



**UNIVERSIDADE ESTADUAL DA PARAÍBA  
CAMPUS I – CAMPINA GRANDE  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS  
CURSO DE BACHARELADO EM DIREITO**

**CINTHYA FERNANDA VICENTE DE SOUZA**

**PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E AS PROVAS  
ILÍCITAS NO DIREITO PROCESSUAL PENAL**

CAMPINA GRANDE – PB  
2014

**CINTHYA FERNANDA VICENTE DE SOUZA**

**PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E AS PROVAS  
ILÍCITAS NO DIREITO PROCESSUAL PENAL**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao  
Curso de Bacharelado em Direito da Universidade  
Estadual da Paraíba, em cumprimento à exigência  
para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Profº Drº Felix Araújo Neto

CAMPINA GRANDE – PB

2014

É expressamente proibida a comercialização deste documento, tanto na forma impressa como eletrônica. Sua reprodução total ou parcial é permitida exclusivamente para fins acadêmicos e científicos, desde que na reprodução figure a identificação do autor, título, instituição e ano da dissertação.

S729p Souza, Cinthya Fernanda Vicente de  
Princípio da proporcionalidade e as provas ilícitas no Direito  
Processual Penal [manuscrito] / Cinthya Fernanda Vicente de  
Souza. - 2014.  
22 p.

Digitado.

Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) -  
Universidade Estadual da Paraíba, Centro de Ciências Jurídicas,  
2014.

"Orientação: Prof. Dr. Félix Araújo Neto, Departamento de  
Direito Público".

1. Direito Processual Penal. 2. Provas Ilícitas. 3. Princípio  
da Proporcionalidade. I. Título.

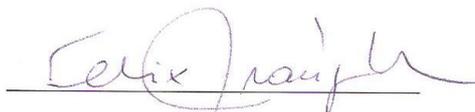
21. ed. CDD 345.05

CINTHYA FERNANDA VICENTE DE SOUZA

**PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E AS PROVAS ILÍCITAS NO  
DIREITO PROCESSUAL PENAL**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao  
Curso de Bacharelado em Direito da Universidade  
Estadual da Paraíba, em cumprimento à exigência  
para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Aprovada em 03/07/2014.



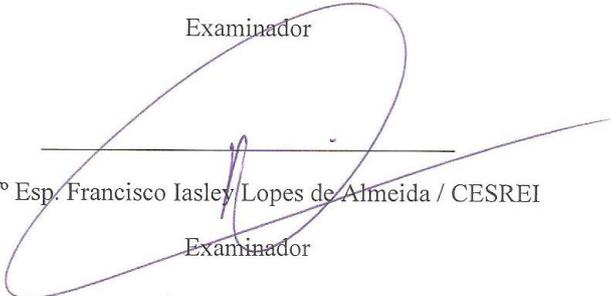
Profº Drº Felix Araújo Neto / UEPB

Orientador



Profª Drª Aline Lobato /UEPB

Examinador



Profº Esp. Francisco Iasley Lopes de Almeida / CESREI

Examinador

# PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E AS PROVAS ILÍCITAS NO DIREITO PROCESSUAL PENAL

SOUZA, Cinthya Fernanda Vicente<sup>1</sup>

## RESUMO

O presente artigo tem como escopo o Princípio da Proporcionalidade e o estudo das provas ilícitas no Direito Processual Penal, com base nos aspectos Constitucionais, Jurisprudenciais e Doutrinários num contraponto ao Interesse Público. Considerando aspectos como este da nossa realidade, partindo da seguinte problemática: Seguindo a sistemática processual brasileira é possível a utilização de provas ilícitas com a finalidade de proteger interesse coletivo? Ademais, percebendo a celeuma jurídica criada em face dessa discussão, buscou-se demonstrar através das diversas divergências que envolvem o tema, um paradigma norteador para uma aparente colisão entre valores igualmente protegidos pelo texto constitucional, quando da importância do tema. Principalmente porque o instituto da prova é a base de todo o processo penal, haja vista que é sobre o conjunto probatório que se desenvolvem as teses de defesa e acusação. Justificando a escolha na repercussão prática da teoria e à luz de recentes precedentes jurisprudenciais, bem como sua relevância tanto para a área acadêmica e jurídica quanto na sua contribuição social. O presente trabalho visa colaborar com um material teórico baseado em uma pesquisa nas leis brasileiras, sobretudo na Carta Magna, assim como revelar os fundamentos por trás de cada um dos posicionamentos doutrinários e a forma como nossos tribunais vem decidindo o problema. Evidenciando que não há uma uniformidade na área. Em decorrência disso, indicar aos acadêmicos e juristas informações adicionais para o estudo do tema proposto e defender um entendimento neste trabalho, unindo posicionamentos a uma de suas ressalvas, no sentido de em linhas gerais elucidar os problemas e as consequências que envolvem o tema. Para além da analítica conceitual, investigar as orientações principiológicas adotadas pelo legislador constituinte. Objetivando proteger, caracterizar e desenvolver mecanismos de solução para o impasse, considerando os novos contornos da sociedade.

**PALAVRAS – CHAVE:** Provas Ilícitas. Liberdade das provas. Conflitos. Proporcionalidade.

---

<sup>1</sup> É graduanda do Curso de Bacharelado em Direito pela Universidade Estadual da Paraíba, Campus Campina Grande - PB, Centro de Ciências Jurídicas. E-mail para contato: cinthya.adv13@gmail.com.

## **ABSTRACT**

The present article has as scope the Principle of Proportionality and the study of illicit evidence in the Criminal Procedure Law, based at the Constitutional, Jurisprudential and Doctrinal aspects in a counterpoint to the Public concerns, about the juridical shock that permeate them. Realizing the juridical uproar created in face of this discussion, the work sought to demonstrate through the several differences that involve the theme, a guide paradigm to an apparent collision between values equally protected by the constitutional text, as well as the importance of the theme, mainly, because the evidence institute is the base of all penal process, given that it's about the probative set that develop the thesis of defense and prosecution; Justifying the choice in practice repercussion of the theory and in to light of recent jurisprudential precedents, as well as their relevance for both academics and juridical area and in their social contribution, by aim at contribute a theoretical material based on a survey in Brazilian laws, especially the Carta Magna, as well as reveal the fundamentals behind each doctrinal positions found and the form as our courts comes deciding the problem, evidencing that there are not an uniformity in the area; in result, denote to academics and jurists additional information for the study of the theme proposed and defend an understanding in this work, joining placements to one of your safeguard, in order to broadly elucidate the problems and consequences involving the theme, for beyond the conceptual analytic, investigate the principled approaches adopted by the constitutional legislator, aiming to protect, characterize and develop mechanisms for solving the impasse, considering the new contours of the society.

**KEYWORDS:** Illicit Evidence. Freedom of Proof. Conflicts. Proportionality

## 1 INTRODUÇÃO

É inegável que as instituições de controle social, como a mídia, a igreja e o Estado, sempre exerceram considerável influência nos lares e no modo de vida das pessoas. A influência dessas instituições se tornou tamanha, que as pessoas deixam de ter o seu próprio conceito ou opinião para seguirem um modelo adotado pelos meios sociais.

Baseado nisto, é que ao longo dos anos o instituto da prova no que tange a sua forma de captação, tomou outro caminho. A título de exemplo, basta ligar a televisão e assistir a algum noticiário, que bem se vê a busca da mídia pela audiência, com suas reportagens por meio de “gravações ilícitas” sobre supostos crimes cometidos pelas grandes autoridades do nosso País.

Com isso surge a necessidade de se limitar o direito à prova, podendo a vedação ocorrer tanto em lei processual, quanto em norma material. Assim, indispensável é, para caracterização da ilicitude da prova, que a violação das regras de direito material afetem direito fundamental constitucionalmente resguardado.

Nesse sentido, as provas ilícitas encontram-se na encruzilhada da busca da verdade em defesa do bem jurídico tutelado e o respeito a direitos fundamentais que podem ou não ser afetados pela presteza probatória do Estado.

Dessa maneira, há frequentemente conflitos entre princípios igualmente tutelados pelo texto constitucional. Entretanto como não pode/deve haver incompatibilidade entre preceitos constitucionais, é preciso que direitos “aparentemente” em conflito e antagônicos, sejam harmonizados entre si pelo intérprete (aplicador da norma).

Em que busque um modelo jurídico-interpretativo solucionador do impasse pelo qual será possível o balanço dos valores em questão, estabelecendo no caso concreto o peso de cada um dos bens ou valores em jogo, para que ao final seja estabelecido qual deles deverá prevalecer.

Nesse contexto, a proteção da sociedade está melhor amparada pela preservação do núcleo básico de garantias de todos, e, o princípio da proporcionalidade deve ser invocado na sua essência, quando dos conflitos entre bens jurídicos tutelados.

É importante também verificar, quando se fala em justiça dentro da nova ordem constitucional, examinar, além das análises jurídicas, a comoção popular que gera o assunto em questão. Fazendo uma análise por meio da influência que a mídia tem para com as camadas sociais, vez que estas, não compreendendo a forma de processamento de delitos, clamam por justiça, na expectativa de penas privativas de liberdade cada vez mais duras e demoradas.

Em continuidade, falar que um acusado não será punido porque houve produção ou uso de uma prova ilícita no processo, soa “de longe” como mais uma impunidade para o País, o qual não é de hoje “anda” desacreditado no Poder Judiciário.

Com referência, evidentemente, a situações de provas ilícitas utilizadas pela acusação, pois em proveito do réu, ou seja, em sua defesa, pacífico é o entendimento tanto da doutrina como da jurisprudência, da autorização das “provas ilícitas”.

Considerando aspectos como este da nossa realidade, o presente trabalho parte da seguinte problemática: Seguindo a sistemática processual brasileira é possível a utilização de provas ilícitas com a finalidade de proteger interesse coletivo?

Assim, respalda-se de uma pesquisa com um material teórico baseado em leis brasileiras, sobretudo na Carta Magna, bem como revelar os fundamentos por trás de cada um dos posicionamentos doutrinários encontrados e a forma como nossos tribunais vem decidindo o problema, evidenciando que não há uma uniformidade na área.

Ademais, busca-se decifrar como as provas ilícitas estão sendo analisadas tanto no transcorrer da persecução penal como na hora da decisão, na expectativa de agregarmos conhecimento sobre um tema de salutar importância, porém tão pouco discutido.

Este trabalho almeja, portanto, à luz do estudo das provas ilícitas e o critério da proporcionalidade, analisar os conflitos entre a legislação brasileira, sobretudo nossa Lei Maior, bem como as teorias e posicionamentos jurisprudenciais de maior destaque, fazendo um enfoque rápido sobre a teoria da prova e suas análises mais importantes, bem como dos princípios que norteiam o tema, para então adentrarmos no estudo das provas ilícitas e o critério da proporcionalidade.

## **2 DO INSTITUTO DA PROVA**

O processo, na sua ideal conceituação, objetiva fazer a reconstrução dos fatos ocorridos. A prova está para a persecução penal como importante e, portanto, indispensável para demonstração dos verdadeiros fatos ocorridos à época do delito. Assim, compreender sua base, entender seu conceito, é de inquestionável valor para continuar seu estudo, já que a

prova é a reunião de todos os elementos encontrados e produzidos pelas partes em busca da verdade real.<sup>2</sup>

Com isso, o convencimento do Julgador, que é a pretensão das partes que litigam em juízo, procurando fazê-lo a partir do manancial probatório levado aos autos. Fase esta (instrução processual) onde se utilizam dos elementos (provas) disponíveis para se chegar a “verdade” dos fatos. Feita, como já dito anteriormente, pela utilização das provas. Estas que são, como afirma Nestor Távora, em sua obra de direito processual penal, tudo aquilo que contribui para a formação do convencimento do magistrado, demonstrando os fatos, atos, ou até mesmo o próprio direito discutido no litígio.<sup>3</sup>

O professor Greco Filho<sup>4</sup>, corroborando do mesmo entendimento, entende que no processo, a prova é todo meio destinado a convencer o juiz a respeito da verdade dos fatos, afirmando:

A prova é todo elemento que pode levar o conhecimento de um fato a alguém. O direito processual regula os meios de prova, que são instrumentos que trazem os elementos de prova aos autos. No processo, a prova é todo meio destinado a convencer o juiz a respeito da verdade de uma situação de fato. A palavra “prova” é originária do latim *probatio*, que por sua vez emana do verbo *probare*, com o significado de examinar, persuadir, demonstrar.

Nesse sentido, Guilherme Nucci citado por Távora<sup>5</sup> arremata que existem três sentidos para o termo prova, o primeiro trata-se do ato de provar; o segundo corresponde ao meio; e, o terceiro diz respeito ao resultado da ação de provar, conforme se verifica:

Três sentidos para o termo prova: a) ato de provar: é o processo pelo qual se verifica a exatidão ou a verdade do fato alegado pela parte no processo (ex.: fase probatória); b) meio: trata-se do instrumento pelo qual se demonstra a verdade de algo (ex.: prova testemunhal); c) resultado da ação de provar: é o produto extraído da análise dos instrumentos de prova oferecidos, demonstrando a verdade de um fato.

Desse modo, pode ser percebido que não há divergências doutrinárias no que se refere à conceituação da prova, ambos entendem que a mesma está intimamente ligada à demonstração da verdade dos fatos e ao convencimento do magistrado.

---

<sup>2</sup>AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. Processo Penal: esquematizado. Rio de Janeiro: Forense: São Paulo: MÉTODO, 2009. p. 372.

<sup>3</sup>TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. Curso de direito processual penal. – Salvador: Editora Podivm, 2013. p. 388.

<sup>4</sup>GRECO FILHO, Vicente. **Manual de Processo Penal**. 8ª Ed. Editora Saraiva: São Paulo, 2010.p. 185/186.

<sup>5</sup>NUCCI *apud* TÁVORA, op cit. p. 388.

O presente trabalho irá além, entendendo ser a prova verdadeiro direito subjetivo com amparo constitucional, sem ela, restaria difícil a demonstração/comprovação, seja da culpa ou da inocência daquele que está sendo processado. Por isso torna-se indispensável e extremamente importante compreender sua base, ou seja, seu conceito, para continuidade de seu estudo.

A prova, como já dito, tem como destinatário direto, o Magistrado, este formará o seu convencimento a partir do material trazido aos autos, mas por sua vez, também são destinatárias da prova, no entanto de forma indireta, as partes, pois serão “convencidas” daquilo que ficou demonstrado no processo<sup>6</sup>.

Quanto à natureza jurídica da prova, trata-se de um direito subjetivo ligado intimamente a demonstração da verdade dos fatos. Tendo aplicação imediata, já que versa de uma natureza processual, com desempenho do direito de ação e de defesa para demonstração da realidade dos fatos, com a submissão a discussão processual num escorço probatório sólido e posterior valoração na sentença.

A doutrina ainda vai mais adiante, estabelecendo o objeto da prova. Nos dizeres de Nestor Távora: <sup>7</sup> “É o que se deve demonstrar, ou seja, aquilo sobre o que o juiz deve adquirir o conhecimento necessário para resolver a demanda. É o que de fundamental deve estar conhecido e demonstrado para viabilizar o julgamento”.

Logo, torna-se notório que quando se trata de objeto da prova é necessária à reconstrução dos fatos, ou seja, os fatos narrados ou trazidos precisam demonstrar sua veracidade. Contudo, é importante destacar que o direito, como regra, não precisa ser provado, eventualmente é que se precisa provar a vigência do direito estadual, municipal, consuetudinário e alienígena.

Nessa ótica, os fatos notórios ou de verdade sabida, por exemplo, não carecem de prova, pois são aqueles de domínio da população informada<sup>8</sup>. Existem também os fatos axiomáticos que se auto demonstram e também não dependem de prova; e, os fatos inúteis por serem irrelevantes a persecução penal<sup>9</sup>.

O Código de Processo Penal não traz de forma exaustiva todos os meios de prova admissíveis, nesse viés podem ser utilizadas as provas disciplinadas pela legislação e também aquelas ainda não normatizadas, as ditas atípicas.

---

<sup>6</sup> TÁVORA, op cit. p. 388.

<sup>7</sup> TÁVORA, op cit. p. 389.

<sup>8</sup> BONFIM, Edilson Mougenot. Curso de processo penal: rev. E atual. – 5º ed. – São Paulo: Saraiva, 2010. p. 337.

<sup>9</sup> TÁVORA, op cit. p. 389.

Eis que entra o Princípio da Verdade Real, adotado pelo Brasil, no qual se admite/permite a utilização de meios probatórios não disciplinados em lei. Desde que moralmente legítimos e não afrontadores do próprio ordenamento, tornando assim a liberdade probatória regra e as limitações figuram na parte das exceções.

A seu turno, o princípio da liberdade probatória não é absoluto, a prova é taxada de proibida ou vedada<sup>10</sup>. Assim, os meios de provas não disciplinados pelo CPP encontram-se limites toda vez que sua produção implique violação da lei ou princípios de direito material ou mesmo processual “afrontando” a disciplina normativa.

Ocorre que a prova taxada de proibida ou vedada, é o gênero, em que são espécies segundo classificação amplamente aceita: as provas ilegítimas (violam normas processuais e princípios constitucionais da mesma espécie). E, por último, tema do presente estudo, as provas ilícitas (violam disposições de direito material ou princípios constitucionais penais) a qual serão analisadas ao longo deste artigo.

Por último, cabe ressaltar que alheia à classificação doutrinária, a Constituição Federal não diferenciou as provas ilícitas das provas ilegítimas. Tampouco a Lei nº 11.960/2008, a qual trouxe a reforma do sistema probatório brasileiro, fez qualquer distinção.

## **2.1 Direito à prova**

Cada indivíduo detém o direito de exigir do Estado a suposta solução de um litígio, feita, por meio da prestação jurisdicional, conforme se verifica na nossa Constituição Federal, em seu artigo 5º, XXXV<sup>11</sup>, a qual assegura ao cidadão que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Sendo assim, para que se concretize esse princípio, é necessária uma ampla produção de prova que demonstre a veracidade do direito pleiteado e conseqüentemente o convencimento do Juiz. Consoante se verifica, o direito a prova surge do direito de ação e da necessidade do direito de defesa, do contraditório e da ampla defesa. Bem como do devido processo legal, todos previstos na Carta Magna, pois assegurar o direito de ação no plano constitucional é conferir o acesso ao devido processo legal. Destacando-se o contraditório e a

---

<sup>10</sup> TÁVORA, op cit. p. 392.

<sup>11</sup>BRASIL, Constituição (1988). Constituição da República do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988. < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). > Acesso: 18 jun. 2014.

ampla defesa a fim de propiciar as partes à possibilidade ampla na formação do intérprete da lei.

O doutrinador Pedro Lenza, em sua obra *Direito Constitucional Esquematizado*<sup>12</sup>, ao tratar das relações entre particulares em seu contexto legal, aduz:

No âmbito das relações particulares, pode-se fazer tudo o que a lei não proíbe, vigorando o princípio da autonomia da vontade, lembrando a possibilidade de ponderação desse valor com o da dignidade da pessoa humana e, assim, a aplicação horizontal dos direitos fundamentais nas relações entre particulares.

Nessa linha, parece natural o entendimento de que o juiz poderia admitir os mais variados meios de prova, independentemente de sua origem ilícita ou não. Porém, essa prerrogativa conflita diretamente com inúmeros princípios constitucionais, que limitam a produção de provas direcionando-as a contornos moralmente legítimos e lícitos.

Desta forma, apesar de estar assegurado constitucionalmente o direito à produção probatória, não é absoluto. Posto que sua própria função de garantidor do direito das partes que litigam implica restrições ao objeto da prova e que aquela seja produzida e valorada corretamente, excluindo a que contrarie o ordenamento jurídico.

### **3 O DOGMA DA VERDADE REAL**

O princípio da verdade real almeja o ideal de que a justiça somente seria realizada quando a verdade material dos fatos fosse alcançada, importando em uma atuação ilimitada do juiz na busca da veracidade dos fatos ocorridos.

A busca pela verdade real, portanto, induziu o legislador a ampliar as possibilidades na produção de provas no processo penal. Já que, como citado, estamos diante de direitos infinitamente protegidos constitucionalmente, a exemplo da liberdade. E por isso, só se condena o acusado diante de provas efetivamente capazes de demonstrar, mesmo que relativamente, a “verdade” sobre os fatos.

Ressalve-se, tal princípio, ao defender a prevalência do interesse público sobre a proteção da liberdade individual, foi/é severamente criticado pela doutrina, com o posicionamento de que a justiça não pode ser realizada ou mesmo encarada a “qualquer

---

<sup>12</sup> LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 15º ed. rev. atual e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2011. p. 880.

preço”. E sim buscada com respeito às garantias individuais consagradas constitucionalmente e às regras morais que norteiam o ordenamento jurídico.

Na análise do professor Pacelli<sup>13</sup>, em sua crítica sobre a criação do princípio da verdade real, aduz que “talvez o mal maior causado pelo citado princípio da verdade real tenha sido a disseminação de uma cultura inquisitiva, que terminou por atingir praticamente todos os órgãos estatais responsáveis pela persecução penal”.

Completando sua crítica, continua:

O aludido princípio, batizado da verdade real, tinha a incumbência de legitimar eventuais desvios das autoridades públicas, além de justificar a ampla iniciativa probatória reservada ao juiz em nosso processo penal. A expressão, como que portadora de efeitos mágicos, autorizava uma atuação judicial supletiva e substitutiva da atuação ministerial (ou da acusação). Dissemos autorizadora, no passado, por entendermos que, desde 1988, tal não é mais possível<sup>14</sup>.

A crítica que se faz é em relação a rigidez de uma ou outra interpretação, que pode levar a consequências processuais desastrosas, o que deve haver é uma ponderação na busca pela “verdade” real.

Seguindo outra vertente, no tocante a atuação do juiz no que se refere às provas, existem doutrinas favoráveis a direta interferência do magistrado. Segue os ensinamentos do professor Nucci:<sup>15</sup>

O princípio da verdade real significa, pois, que o magistrado deve buscar provas, tanto quanto as partes, não se contentando com o que lhe é apresentado, simplesmente: arts. 209, 234, 147, 407 ambos do Código de Processo Penal. (...) Enquanto na esfera cível o magistrado é mais um espectador da produção da prova, no contexto criminal, deve atuar como autêntico co-partícipe na busca dos elementos probatórios.

*Data venia*, a visão do presente trabalho discorda do Ilustre, afinal, por mais evidente que seja a busca da verdade real no processo criminal, não se pode produzir a prova a qualquer custo. Corroborar com esse entendimento seria ignorar que o magistrado que teve contato com a prova ilícita pode ter comprometido, direta ou indiretamente, a imparcialidade necessária para julgar a demanda. Mesmo de forma não dolosa, o magistrado, direcionado pelo convencimento pré-concebido, em contato com o material ilegal, corre o risco de refletir

---

<sup>13</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 15ª Ed. Editora Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2011. p. 333.

<sup>14</sup> PACELLI op cit. p. 333.

<sup>15</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 4ª Ed. Editora Revista dos Tribunais: São Paulo, 2008. p. 98/99.

na decisão, mesmo que de forma implícita, importando assim em um juiz inquisidor, que ao interrogar já sabe o que vai sentenciar.

Com isso, o legislador reformista inseriu o § 4º ao artigo 157 do CPP, estabelecendo que o juiz que tivesse contato com o material ilícito estaria impedido de proferir decisão, devendo remeter os autos ao substituto legal. Contudo, o referido parágrafo, alvo de muitas discussões, foi vetado pela Presidência da República. Resguardando o direito do magistrado, quando da percepção dos maléficos efeitos da prova ilícita no seu convencimento, declare *ex officio* a sua incompatibilidade para sentenciar.

Em suma, pode-se notar que as discussões não são voltadas para a existência ou não do princípio da verdade real no processo penal, mas sim na forma como a lei concretiza tal princípio na legislação vigente. Pois também o presente trabalho corrobora com o entendimento de que este princípio é uma das formas de se chegar o mais próximo da realidade dos fatos.

É tormentoso saber que existe um princípio relativizado pela proibição das provas ilícitas, mas que dá a oportunidade ao magistrado de ordenar a produção da prova. Noutras palavras, não se busca a verdade a qualquer custo, mas também não se pode deixar de punir aquele que é culpado.

Tomara que, na análise do caso concreto, o judiciário seja capaz de dirimir, a partir de um equilíbrio no princípio da proporcionalidade, questões complexas, como a citada anteriormente, as quais colocam a doutrina em lados opostos. Por outro lado, é de *mister* o estudo e as discussões doutrinárias, pois a partir destas é que conseguiremos chegar o mais próximo do ideal de justiça.

#### **4 TRATAMENTO DOUTRINÁRIO E JURISPRUDENCIAL AS PROVAS ILÍCITAS**

De imediato se faz necessário trazer à colação a distinção entre prova ilícita e prova ilegítima. A primeira viola regra de direito material, a segunda regra de direito processual. Quanto ao momento da ilegalidade, a prova ilícita está atrelada ao momento da

obtenção, ou seja, que antecede a fase processual, enquanto que a prova ilegítima acontece no momento da produção da prova (interprocessual)<sup>16</sup>.

Outra diferença que não se pode deixar de lado, é que a prova ilícita é inadmissível, portanto não pode ser juntada aos autos e se juntada carece ser desentranhada. Já a prova ilegítima é nula e deve ser declarada pelo juiz e posteriormente renovada. Ressalve-se, que o fato de uma prova violar regra de direito processual, nem sempre conduz ao reconhecimento de uma prova ilegítima. Se se trata de uma prova obtida fora do processo, por exemplo, importa em prova ilícita, ainda que viole concomitantemente duas regras: material e processual.

Feitas tais distinções, será agora analisada a prova ilícita. Em suma, trata-se de uma prova não permitida no nosso ordenamento jurídico. A Constituição Federal vigente preconiza ser inadmissível no processo as provas obtidas por meios ilícitos.

Ademais, por força da nova redação do artigo 157 do CPP, as provas ilícitas são aquelas obtidas em violação a normas constitucionais, é, portanto, a que viola regra de direito material, seja constitucional ou legal, no momento da sua obtenção. Importante destacar que a noção de prova ilícita está diretamente vinculada com o momento da obtenção da prova, ou seja, fora do processo (extraprocessual).

Dessa forma, para que se verifique a ilicitude de uma prova tida como “ilícita”, será necessário, além do conteúdo material da norma afrontada, que a violação acarrete ofensa à garantia ou princípio constitucional.

A seu turno, é certo que o tema das provas ilícitas tem total afinidade com os direitos fundamentais da pessoa, as regras que disciplinam a obtenção das provas estão voltadas para os órgãos persecutórios do Estado. Mas não somente para eles, os particulares também não podem obter prova violando as limitações constitucionais.

Descobrir a verdade dos fatos ocorridos é o que se almeja em toda investigação, no entanto não pode ser feito a qualquer custo, nem o Estado nem o particular podem conseguir ou produzir uma prova violando regras de direito constitucional. Usar-se da tortura, por exemplo, para que um indivíduo confessasse um crime não infringe apenas normas constitucionais como também normas internacionais, previstas em tratados de direitos humanos. Pois todas essas regras fazem parte do devido processo legal vigente no País e devem ser respeitadas.

---

<sup>16</sup> GOMES, Luiz Flávio. **Provas ilícitas e ilegítimas: distinções fundamentais**. Disponível em: < <http://fg.jusbrasil.com.br/noticias/1972597/provas-ilicitas-e-ilegitimas-distincoes-fundamentais> > Acesso em 27 jun. 2014.

Os dois clássicos sistemas, sobre a prova ilícita no Brasil, são o da admissibilidade e o da inadmissibilidade<sup>17</sup>. Antes da CF/88 vigorava no Brasil a admissibilidade das provas ilícitas, justificando-a com o princípio da veracidade da prova. Posteriormente, com o referido diploma, passou-se a prosperar tanto na doutrina como na jurisprudência a inadmissibilidade da prova como regra e a admissibilidade figura no campo das excepcionais exceções.

A corrente doutrinária que se posicionava pela admissibilidade das provas ilícitas, sustentava que o direito da coletividade deveria prevalecer sobre eventual produção de prova ilícita na obtenção da prova, sem prejuízo da aplicação de sanções.

Já a segunda corrente, predominante na doutrina majoritária até os dias atuais, não aceita a possibilidade de admissão de provas ilícitas. Um dos argumentos que sustentam a inadmissibilidade das provas colhidas de maneira ilícita é o da unidade do ordenamento jurídico, em que qualquer que seja a violação a uma norma do sistema jurídico implica em violação ao ordenamento como um todo, diante de sua unidade.

Destarte, é sabido que o tema supracitado é alvo de muitas discussões, nesse sentir, abordaremos tais sistemas de forma mais precisa a partir das teorias sobre o tema provas ilícitas que analisaremos no tópico seguinte.

#### **4.1 Teorias Sobre o Tema “Provas Ilícitas”**

É de singular importância o enfrentamento das teorias que tratam do tema provas ilícitas, seja justificando ou não a sua utilização, conforme verifica-se:

##### **4.1.1 Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada**

Por esta teoria, de origem na Suprema Corte norte-americana, chamada de *fruit of the poisonous tree*, a prova ilícita produzida tem o condão de contaminar todas as provas dela decorrentes. Assim, tudo o que é originário de uma prova ilícita seria imprestável, devendo ser desentranhado dos autos, mesmo que formalmente perfeitas, estarão contaminadas no seu nascimento<sup>18</sup>.

Nesse sentido, uma vez que a prova ilícita (árvore) se encontra envenenada, conseqüentemente as provas dela decorrentes (frutos) também estarão. Visto que segundo esta

---

<sup>17</sup> GOMES, Luiz Flávio. **Provas ilícitas e ilegítimas: distinções fundamentais**. Disponível em: < <http://fg.jusbrasil.com.br/noticias/1972597/provas-ilicitas-e-ilegitimas-distincoes-fundamentais> > Acesso em 27 jun. 2014.

<sup>18</sup> MOUGENOT, op cit. p. 346.

teoria, a prova obtida a partir de uma primeira prova por meios ilícitos, passa a ser também viciada pela ilicitude da prova originária. De tal modo que a prova ilícita, por derivação, da mesma forma que a prova ilícita originária também deve ser desentranhada do processo.

O tema por sua vez não é pacífico, a corrente minoritária preconiza que como a Constituição Federal, no seu artigo 5º, inciso LVI, não tratou da prova ilícita por derivação. Esta omissão levaria ao afastamento da contaminação da prova derivada, pois onde a lei não distingue, não cabe ao intérprete distinguir. Por oportuno, cabe ressaltar que se adotado tal entendimento, a rigidez dessa interpretação pode levar o processo a consequências de difícil reparação.

Ademais, se as provas derivadas da ilícita também são imprestáveis, deve o magistrado dar os limites desta contaminação, identificando no caso concreto a extensão do dano. Porém, a preocupação da doutrina hoje está em estabelecer quando estaremos diante de uma prova ilícita por derivação.

Nesse contexto, segue a nova redação dada pela Lei nº 11.690/08 ao artigo 157 do CPP, *verbis*:

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<sup>19</sup>.

No mesmo sentido, corroborando com entendimento da inadmissibilidade da prova tida como ilícita, o Superior Tribunal Federal estabelece:

...Ilícitude da prova – Inadmissibilidade de sua produção em juízo (ou perante qualquer instância de poder) – Inidoneidade jurídica da prova resultante da transgressão estatal ao regime constitucional dos direitos e garantias individuais. Ação persecutória do Estado, qualquer que seja a instância de poder perante a qual se instaure, para se revestir-se de legitimidade, não pode apoiar-se em elementos probatórios licitamente obtidos, sob pena de ofensa à garantia constitucional *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 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

---

<sup>19</sup>BRASIL. Presidência da República. Código de Processo Penal. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm). > Acesso em 18 jun. 2014.

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 consequência, no ordenamento normativo brasileiro, em matéria de atividade probatória, a fórmula autoritária do *male captum, bene retentum*. Doutrina...<sup>20</sup> (grifo nosso).

Pode ser percebido claramente, que àquelas regras de exclusão também foram adotadas pela legislação brasileira e pelos tribunais superiores, em sua parte final o próprio § 1º do referido artigo quando dispõe primeiramente que serão autorizadas as provas, quando não evidenciado o nexo de causalidade entre elas, e em seguida quando trata das derivadas, estas quando puderem ser obtidas por uma fonte independente.

A rigor, existem inúmeras críticas principalmente com relação à parte final do citado parágrafo. Visto que a definição das exceções é por demais vaga, não estabelecendo rigor para o uso da teoria na prática, deixando a cargo do juiz a decisão se se trata de prova derivada da ilícita ou não a partir da análise do caso concreto. Em linhas gerais, a relação de causalidade é o liame que deve existir entre uma prova ilícita e outra prova “ilícita” para que se possa falar em contaminação.

#### 4.1.2 Teorias Decorrentes

A teoria dos frutos da árvore envenenada não é absoluta, a sua incidência sofre várias limitações. Dentre elas a limitação da fonte independente (*independent source limitation*) e a limitação da descoberta inevitável (*inevitable discovery limitation*)<sup>21</sup>.

De acordo com a doutrina, a “limitação da fonte independente”, baseia-se na prova não relacionada com os fatos que geraram a produção da prova contaminada. Ou seja, se existirem provas novas no processo, independente de uma determinada prova ilícita produzida, não há de se falar em contaminação, nem em aplicação da teoria dos frutos da árvore envenenada.

Consoante observar a simples existência de prova ilícita no processo não levará a declaração de nulidade, consequentemente o processo poderá ser aproveitado, quando da existência de outras provas independentes das ilícitas. Neste caso, cabe ao magistrado aferir os limites de interdependência do material probatório, partindo-se do pressuposto de que não havendo vínculo entre as provas, não há que se falar em contaminação.

<sup>20</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 82.788, Rel. Celso de Mello, j. 12.04.05, gn.

<sup>21</sup> TÁVORA, op cit. p. 396.

Conforme de verifica no recente julgado do Supremo Tribunal Federal, publicado em 15 de maio de 2012, a 2ª Turma daquela corte adotou expressamente essa teoria:

Polícia militar e execução de interceptação telefônica - 1  
A 2ª Turma indeferiu habeas corpus em que se alegava nulidade de interceptação telefônica realizada pela polícia militar em suposta ofensa ao art. 6º da Lei 9.296/96 (“Deferido o pedido, a autoridade policial conduzirá os procedimentos de interceptação, dando ciência ao Ministério Público, que poderá acompanhar a sua realização”). Na espécie, diante de ofício da polícia militar, dando conta de suposta prática dos crimes de rufianismo, manutenção de casa de prostituição e submissão de menor à exploração sexual, a promotoria de justiça requerera autorização para interceptação telefônica e filmagens da área externa do estabelecimento da paciente, o que fora deferida pelo juízo.

Polícia militar e execução de interceptação telefônica - 2  
Asseverou-se que o texto constitucional autorizaria interceptação telefônica para fins de investigação criminal ou de instrução processual penal, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma da lei (CF, art. 5º, XII). Sublinhou-se que seria típica reserva legal qualificada, na qual a autorização para intervenção legal estaria submetida à condição de destinar-se à investigação criminal ou à instrução processual penal. Reconheceu-se a possibilidade excepcional de a polícia militar, mediante autorização judicial, sob supervisão do parquet, efetuar a mera execução das interceptações, na circunstância de haver singularidades que justificassem esse deslocamento, especialmente quando, como no caso, houvesse suspeita de envolvimento de autoridades policiais da delegacia local. Consignou-se não haver ilicitude, já que a execução da medida não seria exclusiva de autoridade policial, pois a própria lei autorizaria o uso de serviços e técnicos das concessionárias (Lei 9.296/96, art. 7º) e que, além de sujeitar-se a ao controle judicial durante a execução, tratar-se-ia apenas de meio de obtenção da prova (instrumento), com ela não se confundindo.<sup>22</sup> (grifo nosso).

A partir desse precedente jurisprudencial pode-se perceber que mesmo uma prova tida como “ilícita”, considerando o caso citado acima, a busca e apreensão ocorreu sem as formalidades legais, foi possível a sua admissão no processo, afastando a contaminação.

De outro turno, a teoria da “descoberta inevitável”, fundamenta-se no fato de que se a prova, devido as circunstâncias, decorre de prova ilícita e conseguida de qualquer maneira por atos de investigação válidos, aquela (a prova) será aproveitada sem contaminação.

Frise-se que na descoberta inevitável o nexo de causalidade existe (entre a prova ilícita e a descoberta), exatamente por tratar-se de meios de provas muito utilizados em

---

<sup>22</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 96986/MG, rel. Min. Gilmar Mendes, 15.5.2012. (HC-96986).

investigações. Diferentemente da limitação da fonte independente, que não há nexos entre a prova ilícita e as demais.

A inevitabilidade da descoberta faz reconhecer que não houve proveito com relação à violação legal. A prova ilícita que deu ensejo à descoberta de nova prova, acabou não sendo decisiva, por menos inevitável, pois seria colhida mesmo sem a existência de ilegalidade.

Diante disso, tanto o CPP, inserindo o § 1º do artigo 157, já citado, quanto o STF no seguinte julgado, reconhecem a teoria da descoberta inevitável:

Exame grafotécnico e recusa do investigado  
A 2ª Turma denegou habeas corpus em que se sustentava a nulidade de sentença condenatória por crime de falso, sob a alegação de estar fundamentada em prova ilícita, consubstanciada em exame grafotécnico a que o paciente se negara realizar. Explicitou-se que o material a partir do qual fora efetuada a análise grafotécnica consistira em petição para a extração de cópias, manuscrita e formulada espontaneamente pelo próprio paciente nos autos da respectiva ação penal. Consignou-se inexistir ofensa ao princípio da proibição da auto-incriminação, bem assim qualquer ilicitude no exame grafotécnico. Salientou-se que, conforme disposto no art. 174, II e III, do CPP, para a comparação de escritos, poderiam servir quaisquer documentos judicialmente reconhecidos como emanados do punho do investigado ou sobre cuja autenticidade não houvesse dúvida. Em seguida, aduziu-se que a autoridade poderia requisitar arquivos ou estabelecimentos públicos do investigado, a quem se atribuía a letra. Assentou-se que o fato de ele se recusar a fornecer o material não afastaria a possibilidade de se obter documentos. Ademais, mesmo que se entendesse pela ilicitude do exame grafotécnico, essa prova, por si só, não teria o condão de macular o processo. Por fim, em relação à dosimetria, assinalou que o STF já tivera a oportunidade de afirmar entendimento no sentido de que, uma vez reconhecida a continuidade delitiva, a exasperação da pena, a teor do que determina o art. 71 do CP, ocorreria com base no número de infrações cometidas.<sup>23</sup> (grifo nosso).

Contudo, parece imprescindível fazer uma crítica a esta teoria, pois é evidente a dificuldade que enfrenta o magistrado quando da análise do caso concreto. Definindo se realmente a inevitabilidade da descoberta existia ou não, pois, mais uma vez cabe ao juiz a decisão de reconhecer ou não. Ademais, o artigo do CPP, citado anteriormente, ao reconhecer a teoria da descoberta inevitável, “abre brechas” para as provas derivadas serem produzidas por fontes independentes. Eis o questionamento: quais fontes independentes? Já que o texto da lei não trás as limitações, tornando frágil e insegura a abrangência da mácula.

Conforme se percebe, inúmeras são as teorias a respeito das provas ilícitas e inúmeras são as exceções quanto a teoria dos frutos da árvore envenenada. É importante frisar

---

<sup>23</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 99245/RJ, rel. Min. Gilmar Mendes, 6.9.2011. (HC-99245).

que aqui foram apresentadas apenas as mais relevantes. Partindo do pressuposto que são as que trazem maiores divergências e, destarte, recepcionadas, como visto, pelo ordenamento jurídico, como também amplamente aceito pelos Tribunais Superiores.

## 5 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE OU RAZOABILIDADE

Superadas tais discussões, será agora analisado o critério da proporcionalidade quando se trata de provas ilícitas. Tal princípio ganhou desenvoltura no Direito Alemão, funcionando como regra de exclusão a inadmissibilidade das provas ilícitas. Quando, na análise do caso concreto chegue-se a conclusão que a exclusão da prova tida como ilícita levaria a absoluta injustiça.

O princípio da proporcionalidade constitui uma atenuação à moderna doutrina constitucional de vedação das provas ilícitas, prevendo sua utilização sempre que o interesse tutelado se sobrepuser à tutela da intimidade, representando uma limitação ao Poder Estatal. Assim a prova ilícita só poderá ser aceita em caráter excepcional ou em casos de extrema gravidade.

E para tanto os ensinamentos de Robert Alexy citado por Távora<sup>24</sup>, com o entendimento de que deve haver um sopesamento de valores quando da colisão entre princípios constitucionais, quando sumariza que:

Princípios são mandamentos de otimização em face das possibilidades jurídicas e fáticas. A *máxima da proporcionalidade em sentido estrito*, ou seja, exigência de sopesamento, decorre da relativização em face das possibilidades *jurídicas*. Quando uma norma de direito fundamental com caráter de princípio colide com um princípio antagônico, a possibilidade jurídica para a realização dessa norma depende do princípio antagônico. Para se chegar a uma decisão é necessário um sopesamento nos termos da lei de colisão.

Dessa maneira, os conflitos existentes entre bens jurídicos tutelados pelo nosso ordenamento induz ao intérprete da lei a dar prevalência aquele bem de maior relevância. Com isso surge a necessidade de se harmonizar e compatibilizar direitos aparentemente colidentes tornando-se imprescindível a utilização do princípio da proporcionalidade, como mecanismo de ponderação dos valores. Lançando mão de um princípio regulativo a fim de se examinar até que

---

<sup>24</sup> ALEXY *apud* TÁVORA, op cit. p. 400.

ponto merece dar preferência ao todo ou às partes, pautado em determinado limite, para não afastar o mínimo indispensável.

Apesar disso, a preocupação quanto ao uso do critério da proporcionalidade nas provas ilícitas, está ligada a acusação, em que pese a doutrina majoritária entender que se de um lado está o *jus puniendi* estatal e do outro a liberdade do réu, que objetiva demonstrar a inocência, este último deve prevalecer, mesmo que ilícita a prova, em seu benefício.

Nesse sentido, a posição é unânime em reconhecer a possibilidade de utilização no processo penal, da prova favorável ao acusado (*pro reo*), invocando o princípio da proporcionalidade para preservação dos interesses do mesmo, a fim de inibir condenação injusta.

Contudo, é importante acreditar também no uso da prova ilícita além da tutela do réu, ou seja, na utilização da prova ilícita *pro societate*, pois a violação legal para a produção probatória não se justifica apenas para a manutenção do status de inocência do acusado. E, claro que devem ser respeitados os limites de sua utilização, a sua real utilidade para a persecução penal, bem como o seu grau de contribuição e os prejuízos que venham a causar, já que a sociedade está mais bem amparada no direito à garantia de todos.

Saliente-se mais uma vez que esse entendimento deve ser usado dentro dos limites legais, a partir da análise do caso concreto, invocando o critério da proporcionalidade para que não seja o caminho para o desrespeito à segurança de todos. Não se está aqui fazendo a defesa de produção de provas arbitrárias e sem regras, mas a análise da proporcionalidade no caso concreto, talvez assim existam menos casos “injustos” com a condenação de réus efetivamente culpados.

Para tanto os ensinamentos do professor Pacelli<sup>25</sup> ao entender que o critério da proporcionalidade deve ser utilizado, desde que não coloque em risco a aplicabilidade potencial e finalística da lei:

(...) o critério de proporcionalidade poderá validamente ser utilizado, nas hipóteses em que não estiver em risco a aplicabilidade potencial e finalística da norma da inadmissibilidade. Por aplicabilidade *finalística* e *potencial* estamos nos referindo à função de controle da atividade estatal (responsável pela produção da prova) que desempenha a norma do art. 5º, LVI da CF. **Assim, quando não se puder falar em no incremento ou no estímulo da prática de ilegalidade pelos agentes produtores da prova, pensamos ser possível, em tese, a aplicação da regra da proporcionalidade.** (grifo nosso).

Nossos Tribunais Superiores também vem corroborando do mesmo entendimento ao usar do critério da proporcionalidade em suas decisões:

---

<sup>25</sup> PACELLI op cit. p. 377.

**GRAVAÇÃO AMBIENTAL. AUSÊNCIA DE CONSENTIMENTO DE UM DOS DIALOGANTES. LICITUDE DA PROVA.**

O Plenário concluiu questões de ordem suscitadas em inquérito no qual se imputa a senador e a prefeito a suposta prática de desvio de verbas federais (DL 201/67, art. 1º, I) — v. Informativos 395, 422 e 624. Inicialmente, rejeitou-se, por maioria, a questão de ordem proposta pelo Min. Gilmar Mendes no sentido de que, antes de se examinar a licitude da prova, fosse assentada a incompetência do Supremo, por ausência de justa causa para investigar o detentor de foro por prerrogativa de função. Deliberou-se pelo prosseguimento do inquérito, sob a fiscalização da Corte, porquanto se estaria em fase embrionária, na qual apenas cabível a indagação sobre a existência, ou não, de indícios quanto ao possível envolvimento do parlamentar, presentes na espécie. O Min. Marco Aurélio salientou as referências feitas ao senador pelo subscritor da “carta/denúncia”, posteriormente reafirmadas em depoimento prestado na polícia federal, sobre eventual percentual de comissão destinado ao parlamentar. Vencidos o suscitante e os Ministros Luiz Fux, Dias Toffoli e Celso de Mello. Em seguida, também por votação majoritária, resolveu-se a questão de ordem outrora levantada pelo Min. Marco Aurélio para se admitir o processamento do inquérito. Reputou-se inócurre a ilicitude apontada, e, ainda que houvesse, ela não teria o condão de contaminar as provas subseqüentes. O Min. Celso de Mello acrescentou que, no caso, a investigação penal poderia ter por base elementos de informação obtidos a partir de captação ambiental — ainda que à revelia de qualquer dos sujeitos que participaram da relação dialógica — e de delação não-anônima (“carta/denúncia”). Vencidos o suscitante e o Min. Gilmar Mendes, que, ante origem ilícita da prova, determinavam o trancamento do feito.<sup>26</sup> (grifo nosso).

No mesmo sentido, a 2º Turma do STF, ao admitir gravação clandestina como meio de prova lícita:

**ESCRITÓRIO DE ADVOCACIA E GRAVAÇÃO CLANDESTINA. AUSÊNCIA DE CAUSA LEGAL ESPECÍFICA OU RESERVA DE CONVERSAÇÃO.**

A 2ª Turma desproveu agravo regimental interposto contra decisão do Min. Joaquim Barbosa, que negara seguimento a agravo de instrumento, do qual relator, tendo em vista a jurisprudência sedimentada desta Corte, segundo a qual é lícita a prova consistente em gravação de conversa realizada por um dos interlocutores, sem conhecimento do outro, se não há causa legal específica de sigilo nem de reserva de conversação. Na espécie, o autor da ação de indenização instaurada na origem, ora agravado, na condição de advogado, sócio do escritório de advocacia recorrente e um dos interlocutores da conversa, juntara ao processo prova obtida por meio da gravação de diálogo, que envolvia a sua demissão, mantido com outros sócios nas dependências do escritório. Asseverou-se que a gravação ambiental meramente clandestina realizada por um dos interlocutores não se confundiria com a interceptação objeto de cláusula constitucional de reserva de jurisdição.<sup>27</sup> (grifo nosso).

É por todas as razões acima expostas que a presente pesquisa esta coesa a esse entendimento, pois do contrário, o Estado estaria sendo incentivado a violar direitos e

<sup>26</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Inq 2116 QO/RR, rel. orig. Min. Marco Aurélio, red. p/ o acórdão Min. Ayres Britto, 15.9.2011. (info 640).

<sup>27</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AI 560223 AgR/SP, rel. Min. Joaquim Barbosa, 12.4.2011. (inf 623).

garantias fundamentais o que colidiria frontalmente com a noção de provas ilícitas, as quais originariamente, foram idealizadas para reprimir o Estado de violar direitos fundamentais.

Assim, percebe-se que a jurisprudência já se tenciona ao admitir algumas flexibilizações desse entendimento. Todavia, os casos citados são excepcionais, não se podendo afirmar que a exigência foi definitivamente revogada. Apesar de existir forte corrente doutrinária que defende a não utilização da prova ilícita *pro societate*, inclusive com respaldo jurisprudencial.

## 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Chegando ao término deste trabalho científico, resta evidente a amplitude do problema. A discussão revelou-se multidisciplinar, unindo vários ramos da Ciência Jurídica, desde o Direito Constitucional até chegar ao específico Direito Processual Penal. Embasados em princípios e nas diversas teorias que envolvem o tema, vários doutrinadores se digladiam buscando responder ao grande questionamento que é o da admissibilidade ou inadmissibilidade da prova tida como ilícita.

Como visto, todos os dois principais entendimentos possuem argumentos fortes e já foram adotados por nossa jurisprudência. Não há, ainda, um posicionamento que vincule magistrados ou tribunais, mas é certo que temos exceções que devem ser analisadas. Mostrar o debate, citando os fundamentos levantados por cada uma das correntes, foi justamente um dos objetivos do presente trabalho. Ademais, buscou-se deixar claro que a discussão doutrinária já chegou aos tribunais, não conseguindo os julgadores, ainda, adotar uma solução definitiva e uníssona para o impasse.

De todo modo, atingiu-se também outro alvo inicial: a partir do estudo dos mais recentes precedentes do Superior Tribunal Federal, pôde-se indicar o entendimento mais seguro para os operadores do direito. Sendo esse o de não tratar a proibição da produção e da entrada da prova ilícita no processo de forma absoluta. Visto que esta análise comporta exceções e deve ser feito, a partir do caso concreto, com o peso dos valores em questão para se chegar o mais perto do ideal de justiça.

A seguir, reservaram-se, ainda, vários momentos para expor críticas e as posições adotadas no presente trabalho, tudo isso a partir do estudo do princípio da proporcionalidade,

o qual pode ser o divisor de águas para se chegar o mais próximo possível da solução do impasse.

E é certo que esse princípio tem conseguido atender as muitas divergências, seja jurisprudencial, seja doutrinária. Pois se tem de um lado a sociedade que clama por justiça sem efetivamente conhecer as formalidades processuais e, de outro lado, o Judiciário que busca aplicar a lei, e principalmente os princípios e garantias constitucionais, a partir de uma sanção adequada com a conseqüente melhor forma de justiça.

Todavia, os entendimentos foram expostos sempre de forma cautelosa, lembrando aos que leem o fato de ambas as correntes possuírem uma relevante fundamentação por trás, sendo possível e justificável a adoção por uma ou por outra.

Por fim, fica a certeza de que muito ainda será estudado sobre o tema e há muito para ser compreendido sobre a questão da prova ilícita, principalmente no que se refere não apenas as mudanças do Código de Processo Penal. Até porque o direito é mutante, como também as diversas realidades sociais no intuito de buscar sempre a decisão menos injusta. E sem dúvida, o novo modelo da ordem constitucional a exige do Judiciário a aplicação e respeito às regras constitucionais.

## REFERÊNCIAS

AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. **Processo Penal: Esquemático**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2009.

ARAÚJO JR, Amaro Bandeira. **Provas Ilícitas no Processo Penal**. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/23631/provas-ilicitas-no-processo-penal>> Acesso: 18 jun. 2014.

BONFIM, Edilson Mougnot. **Curso de Processo Penal**: rev. E atual. – 5ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2010.

BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)> Acesso: 18 jun. 2014.

BRASIL. Presidência da República. **Código de Processo Penal**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm)>. Acesso em 18 jun. 2014.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**, HC 82.788, Rel. Celso de Mello, j. 12.04.05, gn.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. HC 96986/MG, rel. Min. Gilmar Mendes, 15.5.2012. (HC-96986).

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. HC 99245/RJ, rel. Min. Gilmar Mendes, 6.9.2011. (HC-99245).

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Inq 2116 QO/RR, rel. orig. Min. Marco Aurélio, red. p/ o acórdão Min. Ayres Britto, 15.9.2011. (info 640).

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. AI 560223 AgR/SP, rel. Min. Joaquim Barbosa, 12.4.2011. (inf 623).

FREITAS, Daniela Borges. **Provas Ilícitas e/ou Ilegítimas no Processo Penal**. Disponível em: <[http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=11336&revista\\_caderno=22](http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11336&revista_caderno=22)> Acesso: 05 jun. 2014.

GOMES, Luiz Flávio. **Provas Ilícitas e Ilegítimas: Distinções Fundamentais**. Disponível em: <[http://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/1972597/provas-ilicitas-e-ilegitimas-distincoes-fundamentais\\_](http://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/1972597/provas-ilicitas-e-ilegitimas-distincoes-fundamentais_)> Acesso em 27 jun. 2014.

GRECO FILHO, Vicente. **Manual de Processo Penal**. 8ª Ed. Editora Saraiva: São Paulo, 2010.

LACHI, Rômulo. **Exceções à Inadmissibilidade das Provas Ilícitas no Processo Penal Brasileiro**. Disponível em: <[http://www.unigran.br/revista\\_juridica/ed\\_anteriores/22/artigos/artigo07.pdf](http://www.unigran.br/revista_juridica/ed_anteriores/22/artigos/artigo07.pdf)> Acesso: 27 jun. 2014.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 15ª ed. rev. atual e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2011.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. – 9ª. ed. rev. E atual - São Paulo: Saraiva, 2012.

MULLER, Desirée Brandão. **Prova Ilícita: A Possibilidade da Sua Aplicação no Processo Penal**. Disponível em: < <http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/2673/Prova-ilicita-A-possibilidade-da-sua-aplicacao-no-Processo-Penal> > Acesso: 27 jun. 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 4ª Ed. Editora Revista dos Tribunais: São Paulo, 2008.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 15ª Ed. Editora Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2011.

SALDANHA, André Lúcio. **A Inadmissibilidade da Prova Ilícita no Processo Penal Brasileiro**. Disponível em: < [http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id\\_dh=5921](http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=5921) > Acesso: 18 jun. 2014.

**SILVA, Ana Patrícia G. A Prova Ilícita no Processo Penal: Análise de Doutrina e Jurisprudência Acerca da Inadmissibilidade da Prova Ilícita no Processo Penal e sua Recente Flexibilização.** Disponível em: <  
<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/6150/A-prova-ilicita-no-processo-penal> > Acesso: 27 jun. 2014.

**TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. Curso de Direito Processual Penal.** – Salvador: Editora Podivm, 2013.