



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

**ANDRÉ GUSTAVO SANTOS LIMA CARVALHO**

**A ADMISSIBILIDADE DA PROVA ILÍCITA NO PROCESSO PENAL: a busca da verdade real através do princípio da proporcionalidade.**

CAMPINA GRANDE – PB  
2014

**ANDRÉ GUSTAVO SANTOS LIMA CARVALHO**

**A admissibilidade da prova ilícita no processo penal: a busca da verdade real através do princípio da proporcionalidade.**

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 (a): Prof. Dr. Breno Wanderley César Segundo.

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.

C331a Carvalho, André Gustavo Santos Lima  
A admissibilidade da prova ilícita no processo penal  
[manuscrito] : a busca da verdade real através do princípio da  
proporcionalidade / André Gustavo Santos Lima Carvalho. - 2014.  
19 p.

Digitado.  
Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) -  
Universidade Estadual da Paraíba, Centro de Ciências Jurídicas,  
2014.  
"Orientação: Prof. Dr. Breno Wanderley César Segundo,  
Departamento de Direito".

1. Processo Penal. 2. Prova Ilícita. 3. Princípio da  
Proporcionalidade. 4. Jurisprudência. I. Título.

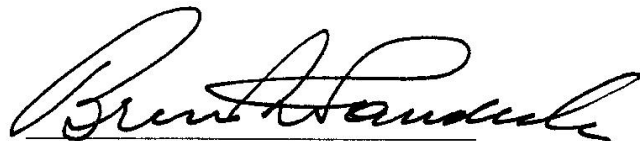
21. ed. CDD 348

**ANDRÉ GUSTAVO SANTOS LIMA CARVALHO**

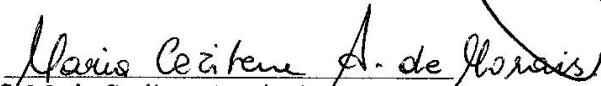
**A admissibilidade da prova ilícita no processo penal: a busca da verdade real através do princípio da proporcionalidade.**

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 04/07/2014.



Prof. Dr. Breno Wanderley César Segundo / FACISA  
Orientador



Prof. Maria Cezilene Araújo de Moraes / UEPB  
Examinador



Prof. Dmitri Nóbrega Amorim / FACISA  
Examinador

# **A admissibilidade da prova ilícita no processo penal: a busca da verdade real através do princípio da proporcionalidade.**

CARVALHO, André Gustavo Santos Lima<sup>1</sup>

## **RESUMO**

A utilização da prova ilícita no direito penal brasileiro é expressamente vedada pela Constituição Federal em seu artigo 5º inciso LVI, bem como pela lei nº 11.690, de 9 de junho de 2008, que passou a dar nova redação ao art. 157 do código de processo penal, trazendo em seu corpo a impossibilidade de utilização daquelas, bem como, das provas ilícitas por derivação.

A preocupação encontrada nos textos da constituição e da lei, era proteger os direitos e garantias fundamentais do indivíduo, delimitando quais provas poderiam ser aceitas, evitando assim que fossem colhidas através de meios ilícitos como torturas e/ou utilização de artimanhas que levassem o investigado ao erro ou a confissão por pressão, bem como a possibilidade de desvirtuar provas concisas e comprovações claras quanto a autoria e/ou prática de ato, uma vez que esta foi colhida de forma tida como ilícita.

**PALAVRAS-CHAVE:** Prova Ilícita no direito Penal. Busca pela verdade real. Jurisprudência.

---

<sup>1</sup> É graduando do Curso de Bacharelado em Direito pela Universidade Estadual da Paraíba, Campus Campina Grande, Centro de Ciências Jurídicas. E-mail para contato: andre\_gs7@hotmail.com.

## SUMÁRIO

AGRADECIMENTOS.....	5
1 INTRODUÇÃO.....	6
2 DA PROVA ILÍCITA NO DIREITO PROCESSUAL PENAL.....	7
2.1 DA PROVA ILÍCITA POR DERIVAÇÃO.....	7
3 PRINCÍPIO DA VERDADE REAL.....	10
4 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE.....	11
5 A POSIÇÃO DEFENDIDA.....	14
CONCLUSÃO.....	16
REFERÊNCIAS.....	18

## AGRADECIMENTOS:

Meu agradecimento a Deus por ter me dado saúde e força para superar as dificuldades, sendo ele o maior mestre que alguém pode ter.

A esta universidade, professores, direção, administração e funcionários que oportunizaram um curso de qualidade e uma preparação adequada para minha carreira profissional.

Ao meu orientador Dr. Breno Wanderley César Segundo, pelo suporte no pouco tempo que lhe coube, pelas suas correções e incentivos.

Aos examinadores pela dedicação e presteza em fazer parte da minha banca avaliadora.

Aos meus familiares, em especial meus pais e irmãos, pelo amor, incentivo e apoio incondicional.

Meus agradecimentos aos amigos, colegas de trabalho e que fizeram parte da minha formação e que vão continuar presentes em minha vida com certeza.

A minha namorada, Carolyna Arendra, que sempre me apoiou e me auxiliou em tudo seja no âmbito acadêmico ou no âmbito pessoal.

Aos membros da Quinta Vara Criminal de Campina Grande, Dr. Paulo Sandro, Ana Paula, Ana Livia, Arlister, Frankleiber e Ivone, onde, mais que um estagio, eu tive um aprendizado diário que tanto me ajudou e ajudará na vida profissional.

A todos que direta ou indiretamente fizeram parte da minha formação.

E em especial a Waldina Santos Lima Carvalho por ser mãe, amiga, incentivadora e companheira, encontrando nela refugio de segurança e sabedoria. Meu muito Obrigado

## 1-INTRODUÇÃO

A palavra prova vem do latim *PROBARE*, que significa: “testar, demonstrar que algo tem valor”, de *PROBUS*, “correto, de valor, virtuoso”. No meio jurídico, essa demonstração que se faz, tem como intuito a busca em desvendar o que em verdade ocorreu, mais precisamente no âmbito criminal, as provas tem a função de esclarecer o que de fato ocorreu para que o agente seja responsabilizado por suas atitudes.

Deste modo, desde quando o direito penal passou a aceitar a produção de valores, não limitando-se a acusações e suposições, as provas passaram a ser seu ponto vital, neste entendimento, segundo Nestor Tavora<sup>2</sup>:

Prova é tudo aquilo que contribui para a formação do convencimento do magistrado, demonstrando os fatos, atos, ou até mesmo o próprio direito discutido no litígio. Intrínseco no conceito está a sua finalidade, o objetivo, que é a obtenção do convencimento daquele que vai julgar, decidindo a sorte do réu, condenando ou absolvendo.

Diante disto, uma vez que está no direito penal a arma máxima do estado para com o individuo, se fez necessário uma limitação na produção destas provas, uma vez que no âmago do estado moderno não se pode mais tolerar praticas inquisitórias de buscar a qualquer custo uma confissão ou acusação. Sendo assim, após épocas negras vividas nas lacunas do estado democrático brasileiro, a Carta Magna de 1988<sup>3</sup>, em seu artigo 5º, inciso LVI, vedou a utilização de meios ilícitos para produção de provas:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

...

LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos;

Ficando claro que o legislador buscava tão somente a segurança jurídica do processo, garantindo com isto a proteção aos direitos fundamentais do investigado, evitando que na busca de uma suposta verdade tantos outros direitos fossem violados.

---

<sup>2</sup> TÁVORA, Nestor, Curso de Direito Processual Penal, 6º edição, revista ampliada e atualizada, editora Jus Podium, Salvador-Bahia, ano 2011. p. 357

<sup>3</sup> BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, Senado, 1998. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm) >. Acesso em: 05/06/2014.



## 2– DA PROVA ILÍCITA NO DIREITO PROCESSUAL PENAL

Por mais que a Constituição Federal seja clara quando a impossibilidade de utilização da prova ilícita, em nenhuma parte do seu texto a Carta Magna define o que seria considerado prova ilícita ou mesmo quais seriam as consequências ao utilizá-las, por este modo a doutrina sempre utilizou os ensinamentos doutrinários alienígenas para fundamentar este conceito de prova ilícita. Para ele a prova ilícita seria aquela que afronta norma de direito material, sendo que sua a ilicitude opera-se no momento de sua obtenção, quando ocorre violação de direito fundamental.

Renato Brasileiro de Lima<sup>4</sup> tem o seguinte conceito para prova ilícita:

A prova será considerada ilícita quando for obtida através de violação de regra de direito material (penal ou constitucional). Portanto quando houver a obtenção de prova em detrimento de direitos que o ordenamento reconhece aos indivíduos, independentemente do processo, a prova será considerada ilícita.

Sendo assim, prova ilícita seria toda a prova que para ser colhida violou direito material ou princípio constitucional penal. Devendo a mesma ser desentranhada dos autos, para que não ocorram os prejuízos e nulidades que acarreta e, por conseguinte, a destruição desta prova.

Nesse mesmo entendimento existe também a prova ilegítima, que não deve ser confundida com a ilícita, enquanto que esta surge de uma infringência a direito material, aquela surge com desrespeito a norma processual penal.

Entre o rol de provas ilegítimas, ou seja, aquela que viola regra de direito processual no momento em que é produzida no processo, temos: oitiva de pessoas ilegítimas, como é o caso do advogado que não pode trazer informações pertinentes ao seu trabalho, ou mesmo a colheita de um depoimento sem o advogado.

Além disso, quando ocorrer à prova ilícita no processo, caberá ao magistrado analisar se tal prova prejudicou de qualquer modo o seu entendimento quanto ao processo, devendo este, ao sentir os malefícios da prova, declinar *ex officio*, do seu poder de julgar o processo, declarando sua incompatibilidade para sentenciar.

### 2.1– DA PROVA ILÍCITA POR DERIVAÇÃO:

---

<sup>4</sup> LIMA, Renato Brasileiro de, Curso de Processo Penal, Volume único, editora Impetus, Niterói - Rio de Janeiro, ano 2013. p. 593

<sup>5</sup> BRASIL. lei n° 11.690, de 09 de junho de 2008. Brasília, DF, Presidente, 2008. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ato2007-2010/2008/lei/111690.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2007-2010/2008/lei/111690.htm) >. Acesso em: 06/06/2014. Processo Penal, vejamos:

No nosso ordenamento jurídico, além da vedação quanto a utilização da prova ilícita, também é expressamente vedado a prova que dela derivar, sendo esta chamada de prova ilícita por derivação, por força da lei nº 11.690/08<sup>5</sup>, que fez a releitura do art. 157 do Código Processual Penal

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

Entre todos os entendimentos acerca deste tema o que tem maior destaque é a teoria do fruto da árvore envenenada, esta fabula foi construída pela Suprema Corte Norte Americana durante o caso *Silverthorne Lumber Co. vs. United States*, em 1920, neste caso a suprema corte entendeu pela ilegalidade da colheita de provas por meios ilícitos. Mas o termo “frutos envenenados” só veio a ser utilizado pela Corte em 1939 no caso *Nardone vs. United States*, Esta teoria entende que, estando a árvore envenenada, os frutos que dela brotarem também vão se encontrar envenenados. Demonstrando assim que uma prova que foi colhida de forma ilícita acaba por prejudicar todas as outras provas que dela derivarem.

Seguindo o entendimento da prova ilícita, as provas que dela forem derivadas deverão também ser desentranhadas do processo, evitando assim que estas formem o entendimento do magistrado, após isso, o processo seguirá normalmente.

Entretanto, na doutrina já existem teorias que acabam por flexibilizar a teoria da árvore envenenada, como bem demonstra Denílson Feitoza Pacheco<sup>6</sup>:

Como a limitação da fonte independente (‘independent source’ limitation), a limitação da descoberta inevitável (‘inevitable Discovery’ limitation) e a limitação da ‘contaminação expurgada’ (‘purged taint’ limitation) ou como também é denominada, limitação da conexão atenuada (‘attenuated connection’ limitation).

Essas três teorias, em ordem, discorrem o seguinte:

a) A fonte independente: tem o título autoexplicativo, são estas as provas que estão no processo por meios totalmente independentes aos que trouxeram ilicitude as demais provas, ou seja, a fonte da prova ilícita não foi a mesma que a destas provas, sendo assim, deverão as provas “envenenadas” serem isoladas e não atingir as que foram colhidas por

---

<sup>6</sup> PACHECO, Denilson Feitoza. Direito Processual penal, teoria, crítica e práxis. 4. Ed., editora Impetus, Niterói - Rio de Janeiro, ano 2006. p. 549

formas adequadas. A análise quanto a influência da prova ilícita sobre as demais, ou as fontes que as originaram é feita pelo magistrado, que deverá observar a independência originária.

b) **Descoberta Inevitável:** Tem-se por prova de descoberta inevitável, aquela que por si só, seguindo os praxes próprios da investigação, levaria ao fato/objeto da prova. Ou seja, quando uma prova que foi colhida de forma ilícita (tortura, por exemplo) leva a um fator que já seria descoberto de forma inevitável, devendo esta prova derivada ser considerada como mera fatalidade, cabendo novamente ao magistrado analisar quando a inevitabilidade daquela descoberta, uma vez que neste caso existe o nexo entre as provas, diferente da teoria anterior onde o liame é inexistente,

Essa teoria encontra-se presente na própria lei nº 11.690/08, no artigo 157, §2º, vejamos:

Art. 157...

(...)

§ 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.

O professor Nestor Tavora<sup>7</sup>, de forma perfeita, exemplifica esta teoria, ao descrever um caso em que o nome de uma testemunha é adquirido através de escutas telefônicas ilegais, mas esta mesma testemunha já vinha sendo falada no processo por todas as outras partes. Ou seja, por mais que o nome dela seja, também, derivado de uma prova ilícita, não deve o magistrado retirar a possibilidade de ouvi-la, uma vez que as demais provas inevitavelmente levariam a esta prova.

c) **Contaminação expurgada ou conexão atenuada:** Nesta teoria o vínculo entre a prova ilícita e a derivada são tão próximos que acaba por não existir a contaminação.

Vejamos o exemplo apresentado pelo professor Luiz Flavio Gomes<sup>8</sup>:

o agente confessa mediante tortura e indica seu co-autor, que também confessa. Essa segunda prova é ilícita por derivação e não vale. Dias depois o co-autor, na presença de seu advogado, delibera confessar livremente o delito perante o juiz. A contaminação precedente fica expurgada. A nova confissão, feita na presença de advogado, possui valor jurídico. Ou seja: expurga a contaminação precedente.

<sup>7</sup> TAVORA, op cit., p.368.

<sup>8</sup> GOMES, Luiz Flávio Disponível em: < <http://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/1972597/provas-ilicitas-e-ilegitimas-distincoes-fundamentais> >. Acesso em: 06/06/2014.

Esta teoria não foi acolhida pelo nosso Código de Processo Penal, mas pode ser acolhida por nossos juízes e tribunais.

O ordenamento jurídico Norte Americano, visando a utilização da prova derivada, ainda aceita uma outra teoria, esta não abraçada por nossas leis, uma vez que esta tem como fundamento, apenas, a Boa fé, deste modo, caberia ao juiz ter total poder de acatar as provas derivadas no processo penal, se não vejamos:

- d) Boa-fé: Walter Nunes Silva Junior<sup>9</sup> assim descreve “Objetiva-se aqui evitar o reconhecimento da ilicitude da prova caso os agentes de polícia ou da persecução penal como um todo, tenham atuado destituídos de dolo de infringir a lei, pautados verdadeiramente em situação de erro.”

Um exemplo desse caso é uma autoridade policial que adentra a uma residência com o poder de mandado, devidamente expedido por juiz, para apreender algo em específico, mas acaba levando consigo, também, bens que são provas para outros crimes, por mais que isso não estivesse previsto no mandado (conforme art. 243 do CPP) ou fosse prisão em flagrante.

Deste modo, esse entendimento Americano não foi acatado por nossa doutrina, uma vez que para ela não se faz necessário apenas a Boa fé subjetiva, como no caso em comento, mas também a boa fé objetiva, que seria o conhecimento das leis. Sendo assim, este ato não afastaria a ilicitude do ato e, por conseguinte a macula da prova.

### 3– PRINCIPIO DA VERDADE REAL

Luigi Ferrajoli<sup>10</sup> diz em sua obra: “Impossibilidade de formular um critério seguro de verdade das teses judiciais depende do fato de que a verdade ‘certa’, ‘objetiva’ ou ‘absoluta’ representa sempre a ‘expressão de uma ideia inalcançável’”.

Historicamente o direito Processual Penal brasileiro não se submete aos critérios civilistas do nosso ordenamento jurídico, enquanto este sempre foi afeito ao princípio da verdade formal, ou seja, só existe para o direito aquilo que encontra-se no processo, em outras palavras, as partes

---

<sup>9</sup> SILVA JUNIOR, Walter Nunes da. Curso de Direito Processual penal: teoria (constitucional) do processo Penal. Rio de Janeiro: Renovar, 2008 p. 507-508

<sup>10</sup> FERRAJOLI, 2006 p.52 apud TAVORA, 2011, p.59.

produziriam todos os dados processualísticos e ao termino o juiz decidiria com fundamento único naquilo que tivesse dentro do processo, sendo passivo e não influenciando na produção das provas, principio esse já ultrapassado, uma vez que hoje os magistrados já participam de forma mais ativa nos processos civis. Enquanto que o Processo Penal sempre correu em busca da verdade real.

Esta verdade material ou real é um principio processual em que se configura a busca da verdade absoluta no processo, ou seja, não apenas o que nos é trazido pelas partes como prova, mas sim, todos os fatos e fundamentos que nos aproxima do que realmente ocorreu no caso julgado.

O ordenamento jurídico brasileiro, em sua maioria, entende que a verdade real é fato inalcançável e por este motivo passou a privilegiar a “simples” busca da verdade, tendo em vista que os fatos pretéritos jamais seriam alcançados, no processo, com a total certeza da verdade, podendo ao Maximo diminuir a quantidade de probabilidade para o erro ao decidir.

Contudo, esse entendimento não vigora como absoluto em nosso ordenamento jurídico pátrio, uma vez que, doutrinariamente, no direito brasileiro é aceito o principio da proporcionalidade no processo.

#### 4- PRINCIPIO DA PROPORCIONALIDADE

No que tange a busca de descobrir a realidade dos fatos, ou seja, a procura da verdade material, o principio da proporcionalidade surge como caminho de exclusão para a inadmissibilidade das provas ilícitas, uma vez que no caso concreto a total exclusão da prova ilícita pode acabar por trazer a evidente injustiça ao processo penal.

O principio da proporcionalidade é de origem Alemã (lá nomeado de: *verhältnismäßigkeitsgrundsatz*), tendo como base o direito Norte Americano.

No conflito entre direitos, deverá ser analisado cada um dos bem jurídicos tutelados no processo, sendo feito uma dosimetria detalhada com cada contraponto, sendo o principio da proporcionalidade o norte para que a decisão mais justa seja tomada. Deste modo, deverá ser analisado sempre o caso concreto e suas variáveis, para só assim poder determinar o valor de cada principio em confronto, e só então, chegar o magistrado a decisão de quais meios seriam adequados e quais princípios poderiam ser sobrepujados para que o bem maior fosse protegido.

Por mais que este princípio não seja majoritário na doutrina, não são raros os julgados que seguem esse entendimento, uma vez que o mesmo representa o máximo do entendimento

constitucional, ou seja a proporcionalidade de cada princípio, dando a prioridade devida ao homem, uma vez que este, a sua vida, é o direito máximo a ser defendido no ordenamento pátrio.

No que tange ao entendimento do princípio para com a utilização de prova ilícita Fernando Capez<sup>11</sup> entende que:

De acordo com essa teoria, sempre em caráter excepcional e em casos extremamente graves, tem sido admitido à prova ilícita, baseando-se no princípio do equilíbrio entre os valores contrastantes (admitir uma prova ilícita para um caso de extrema necessidade significa quebrar um princípio geral para atender a uma finalidade excepcional justificável). Para essa teoria, a proibição das provas obtidas por meios ilícitos é um princípio relativo, que, excepcionalmente pode ser violado sempre que estiver em jogo um interesse de maior relevância ou outro direito fundamental com ele contrastante. É preciso lembrar que não existe propriamente conflito entre princípios e garantias constitucionais, já que estes devem harmonizar-se de modo que, em caso de aparente contraste, o mais importante prevaleça.

O debate quanto à utilização deste princípio se torna ainda mais acirrado quando se contesta a utilização dele *pro societate*. É majoritário o entendimento de que o estado já possui em seu arsenal, todos os meios adequados e necessários para que seja feita a investigação devida para os crimes, tais como a realização de interceptação telefônica, a quebra de sigilos etc. Não sendo justificável a utilização de ferramentas outras, ilícitas, para combater o crime. Ainda tendo o ensinamento de Fernando Capez<sup>12</sup>:

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

Entretanto, do mesmo modo que a vedação constitucional seria genérica, ao proibir as provas ilícitas para todos os casos, o princípio da proporcionalidade também não traça agentes específicos a serem abrangidos, cabendo apenas o debate doutrinário acerca do tema. Todavia, afirmar que o princípio só deve abranger o réu acaba por desvirtua-lo, uma vez que o mesmo

---

<sup>11</sup> CAPEZ, Fernando; Curso de processo penal. São Paulo: Ed. Saraiva, 2012; p. 368.

<sup>12</sup> CAPEZ, op cit., p.369.

tem como função fazer o comparativos entre os direitos que encontram-se em conflitos e por mais que o direito da liberdade esteja em um patamar elevadíssimo, poderá a vítima protegendo seu direito a vida de um dano iminente, e por mais que nosso Código Penal tenha como maior punição crime que protege o patrimônio, a vida ainda é o maior bem que temos.

O Superior Tribunal de Justiça já decidiu em alguns casos pela utilização do princípio da proporcionalidade como influência para permitir a utilização de provas ilícitas no processo penal, tendo o intuito de coibir as injustiças que possam vir com a não apreciação das provas colhidas de forma ilícita no âmago do processo penal.

Partindo deste pressuposto, no *habeas corpus* nº. 23.891/PA, o STJ<sup>13</sup> permite como prova lícita no processo, gravação de conversa telefônica feita pela vítima, tendo essa adquirida as provas por meios ilegais (sem autorização judicial), se não vejamos:

**PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. EXTORÇÃO. BANDO. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. PROVA ILÍCITA. ESCUA TELEFÔNICA.**

**I – O trancamento de ação por falta de justa causa, na via estreita do writ, somente é viável desde que se comprove, de plano, a atipicidade da conduta, a incidência de causa de extinção da punibilidade ou ausência de indícios de autoria ou de prova sobre a materialidade do delito, hipóteses não ocorrentes na espécie.**

**II – Considerando que existem outros elementos probatórios que justificam a proposição da ação penal, principalmente a prova testemunhal e, também, a gravação de conversa telefônica realizada pela própria vítima, não há que se perquirir acerca do trancamento da ação penal, apenas e tão somente, porque os elementos probatórios atinentes à interceptação telefônica incorrem em eventual ilicitude.**

**III – A gravação de conversações através do telefone da vítima, com o seu conhecimento, nas quais restam evidentes extorsões cometidas pelos réus, exclui suposta ilicitude dessa prova** (precedentes do Excelso Pretório). Ordem denegada. (HC 23.891/PA, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 23/09/2003, DJ 28/10/2003, p. 308). (grifo nosso)

Entretanto, no Supremo Tribunal Federal<sup>14</sup> ainda não existe o consenso quanto a utilização da prova ilícita no direito penal pátrio, sendo aceito por nossa egrégia corte a utilização destas provas apenas em casos *pro reo*, se não vejamos:

**EMENTA: CONSTITUCIONAL. PENAL. GRAVAÇÃO DE CONVERSA FEITA POR UM DOS INTERLOCUTORES: LICITUDE. PREQUESTIONAMENTO. Súmula 282-STF. PROVA: REEXAME EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO: IMPOSSIBILIDADE. Súmula 279-STF. I. - **A gravação de conversa entre dois interlocutores, feita por um deles, sem conhecimento do outro, com a finalidade de documentá-la, futuramente, em caso de negativa, nada tem de ilícita, principalmente quando constitui exercício de defesa.** (grifo nosso)**

<sup>13</sup> BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. *habeas corpus* nº. 23.891/PA, Relator: Min. Felix Fischer, DJU de 28.10.2003

<sup>14</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal. AI503717AgR-PR. Rel. Min. Carlos Velloso, DJ 04/03/2005.

Todavia, como bem dispõe o princípio em si, jamais será proporcional qualquer prova colhida em detrimento a normais naturais, ou seja, colhidas através do descumprimento de direitos humanos, como a confissão ou prova colhida por meio de tortura por exemplo. Uma vez que estariam sendo quebrados valores morais e naturais anteriores e superiores às próprias Constituições, não devendo serem admitidas, seja para que fim for (*pro societate ou pro reo*).

## 5- A POSIÇÃO DEFENDIDA

Não existe no direito pátrio uma unanimidade doutrinária acerca do tema, por mais que a constituição em seu artigo 5º, inciso LVI vede expressamente a utilização da prova ilícita no processo. Já existe por toda a doutrina, bem como na jurisprudência, entendimentos que acabam por relativizar esse entendimento, tendo o princípio da proporcionalidade como principal arma para isso.

Enquanto se coloca em pauta o perigo da quebra de direitos de forma exacerbada para que sejam colhidas provas, existindo nisso diversos pontos negativos provenientes como a probabilidade de provas criadas de formas fraudulentas, todavia acaba por ser também marginalizadas as provas colhidas por meios menos prejudiciais e que acabem por proteger direitos muitas vezes mais importantes do que os lesados.

Fernando Capez<sup>15</sup> sobre o tema entende:

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

É por todas as razões acima expostas que se preferiu escolher esse posicionamento. Por mais que os preceitos utilizados atualmente mereçam ser respeitados, este trabalho entende que o processo penal deve se adequar a uma busca mais complexa ante a resolução dos problemas. Tanto para fins *pro reo* como para *Pro societate*. Deste modo, a utilização do princípio da proporcionalidade demonstra-se como sendo o mais adequado, além de ter uma relevante lógica jurídica processual como alicerce.

Como foi apresentando neste trabalho, os tribunais, defensores da Constituição e

---

<sup>15</sup> CAPEZ, op. Cit. P. 370



normas outras, já aceitam quanto a flexibilização do artigo supra, adequando os entendimentos aos casos práticos e necessidades apresentadas em cada processo, devendo sempre ser analisando quais princípios estão em conflito e quais foram sobrepujados para que aquela prova chegasse ao processo.

Todavia, admite-se que a discussão ainda não foi encerrada, pois, como já demonstrado, o Supremo Tribunal Federal ainda não decidiu a matéria de forma vinculante, bem como não encontra-se a doutrina uníssona quanto ao fato, deste modo, deve o tema passar ainda por grande debate acadêmico e ser trabalhado com flexibilidade para que todos os temas possam ser analisados e se tornem usuais conforme o que melhor se adaptar ao sistema jurídico pátrio.

## CONCLUSÃO

Por mais que seja entendido por maioria da nossa doutrina e, ainda mais, seja o entendimento normatizado na nossa Constituição Federal, não se há de falar em único caminho a total exclusão do processo das provas ilícitas, no Direito Penal brasileiro.

Por mais que seja fato o grande arsenal probatório estatal para chegar a certas condenatórias, bem como todos os princípios que privilegiam o réu quanto a dúvidas existentes no processo, existem ainda fatos que só chegam ao conhecimento jurídico sem que os caminhos legais sejam traçados. E por isso, visando tão somente solucionar crimes e/ou proteger direitos, muitas vezes fungíveis, não devem ser colocadas de lado pelo simples formalismo jurídico, uma vez que o código de processo já proporciona toda a proteção necessária ao réu, não se deve evitar, ainda mais, que o processo chegue a uma solução justa por simples detalhes técnicos, que não feriram valores superiores aos que o próprio crime atingiu ou esta a iminência de causar.

Reconhece-se, a necessidade do controle judicial no que tange a proporção dos meios que levaram ao fim, não podendo ser tolerado abuso por nenhuma das partes, evitando assim egoísmos jurídicos onde cada qual proteja seus direitos, todavia, deverá também o sistema judiciário aceitar a prova produzida em detrimento de um para que outro proteja um bem ainda maior e talvez impossível de ser reestruturado em caso contrarie.

Concluimos entendendo que podem/devem as provas ilícitas em casos excepcionais, serem sim aceitas no processo, com intuito de que não se ocorra no processo injustiças, e para que isso seja feito o caminho seria justamente o princípio da proporcionalidade, como modo a aferir os valores, direitos e princípios que se encontram em conflito e só assim, determinar se os meios pelos quais as provas foram colhidas se faziam necessários e permitidos para servir ao processo penal. Buscando sempre respeitar a dignidade humana e acima de tudo a vida, sendo este o principal bem a ser protegido.

### **ABSTRACT**

The use of illicit evidences in brazilian criminal law is expressly forbidden by the Federal Constitution of 1988 in its Article 5, item LVI, and by Law No. 11.690, of June 9, 2008, that reword Article 157 of the Criminal Procedure Code, bringing into its body the impossibility of using those, as well as the use of illicit derivative evidence.

The concern found in the texts of the constitution and the law was meant to protect the rights and guarantees of the individual, delimitating what evidences could be accepted, thus avoiding that they were collected through illicit means such as torture and/or use of tricks that could lead the defendant to error or confession under pressure. However, it also distorts concise evidences and clear substantiation as to the authorship and/or practice of the act, since they were collected through means regarded as unlawful.

**KEYWORDS:** Unlawful Evidence in Criminal law. Search for real truth. Jurisprudence.

## REFERÊNCIAS

TÁVORA, Nestor, Curso de Direito Processual Penal, 6º edição, revista ampliada e atualizada, editora Jus Podium, salvador-Bahia, ano 2011.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, Senado, 1998. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm) >. Acesso em: 05/06/2014.

LIMA, Renato Brasileiro de, Curso de Processo Penal, Volume único, editora Impetus, Niterói - Rio de Janeiro, ano 2013.

BRASIL. lei nº 11.690, de 09 de junho de 2008. Brasília, DF, Presidente, 2008. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2008/lei/111690.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/111690.htm) >. Acesso em: 06/06/2014.

PACHECO, Denilson Feitoza. Direito Processual penal, teoria, crítica e práxis. 4. Ed., editora Impetus, Niterói - Rio de Janeiro, ano 2006.

GOMES, Luiz Flávio Disponível em: < <http://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/1972597/provas-ilicitas-e-ilegitimas-distincoes-fundamentais> >. Acesso em: 06/06/2014.

SILVA JUNIOR, Walter Nunes da. Curso de Direito Processual penal: teoria (constitucional) do processo Penal. Rio de Janeiro: Renovar, 2008

CAPEZ, Fernando; Curso de processo penal. São Paulo: Ed. Saraiva, 2012

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. *habeas corpus* nº. 23.891/PA, Relator: Min. Felix Fischer, DJU de 28.10.2003

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. AI503717AgR-PR. Rel. Min. Carlos Velloso, DJ 04/03/2005.