.406). Assim as provas se utilizam de princípios gerais que norteiam o ordenamento processual em consonância com as garantias e liberdades individuais consagradas nesta Constituição, para uma justa interpretação do processo penal, bem como dispõe de princípios próprios que lhes são peculiares.

2.1 Princípio do Contraditório e da Ampla Defesa

O direito a prova, é decorrência do contraditório, da ampla defesa e do próprio direito de ação, já que de nada adiantaria garantir o direito de buscar a tutela jurisdicional se não fosse permitido à parte influir na decisão do julgador através da produção de provas. A Constituição da República assegura aos acusados em geral o direito ao contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ele inerentes (art. 5º, IV, CF/88), sendo garantias constitucionalmente previstas ao exercício da capacidade processual e da correta utilização da jurisdição. O contraditório serve para o réu conhecer a acusação que lhe é imputada, e poder formular sua defesa e produzir as provas necessárias. Assim o contraditório e a ampla defesa estão intimamente ligados, sendo do contraditório que brota o exercício da defesa, e desta surge a garantia ao contraditório (Grinover, *et. all.*, 2001, p.77).

Ada Pellegrini Grinover, Antônio Scarance Fernandes e Antônio Magalhães Gomes Filho em seu livro, *Nulidades do Processo*, sobre o tema ora em questão, expõem que:

Salienta-se, assim, o direito à prova como aspecto de particular importância no quadro do contraditório, uma vez que a atividade probatória representa o momento central do processo: estritamente ligada à alegação e à indicação dos fatos, visa ela a possibilitar a demonstração da verdade, revestindo-se de particular relevância para o conteúdo do provimento jurisdicional. O concreto exercício da ação e da defesa fica essencialmente subordinado à efetiva possibilidade de se representar ao juiz a realidade do

fato posto como fundamento das pretensões das partes, ou seja, de estas poderem servir-se das provas (2001, p.122).

Neste contexto, se insere no contraditório o princípio da ampla defesa, visando garantir que as partes além de tomar conhecimento do processo, possam também se utilizar do seu direito de alegar os fatos e provar os fatos alegados.

Necessário mencionar que a jurisprudência brasileira, no campo do direito probatório, tem sido pacífica, ao entender ser imprescindível conferir as partes todos os recursos para oferecimento de provas, para se evitar o chamado cerceamento de defesa e assegurar a garantia constitucional do devido processo legal.

2.2 Princípio do Livre Convencimento do Juiz

Pelo princípio do livre convencimento, o juiz formará seu convencimento independentemente de regras impostas pela lei. O julgador tem liberdade total para decidir e valorar as provas produzidas em contraditório judicial, ficando, contudo, obrigado a fundamentar a sua decisão, ou seja, justificar as razões que motivaram a sua decisão e o seu convencimento, não podendo se basear exclusivamente nas provas produzidas no inquérito policial. Este princípio é confirmado pelo antigo art. 157 do Código de Processo Penal (*"O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova"*) que com a reforma processual passou a ser o art. 155, acrescido de novos comandos normativos, que expressa o seguinte:

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

Para tanto, o novo texto do art. 155 deixa claro que o juiz deverá valorar as provas produzidas em contraditório e nelas se amparar para tomar sua decisão, utilizando das provas da fase de investigação como complementares as primeiras. Isto não quer dizer que ele não irá valorar as provas do inquérito policial, mas sim, que o julgador se baseará nas provas do contraditório judicial para formar seu convencimento, dando a elas o valor que ele julgue caber, pois nesta fase ambas as partes já puderam produzir suas provas.

Como se vê, a nova lei deixa claro que a condenação não pode se dar somente com base na prova reunida no inquérito. Mas ressalta que as provas produzidas na investigação e que sejam de natureza pericial, ou irrepetível, ou produzidas cautelarmente poderão perfeitamente ensejar uma condenação. Os elementos colhidos durante o inquérito policial servirão apenas para confirmar a prova produzida em Juízo, mas não poderão servir de base para uma condenação (FUDOLI, Rodrigo de Abreu. Lei nº. 11.690/08: reforma do tratamento das provas no Código de Processo Penal. Jus Navigandi, Teresina, ano 12, n. 1821, 26 jun. 2008. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11430&p=2>>. Acesso em: 14 ago. 2010).

2.3 Princípio da Busca da Verdade Real

No processo penal, ao contrário do que ocorre no processo civil, o juiz tem o dever de investigar como os fatos ocorreram na realidade, não podendo se conformar apenas com a verdade formal trazida aos autos pelas partes. Está em causa aqui a *verdade material* (concreta) e não a *verdade formal* (autos).

A Professora Ada Pellegrini Grinover, conclui que:

Por isso é que o termo "verdade material" há de ser tomado em seu sentido correto: de um lado, no sentido da verdade subtraída à influência que as partes, por seu comportamento processual, queiram exercer sobre ela; de outro lado, no sentido de uma verdade que, não sendo "absoluta" ou "ontológica", há de ser antes de tudo uma verdade judicial, prática e, sobretudo, não uma verdade obtida a todo preço: uma verdade processualmente válida (2001, p.132).

Para Afrânio S. Jardim (2003, p.200), "a busca da verdade real ou material é uma decorrência da própria natureza do bem da vida e valores que justificam a existência mesmo do processo penal: o interesse do Estado em tutelar a liberdade individual". Assim a formulação de todo e qualquer sistema no processo penal não pode deixar de ser informada pelos valores acima salientados, que se extraem da própria Constituição, bem como da Moderna teoria da Jurisdição.

Buscando concretizar este interesse do Estado, é que o art. 156, II, do CPP determina que, o juiz poderá no curso do processo ou antes da sentença, determinar de ofício a realização de diligências para dirimir dúvidas sobre ponto relevante do processo e descobrir o que realmente aconteceu.

Para Gomes Filho (1997, p.44), o processo penal e a atividade probatória devem ser pautados pela busca incessante da verdade, sendo este um princípio próprio do processo penal, aproximando-se tanto quanto possível da reconstrução do fato das circunstâncias relevantes, possibilitando que o julgador forme seu convencimento e decida sobre o caso em análise, não apenas conformando-se com a verdade constante dos autos.

Segundo Avolio (1995, p. 34), o princípio da verdade real ou material, "diz respeito ao poder dever inquisitivo do juiz penal, tendo como objeto a demonstração da existência do crime e da autoria". A prova penal é, assim, uma reconstrução da história, em que deve o juiz pesquisar além da posição das partes sobre os fatos, e se utilizar de todos os recursos que o permita reconstruir os fatos relevantes a fim de conhecer a realidade e a verdade destes, para que possa promover a correta aplicação da lei.

Para tanto, há que se ressaltar que este princípio não é absoluto, comportando algumas exceções legais relativas à obtenção, admissão, produção ou avaliação das provas. É o caso, por exemplo, da vedação constitucional da admissibilidade das provas obtidas por meio ilícitos.

Essas limitações visam evitar que na busca pela verdade dos fatos, na livre investigação destes em juízo sejam utilizados meios impróprios ou inadequados, que possam ofender a dignidade da pessoa humana, a liberdade e a defesa da sociedade. Por outro lado deve-se ressaltar que nem sempre a decisão do juiz fundada em provas é verdadeira, ou justa.

2.4 Princípio da Inadmissibilidade das Provas Obtidas por Meio Ilícito

São inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos (art. 5º, LVI, CR). Nessa linha, Alexandre de Moraes (2007), entende que “a inadmissibilidade das provas ilícitas no processo, deriva da posição preferentemente dos direitos fundamentais no ordenamento jurídico, tornando impossível a violação de uma liberdade pública para obtenção de qualquer prova”.

O que se busca com a vedação da prova ilícita, é exatamente proteger e preservar os direitos e garantias fundamentais, como o direito à privacidade, à intimidade, à inviolabilidade domiciliar, à intangibilidade corpórea, ao sigilo de correspondência, de dados, das comunicações telegráficas e, em regra, das comunicações telefônicas, etc.

Provas ilícitas são as chamadas provas ilegais ou vedadas, que são aquelas produzidas em desacordo com uma norma legal, seja ela de direito material ou formal e a sua admissibilidade no processo acarreta a nulidade do procedimento. Desse modo por mais relevante que sejam os fatos apurados pela prova, uma vez que esta estiver eivada de ilicitude, não poderá ser utilizada no processo.

Luiz Flávio Gomes, nesse sentido diz que:

“o tema das provas ilícitas tem total afinidade com o dos direitos fundamentais da pessoa. Todas as regras que disciplinam a obtenção das provas são, evidentemente, voltadas para os órgãos persecutórios do Estado, que não podem conquistar nenhuma prova violando as limitações constitucionais e legais existentes. Descobrir a verdade dos fatos ocorridos é função do Estado, mas isso não pode ser feito a qualquer custo.”
(GOMES, Luiz Flávio. *Lei nº 11.690/2008 e provas ilícitas. Conceito e inadmissibilidade*. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 12, n. 1832, 7 jul. 2008. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11466>>. Acesso em: 27 jul. 2010).

Apesar do texto constitucional só vedar expressamente as provas ilícitas, ele proíbe também, tacitamente, tanto as provas ilegítimas, quanto as ilícitas por derivação.

Seguindo este raciocínio, é que Paulo Rangel (2007, p. 411), diz que “a simples leitura do texto da lei deixa claro que, o que se veda é a obtenção por meio ilícito e não somente a prova ilícita pois, o direito não precisa dizer que veda o que é ilegal. Sua própria essência afasta aquilo que lhe é contrário”.

Para doutrina clássica as provas ilícitas, em alguns casos eram aceitas, mas hoje a posição dominante é que ela deve ser banida do processo para se evitar nulidade. Agora além da vedação constitucional, também o Código de Processo Penal trouxe, com a lei nº. 11.690/2008, a vedação expressa quanto a inadmissibilidade das provas ilícitas. Assim caso a prova seja obtida em violação a qualquer uma das normas material ou processual, não há como deixar de concluir pela sua ilicitude.

No momento que a lei maior considerou as provas ilícitas como inadmissíveis, estas, não poderão ser tidas como provas, por serem totalmente ineficazes, reduzindo-se à categoria de não-prova (Mendes, 1999, p.106).

No entanto, como será examinado, deve-se atentar para a sua ponderação pelo princípio da proporcionalidade, para se evitar assim erros judiciários, e se alcançar a verdade dos fatos.

3 DAS PROVAS ILÍCITAS

3.1 Definição e Generalidades

A questão das provas ilícitas vem sendo objeto de discussão doutrinária há muito tempo, não só no sistema jurídico do Brasil como também em outros países.

Segundo o disposto no art. 5º, LVI, da Constituição da República, "são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos". Quanto ao conceito de prova obtida por meio ilícito, a doutrina não é pacífica, existindo controvérsias, em razão na maioria das vezes, da omissão do legislador em indicar o que é prova obtida por meio ilícito (Nery Júnior, 2000, p.170).

Entende-se, contudo, majoritariamente, que prova ilícita é uma espécie do gênero prova ilegal, do qual também faz parte a prova ilegítima. Há, portanto, que se fazer uma distinção entre provas ilícitas (ou obtidas por meio ilícito) e provas ilegítimas.

Prova ilícita é aquela conseguida por meio de expedientes contrários ao direito material, ou seja, "mediante a prática de algum ilícito penal, civil ou administrativo" (CAPEZ, 2006, p.33). Tem-se, como exemplo, no processo penal, a confissão arrancada mediante tortura, a busca e apreensão sem autorização judicial, etc. E, no processo civil, a prova documental obtida mediante a violação de sigilo profissional.

Ada Pellegrine Grinover entende por prova ilícita, em sentido estrito:

"a prova colhida infringindo-se normas ou princípios colocados pela Constituição e pelas leis, frequentemente para a proteção das liberdades

públicas e dos direitos da personalidade e daquela sua manifestação que é o direito à intimidade". (2001, p.133).

Enquanto a prova ilegítima é aquela colhida com infringência as normas de direito processual no momento em que é produzida em juízo, ainda que não seja expressamente proibida inclui-se tacitamente, como já dito, na vedação contida no texto constitucional.

Para Fernando Capez (2006, p.33), provas ilegítimas são "as produzidas com violação a regras de natureza meramente processual". São exemplos: oitiva de pessoas que não podem depor (art. 207, do CPP); interrogatório sem a presença do advogado, estas quando produzidas resultam em nulidade do ato e da decisão a que serviram de base.

Diante de tais distinções, conclui-se que prova ilícita é aquela obtida por afronta ao direito material, sendo extraprocessual, e a prova ilegítima obtida por violação ao direito processual, intraprocessual.

Acontece que finalmente a matéria foi disciplinada pela Lei nº. 11.690/2008, que alterou o art.157, que agora dispõe sobre as provas ilícitas, conforme se vê:

"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)".

Em decorrência da nova redação dada ao art. 157 do CPP as provas ilícitas são "as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais". Vê-se, então, que, independentemente de a norma violada ser de direito material ou processual, basta que seja violada uma norma válida durante a colheita de provas, para que esta seja considerada ilícita e, por consequência, inadmissível no processo. (REIS, Nazareno

César Moreira. Primeiras impressões sobre a Lei nº 11.690/2008. A prova no processo penal. Jus Navigandi, Teresina, ano 12, n. 1818, 23 jun. 2008. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11414>>. Acesso em: 27 jul. 2010).

Neste contexto Luiz Flávio Gomes conclui:

O que é decisivo para se descobrir se uma prova é ilícita ou ilegítima é o *locus* da sua obtenção: dentro ou fora do processo. De qualquer maneira, combinando-se o que diz a CF, art. 5º, inc. LVI ("São inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos") com o que ficou assentado no novo art. 157 do CPP ("ilícitas são as provas obtidas em violação a normas constitucionais ou legais"), se vê que umas e outras (ilícitas e ilegítimas) passaram a ter um mesmo e único regramento jurídico: são inadmissíveis (cf. PACHECO, 2005, p. 812).

[...] Quando o art. 157 fala em violação a normas constitucionais ou legais, não distingue se a norma legal é material ou processual. Qualquer violação ao devido processo legal, em síntese, conduz à ilicitude da prova.

As provas ilícitas, assim, são as provas inaptas à formação do convencimento judicial por estarem inquinadas de vícios comprometedores da norma válida, como também dos princípios constitucionais.

Seguindo precedentes do Supremo Tribunal Federal (e.g.: HC-segundo 69.912/ RS, Rel. Min. Sepúlveda Pertence), são igualmente inadmissíveis pela nova legislação, recaindo a pecha da ilegalidade, as provas derivadas das ilícitas, com exceção daquelas que não tenham nexo de causalidade com as ilícitas, e aquelas que, embora derivadas, possam ser obtidas por "fonte independente".

Por tudo que foi dito, convêm-se citar, o ensinamento jurisprudencial do ministro do STF Celso de Mello, que bem ilustra a questão das provas ilícitas no Brasil:

A ação persecutória do Estado, qualquer que seja a instância de poder perante a qual se instaure, para revestir-se de legitimidade, não pode apoiar-se em elementos probatórios ilicitamente obtidos, sob pena de ofensa à garantia constitucional do *due process of law*, que tem, no dogma da inadmissibilidade das provas ilícitas, uma de suas mais expressivas projeções concretizadoras no plano do nosso sistema de direito positivo. A *Exclusionary Rule* consagrada pela jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos da América como limitação ao poder do Estado de produzir prova em sede processual penal. A Constituição da República, em norma revestida de conteúdo vedatório (CF, art. 5º, LVI), desautoriza, por incompatível com os postulados que regem uma sociedade fundada em bases democráticas (CF, art. 1º), qualquer prova cuja obtenção, pelo Poder Público, derive de transgressão a cláusulas de ordem constitucional, repelindo, por isso mesmo, quaisquer elementos probatórios que resultem de violação do direito material (ou, até mesmo, do direito processual), não prevalecendo, em conseqüência, no ordenamento normativo brasileiro, em matéria de atividade probatória, a fórmula autoritária do *male captum, bene*

retentum. Doutrina. Precedentes. STF, HC 82.788, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 12-4-05, DJ de 2-6-06.

3.2 Provas Ilícitas por Derivação

As provas ilícitas por derivação são as provas que em si mesmas são lícitas, mas foram produzidas com base em outra prova ilegalmente obtida.

Leandro Cadenas Prado (2006, p.9) dispõe que, “a prova originária, ilícita, contamina a prova derivada, tornando-a também ilícita”. Assim temos como exemplo de prova ilícita por derivação a interceptação telefônica clandestina, por meio do qual a polícia descobre uma testemunha do fato que, prestou depoimento regular e incriminou o acusado. Existindo prova ilícita, as demais provas dela derivadas, ainda que formalmente perfeitas, estarão viciadas desde seu nascimento. Este é inclusive o posicionamento atual do Supremo Tribunal Federal.

Nesse sentido, Ada Pellegrini Grinover, Scarance Fernandes e Magalhães Gomes Filho:

[...] “na posição mais sensível às garantias da pessoa humana, e consequentemente mais intransigente com os princípios e normas constitucionais, a ilicitude da obtenção da prova ilícita transmite-se as provas derivadas, que são assim, igualmente banidas do processo” (2001, p.137).

Sabe-se que essa categoria de provas ilícitas é originária do direito norte-americano, e foi conhecida como *fruits of the poisonous tree* – a Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada, segundo a qual o vício da planta se transmite a todos os seus frutos. A partir de uma decisão proferida no caso *Silverthorne Lumber Co. vs. United States*, em 1920, as cortes americanas passaram a não admitir qualquer prova, ainda que lícita em si mesma, oriunda de prática ilegais (Capez, 2006, p.34).

O tema por sua vez não é pacífico, existindo posição em sentido contrário, baseando-se no fato de que a Constituição da República, em seu art. 5º, inciso LVI, só vedou a admissibilidade das provas ilícitas, não dispondo sobre as provas ilícitas por derivação. Esta omissão, para os defensores desta corrente minoritária, levaria ao afastamento da contaminação das mesmas pela prova ilícita que lhes deu origem (Távora, 2009, p. 315).

Neste sentido Paulo Rangel (2003, p. 421) avisa que:

“do entendimento de que a prova obtida lícitamente, através daquela colhida com infringência à lei, é admissível no processo, pois onde a lei (Constituição) não distingue, não cabe ao intérprete distinguir. A Constituição não tratou da prova derivada”.

É de suma importância destacar que a rigidez de interpretação pode trazer consequências graves. Assim, se as provas derivadas das ilícitas também são um caso de exclusão, já que também são imprestáveis, cabe ao magistrado estabelecer os limites dessa contaminação, identificando, em cada caso, a extensão do dano, ligado ao grau de vínculo existente entre as provas anteriores e posteriores. Afastando-se assim o nexo de causalidade, afastada estará a ilicitude.

A reforma do Código de Processo Penal trouxe como novidade, até então ausente a determinação judicial de que as provas derivadas das ilícitas são também consideradas ilícitas, e sendo com isso, inadmissíveis (art. 157, § 1º, CPP), isto sem descurar das regras de exclusão. Em seguida, ressaltou o legislador que, quando não evidenciado o nexo de causalidade entre as provas derivadas das provas ilícitas, aquelas são admissíveis. Prosseguindo, na redação do mesmo artigo, o legislador ressaltou que são admissíveis as provas (lícitas) derivadas das ilícitas quando puderem ser obtidas por uma fonte independente das provas ilícitas. Trata ainda o artigo de definir o que são fontes independentes esclarecendo os termos do § 1º do art.157 do CPP.

Diante disto, ficou clara a intenção do legislador em agregar a teoria dos frutos da árvore envenenada, consolidando o entendimento doutrinário e jurisprudencial a respeito, caindo por terra as posições em sentido contrário.

No Supremo Tribunal Federal, esta questão, até então, causava polêmica, não havendo posicionamento pacífico. Vale lembrar, do julgamento do HC 69.912-0-RS, DJ, 26 nov.1993, relatado pelo Min. Sepúlveda Pertence, onde STF, apesar de alguns incidentes passou a entender que a prova ilícita contamina, por derivação, a prova com base nela obtida, ainda que de forma lícita. Posteriormente, ao julgar o HC 73.351/SP, o STF confirmou sua posição pela inadmissibilidade das provas ilícitas por derivação, ao repelir, mais uma vez, evidência originária de procedimento ilegal (Capez, 2006, p.36).

Assim, a Jurisprudência tem seguido nesse sentido, conforme se verifica:

PROVAS ILÍCITAS POR DERIVAÇÃO. INADMISSIBILIDADE COMO PROVA: “Advogado acusado de crime de exploração de prestígio (CP, art.357, parágrafo único), por haver solicitado a seu cliente (preso em penitenciária), determinada importância em dinheiro, a pretexto de entregá-la ao juiz da causa. O testemunho do cliente, ao qual se chegou devido à ilegal escuta telefônica, encontra-se contaminado pela ilicitude da prova originária” (STF, 2ª T., Rel. Min. Maurício Corrêa, j.12 jun. 1996, *Boletim Informativo do STF*, n. 35, Brasília 10/14 jun. 1996). Também pela ineficácia da prova ilícita, mas derivada da ilícita: STF, 2ª T., HC 74.116-SP, Rel. Min. Néri da Silveira, *DJU*, Sec.I, 14 mar. 1997, p. 6903.

Mas, apesar desse posicionamento deve-se salientar que nem sempre que estivermos diante de uma prova ilícita, serão consideradas ilícitas aquelas que dela advieram, devendo ser considerado o caso em questão, pois, na maioria das vezes o interesse que se quer defender é muito maior do que a intimidade que se quer preservar.

Grinover, Scarance e Magalhães sobre essas limitações dispõem:

É preciso atentar para as limitações impostas à teoria da inadmissibilidade das provas ilícitas por derivação, ou dos frutos da árvore envenenada, pelo próprio Supremo norte-americano e pela doutrina internacional: excepcionam-se da vedação probatória as provas derivadas da ilícita, quando a conexão entre umas e outra é tênue, de modo a não se colocarem a primária e as secundárias como causa e efeito; ou, ainda, quando as provas derivadas da ilícita poderiam de qualquer modo serem descobertas por outra maneira. Fala-se, no primeiro caso, em *independent source* e, no segundo, na *inevitable discovery*. Isso significa que a prova ilícita não foi absolutamente determinante para o descobrimento das derivadas, ou se estas derivam de fonte própria, não ficam contaminadas e podem ser produzidas em juízo (2001, p.138).

Diante disso, ainda que a lei agora traga expressamente a inadmissibilidade das provas derivadas das ilícitas, pode-se concluir que esta regra não é absoluta, devendo o caso concreto ser sempre levado em consideração, através da razoabilidade, quando se tratar de considerar tais provas ilícitas, uma vez que o que se busca sempre é a preservação de princípios fundamentais maiores.

3.2.1 Teorias decorrentes

A teoria dos frutos da árvore envenenada não é absoluta, sofrendo a sua incidência várias limitações. Conforme Denílson Feitoza Pacheco (2006, p.549), essas limitações podem ser “limitação da fonte independente, limitação da descoberta inevitável e a limitação da contaminação expurgada”.

Nessa ordem Nestor Távora (2009, p. 316-317), desenvolveu quatro teorias que a seguir se expõe:

- a) *Prova absolutamente independente*: se existirem no processo outras provas que sejam independentes da prova ilícita produzida, não há aplicação da teoria dos frutos da árvore envenenada, pois se não há vínculo entre as provas, a prova ilícita não terá o poder de contaminar as demais. Assim, o simples fato de existir no processo provas ilícitas, não levará necessariamente a nulidade dos atos. Para Nestor Távora, a prova absolutamente independente (*independent source limitation*) seria uma teoria coexistente permitindo justamente a devida integração.
- b) *Descoberta inevitável*: para esta teoria se a prova que decorreu da prova ilícita fosse descoberta de qualquer forma, através de uma investigação normal, ela será aproveitada, não tendo a prova ilícita, em razão da inevitabilidade da descoberta o condão de contaminá-la. O que se pretende com esta teoria é impedir a contaminação de provas decorrentes de uma ilícita, caso seu descobrimento seja inevitável.
- c) *Contaminação expurgada ou conexão atenuada*: essa teoria dispõe que pode ser que entre a prova ilícita e a derivada exista um vínculo tão tênue que acabe não havendo contaminação. Aqui o que se busca é evitar a declaração de ilicitude de uma prova ilícita, caso o vínculo entre elas apesar de existir, seja muito superficial.
- d) *Boa-fé*: aqui o que se busca é evitar a declaração da ilicitude da prova, caso os representantes da persecução penal, tenham atuado sem a intenção de infringir, e sim por simples erro. Mas vale ressaltar que a boa-fé apenas não pode retirar da prova produzida a ilicitude. Como esclarece Walter Nunes Júnior:

“No sistema americano, ainda se afasta a aplicação das *exclusionary rules* tendo como suporte a boa-fé (*good faith*) dos agentes incumbidos de realizar atos investigatórios. Esse tema é extremamente delicado, visto que se trata de situação em que o agente, em razão de erro de fato, finda malferindo, com o seu agir, um direito fundamental; todavia, em virtude de sua boa-fé, tem-se por afastada a ilegalidade”. (2008, p.507)

3.3 Vedação das Provas Ilícitas no Direito Comparado

A corrente favorável à inadmissibilidade das provas ilícitas ganhou adeptos em todo o mundo, com o passar do tempo.

Na Itália, a maior parte da doutrina já tendia pela vedação das provas ilícitas, objetivando a busca da verdade real, da moral e da lealdade, garantindo a Constituição italiana o respeito aos direitos individuais fundamentais. Com a promulgação do Código de Processo Penal italiano, em 1988, ficou expressa a inadmissibilidade das provas obtidas por meio ilícitos.

Na Alemanha, em 1950, o legislador constitucional proibiu qualquer maneira indevida de obter provas, seja por maus-tratos, redução da capacidade intelectual das pessoas ou violência moral, tornando-se esta regra obrigatória independente de previsão expressa na legislação. O que para a época como salienta Leandro Cadenas, era um grande avanço (2006, p.16).

Nos Estados Unidos, foi a partir de 1961, por meio de uma decisão da Suprema Corte, é que se consolidou a impossibilidade de uso das provas ilícitas. Tal inadmissibilidade leva o nome de *exclusionary rule*, ou princípio da exclusão, ou, ainda regra de exclusão. Em 1914, a Suprema Corte americana, no caso “Weeks v. United States” já havia fixado que esse princípio valia para os processos no âmbito federal, já que, naquele ordenamento jurídico existem vários sistemas processuais. Passando agora a ser vedado tanto no sistema federal quanto no estadual (Prado, 2006, p. 16-17).

Na Espanha a maior parte da doutrina posiciona-se contrariamente à admissibilidade das provas obtidas ilegalmente. Assim não há que se distinguir, para o autor, quanto ao momento processual de admissão ou de incorporação ao processo, ou mesmo ao da sua apreciação, pois a ineficácia seria a mesma (Avolio, 1999, p. 57).

No direito francês encontra-se a possibilidade de aplicação da doutrina da inadmissibilidade das provas ilícitas, através de uma disposição do estatuto processual que regula as nulidades. Como bem lembrado por Avolio (1999, p.58) além das hipóteses de nulidade pela inobservância de determinadas prescrições processuais, o art. 172 do Código de Processo francês estabelece, com caráter

muito amplo, a nulidade nos casos de violação dos direitos da defesa, deixando ainda, a critério do Tribunal, decidir sobre a abrangência da anulação, que pode estender-se do ato viciado a qualquer fase ulterior do procedimento.

No Brasil, com a promulgação da Constituição da República de 1988, é que o legislador originário passou a vedar o uso desse tipo de prova pelo Estado, que não podia punir ninguém com base nela. Além disso, em 2008 com a reforma do Código de Processo Penal, o legislador não apenas ratificou a proibição já expressa no texto constitucional com relação com relação as provas ilícitas, mas também como já dito inclui nesta vedação as provas ilícitas por derivação, o que até então era omissa na legislação.

3.4 A Inadmissibilidade das Provas Ilícitas no Direito Brasileiro

Antes da Constituição da República de 1988, a doutrina brasileira se dividia entre a admissibilidade e a inadmissibilidade das provas ilícitas no processo. Mas preponderava no direito penal e até mesmo em outros campos do direito (civil e administrativo) a admissibilidade das provas ilícitas, prevendo apenas a punição do infrator pelo ilícito cometido no momento da obtenção da prova.

Os defensores do uso das provas ilícitas invocavam o princípio do livre convencimento do juiz, aliado ao da verdade real. Desse modo o que importava era a busca da verdade material dos fatos, ainda que essa busca implicasse em violação aos direitos dos investigados (Prado, 2006, p.15).

Contudo a doutrina e a jurisprudência brasileira já começavam a se colocar a favor da inadmissibilidade das provas ilícitas, temperada pelo princípio da proporcionalidade, e antes mesmo da norma assecuratória da inadmissibilidade já começava a se solidificar esta teoria (Grinover, Scarance e Magalhães, 2001).

A partir daí a Constituição de 1988 veio consolidar esta teoria e a posição do STF, afastando expressamente do processo brasileiro a admissibilidade das provas ilícitas, através do art. 5º, LVI. Vale ressaltar que o alcance dessa vedação abrange todo o processo judicial e administrativo, mas não engloba o inquérito policial, que é

apenas uma peça informativa da denúncia ou queixa. Assim como bem lembrado por Leandro Cadenas (2006, p.12), “qualquer condenação do réu deve ser feita com base nas provas colhidas no processo, garantidos os direitos ao contraditório e à ampla defesa, inexistentes na fase inquisitorial”.

As Mesas de Processo Penal, ligadas ao Departamento de Direito Processual Penal da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, atuando sob a coordenação de Ada Pellegrini Grinover, tomaram posição sobre a matéria nas seguintes súmulas:

Súmula nº. 48 - "Denominam-se ilícitas as provas colhidas com infringência a normas e princípios de direito material".

Súmula nº. 49 - "São processualmente inadmissíveis as provas ilícitas que infringem normas e princípios constitucionais, ainda que forem relevantes e pertinentes, e mesmo sem cominação processual expressa".

Passou-se a adotar essa tendência evolutiva, passando da admissibilidade para a inadmissibilidade das provas ilícitas. Abandonou-se, gradativamente, a orientação fundamentada na tese de que o ilícito ocorrido na esfera material não pode trazer consequências não previstas na esfera processual, levando, por consequência, à inadmissibilidade das provas ilícitas.

No entender de Ada P. Grinover passava-se de uma concepção em que se admitia a prova colhida ilicitamente para uma nova concepção de processo, voltado para as garantias individuais do cidadão, e não exclusivamente como instrumento de busca da verdade real e de punição do infrator, a qualquer custo (2001, p.138). Assim, não se justifica ignorar direitos fundamentais do cidadão em favor do direito a produção de provas e da busca da verdade real, já que a atuação do Estado encontra limites nos direitos e garantias do indivíduo.

A par dessa vedação outras garantias foram asseguradas como bem define Fernando da Costa Tourinho:

“(...) uma busca e apreensão ao arrepio da lei, uma audição de conversa privada por interferência mecânica de telefone, microgravadores dissimulados, uma interferência telefônica, uma gravação de conversa, uma fotografia de pessoa ou pessoas em seu círculo íntimo, uma confissão obtida por meios condenáveis, como o famoso “pau-de-arara”, o “*lie detector*” e, enfim, toda e qualquer prova obtida em afronta à Constituição, seja em desrespeito ao direito material ou processual, não será admitida em juízo (2004, p. 57-58)”.

Até então, apenas a Constituição da República (art. 5º, LVI) e o próprio CPP, mas em outro capítulo (art. 233, em que se veda a utilização em Juízo de cartas obtidas por meios criminosos) tratavam diretamente da prova ilícita. Agora a Lei 11.690/08 trouxe um artigo que trata especificamente da vedação as provas ilícitas.

Embora doutrina e jurisprudência orientem-se no sentido de não admitir no processo as provas produzidas por meios ilícitos, outras questões ainda reclamam um exame mais aprofundado, como a flexibilização da vedação constitucional, sob o enfoque do princípio da proporcionalidade e da concordância prática na convivência dos direitos fundamentais, bem como a questão das provas ilícitas por derivação. (NASCIMENTO, José Carlos do. As provas produzidas por meios ilícitos e sua admissibilidade no Processo Penal. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 779, 21 ago. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7180>>. Acesso em: 27 jul. 2010)

Leandro Cadenas conclui a questão descrita ao dizer:

São variadas as garantias elencadas pelo constituinte. Porém, esse mesmo constituinte fixou situações nas quais tais garantias deverão ser relevadas em prol do interesse público. Estando acobertadas por essas exceções, tais provas terão perfeita validade, e poderão ser usadas legitimamente nos processos que venham a impor sanção ou obrigação (2006, p. 14).

Dessa forma, diante de alguns casos, a doutrina e a Jurisprudência brasileira vem se posicionando a favor da admissibilidade das provas ilícitas por meio da aplicação do princípio da proporcionalidade.

4 LIMITES AO DIREITO DE PROVA

4.1 Colisão de Direitos Fundamentais e as Provas Ilícitas

Dentre outras situações, nos sistemas de inadmissibilidade da prova ilicitamente obtida, em face de uma vedação expressa, permite-se que se proceda a uma escolha, no caso concreto, entre os valores constitucionalmente relevantes postos em colisão. Como nenhum direito fundamental tem caráter absoluto, em decorrência da necessidade de conviverem no mesmo sistema jurídico, comporta tal texto constitucional certa flexibilização quando tais dispositivos entrarem em confronto, a

fim de evitar injustiças e garantir os direitos fundamentais do cidadão em especial a sua liberdade. Pelo princípio ou teoria da proporcionalidade as normas se articulam num sistema, que em prol da harmonia tolera-se, em certa medida, o detrimento a alguns direitos em favor de outros.

4.2 Princípio da Proporcionalidade

Embora, para relevante parte da doutrina, as provas ilícitas sejam totalmente inadmissíveis, vez que, para estes, resta inadmissível qualquer violação de direitos individuais, a maioria já vislumbra a possibilidade de se admitir uma prova ilícita mediante a operacionalização do princípio da proporcionalidade e grande parte assim o faz, muitos em benefício do acusado e alguns em benefício da sociedade.

O princípio da proporcionalidade se coaduna com a tese intermediária sobre a admissibilidade das provas ilícitas, que defende que nem deve aceitar todas as provas ilícitas, nem proibir qualquer prova pelo fato de ser ilícita. Deve haver uma análise de proporcionalidade de bens jurídicos. Podendo-se assim ofender um direito por meio da utilização de uma prova ilícita se o outro direito for mais importante para o indivíduo, buscando assim a prestação de uma tutela mais justa e eficaz.

Cabe dizer que entre os princípios não existe hierarquia, devendo sempre ser analisados no caso concreto, atribuindo-se valor a cada um dos princípios envolvidos. Desse modo existindo alguma circunstância mais importante a ser protegida que a vedação constitucional ao uso das provas obtidas ilicitamente, pode-se através deste princípio, ser afastada tal proibição (Prado, 2006). Trata-se do chamado *Verhältnismäßigkeitsprinzip*, ou seja, do critério de proporcionalidade utilizado nos tribunais da Alemanha, que visa a utilização deste princípio com base no equilíbrio e na razoabilidade entre valores que se contrastem.

Fernando Capez dispõe que:

De acordo com essa teoria, sempre em caráter excepcional e em casos extremamente graves, tem sido admitida a prova ilícita, baseando-se no princípio do equilíbrio entre os valores contrastantes (admitir uma prova ilícita para o caso de extrema necessidade significa quebrar um princípio

geral para atender a uma finalidade excepcional justificável). Para essa teoria, a proibição das provas obtidas por meios ilícitos é um princípio relativo, que, excepcionalmente, pode ser violado sempre que estiver em jogo um interesse de maior relevância ou outro direito fundamental com ele contrastante (2006, p.36).

Como exemplo claro, temos o caso da pessoa inocente, que tem como uma única forma de provar sua inocência, a utilização de documento obtido ilicitamente. Neste caso, então, entre se punir um inocente e utilizar a prova ilícita, opta-se pela utilização da prova viciada, garantindo a liberdade do indivíduo.

Vale ressaltar, que a maioria da doutrina só tem admitido o uso de tais provas vedadas, impondo ao julgador a análise dos bens jurídicos envolvidos, excepcionalmente quando seja favorável ao réu, para corrigir ou evitar eventuais injustiças, caso contrário não se pode utilizar-se das provas ilícitas quando seja para piorar a situação do réu perante a Justiça.

No tocante a natureza jurídica da proporcionalidade esta possui um caráter formal, visto que não é um critério material ou substantivo de decisão, é, somente, um procedimento que conduz a uma solução do caso concreto.

No ordenamento jurídico brasileiro, apesar de já ter sido citado, vale lembrar que a proporcionalidade é tida como um princípio e tem sido aplicada nas decisões proferidas pelos tribunais do país. No entanto, sua aplicabilidade ainda é tímida e na maioria das oportunidades em conjunto com o princípio da razoabilidade, como se ambos abrangessem os mesmos preceitos, o que não ocorre na realidade (ANTUNES, Roberta Pacheco. O princípio da proporcionalidade e sua aplicabilidade na problemática das provas ilícitas em matéria criminal. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 999, 27 mar. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8153>>. Acesso em: 27 jul. 2010).

Diante disso, conclui Avolio que:

A teoria da proporcionalidade ou da razoabilidade, também denominada teoria do balanceamento ou da preponderância dos interesses, consiste, pois, exatamente, numa construção doutrinária e jurisprudencial que se coloca nos sistemas de inadmissibilidade da prova obtida ilicitamente, permitindo, em face de uma vedação probatória, que se proceda a uma escolha, no caso concreto, entre os valores constitucionalmente relevantes postos em confronto (1999, p.64).

Nesta acepção, pode-se concluir que com a Constituição da República de 1988 inseriu-se no Brasil uma tradição há muito vigente na Europa, a de garantir constitucionalmente direitos fundamentais, o que exige para a sua efetiva concretização a aplicabilidade da proporcionalidade, princípio implícito, mas plenamente aplicável no ordenamento jurídico brasileiro.

4.2.1 Evolução do Conceito de Proporcionalidade

A idéia de proporção como lembrado por vários juristas, já existia nos arquétipos do pensamento jurídico ocidental e tinha a conotação de direito, confundindo-se muito com essa noção.

A raiz do pensamento voltado para a proporcionalidade encontra-se na antiguidade clássica. O direito era visto sob a ótica da utilidade, onde os gregos encontravam a sua *ultima ratio*, ou seja, o bem-estar para os indivíduos, baseado na idéia de proporcionalidade como padrão do justo. Também entre os romanos esta idéia foi muito difundida, inclusive por Ulpiano.

Assim, como bem lembrado por Avolio (1999, p. 59), a idéia de proporcionalidade, “que se fazia presente na *justitia vindicativa talionica*, expressa na regra da reação a uma agressão sofrida, permaneceu impregnada em todo o pensamento jurídico-filosófico, passando por Aristóteles, Dante, Hugo Grócio e muitos outros”.

Na acepção da doutrina majoritária a proporcionalidade surgiu na Idade moderna, precisamente com o surgimento do Estado de Direito.

O século XVIII foi marcado por grandes acontecimentos históricos, chegando a Revolução francesa. Imbuído pelas idéias do iluminismo, o eminente jusfilósofo italiano, marquês de Beccaria, em sua famosa obra *dei delitti e delle pene*, propugnou pela aplicação da proporcionalidade da pena a todos condenados pela prática de delitos.

Mas foi especialmente no Direito Administrativo que o termo “proporcional” (*Verhältnismässigkeitsprinzip*), utilizado por Von Berg em 1802, ao tratar da possibilidade de limitação da liberdade, em virtude do então denominado “Direito de

Polícia”, ganhou expressão. Tendo em vista a proibição da força policial, ultrapassar o limite estritamente necessário e exigível para a realização de sua finalidade, Wolzendorff criou o Princípio da Proporcionalidade entre os meios e os fins (Grundsatz der Verhältnismässigkeit). Durante a primeira metade do século passado, a aplicação do mencionado princípio restringiu-se ao Direito de Polícia.

Contudo, foi na Alemanha do período pós-guerra, que se desenvolveu a chamada teoria da proporcionalidade, com a transposição deste princípio para o plano constitucional, pelo Tribunal Constitucional alemão. Para Avolio, vale dizer que já se pressupunha a existência de ofensa a valores garantidos pela *Lex superior*, tratava-se, contudo, de precisar qual seria o bem jurídico que se pretendia tutelar e dentro de quais limites se operaria a proteção dispensada. Neste sentido, o *Bundesgerichtshof*, passou a recomendar a utilização deste princípio, em casos excepcionais, para buscar a correta solução dos casos relacionados às provas obtidas de forma ilícita.

Foi com esta idéia desenvolvida na Alemanha que a proporcionalidade se propagou pelo mundo, onde inúmeros Estados a albergaram em suas constituições. Nos Estados Unidos, inclusive, tal princípio foi chamado de “razoabilidade”.

A Constituição de Portugal consagrou o princípio da *proibição de excesso*, que previa no âmbito das leis restritivas de direitos, liberdades e garantias, que qualquer limitação, feita ao menos com base na lei, deve ser adequada (apropriada), necessária (exigível) e proporcional (com justa medida).

No Brasil, o princípio da Proporcionalidade não ficou de fora das doutrinas, embora não esteja constitucionalmente expresso. Celso Antônio Bandeira de Mello (*apud* Avolio, 1999, p. 62) esclarece que:

“o princípio da proporcionalidade não é senão uma faceta do princípio da razoabilidade, com idêntica matriz constitucional: o art. 37 da Lei Magna, conjuntamente com os art. 5º, II, e 84, IV. Conclui que o fato de ter que buscar o princípio pela trilha assinalada não o faz menos amparado, nem menos certo ou verdadeiro, pois tudo aquilo que se encontra implicado em um princípio é tão certo e verdadeiro quanto ele”.

Para Avolio (1999, p.63) o mesmo raciocínio se aplica para o processo penal. O tribunal alemão Considerou o Direito Processual Penal como *Direito Constitucional aplicado*, o que exige dos juízes o respeito à proporcionalidade ao aplicarem as

medidas coativas de acordo com o ordenamento processual penal, havendo mesmo diversos artigos onde esse princípio estaria implícito (1999, p.63). Assim transportada para o processo, mas especificamente para a questão das provas ilícitas, o princípio da proporcionalidade impõe que o julgador, em caráter excepcional e em casos extremamente graves, ao apreciar a admissibilidade de uma prova ilícita no processo, o faça sopesando os bens jurídicos envolvidos no caso em análise, de forma a corrigir as possíveis injustiças que possam advir da observância pura da vedação constitucional.

Nesta acepção, diante da proporcionalidade do Direito alemão, que se difundiu em todo mundo, chega ao Brasil, a idéia de que sendo uma prova ilícita, mas necessária para evitar uma condenação injusta, certamente deverá ser aceita, flexibilizando-se a proibição expressa nos incisos X e XII do art. 5º da CR.

4.3 O Princípio da Proporcionalidade e a Prova Ilícita *pro reo*

Em que pesem todas as discussões doutrinárias a respeito da flexibilização da vedação constitucional às provas ilícitas, já parece estar consolidada a aplicação do Princípio da proporcionalidade vista sob a ótica do direito de defesa, que é um direito garantido constitucionalmente, sendo um dos mais importantes princípios no processo Penal, informado pelo princípio do *favor rei*.

De fato a tendência da doutrina Pátria tem sido de acolher essa teoria, em determinados casos, para beneficiar o réu, admitindo assim que sejam utilizadas no processo penal as provas obtidas por meios ilícitos, desde que seja em favor da defesa. Entendendo ser adequada a aplicação da proporcionalidade como meio de proteção do réu.

Grinover, Scarance e Magalhães (2001, p. 137) esclarecem que é praticamente unânime a posição que admite “a utilização, no processo penal, da prova favorável ao acusado, ainda que colhida com infringência a direitos fundamentais seus ou de terceiros”.

É nesta acepção que a incidência do princípio da proporcionalidade *pro reo* apresenta menores problemas e maior número de adeptos, vez que, neste caso, utilizando-se uma prova ilícita em favor do acusado, mesmo que com infringência a direitos fundamentais seus ou de terceiros, o direito do particular restaria protegido diante do poder do Estado.

Gomes Filho traduz bem este pensamento ao explicar:

No confronto entre a vedação constitucional às provas ilícitas, que representa uma proteção a direitos fundamentais do cidadão, e o direito de provar a própria inocência, é claro que este deve prevalecer, porque a liberdade e a dignidade da pessoa humana são valores insuperáveis na sociedade moderna, bem como pelo fato de que não interessa ao Estado punir um inocente e, como consequência, deixar impune o verdadeiro culpado (1996, p.106).

No dizer de Fernando Capez (2006, p.37), “o princípio da vedação das provas ilícitas não pode ser usado como um escudo destinado a perpetuar condenações injustas”. Assim entre aceitar uma prova vedada, considerada único meio de provar a inocência de alguém, e permitir que esse alguém perca injustamente sua liberdade, não há dúvida de que a liberdade do acusado é mais importante e consentânea com o Estado Democrático de Direito e a proteção à dignidade humana.

Além dessa menção, tem sido defendido por como Ada Pellegrini Grinover, Antônio Scarance e Antônio M. Gomes Filho o entendimento de que a colheita e uso de provas ilícitas, em determinadas situações como estado de necessidade e a legítima defesa, são causas legais de eliminação da ilicitude. Utilizam dentre outros, o argumento de que a Constituição Federal garante o direito de defesa no processo penal de forma primordial, abrangendo o princípio do *favor rei*.

Alexandre de Moraes (2003, p.131) defende o uso das provas ilícitas como exclusão de ilicitude:

[...] poderíamos apontar a possibilidade de utilização de uma gravação realizada pela vítima, sem o conhecimento de um dos interlocutores, que comprovasse a prática de um crime de extorsão, pois o próprio agente do ato criminoso, primeiramente, invadiu a esfera de liberdades públicas da vítima, ao ameaçá-la e coagi-la. Essa, por sua vez, em *legítima defesa* de suas liberdades públicas, obteve uma prova necessária para responsabilizar o agente.

A este pensamento também se filiam Afrânio Silva Jardim com a teoria da exclusão da ilicitude, e Paulo Rangel, que assim dispõe sobre a colheita de provas ilícitas:

a conduta do réu é amparada pelo direito e, portanto, não pode ser chamada de ilícita. (...)

Afirmamos ser aparente a infringência da lei por entendermos que o estado de necessidade exclui a ilicitude, pois a necessidade de salvar o interesse maior (liberdade de locomoção), sacrificando o menor (sigilo das comunicações telefônicas) em uma situação não provocada de conflito extremo, justifica a conduta do réu. Assim, está ele (réu) agindo com o direito e não contra o mesmo (2007, p.417).

A jurisprudência do Pretório Excelso tem seguido nesse sentido, como pode ser verificado no seguinte julgado:

CONSTITUCIONAL. PENAL. GRAVAÇÃO DE CONVERSA FEITA POR UM DOS INTERLOCUTORES: LICITUDE. PREQUESTIONAMENTO. Súmula 282-STF. PROVA: REEXAME EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO: IMPOSSIBILIDADE. Súmula 279-STF. I. *gravação de conversa entre dois interlocutores, feita por um deles, sem conhecimento do outro, com a finalidade de documentá-la, futuramente, em caso de negativa, nada tem de ilícita, principalmente quando constitui exercício de defesa.* II. - Existência, nos autos, de provas outras não obtidas mediante gravação de conversa ou quebra de sigilo bancário. III. - A questão relativa às provas ilícitas por derivação "the fruits of the poisonous tree" não foi objeto de debate e decisão, assim não prequestionada. Incidência da Súmula 282-STF. IV. - A apreciação do RE, no caso, não prescindiria do reexame do conjunto fático-probatório, o que não é possível em recurso extraordinário. Súmula 279-STF. V. - Agravo não provido" (AI 50.367-PR, 2ª. Turma. Rel. Min. Carlos Velloso. J. 01/02/05. DJ 04/03/05).

Pode-se concluir então, que o princípio da proporcionalidade *pro reo*, vem atenuar a vedação constitucional de admissibilidade das provas ilícitas, desde que, em benefício do réu, tendo em vista o direito a ampla defesa do acusado e a sua proteção, daí este direito não poder ser limitado nem restringido.

4.4 O Princípio da Proporcionalidade e a Prova Ilícita *pro societate*

Embora não existam problemas quanto à aplicação do princípio da proporcionalidade *pro reo*, até porque é unânime a posição que admite o uso das provas ilícitas para ampliar a defesa do acusado, delicada é a questão que trata da utilização deste princípio *pro societate*. Até porque a finalidade aqui é proteger a acusação, que se encontra em pólo diverso do acusado, não cuidando de um conflito entre o direito ao sigilo e o direito a acusação à prova.

A doutrina não é pacífica sobre o tema, havendo divergências entre os vários autores. Luiz Torquato Avolio entende ser cabível a proporcionalidade *pro societate* ao dizer:

é possível admitir as provas ilícitas no processo quando houvesse interesse da coletividade, razões de segurança pública ou casos de extrema gravidade social. Assim, a ponderação entre o interesse privado do réu – em geral, seu direito fundamental à intimidade – e o interesse público seria possível por meio da verificação da necessidade, da adequação e da proporcionalidade em sentido estrito (1999, p.69).

Para os que admitem tal princípio, defendem que a acusação promovida principalmente pelo Ministério Público, visa resguardar valores fundamentais para a coletividade, tutelados pela norma penal. Estabelecendo-se um conflito entre a garantia do sigilo e a necessidade de se tutelar a vida, o patrimônio e a segurança, bens que também foram garantidos constitucionalmente, cabe ao Juiz, sopesar a avaliar os valores contrastantes envolvidos (Capez, 2006, p. 39).

Em posição oposta estão Antônio M. Gomes Filho e Mendonça, que repudiam totalmente a possibilidade de aceitação do princípio da proporcionalidade *pro societate*. Para eles o confronto entre o direito a provar a própria inocência e a vedação constitucional às provas ilícitas, aquele deve prevalecer, o que não ocorre no confronto entre a dita vedação e o interesse da sociedade em punir um criminoso.

Vale então ressaltar, que a posição predominante na doutrina é a de que a prova ilícita somente poderia ser admitida em favor do réu, conforme demonstrado no item anterior, e nunca como instrumento de acusação, vez que a vedação às provas ilícitas, por tratar-se de uma garantia constitucional que visa proteger direitos fundamentais do cidadão contra arbítrios do Estado, somente poderia ceder naqueles casos em que estivesse em confronto com outro direito fundamental do acusado.

A regra é que todo cidadão merece o amparo ou proteção constitucional dos seus direitos fundamentais, desde que faça correto uso desses direitos, pois caso contrário deixa também de continuar merecendo proteção, principalmente quando se contrapõe ao interesse público.

O Supremo Tribunal Federal, em acórdão da lavra do Ministro Celso de Mello, já se manifestou em decisão que, sopesando os bens jurídicos em conflito, adotou a orientação de que é possível restringir um direito fundamental em benefício da sociedade. A decisão encontra-se assim:

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

E o Superior Tribunal de Justiça também se manifestou no mesmo sentido, em decisão cuja ementa se transcreve:

CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL PENAL. "HABEAS CORPUS". ESCUTA TELEFÔNICA COM ORDEM JUDICIAL. RÉU CONDENADO POR FORMAÇÃO DE QUADRILHA ARMADA, QUE SE ACHA CUMPRINDO PENA EM PENITENCIÁRIA, NÃO TEM COMO INVOCAR DIREITOS FUNDAMENTAIS PRÓPRIOS DO HOMEM LIVRE PARA TRANCAR A AÇÃO PENAL (CORRUPÇÃO ATIVA) OU DESTRUIR GRAVAÇÃO FEITA PELA POLÍCIA. O INCISO LVI DO ART 5º. DA CONSTITUIÇÃO, QUE FALA QUE "SÃO INADMISSÍVEIS AS PROVAS OBTIDAS POR MEIO ILÍCITO", NÃO TEM CONOTAÇÃO ABSOLUTA. HÁ SEMPRE UM SUBSTRATO ÉTICO A ORIENTAR O EXEGETA NA BUSCA DE VALORES MAIORES NA CONSTRUÇÃO DA SOCIEDADE. A PRÓPRIA CONSTITUIÇÃO FEDERAL BRASILEIRA, QUE É DIRIGENTE E PROGRAMÁTICA, OFERECE AO JUIZ, ATRAVÉS DA "ATUALIZAÇÃO CONSTITUCIONAL" ("VERFASSUNGSAKTUALISIERUNG"), BASE PARA O ENTENDIMENTO DE QUE A CLÁUSULA CONSTITUCIONAL INVOCADA É RELATIVA. A JURISPRUDÊNCIA NORTE AMERICANA, MENCIONADA EM PRECEDENTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, NÃO É TRANQUILA. SEMPRE É INVOCÁVEL O PRINCÍPIO DA "RAZOABILIDADE" ("REASONABLENESS"). O "PRINCÍPIO DA EXCLUSÃO DAS PROVAS ILICITAMENTE OBTIDAS" ("EXCLUSIONARY RULE") TAMBÉM LÁ PEDE TEMPERAMENTO. ORDEM DENEGADA". (HC 3.982-RJ, 6ª Turma. Rel. Min. Adhemar Maciel. J. 05/12/95. DJ. 26/02/96).

Por fim apesar de existirem estes casos de incidência pela Jurisprudência, tem-se que a proporcionalidade é meio de se ponderar direitos fundamentais bem definidos e individualizados, o que implica dizer que o interesse público não representa tal possibilidade, assim como seus desdobramentos (Revista IOB Direito Penal e Processo Penal, 2007, p.69).

Enfim, pode-se concluir que ressalvada a prática da tortura, que, por afrontar normas de direito anteriores e superiores às próprias Constituições, não pode ser admitida de forma alguma, seja para o fim que for a tendência tanto da doutrina quanto da Jurisprudência é de aceitar a proporcionalidade somente *pro reo* e não *pro societate*. Fica claro, portanto, que o acusado permanece sendo visto como merecedor do mais alto castigo, podendo o Estado para alcançar tal medida utilizar-se do princípio da verdade real, cuja aplicação permitiria até mesmo uma ilicitude processual.

4.5 Proporcionalidade e as Provas Ilícitas por Derivação

No que tange a aplicabilidade do princípio da proporcionalidade para solucionar conflitos entre direitos fundamentais no âmbito das provas ilícitas por derivação, percebe-se que a partir do momento em que se considera a prova derivada eivada de vício, da mesma forma que a originária, a aplicabilidade do princípio da proporcionalidade deve seguir a mesma idéia desta.

Dessa feita, convém complementar que sendo a decisão em benefício do acusado a proporcionalidade deve ser aplicada indubitavelmente *pro reo*, todavia, sendo para incriminar o cidadão, deve-se afastar esta prerrogativa e, portanto, inviável a utilização da prova ilicitamente obtida.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O direito a prova é um meio de garantir ao acusado o direito ao contraditório e a ampla defesa, direitos estes previstos expressamente no texto constitucional. Mas embora em regra prevaleça a regra da liberdade probatória, esta não é absoluta, pois encontra limite na própria Constituição da República em seu art. 5º, LVI, que estabelece que são inadmissíveis no processo as provas obtidas por meios ilícitos. O que se quis com essa vedação, foi buscar a verdade dos fatos, sem com isso violar os direitos fundamentais do cidadão.

Embora o texto constitucional traga expressamente que apenas as provas ilícitas são inadmissíveis, dessa vedação extrai-se também a inadmissibilidade das provas

ilegítimas e das ilícitas por derivação. É claro o objetivo do legislador de se evitar, por meio dessa vedação, a prova obtida por meio ilegal e não apenas a prova ilícita. Por isso em regra todas as provas obtidas com violação, seja a norma material ou processual, são repudiadas pelo nosso ordenamento.

Cabe dizer que durante algum tempo a doutrina se dividiu entre a admissibilidade ou não das provas ilícitas. Até que no Brasil, com a Carta Constitucional de 1988, se consolidou a teoria da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos. Contudo, vale lembrar que também esta teoria não pode ser aplicada de forma absoluta apesar de ser uma garantia fundamental. Assim, deve se analisar o caso concreto, sendo necessária uma ponderação sempre que estiverem em confronto direitos fundamentais relevantes. Esse abrandamento da vedação constitucional às provas ilícitas encontra suas raízes no Princípio da Proporcionalidade.

Este princípio, embora não seja expressamente previsto busca flexibilizar a aplicação da inadmissibilidade das provas ilícitas, havendo divergência com normas constitucionais de grande relevância. Pelo princípio da proporcionalidade há que se fazer uma análise do bem jurídico afetado, admitindo-se as provas ilícitas quando estiverem em confronto direitos fundamentais, visando a harmonia e o equilíbrio destes, onde o princípio de maior importância deve prevalecer sobre o de menor valor.

Com relação a proporcionalidade a maioria da doutrina defende a sua aplicação, desde que, *pro reo*, ou seja, em benefício do acusado, para garantir-lhe proteção. Muitos autores entendem a proporcionalidade como um meio inerente ao uso das provas colhidas com violação a norma constitucional, quando esta funcionar como causa legal de exclusão da ilicitude. Há também outra corrente, embora minoritária, que defende o uso da proporcionalidade *pro societate*, permitindo-se a infringência a um direito fundamental em benefício da sociedade.

O fato é que entre o direito de provar a própria inocência, em prol da liberdade e o interesse do Estado em punir um criminoso, o primeiro deve prevalecer sob a persecução penal do Estado, uma vez que estão expressos na Constituição os direitos individuais fundamentais do cidadão.

Sendo assim, diante de situações extremas, no processo penal tem-se invocado a aplicação do princípio da proporcionalidade, especialmente sobre as provas ilícitas, com o intuito de buscar a verdade real dos fatos, a dignidade da pessoa humana, liberdades e garantias asseguradas pela Constituição Federal.

Com isso, podemos concluir que no Brasil prevalece na doutrina e na jurisprudência a tendência de se aceitar a proporcionalidade apenas *pro reo*, e não *pro societate*, como forma de garantir ao acusado mais um meio eficaz de promover sua defesa, desde que, seja a prova ilegal a única forma de se fazer justiça.

REFERÊNCIAS

ANTUNES, Roberta Pacheco. *O princípio da proporcionalidade e sua aplicabilidade na problemática das provas ilícitas em matéria criminal*. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 999, 27 mar. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8153>>. Acesso em: 27 jul. 2010.

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

CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 13 ed., São Paulo: Saraiva, 2006.

CHAVES, João Freitas de Castro; CUNHA, Clarissa Marques da. *Princípio da Proporcionalidade Pro Societate na Gestão da Prova Ilícita: Dilemas Teóricos e Usos Cotidianos*. Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal. v.7, n.41, dez./jan., São Paulo: IOB Thomson, 2007.

FUDOLI, Rodrigo de Abreu. Lei nº. 11.690/08: reforma do tratamento das provas no Código de Processo Penal. Jus Navigandi, Teresina, ano 12, n. 1821, 26 jun. 2008. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11430&p=2>. Acesso em: 14 ago. 2010.

GOMES, Luiz Flávio. *Lei nº 11.690/2008 e provas ilícitas. Conceito e inadmissibilidade*. Jus Navigandi, Teresina, ano 12, n. 1832, 7 jul. 2008. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11466>>. Acesso em: 27 jul. 2010.

GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal*. 3 ed., São Paulo: Saraiva, 1999.

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

JARDIM, Afrânio Silva. *Direito processual Penal*. 11. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2003.

MENDES, Maria Gilmaíse de Oliveira. *Direito à Intimidade e Interceptações telefônicas*. Belo Horizonte: Mandamentos, 1999.

MESQUITA JÚNIOR, Sidio Rosa de. *O processo criminal brasileiro e o ônus da prova*. Jus Navigandi, Teresina, ano 12, n. 1805, 10 jun. 2008. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11366>>. Acesso em: 27 jul. 2010.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo Penal*. 6. ed., São Paulo: Atlas, 2000.

MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. 7. ed., Atualizada até a EC 55/07 – São Paulo: Atlas, 2007.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 16. ed., São Paulo: Atlas, 2004.

NASCIMENTO, José Carlos do. *As provas produzidas por meios ilícitos e sua admissibilidade no Processo Penal*. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 779, 21 ago. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7180>>. Acesso em: 27 jul. 2010.

NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. 6. ed., São Paulo: RT, 2000.

NOGUEIRA, Paulo Lúcio. *Curso Completo de Processo Penal*. 10. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 1996.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 6.ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

PACHECO, Denílson Feitoza. *Direito processual penal: teoria, crítica e práxis*. 4. ed. Niterói: Impetus, 2006.

PRADO, Leandro Cadenas. *Provas Ilícitas no processo Penal: teoria e interpretação dos tribunais superiores*. Niterói, RJ: Impetus, 2006.

RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 7.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p.414.

RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 12.ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

REIS, Nazareno César Moreira. Primeiras impressões sobre a Lei nº 11.690/2008. A prova no processo penal. Jus Navigandi, Teresina, ano 12, n. 1818, 23 jun. 2008. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11414>>. Acesso em: 27 jul. 2010.

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: 27 jul. 2010.

TÁVORA, Nestor. *Curso de Direito Processual Penal*. 3. ed. Salvador, BA: Juspodivm, 2009.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. 3 vol. 26. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004.