



**UNIVERSIDADE ESTADUAL DA PARAÍBA
CAMPUS III
CENTRO DE HUMANIDADES
CURSO DE BACHARELADO EM DIREITO**

PABLO DANTAS BELTRÃO

**RELATIVIZAÇÃO DA INADMISSIBILIDADE DE OBTENÇÃO DE PROVAS POR
MEIOS ILÍCITOS PELO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE**

**GUARABIRA
2018**

PABLO DANTAS BELTRÃO

**RELATIVIZAÇÃO DA INADMISSIBILIDADE DE OBTENÇÃO DE PROVAS POR
MEIOS ILÍCITOS PELO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE**

Trabalho de Conclusão de Curso em Direito da
Universidade Estadual da Paraíba, como
requisito parcial à obtenção do título de
bacharel em Direito.

Área de concentração: Direito Criminal.

Orientador: Prof. Me. Cláudio Marcos Romero
Lameirão.

**GUARABIRA
2018**

É expressamente proibido 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 do trabalho.

B453r Beltrão, Pablo Dantas.
Relativização da inadmissibilidade de obtenção de provas por meios ilícitos pelo princípio da proporcionalidade [manuscrito] : / Pablo Dantas Beltrao. - 2018.
33 p.

Digitado.

Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) - Universidade Estadual da Paraíba, Centro de Humanidades, 2018.

"Orientação : Prof. Me. Cláudio Marcos Romero Lameirão, Coordenação do Curso de Direito - CCJ."

1. Processo penal. 2. Prova ilícita. 3. Admissibilidade.

21. ed. CDD 345.05

PABLO DANTAS BELTRÃO

**RELATIVIZAÇÃO DA INADMISSIBILIDADE DE OBTENÇÃO DE PROVAS POR
MEIOS ILÍCITOS PELO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE**

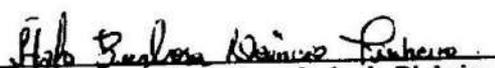
Artigo apresentado ao Programa de
Graduação em Direito da Universidade
Estadual da Paraíba, como requisito
parcial à obtenção do título de bacharel
em Direito.

Área de concentração: Direito Criminal.

Aprovado em: 19/06/18.

BANCA EXAMINADORA


Prof. Me. Cláudio Marcos Romero Lamcirão (Orientador)
Universidade Estadual da Paraíba (UEPB)


Prof. Me. Italo Barbosa Leônico Pinheiro
Universidade Estadual da Paraíba (UEPB)


Prof. Sérgio do Ferreira Soares Neto
Universidade Estadual da Paraíba (UEPB)

À minha mãe Patrícia, por todo amor, compreensão e cuidado, DEDICO.

AGRADECIMENTOS

A Deus, fonte inesgotável de amor e fé.

Ao meu pai Marcus, meu melhor amigo e mais sincero amor.

À minha mãe Patrícia, minha melhor torcida, exemplo de dedicação e inspiração de toda uma vida.

Ao meu avô Geraldo (*in memoriam*), motivo pelo qual escolhi o curso de Direito e hoje me sinto realizado por inteiro.

À minha namorada Clarissa, amor da minha vida, companheira em todos os momentos e em quaisquer circunstâncias.

Aos familiares que estiveram presentes nesses últimos anos e me ajudaram a chegar até aqui, que torcem verdadeiramente por mim e comemoram comigo cada nova conquista alcançada.

Aos professores do Curso de Direito da UEPB, que passaram todo o conhecimento necessário à minha formação acadêmica. Em especial ao mestre e amigo Cláudio Lameirão que, com a grandeza de espírito inerente aos grandes homens que se propõem a lecionar, me inspirou sobremaneira a rabiscar os rumos do meu destino.

Aos funcionários da UEPB, Luís e Graça, pela presteza e atendimento quando nos foi necessário.

Aos colegas de classe pelos momentos de amizade e apoio.

Aos colegas que fiz durante o longo período de estágio realizado, sobretudo no Ministério Público Federal e Tribunal Regional do Trabalho.

Aos verdadeiros amigos, aqueles sem os quais a vida seria mais difícil.

“A acusação é apenas um infortúnio, enquanto não verificada pela prova. Daí esse prolóquio sublime, com que a magistratura orna os seus brasões, desde que a Justiça Criminal deixou de ser a arte de perder inocentes: *Res sacra reus*. O acusado é uma entidade sagrada.”

Ruy Barbosa.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	09
2	PROVA	10
2.1	Conceito	10
2.2	Objeto.....	11
2.3	Finalidade.....	11
2.4	Meios de Prova.....	12
3	INADMISSIBILIDADE DE PROVAS ILÍCITAS.....	13
3.1	Origem e evolução do princípio.....	13
3.2	O inciso LVI, do Art. 5º da Constituição Federal Brasileira.....	16
4	PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E A ADMISSIBILIDADE DAS PROVAS ILÍCITAS.....	22
4.1	A admissibilidade de provas ilícitas <i>pro reo</i>	25
4.2	A admissibilidade de provas ilícitas <i>pro societate</i>	27
5	CONCLUSÃO.....	30
	REFERÊNCIAS.....	33

RELATIVIZAÇÃO DA INADMISSIBILIDADE DE OBTENÇÃO DE PROVAS POR
MEIOS ILÍCITOS PELO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Pablo Dantas Beltrão*

RESUMO

O presente estudo tem como objetivo analisar a possibilidade da aceitação das provas obtidas ilicitamente no processo penal e sua estreita relação com o princípio da proporcionalidade. No processo penal, a prova pode ser conceituada como o conjunto de atos praticados pelas partes, pelo juiz e por terceiros, destinados à formação da convicção do magistrado acerca da existência ou inexistência de um fato, da falsidade ou veracidade de uma afirmação. Por sua vez, provas obtidas por meios ilícitos são aquelas obtidas violando-se as normas legais ou os princípios gerais que regem nosso ordenamento jurídico, de natureza processual ou material. Quando a proibição for decorrente de uma lei processual, a prova será ilegítima, noutra banda, sendo a proibição de natureza material a prova será denominada ilícita. Prova ilícita é, portanto, aquela colhida com infringência às normas ou princípios insertos na Constituição Federal e nas leis, comumente para a proteção do direito à intimidade, à inviolabilidade do domicílio, à inviolabilidade do sigilo da correspondência e das telecomunicações. Não obstante a proibição constitucional preconizada no artigo 5º, LVI, da Constituição Federal, percebe-se que, em face do princípio da proporcionalidade, tem-se admitido no processo penal a utilização das provas ilícitas em certos casos, tendo em vista a relevância do interesse público a ser preservado e protegido. Ou seja, tal princípio abranda a proibição para admitir a prova ilícita, em casos excepcionais e graves, quando a obtenção e a admissão forem consideradas a única forma possível e razoável para proteger a outros valores fundamentais. A intenção é evitar resultados repugnantes e flagrantemente injustos. Nesse caso, a prova ilícita é admitida e valorada apenas quando se revela favorável ao réu. Trata-se da proporcionalidade *pro reo*, em que a ponderação entre o direito de liberdade de um inocente prevalece sobre um eventual direito sacrificado na obtenção da prova (dessa inocência). Ademais, parece-nos ser a solução mais adequada ao processo penal e ao conteúdo de sua instrumentalidade, na medida em que o processo penal é um instrumento a serviço da máxima eficácia dos direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição.

Palavras-chave: Processo penal. Prova ilícita. Admissibilidade.

* Aluno de Graduação em Direito da Universidade Estadual da Paraíba – Campus III.
Email: pablobeltrao15@gmail.com

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho pretende abordar a questão da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos no âmbito do direito processual penal, apontando-a como meio de abrandamento e superação do dispositivo constitucional no que tange as provas ilícitas.

Visando garantir a segurança jurídica e evitar abusos probatórios, a Constituição Federal de 1988 traz, taxativamente, em seu artigo 5º, LVI: "são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos", ou seja, institui o princípio da inadmissibilidade das provas ilícitas.

As provas ilícitas violam um dos bem mais importantes do homem que é o respeito a sua dignidade, tornando-o extremamente vulnerável diante do arbítrio de quem, utilizando-se da ilegalidade, leva à apreciação do Estado-Juiz a demonstração de determinado fato.

No entanto, este tema provoca grandes discussões, uma vez que há posições doutrinárias que defendem a relativização da inadmissibilidade das provas ilícitas, tendo em vista que há outros princípios constitucionais que propiciam isso, como por exemplo, o da verdade real, da presunção de inocência e, principalmente, o da proporcionalidade.

Diante disso, será que perante uma situação fática onde o único meio de provar a inocência de uma pessoa ou de condená-la for por meio de uma prova ilícita, esta não poderá ser aceita no processo penal?

Tema bastante polemizado, a admissibilidade processual das provas ilícitas ou obtidas por meios ilícitos tem ensejado, tanto na doutrina como na jurisprudência, orientações diversas e, a despeito da adoção do princípio da inadmissibilidade, albergado na Constituição, remanescem ainda alguns pontos de conflito que merecem ser objeto de estudo mais aprofundado.

O método de pesquisa utilizado é o dedutivo, baseado em pesquisa fundamentalmente bibliográfica, utilizando-se, na maioria, de obras literárias da doutrina, também empregado com menos frequência legislações, jurisprudência e artigos publicados na internet, de onde se buscou extrair os melhores ensinamentos.

Far-se-á uma abordagem acerca da inadmissibilidade de provas obtidas por meios ilícitos desde sua evolução histórica até a vedação imposta pela Constituição Federal de 1988 e, por fim, será discorrido sobre a admissibilidade de provas obtidas por meios ilícitos em favor

da defesa e da acusação e o princípio da Proporcionalidade como possível meio de superação dessa aplicação.

2. PROVA

Para que o Estado possa exercer o poder de punir as pessoas que cometem um ilícito penal, responsabilizando-as criminalmente e impondo sanções, necessário se faz que o agente pratique uma conduta tipificada como ilícita e esta seja comprovada através do processo penal.

Ao Magistrado, o Estado na sua função jurisdicional, cabe convencer-se a respeito da veracidade dos fatos e da identificação do infrator. Desta forma, cabem às partes utilizar-se do direito a prova para que possam esclarecer o fato que desejam ser demonstrado.

Assim, para entendermos esse direito a prova, devemos ressaltar o seu conceito, o objeto, a finalidade e sua classificação.

2.1 Conceito

A palavra prova, derivada do latim *probatio*, é o conjunto de atos praticados pelas partes, pelo juiz e por terceiros que visam buscar a verdade sobre certos fatos trazidos ao processo. Tanto a prova testemunhal, a documental, a pericial, como outros tipos de provas, que serão produzidas no processo, terão como finalidade maior mostrar ao magistrado o que realmente ocorreu, levando-o a convicção de que necessita para o seu julgamento.

Vejamos o conceito de prova de acordo com os ensinamentos do doutrinador Júlio Fabrini Mirabete (2006, p. 274):

Prova é produzir em estado de certeza, na consciência e na mente do juiz, para sua convicção, a respeito da existência ou inexistência de um fato, ou da verdade ou falsidade de uma imputação sobre uma situação de fato, que se considera de interesse para uma decisão judicial ou a solução de um processo.

Prado (2006, p. 03) define da seguinte forma: "Ao conjunto de atos praticados tanto pelas partes, quanto pelo juiz ou terceiros, que objetive a formação do convencimento do julgador, seja pela existência ou inexistência de algum fato, dá-se o nome de provas".

Dessa forma, entende-se que prova é o elemento através do qual os fatos deverão ser demonstrados em juízo, contribuindo para a elucidação da verdade, bem como orientando o juiz na formação de seu convencimento.

2.2 Objeto

Busca-se com o processo, a reconstrução histórica do fato tido como criminoso. Dessa forma, são objetos de prova todos os fatos pertinentes ao processo, englobando não somente o fato criminoso e a sua autoria, como também as circunstâncias objetivas e subjetivas que norteiam o processo, os acontecimentos e a circunstâncias relevantes e úteis, capazes de contribuir para a formação da convicção do juiz.

Seguindo as lições de Fernando Capez (2016, p. 282) veremos o posicionamento do doutrinador em relação ao objeto da prova:

Objeto de prova é toda circunstância, fato ou alegação referente ao litígio sobre os quais pesa incerteza, e que precisam ser demonstrados perante o juiz para o deslinde da causa. São, portanto, fatos capazes de influir na decisão do processo, na responsabilidade penal e na fixação da pena ou medida de segurança, necessitando, por essa razão, de adequada comprovação em juízo. Somente os fatos que revelem dúvida na sua configuração e que tenham alguma relevância para o julgamento da causa merecem ser alcançados pela atividade probatória, como corolário do princípio da economia processual.

Já, os fatos axiomáticos (evidentes por si mesmos, intuitivos) não necessitam serem provados, bem como os fatos inúteis para a solução da causa, os fatos notórios (p. Ex: é desnecessário prova de que dia 15 de novembro é a data de Proclamação da República Brasileira) e os fatos presumidos (fatos em relação aos quais exista presunção legal).

Com relação ao fato incontroverso, diferentemente do que ocorre no Processo Civil (onde não se discute fatos incontroversos) é considerado como objeto de prova, mesmo admitido por ambas as partes, pois na esfera Penal o que vigora é o princípio da verdade real, e sendo este de natureza de ordem pública, dá poderes ao juiz de forma que ele possa produzir provas *ex officio*, em defesa de sua livre convicção na busca da verdade.

2.3 Finalidade

De acordo com Prado (2006, p.3) "Prova é a alma do processo. É ela que serve para formar o convencimento do julgador, ao tempo em que também justifica a decisão diante da sociedade". É através da prova que se busca demonstrar ao juiz sobre a veracidade ou falsidade de determinados fatos no processo, a fim de que o juiz possa valorá-los e proferir sua decisão.

Assim, a finalidade a que a prova se destina não é a de descrever o fato absolutamente como ocorreu, mas sim de convencer o juiz da possibilidade maior de sua ocorrência, ou seja, dando-se ao alegado o caráter de verdade relativa, tomando como ponto de referência a condição de livre convencimento do juiz. Trazendo tal finalidade à ótica do Direito Processual Penal, caberá a quem alega o ônus da prova, portanto, terá a acusação que provar os fatos constitutivos e a defesa os fatos impeditivos, modificativos ou extintivos ao que atesta a parte acusatória.

Vejamos o ensinamento de Cintra, Grinover e Dinamarco (2010, p. 348) sobre a finalidade e importância da prova:

As afirmações de fato feitas pelo autor podem corresponder ou não à verdade. E a elas ordinariamente se contrapõem as afirmações de fato feitas pelo réu em sentido oposto, as quais, por sua vez, também podem ou não ser verdadeiras. As dúvidas sobre a veracidade das afirmações de fato feitas pelo autor ou por ambos em Juízo, constituem as questões de fato que devem ser resolvidas pelo Juiz, à vista da prova dos fatos pretéritos relevantes. A prova constitui, pois, o instrumento por meio do qual se forma a convicção do Juiz a respeito da ocorrência ou inoocorrência dos fatos controvertidos no processo.

Vicente Greco Filho (2015), ao discorrer sobre a finalidade da prova ensina que no processo a prova não tem um fim em si mesma ou um fim moral ou filosófico, sua finalidade é prática, qual seja, convencer o juiz.

Assim, a prova tem uma dupla finalidade para o processo: a de formar o convencimento do juiz demonstrando a verdade dos fatos alegados e embasar a decisão final da demanda perante a coletividade.

2.4 Meios de prova

Meios de prova são os instrumentos utilizados direta ou indiretamente para demonstrar a veracidade ou inverdade de um determinado fato, podendo servir como prova tudo o que for útil e relevante na apuração do fato. O Código de Processo Penal traz no Livro I, Título VII, Capítulo II ao XI, os seguintes meios de prova: Do exame de corpo e delito e das perícias em

geral (art. 158 a 184); Do interrogatório do acusado (art. 185 a 196); Da confissão (art. 197 a 200); Das perguntas ao ofendido (art. 201); Das testemunhas (art. 202 a 225); Do reconhecimento de pessoas e coisas (art. 226 a 228); Da acareação (art. 229 a 230); Dos documentos (art. 231 a 238); Dos indícios (art. 239); Da busca e apreensão (art. 240 a 250).

Segundo Prado (2006), essa enumeração disposta no Código de Processo Penal é meramente exemplificativa, ou seja, não é taxativa ou exaustiva, podendo sim ser admitidas as chamadas provas inominadas que são meios de prova não previstos expressamente na lei, todavia moralmente legítimos.

Desta forma, via de regra, todas as provas que respeitem os valores da moral, da dignidade da pessoa humana, do direito da ampla defesa e do contraditório são admissíveis no ordenamento jurídico brasileiro. No entanto, a Constituição Federal vem limitar o direito probatório, levando em consideração a defesa dos direitos e garantias fundamentais e a integridade do Estado Democrático de Direito.

3 A INADMISSIBILIDADE DE PROVAS ILÍCITAS

Desde que o Estado passou a regular a vida em sociedade, surgiu a preocupação com a forma de os particulares reivindicarem seus direitos. Com o passar do tempo, surgiram várias teorias no sentido de permitir a utilização de provas obtidas por meios ilícitos no processo, levando juristas da época a condicionarem os dogmas da verdade real e do livre convencimento do juiz a uma eventual ponderação dos interesses contrastantes, voltando-se sempre em favor do princípio da busca da verdade, mesmo baseado em meios ilícitos.

Seus defensores, extremamente voltados à necessidade da busca da verdade real, entendiam ser imprescindível que a realidade dos fatos se tornasse a base sobre a qual o processo deveria ser desenvolvido, fundamentando suas razões na afirmação de que uma prova ilicitamente obtida não deveria deixar de ser apreciada pelo magistrado somente pelo fato de ter sido colhida mediante algum tipo de fraude, quando teria grande probabilidade de contribuir para o esclarecimento da verdade buscada por meio do processo.

3.1 Origem e Evolução do Princípio

Tomando como base para este estudo histórico-evolutivo a obra do professor Avolio Torquato, encontraremos um rico conteúdo no que concerne à evolução histórica do princípio que trata da admissibilidade (para os que a defendem) e inadmissibilidade (para os que a rejeitam) das provas obtidas por meios ilícitos.

Como preconiza Avolio (2003, p.44):

Nesse sentido, entre os juristas alemães, Schonke sustentava que o interesse da coletividade deveria prevalecer sobre uma formalidade antijurídica no procedimento, como por exemplo, a busca ilegal; Guasp reputava eficaz a prova ilicitamente obtida, sem prejuízo da aplicação das sanções civis, penais ou disciplinares aos responsáveis. Na doutrina norte-americana, Fleming condenava a supressão da prova ilicitamente obtida, que não poderia ser afastada à custa de castigo à polícia pelo seu mau comportamento; e Wigmore entendia que a regra da exclusão levava a considerar o oficial da lei demasiado zeloso um perigo maior para a comunidade do que o próprio assassino sem castigo; e para o juiz Cardozo, a prova obtida ilicitamente deveria ser válida e eficaz, sem prejuízo das sanções cabíveis aos responsáveis – policiais ou particulares – por sua obtenção.

As teorias que aceitavam a admissibilidade das provas ilícitas, embora se utilizando de fundamentações distintas, defendiam sua aplicabilidade e eficácia no processo, aplicando, de forma justa, as sanções legais ao infrator.

Em relação à corrente que defende a admissibilidade das provas ilícitas, podemos perceber uma demasiada importância ao princípio da verdade real, tendo uma visão muito restrita acerca da dignidade da pessoa humana e das liberdades públicas, revelando, assim, a expressão dos valores da época através dos primeiros posicionamentos judiciais relacionados às provas obtidas por meios ilícitos.

Entretanto, com a evolução do ordenamento jurídico, pôde-se observar uma diversidade de critérios limitativos à admissibilidade das provas ilícitas, tendo em vista o surgimento de doutrinas voltadas para o respeito a valores que antes não se dava importância, como a dignidade e moral das pessoas, o respeito à honra, privacidade e intimidade.

Acompanhando essa evolução, alguns dentre os países da Europa divergiam, num mesmo momento histórico, quanto à utilização de provas ilicitamente obtidas.

Estudando essa evolução na Europa Ocidental, o professor Avolio (2003, p.46) relata:

Se existe um bem jurídico a resguardar, seja o direito de propriedade. O próprio Beling, que reconheceu a necessidade de contemporizar as exigências processuais com os direitos do indivíduo, amarrava a propriedade à dignidade epistolar do homem

e a considerava fonte de “claras vedações probatórias”. No caso de ser necessário abrir-se uma exceção probatória, como, por exemplo, para a persecução de graves ilícitos, caberia ao juiz a apreciação da validade e do peso do documento ilegítimamente subtraído da parte adversa e produzido em juízo.

Na realidade, porém, por muitos anos a doutrina e a jurisprudência mantiveram-se ligadas à velha ordem de valores. Apenas com o clamor e a gravidade de certos episódios de controle policiaisco, é que a opinião pública iria se agitar, fazendo-se sentir, finalmente, a exigência de se conferir uma proteção mais adequada ao livre desenvolvimento da personalidade dos indivíduos em face das insidiosas descobertas de tecnologia moderna.

Porquanto apreciáveis, os progressos ainda deveriam consolidar-se, não faltando então contradições e incertezas.

Demonstrava-se, assim, uma escassa sensibilidade para os valores constitucionais pelos próprios órgãos inquisitivos da Justiça Italiana que supervalorizavam frequentemente a importância de objetivo como “a busca da verdade real” ou “a defesa da sociedade”.

Contudo, a maior parte da doutrina rechaçava as posturas em prol da admissibilidade das provas ilícitas.

Surgiu na Alemanha uma evolução do princípio das provas obtidas por meios ilícitos de forma do que se delineando em outros países da Europa, devido à manifestação das Constituições dos Lander e do Grundgesetz, trazendo uma nova reflexão sobre os valores da dignidade e do respeito humano.

A então Constituição alemã trazia em seus artigos 1º e 2º disposições que tratavam da dignidade do Homem, bem como o direito à formação da sua personalidade.

O professor Avolio Dispõe a respeito dessa evolução na Alemanha:

A discussão se encontra, num primeiro momento, no processo penal, onde é mais manifesta a exigência de garantir os direitos invioláveis do indivíduo. Em sentido diametralmente oposto às velhas concepções doutrinárias sobre a predominância absoluta do interesse público sobre a busca da verdade, a doutrina dominante se reporta aos novos preceitos constitucionais, para reforçar a perspectiva de que o objetivo principal deve ser a salvaguarda dos direitos do Homem.

As cortes ordinárias nem sempre alcançavam o verdadeiro significado da norma em exame. Partindo da sua natureza de norma processual penal, e descurando o seu fundamento constitucional, consideram-na dirigida somente aos órgãos públicos, e não também aos particulares.

Decisão de 1954 do Bundesgerichtshof permite corrigir desvio semelhante, ao enunciar o seguinte princípio geral: “O direito do Homem à tutela da sua dignidade e ao livre desenvolvimento da própria personalidade deve ser respeitado por qualquer pessoa, mesmo pelos outros membros da sociedade”.

Como desdobramento dessa nova orientação chegou-se às premissas para a valoração unitária do fenômeno das provas ilícitas, em causas penais ou civis (AVOLIO, 2003, p.50).

No ordenamento jurídico norte-americano a Constituição, principalmente no concernente ao desenvolvimento da IV emenda e da cláusula de exclusão, trouxe significativa evolução do princípio da inadmissibilidade das provas ilícitas.

Em relação ao princípio nos Estados Unidos, podemos destacar:

Embora a jurisprudência já tivesse tido a oportunidade, em diversas ocasiões, de repelir as provas obtidas de forma ilegal, foi a partir da sentença proferida pela Suprema Corte no caso de “Mapp v. Ohio” de 1962, que se firmou posição pela inadmissibilidade também nos procedimentos criminais dos Estados-Membros.

De um modo geral, a jurisprudência da suprema Corte Americana considera igualmente obtida a prova quando ocorrer violação às Emendas Constitucionais IV, V e XIV, que tratam, em síntese, respectivamente: do direito do povo à segurança de suas pessoas, casas, papéis e pertences contra registros, arresto e sequestros “desarrazoados”; da necessidade de acusação formalizada, das garantias da coisa julgada, da habeas corpus, da Nemo tenetur se detegere e do due process of law; do direito a um julgamento rápido e público perante juiz imparcial e natural; e da liberdade dos estados reformada em suas leis procedimentais, vinculada ao respeito, no fundo e na forma, a garantia do devido processo legal. (AVOLIO, 2003, p.52).

No direito espanhol, a admissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos não é aceita pela maior parte da doutrina.

No ordenamento jurídico francês podemos encontrar subsídios para aplicação do princípio da inadmissibilidade das provas ilícitas.

O código de processo francês estabelece várias disposições a respeito:

No direito francês encontra-se a possibilidade de aplicação da doutrina da inadmissibilidade das provas ilícitas, através de uma disposição do estatuto processual que regula as nulidades. Além das hipóteses de nulidade pela inobservância de determinadas prescrições processuais, o art. 172 do código de processo francês estabelece, com caráter muito amplo, a nulidade nos casos de violação dos direitos da defesa. Deixa, ainda, a critério do Tribunal, decidir sobre a abrangência da anulação, que pode estender-se do ato viciado a qualquer fase ulterior do procedimento. E, ainda, conforme o art. 173, o ato anulado e excluído dos autos, impossibilitando aos magistrados deles se extraia qualquer elemento, sob pena de incidir em prevaricação, e, quanto aos defensores, em sanções disciplinares. (AVOLIO, 2003, p. 55).

3.2 O inciso LVI, do Art. 5º da Constituição Federal Brasileira

Não se pode admitir no processo as provas obtidas ilicitamente. É o que garante a Constituição Federal em seu art. 5º, LVI.

A referida disposição constitucional está inserida no Título II da Constituição que trata dos “Direitos e Garantias Fundamentais”, sendo prescrito no Capítulo I os “Direitos e Deveres Individuais e Coletivos”.

A Constituição Federal de 1988, dentre as suas diversas finalidades no que concerne à proteção dos direitos do Homem, objetivou proteger as pessoas contra atos que viessem a desprezar a dignidade, a moral e a intimidade de seus cidadãos. Dessa forma, proibiu expressamente a admissibilidade no processo das provas obtidas por meios ilícitos.

Quando implantada no texto constitucional, levando-se em consideração o fim do regime autoritário como momento histórico, a inadmissibilidade das provas ilícitas no processo

objetivava impedir a produção de provas por meios de torturas e outros meios comumente admitidos, como a violação de domicílio e de correspondência e o abuso por parte do Estado quanto à restrição da liberdade das pessoas. Acrescendo-se a esses objetivos, visava a Constituição defender a segurança e integridade física e moral de seus cidadãos em meio à violência e ao aumento da prática de crimes como homicídios, roubos, sequestros, bem como o crescimento do tráfico de entorpecentes e do crime organizado.

Diante de tanta insegurança social, é plenamente justificável a preocupação do legislador constituinte em colocar no nosso Ordenamento Jurídico Maior, uma disposição que tivesse o objetivo de frear condutas que colocassem em risco o respeito aos direitos fundamentais do Homem, bem como a própria sustentação do Estado Democrático de Direito.

É de grande importância a proteção do direito à privacidade pela Constituição, tendo em vista que através desse direito a pessoa pode excluir do conhecimento de outrem fatos e dados que só a ele digam respeito, vedando a Constituição qualquer forma de emenda que tente abolir os direitos e garantias individuais (CF art. 60, § 4º, IV), colocando o direito à intimidade, privacidade, à honra e a imagem das pessoas, bem como a inviolabilidade domiciliar, a inviolabilidade das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, como cláusulas pétreas.

O objetivo da vedação constitucional relativa à prova ilícita é proteger o direito das pessoas tanto no convívio entre si como também em relação à supremacia do Estado sobre seus cidadãos. Dentre esses direitos podemos destacar no texto constitucional disposições que tratam da inviolabilidade da intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas (art. 5º, X); a inviolabilidade domiciliar (art. 5º, XI); bem como da inviolabilidade do sigilo de correspondência, das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, “Salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual” (art. 5º, XII).

Diante de um tema de tanta importância não só em nosso ordenamento jurídico, mas também no ordenamento jurídico de vários países, encontramos entendimentos bastante diversificados e contrastantes, formados no decorrer da história, tanto no âmbito doutrinário como nos posicionamentos jurisprudenciais.

Quanto aos posicionamentos da doutrina, podemos encontrar duas correntes acerca do tema.

A primeira corrente entende que não se pode conceber em um ordenamento jurídico a prática de atos atentatórios contra os direitos humanos, colocando em risco a dignidade do homem através do consentimento de que dele tire proveito quem haja desrespeitado o preceito

legal, com prejuízo alheio, bem como a própria sustentação do estado democrático de direito que teria sua base totalmente comprometida, tendo em vista a possibilidade de se permitir a produção de provas que fossem de encontro aos direitos e valores morais do ser humano. Não podendo, dessa forma, serem admitidas no processo as provas ilícitas.

A segunda corrente defende a possibilidade da admissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos no processo, devendo prevalecer em qualquer caso o interesse da justiça no descobrimento da verdade real, de forma que a ilicitude da obtenção não comprometa o valor da prova, que poderá servir para a formação do convencimento do magistrado. Porém, torna-se imprescindível ressaltar que não se trata de entendimento isolado quanto à admissibilidade das provas ilicitamente obtidas.

Esse entendimento, assumindo uma posição apaziguadora, defende a admissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos de forma excepcional e de extrema necessidade, devendo, assim, serem aceitas no processo. Por adoção do princípio da proporcionalidade dos valores contrastantes, em uma garantia constitucional tem valor absoluto de forma a destruir outra de equivalente relevância. Deve-se então, de acordo com o caso concreto, ponderar e trazer equilíbrio qual seja o bem jurídico de maior importância a ser tutelado pelo estado: o direito à liberdade concernente a produção probatória tanto como finalidade descobrir as verdades sobre determinado fato ou de outro lado diametralmente oposto, o direito do ser humano de ter sua dignidade respeitada e sua intimidade preservada contra o livre arbítrio de quem, utiliza-se de meios ilícitos, leva determinada prova para ser apreciada pelo Poder Judiciário.

Não se pode acreditar que um Estado Democrático de Direito possa sobreviver sob a égide do desrespeito à dignidade humana. Vejamos as consequências decorrentes da admissibilidade das provas ilícitas, em relação ao Estado, como também em relação aos cidadãos:

O estado tem como pressuposto de existência e finalidade primeira a promoção do bem-estar do homem. Para tanto é fundamental estabelecer restrições ao livre arbítrio das pessoas, assim como as ações estatais. Caso contrário, abre-se espaço a subjugação dos mais fracos pelos mais fortes, permitindo-se o fortalecimento destes em função do apequenação daqueles. No que concerne à obtenção de produção de provas, é basilar impor limites a essa atividade, quer seja por parte dos particulares ou do Estado, para evitar a tirania estatal em matéria de persecução criminal, como também a implantação de um verdadeiro estado de beligerância entre os cidadãos. O estado, sem limites para os modos de obtenção da prova, fatalmente ofenderá os cidadãos em seus direitos de pessoas humanas, os cidadãos, por sua vez, sem limites para obtenção de provas, perderão respeito recíproco, o que será um grande estímulo ao crescimento da violência no seio social, e a impunidade decorrente do uso abusivo do direito à privacidade obstaculizará a materialização dos fins do Estado. Portanto, é imperativo fixar marcos firmes e eficazes para os meios de produção de provas. (CARNAÚBA, 2000, p.86).

O Estado Democrático de Direito tem que estar pautado dentro de parâmetros de legalidade, instituindo-se de forma a interferir na esfera do livre arbítrio da vida privada dos seus cidadãos, bem como também na vida da coletividade, tendo como finalidade proporcionar um estado de segurança social, prevendo através de suas leis e o controle das ações estatais e particulares.

O princípio da legalidade no âmbito constitucional do Estado é uma garantia capaz de proporcionar segurança aos indivíduos, sendo por si uma garantia aos direitos individuais, tendo em vista uma restrição ao modo de coleta de provas, limitando a ação dos aplicadores do direito ao âmbito da legalidade. O princípio da legalidade exige um controle do conteúdo do direito positivo, conferindo, assim, uma maior margem de segurança para análise sobre ilicitude das provas inseridas no processo, evitando que a classificação das provas como ilícitas seja fato gerador de injustiças sociais e garantindo ao cidadão a segurança de que sempre será julgado de acordo com os estritos parâmetros da lei.

Entendem Grinover, Fernandes de Gomes Filho (2001, p.135) que:

A doutrina e jurisprudência de diversos países oscilaram, durante algum tempo, quanto à admissibilidade processual das provas ilícitas. Da posição inicial, que admitia a prova relevante e pertinente, preconizado apenas a punição do responsável pelo ato ilícito (penal, civil ou administrativo) praticado na colheita ilegal da prova, chegando-se a conclusão de que a prova obtida por meios ilícitos deve ser banida do processo, por mais relevantes que sejam os fatos por ela apurados, uma vez que se subsume ela ao conceito de inconstitucionalidade, por vulnerar normas ou princípios constitucionais como, por exemplo, a intimidade, o sigilo das comunicações, a inviolabilidade do domicílio, a própria integridade e dignidade da pessoa.

O Supremo Tribunal Federal já se posicionou na Ação Penal 307-3 sobre a teoria das provas ilícitas:

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

Como podemos perceber, o posicionamento jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal defende que as provas obtidas por meios ilícitos não devem ser admitidas no processo. Porém, há casos em que uma prova é obtida de forma ilícita e inserida no processo. O que deve ser feito diante dessa hipótese? Deve-se observar que a existência de provas ilícitas no processo

não gera sua nulidade, e sim a nulidade da prova que, de acordo com a Constituição, será inadmissível no processo. Dessa forma, a prova ilícita deverá ser considerada imprestável para formação do convencimento do juiz, que deverá solucionar o processo com as demais provas independentes que constarem nos autos, conforme já decidiu o STF no habeas corpus nº 75.892-6/RJ: “descabe concluir pela nulidade do processo quando o decreto condenatório repousa em outras provas que exsurgem independentes, ou seja, não vinculantes à que se aponta como ilícita”.

Podemos observar qual será a consequência da ilicitude da prova, de acordo com o seguinte posicionamento do STF no Rextr. nº 251.455-4/GO:

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. A absoluta invalidade da prova ilícita infirma-lhe, de modo radical, a eficácia demonstrativa dos fatos e eventos cuja realidade material ela pretende evidenciar. Trata de consequência que deriva, necessariamente, da garantia constitucional que tutela a situação jurídica dos acusados em juízo penal e que exclui que de modo peremptório, a possibilidade de uso, em sede processual, da prova – de qualquer prova – cuja ilicitude venha ser reconhecida pelo Poder Judiciário. A prova ilícita é a prova inidônea. Mais do que isso, prova ilícita é prova imprestável. Não se reveste por essa explicitar razão, de qualquer aptidão jurídico-material. Prova ilícita, qualificando-se como providência instrutória repelida pelo ordenamento constitucional, apresenta-se destituída de qualquer grau, por mínimo que seja de eficácia jurídica.

Assim, quando surgir no processo uma prova obtida ilicitamente, a mesma deverá ser desentranhada dos autos, conforme posicionamento do Superior Tribunal de Justiça: “Admitese, em juízo, todos os meios de prova, salvo as obtidas por meios ilícitos (Constituição, art. 5º, LVI). As provas ilícitas, porque proibidas, não podem ser consideradas. Cumpre desentranhá-las dos autos”.

Quando uma prova obtida ilicitamente for colocada dentro de um processo, deverá ser considerada inadmissível e desentranhada no mesmo. Todavia, se uma prova ilícita fosse inserida num processo e o juiz decidisse a demanda baseado em tal prova, que consequências jurídicas adviriam?

Para que a questão seja respondida, se faz necessário distinguir os momentos processuais da prova, quais sejam: requerimento da prova pelas partes; admissão ou juízo de admissibilidade pelo juiz; introdução da prova no processo ou a sua produção; e, finalmente, a valoração da prova para uma posterior decisão.

A Constituição dispõe sobre a inadmissibilidade das provas com a finalidade de impedir os momentos que as sucedem, quais sejam, a produção da prova e a sua consequente valoração.

A transgressão de um mandamento constitucional trará como consequência a nulidade absoluta, tendo em vista que a Constituição atribuiu a estas o caráter de inadmissíveis, não devendo ser consideradas como prova se ocorrer tal inadmissibilidade.

A inadmissibilidade tem a finalidade de impedir que a prova seja aceita no processo, não podendo o magistrado valorá-la. A nulidade objetiva exclui os efeitos de um ato praticado de forma irregular.

Assim, uma sentença que tenha sido transitada em julgado baseada exclusivamente em provas ilícitas será nula de pleno direito, podendo ser desconstituída via revisão criminal e, através do exame de mérito, o juiz poderá absolver o imputado. Todavia, se existirem outras provas suficientes para que haja uma condenação, não haverá nulidade da sentença.

Da mesma forma, não se pode deixar dar prosseguimento a ação penal por esta conter provas ilícitas, se a mesma também se fundamenta em provas lícitas. Corroborando com esse entendimento, vejamos a posição do Supremo Tribunal de Justiça manifestando-se nos Habeas Corpus 29.489/RS:

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. RESPONSABILIDADE DE PREFEITOS E VEREADORES. DENÚNCIA. RECEBIMENTO. PROVA ILÍCITA. EXISTÊNCIA DE OUTROS ELEMENTOS PROBATÓRIOS. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. INADMISSÍVEL. ORDEM DENEGADA. Inviável o trancamento da ação penal ao argumento de utilização de prova ilícita, quando o convencimento do Juiz advém de outros elementos que compõem o conjunto probatório. A argumentação acerca da prova ilícita é insuficiente a fragilizar a denúncia e a persecução penal se outros elementos de prova compõem o conjunto probatório e por si mesmos atestam a viabilidade da exordial acusatória, apta a dar prosseguimento à ação penal. Ordem denegada.

Embora o posicionamento majoritário da nossa doutrina e jurisprudência seja pela inadmissibilidade das provas ilícitas no processo há, no entanto, entendimentos que convergem para sua admissibilidade.

Entendendo serem admissíveis às provas obtidas por meios ilícitos no processo, uma segunda corrente expõe sua tese baseada nos princípios do livre convencimento do juiz e da busca da verdade real. Segundo esse entendimento, o interesse da Justiça em descobrir a verdade deve prevalecer. Dessa forma, não pode a ilicitude da obtenção subtrair à prova o valor que possua como elemento útil à formação do convencimento do juiz. Segundo esse entendimento, a prova obtida ilicitamente será admissível, ficando o infrator de normal legal sujeito às punições concernentes à prática do ato que deu origem às provas ilícitas.

Convém ressaltarmos que admissibilidade aqui defendida não pode ser entendida em sentido estrito, colocando em risco se assim o fosse, todo um sistema jurídico pautado em

normas e valores defensores da dignidade humana, bem como o respeito aos fundamentos de um Estado Democrático de Direito que levou anos para ser construído e consolidado.

Assim, tem surgido um entendimento mais flexível no que diz respeito à interpretação do dispositivo constitucional que trata da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos. Segundo esse entendimento deve haver uma ponderação dos interesses conflitantes, aludindo-se, assim, ao princípio da proporcionalidade, tendo em vista em vista que a sustentação da tese, que defende a admissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos, depende essencialmente da aplicação desse princípio.

Entretanto, a doutrina está longe de alcançar um consenso quanto à viabilidade da aplicação do princípio da proporcionalidade no âmbito da vedação da ilicitude probatória. Mesmo os defensores de referido princípio chegam a proscrever de maneira radical, diante da literalidade que dispõe o art. 5º, LVI, da Constituição Federal, a admissão das provas obtidas por meios ilícitos em processo judicial, chegando mesmo a não admitir nessa hipótese, sua aplicação.

Neste instante, surge uma questão importante sobre a inadmissibilidade das provas obtidas ilicitamente. Uma determinada prova é obtida por meios ilícitos, porém, quando analisada é aceita, levando-se em consideração a adoção do princípio da proporcionalidade. Neste caso, a doutrina se divide entre dois entendimentos: O primeiro admite a possibilidade de a prova ilícita ser aceita no processo tão somente quando o material colhido em contrariedade ao ordenamento jurídico favoreça o acusado, ou seja, *pro reo*. Já o segundo entendimento, vale-se ressaltar minoritário, admite a possibilidade de a prova ilícita ser aceita, também em favor da sociedade, isto é, *pro societate*.

4. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E A ADMISSIBILIDADE DAS PROVAS ILÍCITAS

Já apontadas as posições doutrinárias e jurisprudenciais sobre a admissibilidade e inadmissibilidade da prova ilícita, estudaremos uma teoria que visa equilibrar os direitos fundamentais conflitantes com a finalidade de proteger outros valores fundamentais e com a intenção de evitar resultados repugnantes e flagrantemente injustos.

Segundo Prado (2006). No século XVIII, decorrente das ideias limitadores do poder do Estado de Direito, bem como de uma garantia da liberdade individual contra as ingerências administrativas, com reflexos nas áreas administrativa e penal, nasce este princípio que somente

adquiriu forma disposta em lei e reconhecimento como princípio em meados do século XX, na Alemanha.

A esta época, os fomentadores deste princípio, hoje aceito pela ampla maioria dos doutrinadores, observaram que a aplicação estrita e literal do comando legal embora plenamente válido e eficaz, poderia dar cabo, por vezes, a um efeito contrário a vontade do próprio Estado de Direito, de maneira que se concluiu que o uso da norma (genérica e abstrata) em determinados casos concretos, poderia ocasionar consequência negativa para a ordem estabelecida naquela nação. Portanto, tornou-se necessário que se criasse um modelo processual onde a ordem social e a justiça prevalecessem sobre a estipulação pura da norma pelo legislador, cumprindo esta com sua função e se harmonizando aos intentos do sistema, no qual ela está inserida.

Reza tal princípio que, quando em confronto bens jurídicos diversos, sacrifica-se um deles em favor do outro, considerado de maior relevância, vez que as vantagens da providência superam as desvantagens advindas da violação da norma protetora de um valor considerado menor, nas circunstâncias. Objetiva-se aferir compatibilidade entre os meios e os fins, de modo a evitar restrições desnecessárias ou abusivas, que acarretem lesão aos direitos fundamentais.

A Carta Magna de 1988 não elenca expressamente o princípio da proporcionalidade, entretanto o sistema adotado por esta abrange implicitamente a aplicação deste princípio. Com base nele, a doutrina e a jurisprudência pátria procuram mitigar o aparente caráter absoluto de seu art. 5º, LVI, admitindo, em alguns casos excepcionais, a utilização de prova ilícita no processo.

Seu objetivo primordial é o de assegurar o Estado Democrático de Direito em toda sua plenitude, vedando a aplicação de normas que atentem contra o sistema jurídico vigente. Nossa doutrina constitucional moderna passou a prever uma atenuação à inadmissibilidade das provas ilícitas, visando corrigir possíveis aberrações a que a rigidez da exclusão poderia levar em casos de excepcional gravidade.

Essa atenuação prevê, com base no Princípio da proporcionalidade hipóteses de admissibilidade das provas ilícitas, que, sempre em caráter excepcional e em casos, extremamente graves, poderão ser utilizadas, pois nenhuma liberdade pública é absoluta, havendo possibilidade, em casos delicados, em que se percebe que o direito tutelado é mais importante que o direito à intimidade, segredo, liberdade de comunicação, por exemplo, de permitir-se sua utilização (MORAES, 2002 p. 381).

O sistema de vedação probatória estipulado por nossa Constituição no tratamento às provas obtidas ilicitamente vem acarretando constantemente conflitos entre normas positivadas. No curso do processo existem valores a serem analisados e tutelados pelo ordenamento jurídico

que se sobrepõem à busca da verdade, que têm de ser ponderados pelo magistrado para que se justifique sua exclusão. Por outro lado, também se pode recorrer a este princípio, quando o interesse na obtenção da prova prevalece sobre o valor protegido pela regra de proibição, podendo-se assim autorizar a superação das vedações ao direito à prova.

De acordo com Avolio (2003), no Brasil, o princípio surgiu através da doutrina administrativa, ao tratar do poder de polícia. Conforme enuncia a ideia, a Administração Pública deve exercer suas atividades na extensão e intensidade proporcionais ao alcance do interesse público, sendo que os direitos individuais estão assegurados e condicionados ao bem-estar social, podendo ser reduzidos quando em conflito com interesses maiores da coletividade. Por conseguinte, a doutrina acabou por aplicar o preceito nos demais ramos do direito, e aqui, em especial, na sistemática das provas obtidas ilicitamente.

Entre nós, a jurisprudência, com restrições, já se posicionou favorável à aplicação, de forma especial, nas questões de direito de família, na esfera trabalhista, bem como na seara penal. Ressaltamos que a jurisprudência pátria somente aplica o referido princípio, majoritariamente quando *pro reo*, em defesa ao princípio da presunção de inocência e do favor rei, seja por legítima defesa, entendendo-se que a ilicitude é eliminada por causas excludentes de ilicitude. Alexandre de Moraes defende a ideia da não utilização das liberdades públicas como forma de se proteger de uma ilicitude provocada por si mesmo, beneficiando-se sua própria torpeza, como veremos a seguir:

As liberdades públicas não podem ser utilizadas como um verdadeiro escudo protetivo da prática de atividades ilícitas, tampouco como argumento para afastamento ou diminuição da responsabilidade civil ou penal por atos criminosos, sob pena de total consagração ao desrespeito a um verdadeiro Estado de Direito (Moraes, 2002, p. 381).

Para Luiz Francisco Torquato Avolio (2003, p. 27):

A aplicação do princípio da proporcionalidade sob a ótica do direito de defesa, também garantido constitucionalmente, e de forma prioritária no processo penal, onde impera o princípio do favor rei, é de aceitação praticamente unânime pela doutrina e jurisprudência. Até mesmo quando se trata de prova ilícita colhida pelo próprio acusado, tem-se entendido que: a ilicitude é eliminada por causas de justificações legais da antijuridicidade, como a legítima defesa.

É bom que ressalte, contudo, que uma aplicação impensada e ampla demais deste princípio, entendido por vezes como instituidor de direitos, possibilita que avaliações subjetivas adentrem injustificadamente na aplicação da norma e tornem sem efeito normas jurídicas vigentes.

Esta preocupação, atinada pelos aderentes da doutrina que acolhe o discernimento em óbice, possui o escopo de que se evitem possíveis erros quando da análise da moral, podendo

desta forma gerar grande prejuízo ao processo, devido à sua rigidez. Por isso, ressalta-se que a contradição à lei deve ser eminentemente necessária, capaz de tornar escusável o comportamento ilícito da parte. Ainda deve ater-se esta na ponderação de se haver possibilidade de provar a legação por meios legais, e se tal infração causou dano superior ao benefício à instrução do processo.

A prova produzida em favor do imputado deve ser admitida ainda que colhida ilicitamente, pois aqui, o regramento de exclusão da prova ilícita depara-se com direitos individuais garantidos constitucionalmente e de forma prioritária no processo penal: a ampla defesa e a presunção de inocência, como assim assevera a doutrina pátria dominante.

Verifica-se, portanto, que deve prevalecer, evidentemente, a proteção do direito à prova inocentadora, mesmo que ilicitamente obtida, não só porque a liberdade e a dignidade humana constituem valores indisponíveis, mas também porque ao próprio Estado não interessa a penalização de um inocente, que importa na impunidade do verdadeiro culpado. Não obstante a tal informação, veremos também, no momento oportuno, como se posiciona a doutrina e a jurisprudência sobre este aspecto, bem como veremos a possibilidade de aplicação da prova ilícita *pro societate*, sem embasamento teórico e legal.

4.1 A admissibilidade de provas ilícitas *pro reo*

O princípio da proporcionalidade é comumente aceito pela doutrina e jurisprudência quando aplicado em benefício do réu, ainda que a prova utilizada por este tenha sido colhida com infringência a direitos fundamentais seus ou de terceiros. O processo penal adere ao princípio do “favor rei”, de forma que não poderia ser prejudicado um acusado que apresentasse provas relevantes demonstrando sua inocência só porque estas foram obtidas de maneira ilícita, porém no intuito de defesa.

Segundo Grinover, Fernandes e Gomes Filho (2001), o princípio da ampla defesa e do contraditório são fundamentais para o devido processo legal, e limitar a ampla defesa do acusado em face da privacidade de outrem, pode constituir um mal maior para sociedade, que arriscaria condenar um inocente a levar o verdadeiro culpado a impunidade, fato que não se deve conceber. A súmula nº 50, elaborada pelas mesas de processo penal, ligada ao departamento de direito processual da faculdade de direito da USP, posiciona-se da seguinte forma: “Podem ser utilizadas no processo penal as provas ilicitamente colhidas, que beneficiem a defesa”.

Destarte, se o réu grava sua conversa com terceiro para demonstrar a própria inocência, essa prova deve ser aceita no processo, servindo de base para sua defesa. Confirmando esse entendimento, o STJ no Recurso de Habeas Corpus nº 7.216/SP:

PENAL. PROCESSUAL. GRAVAÇÃO DE CONVERSA TELEFÔNICA POR UM DOS INTERLOCUTORES. PROVA LÍCITA. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. "HABEAS CORPUS". RECURSO. 1. A gravação de conversa por um dos interlocutores não é interceptação telefônica, sendo lícita como prova no processo penal. 2. Pelo Princípio da Proporcionalidade, as normas constitucionais se articulam num sistema, cuja harmonia impõe que, em certa medida, tolere-se o detrimento a alguns direitos por ela conferidos, no caso, o direito à intimidade. 3. Precedentes do STF. 4. Recurso conhecido, mas não provido.

Esta corrente doutrinária defende que a proibição da prova ilícita como uma garantia individual contra o Estado, o qual pode utilizar-se de inúmeros meios informativos até por ser o detentor destes e possuir ampla facilidade de adquiri-los, de forma a banir do meio jurídico procedimentos eivados de ilegalidade. Desse modo, ela admite a utilização da prova favorável ao acusado no processo penal ainda que esta apresente ofensa aos direitos individuais próprios ou de terceiros.

A utilização de prova ilícita em favor da defesa é aceita pela maioria da doutrina. Neste caso, quando o réu obtém a prova de modo ilícito, entende-se que há o confronto do princípio da proibição da prova ilícita como o princípio do favor rei, além de impedir a ampla defesa do réu.

Aliás, não deixa de ser, em última análise, manifestação do princípio da proporcionalidade a posição praticamente unânime que reconhece a possibilidade de utilização, no processo penal, da prova favorável ao acusado, ainda que colhida com infringência a direitos fundamentais seus ou de terceiros. Trata-se da aplicação do princípio da proporcionalidade, na ótica do direito de defesa, também constitucionalmente assegurado, e de forma prioritária no processo penal, todo informativo pelo princípio do favor rei. Além disso, quando a prova, aparentemente ilícita, for colhida pelo próprio acusado, tem-se entendido que a ilicitude é eliminada por causas legais, como a legítima defesa, que excluiu a antijuridicidade. (GRINOVER; FERNANDES; GOMES FILHO, 2001, p. 136).

Além disso, há autores que entendem haver, no caso de legítima defesa, a possibilidade de se admitir igual precedente, excluindo a ilicitude, de modo que a prova obtida pelo réu torne-se ilícita.

A razão pela qual se admite a prova ilícita em legítima defesa, gira em torno do fato da sua natureza implicar em excludente de ilicitude e, em não havendo ilicitude na prova, não haveria motivos para expurgá-la do processo.

A legítima defesa é uma excludente de ilicitude e assim sendo torna-se exceção quanto à proibição da prova ilícita, como trata Maria Cecília Carnaúba (2000, p. 78): “legítima defesa é excludente da antijuridicidade que admite até o sacrifício do direito a vida”.

A circunstância de legítima defesa permite a violação de qualquer norma jurídica, sem que, com isso, seja praticado um crime. A vida é o bem maior salvaguardado pelo Estado e a prática de qualquer ato em legítima defesa desta, exclui a ilicitude. Não havendo razão para que esta circunstância não seja uma excludente de antijuridicidade de provas obtidas por meios ilícitos, como reação a um ato praticado anteriormente que infringiu direito à intimidade ou privacidade.

Exemplo clássico é o do acusado que, não dispondo de outros meios de prova, viola a correspondência de uma pessoa para demonstra-se inocente das imputações que lhes são feitas. Estamos diante de uma situação excepcional e extremamente grave, onde o réu poderá fazer uso dessa prova obtida por meios ilícitos, pois apenas ela poderá evitar que ele seja injustamente privado de sua liberdade.

É o posicionamento de Greco Filho (2015, p. 200):

Entendo, porém, que a regra não seja absoluta, porque nenhuma regra constitucional é absoluta, uma vez que tem de conviver com outras regras ou princípios também constitucionais. Assim, continuará a ser necessário o confronto ou peso entre os bens jurídicos, desde que constitucionalmente garantidos, a fim de se admitir, ou não, a prova obtida por meio ilícito. Veja-se, por exemplo, a hipótese de uma prova decisiva para a absolvição obtida por meio de uma ilicitude de menor monta. Prevalece o princípio da liberdade da pessoa, logo a prova será produzida e apreciada, afastando-se a incidência do inc. LVI do art. 5º da Constituição, que vale como princípio, mas não absoluto, como se disse.

No exemplo citado, a legítima defesa dos direitos humanos fundamentais que estavam ameaçados, gerou a ausência da ilicitude da prova colhida por meio ilícito.

Por fim, entende-se que a legítima defesa é uma exceção à regra da inadmissibilidade da prova obtida por meio ilícito. De forma análoga, também não haverá antijuridicidade se incorrer em outra causa de exclusão de ilicitude constante no art. 23 do Código Penal.

4.2 A admissibilidade de provas ilícitas *pro societate*

A doutrina pátria tem se mostrado pacífica quanto à incidência do princípio da proporcionalidade para afastar o caráter da ilicitude da prova colhida com desrespeito a uma norma ou princípio, desde que utilizada *pro reo*, em legítima defesa.

Por outro lado, encontra certa resistência quando se trata de aplicação desse princípio em favor da sociedade. Fundamentando-se que a não utilização das provas obtidas por meios ilícitos é uma garantia do indivíduo em face do Estado, já que este possui outras formas de fazer valer o *jus puniendi*.

A nossa Carta Magna de 1988, quando determinou a inadmissibilidade das provas ilícitas, buscava evitar possíveis abusos contra os acusados por parte de autoridades, como ocorrido, não raras vezes, durante a vigência da Constituição anterior, sob os auspícios da ditadura militar. Nesse novo contexto, como visto, admite-se as provas obtidas ilicitamente a favor do réu, alegando que o acusado dispõe de recursos mais limitados para provar a sua defesa, além de utilizar-se da prova ilícita agindo em legítima defesa, na última hipótese de provar sua inocência.

Embora o alicerce pareça pertinente, não se mostra razoável afastar a possibilidade de utilizar uma prova ilícita a favor da sociedade, assim como é utilizada a favor do réu, caso contrário se estaria ferindo o princípio à isonomia entre as partes.

Existirão situações em que os interesses em conflito de um delincente e da sociedade deverão ser ponderados a favor desta, vez que não se pode permitir a impunidade de um criminoso só porque este teve sua autoria provada através de provas obtidas ilicitamente.

Assim, o Superior Tribunal de Justiça tem admitido, em alguns casos, o emprego da prova ilícita *pro societate*, vejamos:

CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. ESCUTA TELEFÔNICA COM ORDEM JUDICIAL. Réu condenado por formação de quadrilha armada, que se acha cumprindo pena em penitenciária, não tem como invocar direitos fundamentais próprios do homem livre para trancar ação penal (corrupção ativa) ou destruir gravação feita pela polícia. O inciso LVI do art. 5º da Constituição que fala que “são inadmissíveis... as provas obtidas por meio ilícito” não tem conotação absoluta. Há sempre um substrato ético a orientar o exegeta na busca de valores maiores na construção da sociedade. A própria Constituição Federal brasileira, que é dirigente e programática, oferece ao juiz, através da “atualização constitucional” (“verfassungsaktualisierung”), base para o entendimento de que cláusula constitucional invocada é relativa. A jurisprudência norte-americana mencionada em precedente do Supremo Tribunal Federal, não é tranquila. Sempre é invocável o princípio da “razoabilidade” (“reasonableness”). O princípio da exclusão ‘das provas ilicitamente obtidas’ (‘n rule’) também lá pede temperamentos. Ordem denegada.

Nem toda prova ilícita *pro societate* deve ser admitida no combate ao crime hediondo ou a ele equiparado, quando cometido por organização criminosa. Todavia, o princípio da proporcionalidade impõe sempre se levar em conta, caso a caso, os direitos e interesses em confronto. Se a própria Constituição tratou com bastante severidade os crimes de tortura, tráfico ilícito de entorpecente, terrorismo e crimes hediondos (art. 5º, XLV), para combatê-los, talvez

seja admissível a utilização de prova ilícita *pro societate*, principalmente se tais crimes forem executados por organizações criminosas. Nesses casos, excepcionalmente, afasta-se a proibição do art. 5º, LVI, da Constituição Federal, em nome da manutenção da segurança da coletividade, também direito fundamental (art. 5º, caput) igualmente assegurado pelo Estado, (art. 144, caput), pelo princípio de que o interesse público se sobrepõe ao do particular.

Em conformidade temos Capez (2016, p. 291):

No caso de investigação de crime praticado por organizações criminosas, desde que haja prévia, fundamentada e detalhada ordem escrita da autoridade judicial competente, toda e qualquer gravação e interceptação ambiental que estiver acobertada pela autorização constituirá prova válida, de acordo com a permissão legal contida no art. 2º, IV, da Lei nº 9.034/05. Não existindo a prévia autorização judicial, a prova somente será admitida em hipóteses excepcionais, por adoção ao princípio da proporcionalidade *pro societate*. Assim, será aceita para fins de evitar uma condenação injusta ou para terminar com uma poderosa quadrilha de narcotráfico ou voltada à dilapidação dos cofres públicos.

O emprego desta corrente doutrinária pode ser exemplificado pela observação do julgamento do HC 70.814-SP, relatado pelo Ministro Celso de Mello, em que se admitiu a interceptação de correspondência:

A administração penitenciária, com fundamento em razões de Segurança Pública, de disciplina prisional ou de preservação da ordem pública, pode sempre excepcionalmente, e desde que respeitada a norma inscrita no art. 41, parágrafo único, da Lei nº 7.210/84, proceder à interceptação da correspondência remetida pelos sentenciados, eis que a cláusula tutelar da inviolabilidade do sigilo epistolar não pode constituir instrumento de salvaguarda das práticas ilícitas.

Esquecem-se, entretanto, os adeptos da impossibilidade de utilização de provas ilícitas *pro societate*, que a sua admissibilidade não ocorre em qualquer ocasião ou a arbítrio do Estado, sob pena de constituir uma clara violação aos princípios do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal, assegurados pela Constituição Federal. A utilização de provas ilícitas pelo Estado só é possível quando presentes cumulativamente os seguintes requisitos: a) em caráter excepcional; b) em situações de extrema gravidade; c) quando em contraste direitos fundamentais; e d) com expressa autorização da autoridade judicial.

O ideal que se preza é da utilização da proporcionalidade também *pro societate*, aplicando sempre elementos caracterizadores pertinentes ao dito princípio, pois se o réu pode provar sua inocência com base em provas ilícitas, não há porque não admitir uma prova, também conseguida de meio ilícito, que demonstre o cometimento de um crime e a autoria dele, sendo utilizada como fundamento para a acusação, no intuito de proteger a sociedade de criminosos que apavoram seu sossego e perturbam sua integridade física e patrimonial.

Deve-se salientar que chegamos a um nível de violência extremamente elevado, onde anteriormente tínhamos criminosos agindo isoladamente, para hoje estarmos diante de associações criminosas, onde estão cada vez mais organizadas e fortemente preparadas, dificultando o trabalho do Estado em garantir a paz pública.

É justa a aplicação do princípio da proporcionalidade *pro reo*, mas este não deve ser utilizado como em proveito único da defesa, pois a lei tem a função de regularizar as relações humanas e proteger a sociedade, concorrentemente entre si. Deste modo, entende-se que rejeitar de imediato uma prova ilícita, embora esta seja de relevante importância para a solução de um crime, seria prender a balança para um lado, não havendo equilíbrio suficiente e necessário para a consecução das finalidades do Estado, da Justiça e do Direito.

5 CONCLUSÃO

A inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos é um tema bastante polêmico, tento em vista a literalidade do dispositivo constitucional que proíbe sua admissibilidade (CF, art. 5º, LVI). Ao término deste trabalho, vislumbram-se dois posicionamentos completamente diferentes acerca do tema. O primeiro, baseando-se em parâmetros de estrita legalidade, interpreta o dispositivo constitucional que veda a admissibilidade das provas obtidas ilicitamente, de forma bastante rígida, levando em consideração as dificuldades que foram enfrentadas para poder assegurar ao homem direitos e garantias fundamentais com base nos quais o Estado Democrático de Direito é consolidado. Tem-se, dessa forma, a finalidade de garantir aos cidadãos uma segurança jurídica eficaz que não fique adstrita ao arbítrio de interpretações flexíveis pondo em risco a estrutura do Estado de Direito, como também os direitos e garantias fundamentais de seus cidadãos.

O segundo posicionamento, interpretando o dispositivo constitucional que trata da inadmissibilidade das provas ilícitas, traz como fundamento a expressão de que não há em nosso ordenamento jurídico direito absoluto. Assim, devem-se analisar os interesses conflitantes de forma a sopesar os bens de valores jurídicos em questão, harmonizando os princípios constitucionais, e de forma efetiva fazer justiça. Desse modo, a Constituição deve ser interpretada de forma a se buscar uma harmonização dos princípios constitucionalmente tutelados.

Como vimos no decorrer deste trabalho, o direito prova é de fundamental importância para que as partes possam demonstrar os fatos em juízo. Alguns princípios constitucionais se relacionam com essa liberdade probatória, dentre os quais podemos destacar o princípio da

inafastabilidade do Poder Judiciário, o devido processo legal, o contraditório e ampla defesa. Todavia, esta demonstração é limitada aos meios lícitos, não podendo ir de encontro a direitos fundamentais.

A verdade real deve ser buscada no processo. Assim, as partes possuem o direito de requerer ou produzir quaisquer provas que venham demonstrar a verdade dos fatos, devendo, porém, remeter seus meios lícitos.

Tendo em vista que nenhum direito é absoluto ou ilimitado, deve-se aplicar o princípio da proporcionalidade quando ocorrerem conflitos entre direitos fundamentais. Tal princípio é baseado e permitido pela interpretação do art. 5º, § 2º da Constituição Federal, objetivando dirimir conflitos, a fim de que não venham a ocorrer malefícios à sociedade como uma condenação injusta ou a impunidade a criminosos perigosos.

A maioria dos pronunciamentos do STF converge para a direção determinada pela Constituição Federal, ou seja, pela inadmissibilidade, no processo, das provas obtidas por meios ilícitos. No entanto, podemos notar um tom de mudança nessa interpretação, pois já temos alguns julgados de forma contrária.

Difícil é a decisão do juiz de valorar a possibilidade de aceitação ou não de uma prova obtida por meios ilícitos, no julgamento de um processo. É um tema relevante, agravado pela evolução dos modernos meios técnicos, onde a doutrina e a jurisprudência ainda não conseguiram atingir uma posição pacífica.

A Constituição é um sistema uno, devendo ser interpretada de forma a se buscar uma harmonização dos princípios nela tutelados. O art. 5º da Carta Magna está repleto de direitos e garantias que também devem ser analisados e interpretados de forma a complementar-se reciprocamente.

A aceitação do princípio da proporcionalidade *pro reo* no âmbito doutrinário é praticamente unânime, possibilitando-se fazer uso de uma prova ilícita para provar a inocência do réu.

Entretanto, defendemos a utilização do princípio da proporcionalidade também *pro societate*, garantindo que a sociedade não fique desprotegida, a mercê de delinquentes perigosos e organizações criminosas que se beneficiam da lei que garante seu direito à intimidade e privacidade, ao passo que cometem crimes mais cruéis e ofensivos que a lesão a esses direitos.

RELATIZATION OF THE INADMISSIBILITY OF OBTAINING EVIDENCE BY MEANS
OF ILLICITITY BY THE PRINCIPLE OF PROPORTIONALITY

ABSTRACT

The present study aims to analyze the possibility of accepting evidence obtained unlawfully in criminal proceedings, against the principle of proportionality. In criminal proceedings, evidence can be considered as the set of acts practiced by the parties, by the judge and by third parties, intended to form the conviction of the magistrate about the existence or non-existence of a fact, the falsity or truthfulness of an affirmation. In turn, evidence obtained by means of illicit means are those obtained in violation of the legal norms or the general principles that govern our legal system, of a procedural or material nature. When the prohibition is due to a procedural law, the evidence will be illegitimate, in another band, the prohibition of a material nature being evidence will be denominated unlawful. Illegally unlawful evidence is therefore that harvested in violation of the norms or principles inserted in the Federal Constitution and laws, commonly for the protection of the right to privacy, inviolability of domicile, inviolability of secrecy of correspondence and telecommunications. Notwithstanding the constitutional prohibition laid down in Article 5, LVI, of the Federal Constitution, it is understood that, in the light of the principle of proportionality, the use of illegal evidence in certain cases has been admitted in criminal proceedings, in view of the relevance of the public interest to be preserved and protected. In other words, such a principle reduces the prohibition to admit unlawful evidence, in exceptional and serious cases, where obtaining and admission are considered the only possible and reasonable way to protect other fundamental values. The intention is to avoid disgusting and flagrantly unfair results. In this case, the unlawful evidence is admitted and valued only when it proves favorable to the defendant. It is pro reo proportionality, in which the weighting between the right of freedom of an innocent prevails over any right sacrificed in obtaining proof (of that innocence). Moreover, it seems to us to be the most appropriate solution to the criminal procedure and to the content of its instrumentality, as criminal proceedings are an instrument in the service of maximum effectiveness of the fundamental rights and guarantees provided for in the Constitution.

Keywords: Criminal proceedings. Unlawful evidence. Admissibility.

REFERÊNCIAS

- AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas Ilícitas: interceptações telefônicas e gravações clandestinas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Ação Penal 307-3**. Relator: Min. Ilmar Galvão; voto do Min. Sydney Sanches. DUJ 13 dez. 1994.
- BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 75892-6/RJ** – rel. Min. Marco Aurélio, DJ, seção I, 17 de abril de 1998.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Rextr, nº 251.445-5/GO**. Rel. Min. Celso de Mello, despacho.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 29.489/RS**. Relator: Min. Gilson Hélio Quaglia Barbosa, publicação DJ 28-09-2005.
- CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 23 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
- CARNAÚBA, Maria Cecília Pontes. **Prova Ilícita**. São Paulo: Saraiva, 2000.
- CINTRA, Antonio Carlos de Araújo... [et al]. **Teoria Geral do Processo**. 26. ed. São Paulo, SP. Malheiros, 2010.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do Processo**. 9. ed. São Paulo, SP. Malheiros, 2000.
- FERNANDES, Antônio Scarance. GOMES FILHO, Antônio Magalhães Gomes. GRINOVER, Ada Pellegrini. **As Nulidades no Processo Penal**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- GRECO FILHO, Vicente. **Manual de processo penal**. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015.
- Lopes Jr., Aury. **Direito processual penal**. 11. ed. – São Paulo : Saraiva, 2014
- MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Processo Penal**. 18. ed. São Paulo, SP: Atlas, 2006.
- MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 33. ed. São Paulo, SP: Saraiva, 2017.
- PRADO, Leandro Cadenas. **Provas Ilícitas no Processo Penal: Teoria e Interpretações dos Tribunais Superiores**. Niterói, RJ: Impetus, 2006.