

## DA (IN) ADMISSIBILIDADE DAS PROVAS ILÍCITAS NO PROCESSO PENAL ANTE O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE.

Cecília Karolina Gomes Lins<sup>1</sup>

### RESUMO

Nos últimos tempos, a prova ilícita e sua possível utilização no processo tem sido alvo de intensa discussão jurisprudencial e doutrinária em função de seu grande impacto no âmbito da justiça e da sociedade como um todo. Toda a discussão sobre o tema será abordada juntamente com o princípio da proporcionalidade, o qual se utiliza, nos estudos e análises, da possibilidade ou não da utilização da prova ilícita no processo penal. O primeiro capítulo irá discorrer sobre: a “prova”; o sistema acusatório adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro; a legislação constitucional sobre o direito à prova e a distribuição do ônus probatório. Em seguida, o princípio da proporcionalidade será abordado de forma geral, partindo de sua contextualização histórica até a atualidade, a sua aplicação, bem como a diferenciação em face do princípio da razoabilidade. Por fim, será feita a análise conjunta da prova ilícita e do princípio da proporcionalidade, analisando-se a utilização desse tipo de prova em prol da sociedade, assim como do réu. Para finalizar, serão apresentados, de maneira geral e resumidamente, dois importantes julgados do Supremo Tribunal Federal sobre o tema.

**Palavras-chave:** Prova Ilícita, Princípio da Proporcionalidade, Proporcionalidade *Pro Reo*, Proporcionalidade *Pro Societate*.

### ABSTRACT

Nowadays, the illegal evidence and its possible use in criminal procedure has been the object of intense jurisprudential and doctrinal discussion because of its great impact in justice and society as a whole. The whole discussion on the issue will be spoken along with the proportionality principle, which is used in the studies and reviews about the possibility or not of the use of illegal evidence in criminal procedure. The first chapter will talk about the concept of evidence, the accusatorial system adopted by the Brazilian legal system, the constitutional law on the right to evidence and the onus of its distribution. After, it will be spoken of proportionality, from its historical context to the present, its application, as well as its distinction from reasonability. Finally, the illegal evidence and its use will be analyzed over the rule of proportionality, in order to define whether it is possible in favor of society or of the accused. Lastly, an important trial of the Supreme Court about the theme will be briefly presented.

**Keywords:** Illegal Evidence; Proportionality; Proportionality “pro reo”; Proportionality “pro societate”.

## INTRODUÇÃO

O assunto abordado neste trabalho foi escolhido diante da importância e da dimensão de seu debate. Nos últimos tempos, a prova ilícita e sua possível utilização no processo tem sido

---

<sup>1</sup> Pós-graduanda em Direito e Processo Constitucionais pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR). E-mail: karolglins@hotmail.com.

alvo de intensa discussão jurisprudencial e doutrinária em função de seu grande impacto no âmbito da justiça e da sociedade como um todo.

O termo “prova ilícita” é comumente tratado como sinônimo de “prova ilegítima”. A diferença básica consiste no parâmetro utilizado para sua análise: uma prova é considerada ilícita quando viola normas de direito material, enquanto a prova é ilegítima quando vai de encontro com as normas processuais do direito. No decorrer deste trabalho será demonstrado com mais afinco esta diferenciação.

A Constituição da República Federativa do Brasil, em seu artigo 5º, LVI, prevê expressamente que as provas consideradas ilícitas (neste ponto engloba-se prova ilícita e ilegítima, daí a utilização geral do termo “ilícita”) são inadmissíveis ao processo. Este dispositivo foi aplicado de maneira literal por muitos anos, sem discussão, resistência e debate sobre o assunto.

Há um tempo, alguns juristas vêm modificando, ainda de maneira muito sutil, a aplicação deste dispositivo, visto que em determinados casos concretos não se vislumbra o fazimento de justiça se tal previsão constitucional não for utilizada de maneira maleável.

Ocorre que mesmo havendo a possibilidade de deixar a desejar a satisfação de justiça à sociedade, o judiciário brasileiro ainda obedece em regra o artigo citado. O entendimento majoritário é de que a prova ilícita só pode ser utilizada no processo penal, para convencimento do julgador, se tratar de única prova capaz de atestar a inocência do acusado.

Mas e a prova ilícita capaz de provar que o acusado é realmente culpado pelo cometimento do crime? E se tratar de um crime grave que só pode ser punido se a prova ilícita for considerada no processo? E a sensação de injustiça perante a sociedade se um criminoso for absolvido porque a única prova do crime é considerada ilícita pelo ordenamento jurídico? São perguntas para as quais não existem respostas satisfatórias, pois não se tem como explicar o porquê de não serem aceitas determinadas provas capazes de trazer à tona a verdade real.

Com base nestes questionamentos sobre o posicionamento ainda majoritário dos órgãos judiciários, que este tema vem a ser debatido. É importante frisar desde já que não se está defendendo a prática de abusos pelos agentes públicos a fim de produzir provas contra os acusados, mas sim buscando entender como ser tão literal a ponto de desconsiderar uma prova importante por mero procedimento irregular nos termos da lei.

É por considerar os prováveis abusos por parte do poder público caso esse tipo de prova fosse permitido, que boa parte da doutrina nacional e estrangeira reconhece a aplicação da proibição de produção de prova ilícita apenas em face do Estado, o que também não é entendimento majoritário, mas apenas uma corrente que defende, dentro de determinados limites, a produção de provas por particulares.

Toda a discussão sobre o tema será abordada juntamente com o princípio da proporcionalidade, o qual se utiliza nos estudos e análises sobre a possibilidade ou não da utilização da prova ilícita no processo penal. É certo que o princípio da proporcionalidade não é o único capaz de relativizar a aplicação do dispositivo constitucional em questão, no entanto, as teses defensivas da maleabilidade do mesmo se fundamentam, prioritariamente, neste princípio, como se verá no decorrer deste trabalho.

No primeiro capítulo, será conceituado de maneira geral o termo “prova”, tratará também do sistema acusatório adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro, da legislação constitucional sobre o direito à prova e da distribuição do ônus probatório. Será abordado ainda o conceito de prova ilícita, sua diferenciação em relação à prova ilegítima e a prova ilícita por derivação, com base na teoria dos frutos da árvore envenenada.

Em seguida, o princípio da proporcionalidade será explicado de forma geral, partindo de sua contextualização histórica até a atualidade, sua aplicação, bem como a diferenciação em face do princípio da razoabilidade.

Por fim, será feita a análise conjunta da prova ilícita e do princípio da proporcionalidade, analisando-se a utilização desse tipo de prova em prol da sociedade e do réu. Será apresentado um importante julgado do Supremo Tribunal Federal sobre o tema.

## **1 DAS PROVAS NO DIREITO BRASILEIRO**

### **1.1 Conceito geral de prova**

Para discorrer sobre o tema abordado neste trabalho, deve-se, inicialmente, conceituar o instituto base, a prova (palavra derivada do latim *proba*). Assim pode ser chamado tudo aquilo que servir para atestar a veracidade de alguma afirmação ou fato. No âmbito jurídico, este significado se encaixa perfeitamente. Para Tourinho Filho (2010, p. 553):

Provar é antes de mais nada estabelecer a existência da verdade; e as provas são meios pelos quais se procura estabelecê-la. É demonstrar a veracidade do que se

afirma, do que se 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. É o instrumento de verificação do *thema probandum*.

Quanto a sua finalidade, no Direito, a prova tem o condão de levar ao conhecimento do julgador, comprovações de veracidade dos fatos alegados, os quais se pretende provar, o que pode se dar de diversas formas. Deve-se observar, no entanto, que os meios de se obter estas provas têm que respeitar as previsões legais, do contrário, serão considerados provas ilegais ou ilegítimas, sobre o que se verá mais à frente.

Estas provas produzidas durante o processo possuem ou pelo menos devem possuir a capacidade de convencer o Magistrado, visto que, por meio delas, tenta-se formar para o mesmo a convicção da realidade sobre algum fato ou acontecimento relevante para a resolução da lide. Portanto, prova nada mais é do que o meio de demonstrar que determinados fatos são verídicos e sobre eles tentar formar a convicção do Juiz, tendo, por conseguinte, a decisão final do processo de acordo com o que foi alegado e comprovado.

Interessante e didática é a colocação de Nucci (2011, p. 17) sobre o tema:

A prova é a demonstração lógica da realidade, no processo, por meio dos instrumentos legalmente previstos, buscando gerar, no espírito do julgador, a certeza em relação aos fatos alegados e, por consequência, gerando a convicção objetivada para o deslinde da demanda.

E expõe ainda, de forma clara, a finalidade da prova:

O objetivo ou finalidade da prova é formar a convicção do Juiz sobre os elementos necessários para a decisão da causa. Para julgar o litígio, precisa o Juiz ficar conhecendo a existência do fato sobre o qual versa a lide. Pois bem: a finalidade da prova é tornar aquele fato conhecido do Juiz, convencendo-o da sua existência (NUCCI, 2011, p. 15).

Diante dos breves apontamentos feitos, pode-se concluir que a prova tem o papel de reconstruir os fatos trazidos na demanda judicial, sendo capaz de convencer o julgador sobre a veracidade das alegações, bem como de trazer uma estabilização na relação processual formada pelas partes envolvidas. Por fim, da demanda, deve resultar uma decisão final e esta deve estar em consonância com os fatos alegados e provados no decorrer do processo.

## **1.2 Sistema acusatório, direito à prova na CF/88 e distribuição do ônus probatório**

### **1.2.1 Do sistema acusatório no Brasil**

No ordenamento jurídico brasileiro, embora a doutrina ainda divirja sobre o assunto, é defendido em posição majoritária o sistema acusatório. Como este trabalho não tem por fim analisar tais posicionamentos, fica-se com a posição dominante que está bem fundamentada nos termos da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Para determinar as características dos sistemas processuais, busca-se definir quem são os sujeitos envolvidos na relação processual e o modo de atuação de cada um deles. O sistema acusatório, típico dos regimes democráticos, baseia-se, fundamentalmente, na divisão das funções de acusação, defesa e julgamento, o que é expressamente previsto na CF/88, embora esteja em dispositivos esparsos.

O sistema acusatório existe desde os tempos da Grécia antiga, iniciado em Atenas, de forma compatível com a época, podendo ser chamado também de sistema de garantias. Naquele momento histórico, um indivíduo só poderia ser levado a julgamento se houvesse uma acusação prévia, que poderia partir de qualquer outro indivíduo e este deveria exercer essa função até o fim. Era dada ao acusado a oportunidade de se defender e o julgamento era feito por outro órgão, o qual seria determinado pelo tipo de crime praticado. Portanto, já havia a ideia de separação das funções entre quem acusa, quem investiga e quem julga.

Em trecho de Prado (2005, p. 128), é possível identificar diversas características do sistema ateniense que condizem com o atual sistema acusatório:

Averbe-se, porém, que o prestígio do **modelo ateniense de persecução penal derivou exatamente do sistema de acusação popular**, em relação aos crimes públicos, faculdade deferida a qualquer cidadão, de um modo geral, pela Assembléia do Povo, para, em nome do próprio povo, sustentar a acusação. Assim, **o ofendido ou qualquer cidadão apresentava e sustentava a acusação perante o Arconte e este, conforme se cuidasse de delito público, convocava o Tribunal, cabendo ao acusado defender-se por si mesmo** (em algumas ocasiões era auxiliado por certas pessoas). **Cada parte apresentava as suas provas e formulava suas alegações, não incumbindo ao tribunal a pesquisa ou aquisição de elementos de convicção. Ao final, a sentença era ditada na presença do povo** (grifo não original).

O sistema acusatório, adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro, possui características que se adequam perfeitamente à democracia. Observa-se como principal delas a divisão dos papéis de cada órgão envolvido. Além disso, é fundamental a observância de princípios norteadores da persecução penal, como por exemplo, a oralidade, o juiz natural, o contraditório, a ampla defesa, a paridade, a publicidade, a segurança jurídica, o duplo grau de jurisdição etc.

Todos estes princípios tendem a propiciar um processo paritário, onde as partes possuem oportunidades iguais de defender seu pleito. Garantem também a atuação limitada do Estado por meio de seus órgãos, a imparcialidade do julgador, a ampla defesa do acusado, entre outras. Trata-se de um sistema garantista.

Lopes Junior (2012, p. 118-119) elenca, de forma sucinta, as principais características do sistema acusatório:

i) clara **distinção entre as atividades** de acusar e julgar; ii) a **iniciativa probatória deve ser das partes** (decorrência lógica da distinção entre as atividades); iii) mantem-se o **juiz** como um terceiro **imparcial**, alheio a labor de investigação e passivo no que se refere à coleta da prova, tanto de imputação como de descargo; iv) tratamento **igualitário** das partes (igualdade de oportunidade no processo); v) procedimento é em regra **oral** (ou predominantemente); vi) plena **publicidade** de todo procedimento (ou de sua maior parte); vii) **contraditório** e possibilidade de resistência (defesa); viii) ausência de uma tarifa probatória, sustentando-se a sentença pelo livre convencimento motivado do órgão jurisdicional; ix) instituição, atendendo a critérios de **segurança jurídica** (e social) da coisa julgada; x) possibilidade de impugnar as decisões e o **duplo grau de jurisdição** (grifo não original).

Na Constituição Federal de 1988 (CF/88), não existe uma disposição expressa de qual sistema adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro. No entanto, o próprio texto constitucional prevê as garantias trazidas pelo sistema acusatório, bem como a divisão de funções.

No art. 5º, inciso XXXV, a Constituição atribui exclusivamente ao poder judiciário o exercício da jurisdição, onde apenas por meio dele pode-se resolver um litígio de forma definitiva: “art. 5º. [...] XXXV- a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Portanto, ao judiciário é dada a função de julgar os conflitos sociais.

O princípio do juiz natural possui também previsões que o resguardam no texto constitucional: “art. 5º. [...] XXXVII – não haverá juízo ou tribunal de exceção; [...] LIII - ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente”.

Quanto à acusação, a CF/88 prevê que cabe ao Ministério Público promover as ações penais e, apenas em casos excepcionais, onde o mesmo não atue no prazo legal, caberá ao ofendido, conforme se retira do art. 5º, LIX: “será admitida ação privada nos crimes de ação pública, se esta não for intentada no prazo legal” (grifo não original). Observa-se ainda que o art. 129, I, da CF/88 determina que “compete ao Ministério Público promover, privativamente, a ação penal pública”. Destes dispositivos, extrai-se que o único órgão

competente para promover a ação penal pública, na função de acusador, é o membro do *parquet*. Somente em casos de exceção, poderá o ofendido exercer a acusação.

Por fim, ao réu caberá se defender de forma ampla, com a possibilidade de produção de provas, defesa prévia, oralidade, conhecimento dos atos processuais e nomeação de defensor, como pode ser constatado no art. 5º, LV: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

Outra característica fundamental do sistema acusatório é a publicidade do processo e esta é a regra constitucional expressa, sendo o sigilo exceção: “art. 5º. [...] LX - a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem”. Ainda como disposição expressa sobre o princípio da publicidade, é importante o que prevê o art. 93, inciso IX da Constituição Federal, o qual expressa que todos os julgamentos dos órgãos do poder judiciário serão públicos e que apenas em determinados atos a lei pode restringir a presença às partes e seus advogados, ou somente a estes, em casos que necessitem de preservação da intimidade e não prejudiquem o interesse público.

Outros dispositivos preveem o princípio do devido processo legal, bem como a legalidade das provas utilizadas no mesmo: “art. 5º [...] LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal; [...] LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”.

Deve-se frisar também que a paridade entre as partes tem, por fonte, o princípio da igualdade, o qual vem claramente identificado no *caput* do art. 5º da Constituição: “Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza [...]”.

Perante o que foi exposto, observa-se que a constituição brasileira prevê um processo de partes, onde cada envolvido desempenha função diversa, todos com garantias e ampla margem de atuação, podendo assim ser identificado o sistema acusatório com todas as suas principais características.

### **1.2.2 Do direito à prova na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**

Entendido o sistema processual adotado no Brasil, parte-se para uma análise do direito à prova na Constituição.

O princípio do contraditório e da ampla defesa são basilares no que tange à produção de provas no processo. As partes têm o direito de se defenderem com todas as suas “armas”, desde que dentro dos ditames legais.

Tais princípios, positivados no texto constitucional, possibilitam aos litigantes apresentarem fatos por meio de provas produzidas com a anuência do juiz e alegações em defesa dos seus interesses, tudo isso contraditando a parte adversa. Portanto, é garantia constitucional o direito à produção de tudo quanto for necessário para atestar as alegações das partes, desde que dentro da legalidade, podendo ser tais comprovações feitas por meio de testemunhas, perícias, documentos etc. Estas provas são os principais elementos de defesa e de acusação, pois é com base nelas que deve se fundar a convicção final do julgador

A Constituição prevê expressamente a impossibilidade de utilização de provas ilícitas no processo: “art. 5º. [...] LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”. Conclui-se, portanto, que as lícitas são perfeitamente possíveis (quanto a licitude ou não das provas discutir-se-á posteriormente). O juiz, que tem o dever de conduzir o processo, poderá autorizar ou não a produção das provas requeridas, mas jamais produzi-las por si mesmo. A negativa de pedidos feitos com o claro objetivo de procrastinação não é considerada violação ao direito de defesa.

Outro importante princípio que se relaciona à prova é o princípio da verdade real. É importante frisar, para melhor entendimento, que o princípio da verdade real se divide em duas espécies: a verdade material e a verdade formal. Por verdade material entende-se tudo aquilo que está fora do processo, embora tenha ligação direta com ele. É a verdade obtida pelos fatos externos atinentes à demanda judicial, sem idealizações, sem descrições subjetivas, sem enfeites e sem artifícios. Ao passo que, a verdade formal é aquela que se extrai do conteúdo inerente ao processo, aquela que se conhece por meio de descrições formais feitas nos autos, podendo tais “descrições” dos fatos possuírem traços de subjetividade ou outros elementos capazes de macular a prova e conseqüentemente a “verdade” que se retira dela.

No entanto, este estudo não tem por fim dirimir as dúvidas decorrentes da divisão, fica-se apenas com o princípio geral da verdade real e sua importância para a solução das controvérsias judiciais. Este princípio determina que se utilizem das provas produzidas para que a decisão final do processo seja fundamentada na verdade obtida por meio daquelas.

### 1.2.3 Da distribuição do ônus probatório

O Código de Processo Penal Brasileiro (CPP), em seu art. 156, prevê que: “a prova da alegação incumbirá a quem a fizer”. Inicialmente, entende-se por este dispositivo que a cada parte incumbe provar o que alega.

O que a doutrina chama de “ônus probatório” é substancialmente diferente de “dever de provar”. O dever leva à ideia de uma obrigação, sem a qual haveria uma sanção. O que não ocorre com o ônus probatório, que mais se aproxima de um direito de provar, tanto da acusação como da defesa, podendo ser entendido como um encargo, uma responsabilidade que, não executada, acarretará prejuízo apenas para quem a alegou e não provou. Nucci (2011, p. 26) dispõe sobre o assunto ao afirmar que

Deve-se compreender o ônus da prova como a **responsabilidade da parte, que possui o interesse em vencer a demanda, na demonstração da verdade dos fatos alegados**, de forma que, não o fazendo, sofre a ‘sanção processual’, consistente em não atingir a sentença favorável ao seu desiderato (grifo não original).

Em clara síntese, Rangel (2009) leciona que o ônus se trata de uma obrigação de cada parte consigo mesma, visto que, se não cumprida, apenas o interessado sairá prejudicado.

Pode-se observar que o CPP foi muito breve ao tratar do ônus da prova, restringindo-o apenas ao art. 156 como já apresentado. Discute-se na doutrina se este artigo está em consonância com a CF/88, a qual prevê a presunção de inocência, que é inclusive princípio norteador do processo penal: “art. 5º. [...] LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

Destes dispositivos, pode-se extrair que a constituição brasileira considera presumivelmente inocente todo aquele que não foi condenado em sentença transitada em julgado. Visto isso, entende-se que o ônus probatório seria apenas da acusação, já que o acusado é considerado inocente e não precisa provar isso, pois a própria constituição assim determina.

Discute-se ainda se, sendo a acusação única responsável pelo ônus da prova, deveria a mesma apenas provar os fatos e a autoria ou se também levaria à tona todos os demais pontos importantes, como por exemplo, as excludentes de ilicitude, culpabilidade e/ou tipicidade. Esta última colocação retiraria do órgão acusatório a função única de acusar, visto que atuaria fora de seus limites e dentro do direito de defesa do réu.

Em posição minoritária, Lopes Junior (2015) defende que, de acordo com a presunção de inocência constitucionalmente garantida, não incumbe ao acusado provar absolutamente nada, nem mesmo as causas excludentes de ilicitude. O acusador que detém inteiramente o ônus da prova deve sozinho destruir a presunção inicial de inocência do acusado. O autor considera ainda grave erro cometido diariamente pelos foros brasileiros, os quais costumam distribuir o ônus probatório na esfera penal, tratando-a da mesma forma que a esfera civil.

Nucci (2012, p. 264-266) defende que a inocência, como parte integrante da natureza humana, é indisponível e irrenunciável. Além disso, afirma que a inocência é a regra e que o estado excepcional (culpa) deve ser buscado pelo Estado, portanto, o ônus probatório é da acusação (Estado), podendo o réu apenas invocar a ocorrência de causa excludente de ilicitude ou culpabilidade.

A doutrina majoritária entende que à acusação caberá o ônus de provar a autoria e materialidade do crime, uma vez que tais pontos estão dentro do âmbito acusatório. Por fim, caberá ao réu, em sua defesa, levantar as causas excludentes ou de diminuição de pena.

### **1.3 Provas ilícitas e ilegítimas**

É importante diferenciar a prova ilícita da prova ilegítima. Embora muitos as tratem como iguais, a natureza destas provas possui diferenças relevantes.

A prova ilícita é obtida por meio de violação de direito material, bem como de direito constitucional, atingindo diretamente dispositivo que tutela direito ou tipifica determinada ação. Para exemplificar, pode-se utilizar da prova obtida mediante tortura que é conduta tipificada como crime em legislação material.

Por outro lado, a prova ilegítima possui vício quanto a sua produção, tendo por base o direito processual, ou seja, a forma de obtenção da prova viola procedimento determinado em legislação processual. Pode-se invocar aqui o exemplo da prova obtida mediante perícia, em que apenas um perito atuou quando a legislação processual previa a atuação de pelo menos dois profissionais.

Essa diferenciação é feita de forma didática por Rangel (2009, p. 431):

A vedação da prova pode estar estabelecida em norma processual ou em norma de direito material, surgindo, em nível doutrinário, a diferença entre as duas: será prova *ilegítima* quando a ofensa for ao direito processual, e será *ilícita* quando a ofensa for ao direito material.

Os dois tipos estão dentro da ideia de provas inadmissíveis e a maioria da doutrina brasileira concorda com a terminologia e classificação acima apontada.

A modalidade de prova em estudo tem sido tema de muita discussão no meio jurídico, tendo em vista que os princípios e normas que a resguardam podem, em determinados casos, ser confrontados com princípios que têm o papel de resguardar outros muitos institutos constitucionalmente garantidos.

A Constituição Federal de 1988, em disposição expressa, contemplou o princípio da inadmissibilidade das provas ilícitas em seu art. 5º, inciso LVI, como já demonstrado. O Código de Processo Penal também possui dispositivo proibitivo: “Art. 157: São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais”.

Pode-se enxergar tal princípio como importante meio de limitação da atuação Estatal, a qual não pode ser arbitrária. Rangel (2009, p. 427) dispõe:

A vedação da prova ilícita é inerente ao Estado Democrático de Direito, que não admite a prova do fato e, conseqüentemente, punição do indivíduo a qualquer preço, custe o que custar. Os direitos previstos na Constituição são direitos naturais, agora positivados, não havendo mais razão para o embate entre o direito natural e o positivo, como no passado.

Este regramento baseia-se em princípios e garantias fundamentais concedidas expressamente na Constituição. O princípio da legalidade e o princípio da constitucionalidade são os pilares da proteção aos direitos materiais e garantias fundamentais. Pode-se abordar em direta relação com o tema em análise exemplos como: direito à intimidade, à inviolabilidade do domicílio, ao sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, à honra, à imagem, à privacidade, ao devido processo legal, entre outros.

Esses direitos garantidos constitucionalmente norteiam a aplicação do princípio da inadmissibilidade da prova ilícita, bem como do devido processo legal. Este último determina que a apuração de fatos ocorra em consonância com a forma legalmente prescrita.

#### **1.4 Ilícitude por derivação**

A teoria dos frutos da árvore envenenada trata das provas ilícitas por derivação, que são produzidas em decorrência de provas ilícitas e conseqüentemente maculadas pelo vício

daquelas que lhes deram origem. Tais provas não poderiam ter sido produzidas sem que antes houvesse a existência de outras ilícitas e, em regra, devem ser inutilizadas no processo.

Para considerar uma prova como ilícita por derivação, ela deve ser obtida exclusivamente por meio de outra prova ilícita anterior, é exigido o nexo causal entre as duas, sendo excluídas dessa teoria as provas que puderem ser obtidas por meios diversos que não sejam ilegais.

O direito prevê teorias que são utilizadas para excluir a teoria dos frutos da árvore envenenada em determinadas situações, são elas: a teoria da fonte independente e a teoria da descoberta inevitável. Havendo uma possibilidade daquelas provas ilícitas por derivação serem produzidas sem a interferência das ilícitas que lhes deram origem, aceitam-se as primeiras com base nas teorias excludentes acima apontadas.

Segundo a teoria da fonte independente, deve-se admitir a prova ilícita por derivação quando, apesar de tal prova ter sido obtida em decorrência de uma prova anterior ilícita, é certo que a mesma poderia ser encontrada por outra fonte, que seja legal e que não guarde relação com a fonte que violou o direito.

Já a teoria da descoberta inevitável prevê que, apesar de ter sido encontrada por meio de uma prova ilícita anterior, a prova ilícita por derivação poderia ser encontrada facilmente em diligências comuns no curso da investigação policial.

O Código de Processo Penal Brasileiro adota a teoria da descoberta inevitável. No entanto, observa-se que o legislador incorreu em erro terminológico quando se referiu à fonte independente e logo após utilizou-se do conceito de descoberta inevitável:

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

§ 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** (grifo não original).

O ordenamento jurídico brasileiro prevê ainda a teoria da serendipidade (do inglês, *serendipity*, que significa descobrir coisas por acaso), a qual trata de prova obtida de forma inesperada em diligência policial, ou seja, não seria encontrada em trâmite normal de investigação. É o que ocorre, por exemplo, quando em uma busca e apreensão a autoridade

policial se depara com provas que não esperava encontrar, podendo se tratar até mesmo de provas de outro crime, o que se chama de serendipidade de segundo grau.

Quanto à aceitação ou não dessa prova no processo, o direito brasileiro, em regra, entende que depende de como essa prova foi obtida, se houve ou não desvio de finalidade na atuação da autoridade policial. Em caso positivo, a prova é considerada inválida.

Tal instituto é frequentemente observado no caso de interceptações telefônicas onde se investiga um crime e, inesperadamente, se descobre sobre outro. A maioria da doutrina entende que, nesse caso, a prova será válida para o processo se o delito descoberto tiver qualquer conexão com o crime inicialmente investigado, aqui ocorre a serendipidade de primeiro grau.

Gomes (2009) explica que, na serendipidade ou encontro fortuito de segundo grau, o fato descoberto não pode ser objeto de valoração pelo juiz, podendo, no entanto, ser utilizado como *notitia criminis* para a abertura de uma nova investigação.

Conclui-se, por fim, que a prova ilícita por derivação é uma forma de prova ilícita que, em determinadas exceções, podem ser utilizadas no processo, tudo isso fundamentado no CPP e nas teorias doutrinárias apontadas.

## **2 DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE**

### **2.1 Antecedentes históricos no Direito Interno e Internacional**

Observam-se traços iniciais da ideia de princípio da proporcionalidade desde os tempos da Grécia antiga. Naquela sociedade, o direito era visto como uma forma de facilitar a convivência do povo. Tudo partia da noção de que o direito, para ser direito, deve ser justo e o justo deve ser proporcional.

Em obras antigas como *Ética a Nicômaco* de Aristóteles (1991, p. 85-86) já era visível a relação entre justiça e proporcionalidade:

Eis aí, pois, o que é o justo: o proporcional; e o injusto é o que viola a proporção. Desse modo, um dos termos torna-se grande demais e o outro demasiado pequeno, como realmente acontece na prática; porque o homem que age injustamente tem excesso e o que é injustamente tratado tem demasiado pouco o que é bom.

No direito internacional, o princípio da proporcionalidade foi aplicado, inicialmente, em países da Europa, quando da mudança do Absolutismo, onde o monarca atuava de forma ilimitada, para o Liberalismo, onde as leis passaram a limitar a atuação do Estado. Nesse momento, o princípio era utilizado apenas no âmbito do Direito Administrativo para garantir a limitação do poder do Estado em face da liberdade dos indivíduos.

Sua constitucionalização se deu, primeiramente, na Suíça, mas foi na Alemanha, após a Segunda Guerra Mundial, que o princípio foi estudado mais profundamente, surgindo as principais posições doutrinárias a respeito.

Foi a doutrina que o fixou como um princípio constitucional e conseqüentemente, de importantíssima aplicação no direito europeu daquela época, o que se estende até os dias atuais. O princípio estudado visava, primordialmente, a proteção aos direitos fundamentais, bem como ao Estado de Direito, tomando grande expressão no Tribunal Constitucional Alemão (*Bundesverfassungsgericht*). A partir daí, diversos países europeus passaram a adotá-lo em sede constitucional com o mesmo fim, ou seja, para a proteção dos direitos fundamentais e a limitação do poder do Estado, visando combater os excessos praticados, principalmente em sua função legislativa, controlando, assim, as limitações impostas aos cidadãos e possibilitando o controle judicial em determinados casos onde se observava inconstitucionalidades.

Bonavides (2011, p. 339) considera que a regra da proporcionalidade produz certa ascendência do juiz sobre o legislador, visto que chega a se confundir com o controle de constitucionalidade, mas não de forma a interferir na separação dos poderes.

Atribui-se ainda ao princípio da proporcionalidade, a preponderância do princípio da constitucionalidade, onde toda e qualquer lei deve ser “limitada” em face dos direitos fundamentais constitucionais, em detrimento do princípio da legalidade, observado dentro do positivismo, onde a lei era ilimitada e, sendo lei, não importava o seu conteúdo, deveria ser cumprida.

O princípio da proporcionalidade foi, posteriormente, adotado no direito americano, embora tenha sido recebido nos EUA como princípio da razoabilidade, razão pela qual, até os dias de hoje, existe uma confusão terminológica, mesmo existindo explicações claras de que se tratam de termos de diferentes significados, como se verá mais à frente.

Atualmente, o princípio da proporcionalidade é identificado de forma universal nas constituições dos Estados democráticos de direito.

No Brasil, observa-se que o princípio da proporcionalidade vem percorrendo um caminho bem mais lento. Apesar de ser aplicado há certo tempo, ainda hoje não existe previsão constitucional expressa sobre o mesmo. Todavia, pode-se deduzir a presença constitucional do princípio da proporcionalidade quando a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 prevê o Estado Democrático de Direito e enumera os direitos fundamentais. Existem posicionamentos doutrinários que concluem que o princípio em comento se extrai dos princípios da legalidade e da finalidade, ambos previstos no art. 5º, LIV, da CF/88.

Sobre a aplicação do princípio o Ministro Moreira Alves, na ADI 996-4/93, aduziu que: “o princípio da proporcionalidade como meio de contenção dos excessos do poder público, tem dignidade constitucional como postulado autônomo que tem a sua sede na dimensão substantiva material na disposição constitucional sobre o devido processo legal”.

O Supremo Tribunal Federal adota o princípio constitucional de forma clara, como demonstra o Informativo 381, consubstanciado em decisão do RE 374.981/RS de relatoria do Ministro Celso de Mello:

O Estado não pode legislar abusivamente. A atividade legislativa está necessariamente sujeita à rígida observância de diretriz fundamental, que, encontrando suporte teórico no princípio da proporcionalidade, veda os excessos normativos e as prescrições irrazoáveis do Poder Público.

O princípio da proporcionalidade - que extrai a sua justificação dogmática de diversas cláusulas constitucionais, notadamente daquela que veicula a garantia do *substantive due process of law* - acha-se vocacionado a inibir e a neutralizar os abusos do Poder Público no exercício de suas funções, qualificando-se como parâmetro de aferição da própria constitucionalidade material dos atos estatais.

A norma estatal, que não veicula qualquer conteúdo de irrazoabilidade, presta obséquio ao postulado da proporcionalidade, ajustando-se à cláusula que consagra, em sua dimensão material, o princípio do *substantive due process of law* (CF, art. 5º, LIV).

Essa cláusula tutelar, ao inibir os efeitos prejudiciais decorrentes do abuso de poder legislativo, enfatiza a noção de que a prerrogativa de legislar outorgada ao Estado constitui atribuição jurídica essencialmente limitada, ainda que o momento de abstrata instauração normativa possa repousar em juízo meramente político ou discricionário do legislador.

Além da plena adoção do princípio da proporcionalidade em sede Constitucional pelos tribunais e pela doutrina, apesar de não ser expressamente previsto na Constituição do Brasil, o mesmo é expresso na Lei nº 9.784/99, em seu art. 2º, onde se determina que a

Administração Pública obedeça ao princípio da proporcionalidade, entre outros previstos no mesmo comando legal, o que leva a conclusão de que o princípio é utilizado no Brasil não só na seara Constitucional, mas também incide diretamente no campo do Direito Administrativo.

## **2.2 Conceito e aplicação: adequação, necessidade e proporcionalidade strictu sensu**

Os princípios em geral são dotados de normatividade com alto grau de abstração e generalidade, visto que são normas genéricas que servem de fontes norteadoras de todo o ordenamento jurídico.

Atualmente, os princípios adquiriram status de norma positivada, enquanto, no passado, serviam apenas para nortear o sistema jurídico, não sendo normas postas nas constituições como hoje. Observa-se, no entanto, que existem alguns princípios implícitos, o que não impede a aplicação dos mesmos.

Tendo em vista seu status superior dentro do ordenamento jurídico, os princípios, segundo Greco (2008, p. 53), servem de escudo protetor dos cidadãos. Além disso, todas as normas que lhes confrontarem devem ser invalidadas.

Para Alexy (1993, p. 83), os princípios são normas que possuem um alto grau de generalidade, enquanto as regras, por serem mais concretas, possuem grau baixo de generalidade. Ainda de acordo com o já citado autor, tanto princípios quanto regras configuram normas, todavia, os princípios atuam dentro de todas as possibilidades jurídicas e reais existentes, não determinando consequências diretas, já as regras aplicam-se ou não ao caso concreto, sendo, dessa maneira, uma forma direta de aplicação da norma.

O princípio da proporcionalidade, no direito brasileiro, é um daqueles princípios implícitos citados anteriormente, pois não há previsão expressa sobre o mesmo na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Contudo, quando a Constituição se refere ao Estado Democrático de Direito, entende-se que o princípio da proporcionalidade está tacitamente incluso nessa previsão, com a qual se pretende buscar um equilíbrio entre os interesses individuais e os coletivos.

Este princípio atua diretamente na proteção dos direitos fundamentais dos indivíduos em relação à atuação estatal, evitando que esta seja abusiva. A doutrina divide-o, inicialmente, em proporcionalidade em sentido amplo (*lato sensu*) e proporcionalidade em sentido estrito

(*strictu sensu*). Considera-se proporcionalidade em sentido amplo, segundo Muller (*apud* BONAVIDES, 2011, p. 393), como uma regra fundamental que deve ser obedecida por todos, tanto pelos detentores do poder, quanto pelos que dele padecem. Já no sentido estrito, Muller defende que o princípio presume uma relação adequada entre o meio utilizado e o fim pretendido.

O princípio da proporcionalidade, aplicado diretamente no direito brasileiro, divide-se em três subprincípios, são eles: a) adequação; b) necessidade e c) proporcionalidade em sentido estrito (*strictu sensu*).

Alexy (1993, p. 161) sintetiza a ideia de adequação determinando que um princípio só deve ser aplicado em determinada situação quando for adequado a ela. Desse subprincípio, extrai-se que deve haver um elo lógico de adequação entre o meio a ser utilizado e o fim a ser atingido. Assim, a aplicação daquele princípio é apropriada ao caso concreto.

Bonavides (2011, p. 396-397) nomeia este subprincípio de pertinência ou aptidão e o define como a adequação do meio empregado com o fim que se pretende alcançar, fazendo-se necessário que a medida seja capaz de atingir o objetivo escolhido.

O segundo subprincípio é o da necessidade, também chamado de princípio da exigibilidade ou princípio da menor ingerência possível, termos estes que expressam claramente o que se busca com o princípio. A ideia de medida necessária para a solução do caso concreto visa garantir que o indivíduo será atingido de forma mínima, apenas no patamar necessário para a solução do conflito, de forma a se evitar maior desvantagem do que a exigida.

Um meio aceitável deve ser efetivado na medida indispensável para a concretização do fim desejado, ou seja, a dosagem deve ser feita dentro dos patamares estritamente necessários para chegar ao objetivo, nunca o excedendo, o que tornaria o meio desnecessário e possivelmente nocivo aos interesses dos indivíduos atingidos.

Ávila (2011, p. 171) descreve a necessidade como: “Um meio é necessário se, dentre todos aqueles meios igualmente adequados para promover o fim, for o menos restritivo relativamente aos direitos fundamentais”.

O terceiro subprincípio é o da proporcionalidade em sentido estrito (*stricto sensu*), que busca a otimização da atuação estatal em face dos direitos fundamentais dos indivíduos. É a ponderação em seu sentido mais literal, onde se almeja um sopesamento entre a atuação

estatal e a sua interferência na vida do indivíduo atingido, sendo primordial que os danos causados e os benefícios auferidos sejam ponderados, salientando que os primeiros não podem superar os últimos.

Pierre Muller (*apud* BONAVIDES, 2011, p. 397-398) aponta que aqueles que se utilizam desse princípio se confrontam com uma obrigação e uma interdição. Obrigação de fazer uso de meios adequados e interdição quanto ao uso de meios desproporcionais.

Ávila (2011, p. 171) discorre sobre este último subprincípio ao expor que “um meio é proporcional, em sentido estrito, se as vantagens que promove superam as desvantagens que provoca”.

Para finalizar, Bonavides (2011, p. 398) prevê a aplicação da inconstitucionalidade com base no princípio em análise: “A inconstitucionalidade ocorre enfim quando a medida é excessiva e injustificável, ou seja, não cabe na moldura da proporcionalidade”.

### **2.3 Proporcionalidade x razoabilidade**

A confusão terminológica que ocorre entre o princípio da proporcionalidade e o princípio da razoabilidade é notável em todas as áreas que envolvem o ordenamento jurídico nesse sentido. Desde a doutrina até a jurisprudência da mais alta corte, pode-se verificar o uso confuso de ambos os termos, considerado indevido por alguns autores.

O princípio da proporcionalidade no Brasil é assim denominado por influência do direito europeu, no entanto, confunde-se, frequentemente, com o princípio da razoabilidade utilizado no direito americano. Daí já se pode começar a fazer uma diferenciação no que tange à origem dos dois princípios.

Dentro de uma visão geral, os institutos são utilizados como sinônimos e possuem como finalidade a obtenção de um equilíbrio entre a atuação estatal, por eles limitada, e a proteção aos direitos da pessoa humana.

Parte da doutrina considera que, embora possuam algumas características similares, os princípios não são idênticos e ditam pontos de divergência entre os mesmos, concluindo que não podem ser utilizados como sinônimos. Este posicionamento é defendido pelos ilustres: Humberto Ávila, Cezar Roberto Bitencourt, entre outros, os quais acompanham o presente trabalho.

O princípio da razoabilidade propõe, inicialmente, o uso da razão na atuação estatal em face dos direitos fundamentais. Exige-se que haja um nexó lógico entre a norma a ser aplicada e a realidade do caso concreto, que seja feito o que é normal aos olhos do homem médio. É o que popularmente se chama de “fazer justiça”, o que é esperado pela sociedade na solução de controvérsias judiciais.

Pode-se dizer que a razoabilidade trata do dever da boa aplicação da lei geral, dentro de uma seara individual, devendo haver uma harmonização entre os interesses. A atuação baseada neste princípio presume-se normal, comum e esperada. Ávila (2011, p. 171) se debruça sobre o tema afirmando que:

A razoabilidade como dever de harmonização do geral com o individual (dever de equidade) atua como instrumento para determinar que as circunstâncias de fato devem ser consideradas com a presunção de estarem dentro da normalidade, ou para expressar que a aplicabilidade da regra geral depende do enquadramento do caso concreto. [...] A razoabilidade como dever de harmonização do Direito com suas condições externas (dever de congruência) exige a relação das normas com suas condições externas de aplicação, quer demandando um suporte empírico existente para a adoção de uma medida, quer exigindo uma relação congruente entre o critério de diferenciação escolhido e a medida adotada.

A razoabilidade é ainda a determinação de congruência na aplicação das normas, busca-se, por meio dela, uma harmonização entre o direito, verificando onde, como e em que medida ele é aplicado. A utilização desse princípio se dá na regulação dos atos administrativos discricionários, para que os mesmos sejam realizados de forma compatível com o objetivo final. Serve também como base para verificação de adequação entre a norma positivada e o contexto socioeconômico do momento histórico em que é analisada.

Para controlar tais atos administrativos, Ávila (2011, p. 164) estabeleceu que a razoabilidade deve ser aplicada como equidade, descrevendo um critério para tal premissa, o qual determina que a norma geral seja utilizada de forma harmônica com o caso concreto.

Para Bitencourt (2009. p. 27), a razoabilidade serve para controlar a aplicação do princípio da proporcionalidade.

O princípio da proporcionalidade, por sua vez, pressupõe uma relação de causalidade entre o efeito de uma ação (meio) e um objetivo almejado (fim). Ambos precisam ser utilizados na medida estritamente necessária, invadindo de forma mínima a esfera particular do indivíduo atingido.

O Estado deve pautar-se nos postulados de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Estes, juntos, formam o princípio da proporcionalidade, como já foi explicado. Para que se utilize de meios proporcionais a fim de atingir seus objetivos, exige-se que os mesmos possuam uma relação lógica com os respectivos fins desejados. Ávila (2011, p. 171) explica que:

A aplicação da proporcionalidade exige a relação de causalidade entre meio e fim, de tal sorte que, adotando-se o meio, promove-se o fim. Ocorre que a razoabilidade, de acordo com a reconstrução aqui proposta, não faz referência a uma relação de causalidade entre um meio e um fim, tal como o faz o postulado da proporcionalidade.

Por fim, conclui-se que os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, são diferentes tanto no âmbito histórico, quanto no âmbito de sua aplicabilidade e conceituação. A proporcionalidade está diretamente ligada ao meio utilizado e o objetivo pretendido, enquanto a razoabilidade serve de diretriz para a aplicação das normas gerais nos casos concretos, de forma a atender o critério da normalidade assim considerada pela sociedade, pelo homem médio e pela moral.

### **3 DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE APLICADO ÀS PROVAS ILÍCITAS**

#### **3.1 Proporcionalidade *pro societate***

A aplicação da lei penal àqueles que violam bens jurídicos tutelados é evidentemente esperada pela sociedade, sendo importante frisar que, neste prisma, a utilização ou não da prova ilícita, para que se chegue à comprovação da autoria e materialidade de determinados delitos, toma proporção relevante, visto que a punição do agente é de interesse social.

Neste sentido, surge uma possibilidade de exceção para a utilização da prova ilícita *pro societate*. Sendo claro, todavia, que a regra geral é pela não utilização das mesmas, consideradas, repita-se, em regra, inúteis ao direito.

Se de um lado é garantida ao cidadão a proteção contra os abusos que podem ser cometidos pelo Estado, por outro, tem-se a garantia da proteção do interesse coletivo em face dos bens jurídicos tutelados, bem como o *jus puniendi* do Estado.

A contraposição da proibição da prova ilícita e da punição por interesse da sociedade é um tema delicado, como aborda Capez (2012, p. 370):

Aqui, não se cuida de um conflito entre o direito ao sigilo e o direito da acusação à prova. Trata-se de algo mais profundo. A acusação, principalmente movida pelo Ministério Público, visa resguardar valores fundamentais para a coletividade, tutelados pela norma penal. Quando o conflito se estabelecer entre a garantia do sigilo e a necessidade de se tutelar a vida, o patrimônio e a segurança, bens também protegidos por nossa Constituição, **o juiz, utilizando seu alto poder de discricionariedade, deve sopesar e avaliar os valores contrastantes envolvidos** (grifo nosso).

Parte da doutrina defende que a utilização da prova ilícita deve ser possibilitada apenas em benefício do réu. No entanto, essa exceção vem sendo estendida também em prol do interesse público nos casos extremos, como: crimes hediondos, tortura, tráfico, terrorismo etc., nos quais o bem tutelado, que foi violado pela conduta criminosa, possui evidente importância na seara social, sendo, portanto, a sua lesão mais prejudicial ao interesse comum do que o dano ocasionado ao devido processo legal pelo uso da prova ilícita.

Para a utilização da prova ilícita *pro societate*, inicialmente, deve-se ponderar a gravidade do crime e se existe ou não outra prova, que não a ilícita, capaz de comprovar a autoria e materialidade do delito, possibilitando, assim, a persecução do *jus puniendi* do Estado, sem necessidade de utilização da prova obtida ilicitamente.

Feitos esses apontamentos, observa-se que a possibilidade ou não de utilização da prova ilícita em prol do interesse social confronta, dentro do caso concreto, o princípio da vedação da utilização da prova ilícita e a proteção ao bem jurídico tutelado. Deve-se ponderar ainda se a obediência ao princípio que veda a utilização da prova poderia causar à sociedade evidente sensação de injustiça em face da gravidade da lesão causada ao bem juridicamente protegido.

O Supremo Tribunal Federal (STF) também não possui entendimento pacífico em relação ao tema. Por vezes, julgou a possibilidade de utilização da prova ilícita com base no interesse social predominante, em casos onde a mesma era indispensável para o julgamento do feito. No entanto, prevalece fortemente o entendimento que esse tipo de prova só deve ser admitido em benefício do réu.

O direito comparado entende que a prova ilegal, produzida pelo particular interessado, se indispensável, pode ser utilizada no processo, considerando a vedação da produção/utilização dessas provas apenas em relação ao Estado.

Conclui-se, segundo o entendimento que defende o dever de satisfação da justiça à sociedade, que a possibilidade de utilização de prova produzida por meios que maculem a legislação, se imprescindível e em casos de extrema necessidade, deve ser admitida, principalmente, se esta for produzida pelo particular e não pelo Estado, como se a proibição da produção/utilização desse tipo de prova fosse aplicável apenas ao poder público, em face da proteção da sociedade contra as arbitrariedades que poderiam ocorrer caso o Estado fosse autorizado a utilizar-se da prova ilícita.

Esse entendimento também é discutido, visto que não há qualquer homogeneidade de decisões e doutrinas sobre o assunto. Pode-se extrair, no estudo do tema que as provas produzidas por particulares e determinadas provas ilícitas produzidas em âmbito administrativo, contanto que não se tratem de provas adquiridas por meio de tortura ou outra forma de crime, se forem consideradas necessárias ao deslinde do caso fático, podem também ser admitidas no processo. É relevante esse trecho do acórdão do HC 70.814/SP (BRASIL, 1994) do STF, de relatoria do Min. Celso de Mello:

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 nº 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** (grifo não original).

Esse posicionamento também não é uniforme na doutrina e nos tribunais brasileiros. É como se retira no Informativo 197 do STF, no julgamento do RE 251.445/GO (BRASIL, 2000), que também teve como relator o Min. Celso de Mello:

PROVA ILÍCITA. MATERIAL FOTOGRÁFICO QUE COMPROVARIA A PRÁTICA DELITUOSA (LEI Nº 8.069/90, ART. 241). FOTOS QUE FORAM FURTADAS DO CONSULTÓRIO PROFISSIONAL DO RÉU E QUE, ENTREGUES À POLÍCIA PELO AUTOR DO FURTO, FORAM UTILIZADAS CONTRA O ACUSADO, PARA INCRIMINÁ-LO. INADMISSIBILIDADE (CF, ART. 5º, LVI). - A cláusula constitucional do due process of law encontra, no dogma da inadmissibilidade processual das provas ilícitas, uma de suas mais expressivas projeções concretizadoras, pois o réu tem o direito de não ser denunciado, de não ser processado e de não ser condenado com apoio em elementos probatórios obtidos ou produzidos de forma incompatível com os limites ético-jurídicos que restringem a atuação do Estado em sede de persecução penal. - A prova ilícita - por qualificar- se como elemento inidôneo de informação - é repelida pelo ordenamento constitucional, apresentando-se destituída de qualquer grau de eficácia jurídica. - Qualifica-se como prova ilícita o material fotográfico, que, embora alegadamente comprobatório de prática delituosa, foi furtado do interior de um cofre existente em consultório odontológico pertencente ao réu, vindo a ser utilizado pelo Ministério Público, contra o acusado, em sede de persecução penal, depois que o próprio autor do furto entregou à Polícia as fotos incriminadoras que

havia subtraído. No contexto do regime constitucional brasileiro, no qual prevalece a inadmissibilidade processual das provas ilícitas, impõe-se repelir, por juridicamente ineficazes, quaisquer elementos de informação, sempre que a obtenção e/ou a produção dos dados probatórios resultarem de transgressão, pelo Poder Público, do ordenamento positivo, notadamente naquelas situações em que a ofensa atingir garantias e prerrogativas asseguradas pela Carta Política (RTJ 163/682 - RTJ 163/709), mesmo que se cuide de hipótese configuradora de ilicitude por derivação (RTJ 155/508), ou, ainda que não se revele imputável aos agentes estatais o gesto de desrespeito ao sistema normativo, vier ele a ser concretizado por ato de mero particular. [...].

### **3.2 Proporcionalidade *pro reo***

Como aduzido anteriormente, o princípio da vedação da utilização da prova ilícita tem como principal função proteger os indivíduos da possível atuação arbitrária do Estado, portanto, trata-se de uma garantia dada ao particular.

Neste sentido, sendo a liberdade um dos bens juridicamente protegidos mais valiosos para o ser humano, a Constituição do país possui diversos dispositivos que têm como finalidade resguardá-lo. Toma-se como principais exemplos: os princípios da dignidade da pessoa humana, o contraditório, a ampla defesa, o devido processo legal, a presunção de inocência etc.

Estes dispositivos garantem a proteção aos direitos fundamentais dos seres humanos, entre eles a liberdade, devendo estes serem compreendidos como superiores ao princípio que veda a utilização da prova ilícita. Essa aceitação da utilização das provas ilicitamente constituídas no processo ocorre, ou pelo menos deve ocorrer, principalmente em se tratando de prova capaz de garantir a inocência e, conseqüentemente, a liberdade do réu, ficando claro, assim, o porquê da proporcionalidade *pro reo* ser mais bem vista e aceita pela doutrina e jurisprudência.

Sendo alguém capaz de provar-se inocente por meio de prova considerada ilícita, é facilmente aceito que esta prova possa e deva ser utilizada no processo, visto que, do contrário, aquela sensação de injustiça comentada anteriormente seria trazida à tona.

Infelizmente, esse posicionamento também não é uniforme na doutrina e nos tribunais brasileiros. No entanto, é importante relatar que sendo a prova ilícita colhida pelo acusado, em face do caso concreto, a produção dessa prova pode ser considerada juntamente com uma excludente de ilicitude, como, por exemplo, a legítima defesa e o estado de necessidade, situações em que um acusado utiliza-se de meios próprios que, por óbvio, não se tratam de

condutas criminosas abomináveis, para provar sua inocência no crime pelo qual está sendo acusado.

Rangel (2009, p. 431) ensina que a possibilidade de aceitar a prova ilícita *pro reo* no processo se fundamenta na teoria da exclusão da ilicitude, segundo a qual, amparado pelo direito, o réu poderia produzir provas para demonstrar sua inocência, sendo descaracterizada assim a ilicitude da mesma.

Neste sentido, tem-se a ementa do Agravo de Instrumento nº 503617 (BRASIL, 2005), julgado no STF, de relatoria do Min. Carlos Velloso:

CONSTITUCIONAL. PENAL. GRAVAÇÃO DE CONVERSA FEITA POR UM DOS INTERLOCUTORES: LICITUDE. PREQUESTIONAMENTO. Súmula 282-STF. PROVA: REEXAME EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO: IMPOSSIBILIDADE. Súmula 279-STF. I. - **A gravação de conversa entre dois interlocutores, feita por um deles, sem conhecimento do outro, com a finalidade de documentá-la, futuramente, em caso de negativa, nada tem de ilícita, principalmente quando constitui exercício de defesa.** II. - Existência, nos autos, de provas outras não obtidas mediante gravação de conversa ou quebra de sigilo bancário. III. - A questão relativa às provas ilícitas por derivação  $\frac{3}{4}$  'the fruits of the poisonous tree'  $\frac{3}{4}$  não foi objeto de debate e decisão, assim não pre questionada. 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. (grifo não original)

A conclusão que se retira dos apontamentos acima é que a inutilização da prova obtida de forma contrária à lei, no caso de provas úteis ao convencimento do juiz quanto à inocência do acusado, viola claramente a proteção aos direitos fundamentais do indivíduo, bem como o princípio da busca pela verdade real.

Isto posto, conclui-se pela defesa dos entendimentos que visam a proteção aos direitos fundamentais dos seres humanos, principalmente a liberdade, sendo qualquer decisão contrária a isso, desproporcional e irrazoável.

### **3.3 Aplicação do princípio na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**

#### **3.3.1 Recurso Extraordinário 583.937/Rio de Janeiro**

Este julgado vem trazer a concretude de entendimento anteriormente citado neste mesmo trabalho, qual seja, de que a prova ilícita produzida por particular pode ser utilizada no processo, segundo entendimento do Supremo Tribunal Federal, com base no direito comparado.

O Recurso Extraordinário interposto contra acórdão da Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais da Comarca da Capital do Rio de Janeiro trata de caso onde um dos interlocutores gravou conversa sem o conhecimento do outro.

O recorrente, réu em processo criminal de primeiro grau, foi acusado, julgado e condenado pela prática de crime de desacato, ocorrido durante audiência judicial, do qual teria sido vítima o juiz de direito da 2ª Vara Criminal da Comarca de São Gonçalo/RJ.

Durante a instrução, a defesa do réu requereu a juntada de gravação da audiência feita pelo acusado, o que foi negado no juízo de primeiro grau, culminando na condenação do réu pelo crime de desacato, com pena de detenção de 1(um) ano em regime aberto, a qual foi convertida em restritiva de direitos.

A defesa apelou e a Turma Recursal negou provimento com fundamento na ilicitude da prova obtida unilateralmente.

Inconformada, a defesa impetrou o Recurso Extraordinário junto ao STF, alegando a licitude da prova consistente na gravação ambiental da audiência. Citou ainda a violação dos arts. 1º, III e 5º, X, LIV e LV da Constituição Federal, afirmando que as audiências criminais são públicas não havendo qualquer objeção legal para sua gravação. Apresentou preliminar devidamente fundamentada de repercussão geral nos termos do art. 543-A, § 2º do CPC/73.

O Ministro Cezar Peluso (relator), em seu voto, aduziu sobre a consolidação do entendimento do Tribunal sobre o assunto em questão, no sentido de considerar constitucional o uso, como prova, de gravação ambiental feita por um dos interlocutores, utilizando-se, para tanto, da mesma razão de ser da constitucionalidade da gravação telefônica feita por um dos envolvidos, visto que, nos dois casos, a gravação não é considerada uma interceptação.

Em sua fundamentação, o relator reproduziu voto por ele proferido no julgamento do RE 402.717/09. Em síntese, defendeu a licitude da prova produzida por um dos interlocutores como fonte de prova criminal, visto que não viola o art. 5º, XII da CF/88, o qual protege o sigilo das comunicações apenas em face de terceiros, portanto, seria ilícita utilização de gravação de conversa alheia, por exemplo. Aduziu ainda que, exceto as situações excepcionais, onde prepondera a proteção da intimidade ou de outra garantia da integridade moral do ser humano, nenhuma outra consideração pode sobrepor-se à verdade dos fatos.

O Ministro considerou que a gravação feita por um dos interlocutores com fim de comprovar crime praticado pelo outro é legitimada por uma excludente de injuricidade, análoga à legítima defesa. É como se a conversa gravada pertencesse aos dois (ou mais, dependendo do caso) e, portanto, qualquer um poderia utilizar-se dela por tratar-se de coisa de sua propriedade, pois ninguém entrevistou, ninguém interceptou, ninguém invadiu a intimidade alheia.

Neste momento, o relator sobrepõe o princípio da verdade real sobre o da proteção da intimidade. Ao seu ver, há muito tempo, o processo civil não se contenta com a verdade formal, mas exige a busca pela verdade material. Neste ponto, é válido fazer uma observação de que, até hoje, esse não é o entendimento dominante, visto que quando se trata de prova incriminadora colhida de forma ilegal por agentes públicos, mesmo que seja capaz de formar a verdade material dos fatos, é considerada por este mesmo Tribunal como prova ilícita, portanto, incapaz de instruir o processo como se retira do julgado analisado anteriormente. A prova ilícita, obtida por agentes públicos, somente é aceita, em regra, se for capaz de provar a inocência do acusado.

Por fim, o Ministro relator vota pelo reconhecimento da repercussão geral e pelo provimento do recurso para que o processo seja anulado desde o momento em que a prova considerada admissível foi indeferida.

O Ministro Marco Aurélio, que teve voto vencido, foi o único a optar pelo não provimento do recurso. O Ministro vencido justificou seu voto na falta de boa-fé de um interlocutor que grava um diálogo a fim de utilizar-se do mesmo como fonte de prova contra o outro, considerando tal gravação inconstitucional por violar o princípio aduzido.

Este RE foi provido por maioria dos votos, os quais acompanharam a justificativa do Relator, sendo vencido apenas o voto do Ministro Marco Aurélio.

Da análise do presente julgado, chega-se à conclusão que, de fato, não há uma regra a ser seguida pelos julgadores, mas existem decisões bem fundamentadas e selecionadas, as quais servem de norte para a análise de cada caso concreto.

## **CONCLUSÃO**

A utilização da prova ilícita, no direito brasileiro, é um tema ainda pouco aprofundado pelos juristas, embora seja bastante discutido, não há qualquer conclusão determinante sobre o

assunto. A jurisprudência, em regra, ainda se restringe muito à aplicação direta do art. 5º, LVI da Constituição Federal que é absolutamente concreto em respeito à impossibilidade de utilização desse tipo de prova, prevendo ser proibida, sem ressalvas.

A discussão sobre a prova ilícita confronta o tema diretamente com os direitos fundamentais, visto que a sua utilização, ou não, pode, dependendo do caso concreto, ofender diretamente algum direito constitucionalmente garantido, como o direito ao devido processo legal, à presunção de inocência, o direito à proteção da vida, à honra etc. Todos esses direitos fundamentais, se colocados abaixo da determinação da proibição da prova ilícita, não são, efetivamente, considerados fundamentais, posto que estão submetidos à regras que burlam a sua proteção.

Conclui-se que o dispositivo constitucional que proíbe a utilização desse tipo de prova deve ser analisado em cada caso concreto, observando-se o posicionamento justo perante o problema apresentado e não apenas a literalidade da lei, é aí que entra a aplicação do princípio da proporcionalidade.

Pode-se observar que a jurisprudência brasileira, aos poucos, vem colocando o tema em discussão e diversificando os entendimentos dos seus julgados, fazendo crer que, no futuro, as regras, quanto à utilização da prova considerada ilícita no processo, devem ser melhor adaptadas e possibilitarem, observando a proteção aos direitos fundamentais claro, maior maleabilidade a fim de se chegar à verdade real sem ofender os direitos e bens jurídicos constitucionalmente protegidos.

## **REFERÊNCIAS**

ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1993.

ARISTÓTELES. **Ética a nicômaco**: poética. São Paulo: Nova Cultural, 1991. (Coleção “Os Pensadores”).

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 12. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em 17/09/2016.

\_\_\_\_\_. **Decreto-lei 3.689/1941**. Código de Processo Penal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/De13689Compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De13689Compilado.htm)>. Acesso em: 30 set. 2016.

\_\_\_\_\_. **Lei 9.784/1999**. Regula o processo administrativo no âmbito da administração pública federal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9784.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9784.htm)>. Acesso em: 20 set. 2016.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 503.617 – Paraná**. Relator: Min. Carlos Velloso, Julgamento: 01/02/2005. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/766143/agregno-agravo-de-instrumento-ai-agr-503617-pr>>. Acesso em: 31 out. 2016.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 70.814 – São Paulo**. Relator: Ministro Celso de Mello, Julgamento: 01/03/1994. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/748560/habeas-corpus-hc-70814-sp>>. Acesso: 31 out. 2016.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 251.445 - Goiás**. Relator: Min. Celso de Mello. Informativo 197, Brasília, 7 a 11 de agosto de 2000. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo197.htm>>. Acesso em: 31 out. 2016.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 374.981 – Rio Grande do Sul**. Relator: Ministro Celso de Melo. Informativo 381 do Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo381.htm>>. Acesso em: 20 set. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 583.937 - Rio de Janeiro**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/teses/verAndamentoProcesso.asp?incidente=2610668&numeroProcesso=583937&classeProcesso=RE&numeroTema=237>>. Acesso em: 21 out. 2016.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GOMES, Luis Flavio. **Natureza jurídica da serendipidade nas interceptações telefônicas**. 2009. Disponível em: <<http://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/955473/natureza-juridica-da-serendipidade-nas-interceptacoes-telefonicas>>. Acesso em: 09 ago. 2016.

GRECO, Rogério. **Direito penal do equilíbrio**: uma visão minimalista do direito penal. Rio de Janeiro: Impetus, 2008.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

\_\_\_\_\_. Limite penal: réu não deve ser obrigado a provar causa de exclusão de ilicitude. 2015. **Revista Consultor Jurídico**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-ago-14/limite-penal-reu-nao-obrigado-provar-causa-exclusao-ilicitude>>. Acesso em: 09 ago. 2016.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Princípios constitucionais penais e processuais penais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

\_\_\_\_\_. **Provas no processo penal**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 16. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de processo penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.