

RAFAEL COELHO SARAIVA DE BRITO – MATRÍCULA: 01513

**A PROVA ILÍCITA NO DIREITO PROCESSUAL PENAL
BRASILEIRO**

ESMA-DF/FACULDADE PROCESSUS
BRASÍLIA, SETEMBRO DE 2014

RAFAEL COELHO SARAIVA DE BRITO – MATRÍCULA: 01513

A PROVA ILÍCITA NO DIREITO PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO

Projeto de Monografia apresentado como requisito para conclusão do curso de Pós-Graduação Direito e Jurisdição “Lato Sensu”, área de concentração: Penal/Empresarial da Escola da Magistratura do Distrito Federal.

Orientador: Professor Fernando Barbagalo

ESMA-DF/FACULDADE PROCESSUS
BRASÍLIA, SETEMBRO DE 2014

RESUMO

Este trabalho tem como objetivo demonstrar em quais circunstâncias existe a possibilidade de utilização de provas ilícitas no processo penal brasileiro, considerando que existe vedação constitucional expressa. Far-se-á um estudo do texto constitucional, da doutrina e da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal acerca do tema em análise. Será feita uma análise acerca do conceito e significados do termo provas ilícitas, bem como, das teorias acerca da admissibilidade das referidas provas no processo, concluindo-se pela admissibilidade das referidas provas.

PALAVRAS-CHAVE: Provas Ilícitas, Vedação Constitucional, Direitos Fundamentais, Princípio da Proporcionalidade.

ABSTRACT

This work intends to show in what circumstances there is the possibility of using illicit evidence in the Brazilian criminal litigation, considering that there is constitutionally forbidden. It will be presented a study about the subject on the constitutional text, doctrine and jurisprudence of the Supremo Tribunal Federal. An analysis will be presented on the concept and meanings of the expression illicit evidence, as well as the theories on its acceptance in a trial, leading to the conclusion that its use is possible.

KEYWORDS: Illicit Evidence, Constitutional Prohibition, Fundamental Rights, Principle of Proportionality.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	1
CAPÍTULO 1. SISTEMA DE PROVAS NO PROCESSO.....	3
1.1 Conceito de Prova.....	3
1.2 Classificação das provas.....	6
1.3 Sistemas de apreciação da prova.....	10
CAPÍTULO 2. VEDAÇÃO CONSTITUCIONAL ÀS PROVAS ILÍCITAS.....	16
2.1 A vedação às provas ilícitas e os direitos fundamentais.....	16
2.2 Das provas ilícitas.....	17
2.3 Provas ilícitas por derivação.....	22
2.4 As provas ilícitas e a Lei n. 11.690/2008.....	26
CAPÍTULO 3. A APLICABILIDADE DA PROVA ILÍCITA NO DIREITO PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO.....	32
3.1 Posições doutrinárias.....	32
3.2 A supremacia da Constituição e a antinomia entre normas constitucionais.....	38
3.3 O princípio da proporcionalidade e a posição do STF.....	43
CONCLUSÃO.....	53
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	55

INTRODUÇÃO

O tema da prova ilícita no direito processual penal brasileiro relaciona-se com diversos ramos do direito, entre os principais pode-se citar o Constitucional e o Processual Penal. Utilizar-se-á como base o estudo das noções gerais de cada assunto relacionado ao tema Prova Ilícita. O objeto de estudo será a aplicabilidade das provas obtidas por meios ilícitos no processo, a vedação constitucional, a Doutrina e o precedente do Supremo Tribunal Federal (STF) sobre a possibilidade de utilização da prova ilícita. Analisar-se-ão classificações e conceitos acerca das provas no processo, previstos nas normas infraconstitucionais, bem como, na Constituição Federal de 1988 (CF/88). Será abordado, em especial, o estudo da prova ilícita no processo penal.

A presente pesquisa analisará o caso de utilização da prova ilícita no processo, sob o aspecto da teoria da proporcionalidade, advinda do direito Alemão, bem como, do direito americano sob a denominação de “princípio da razoabilidade”.

O referido tema é de grande importância para a ciência jurídica, pois será analisada, de forma aprofundada, a relação existente entre as provas ilícitas, principalmente no processo penal, e a vedação prevista na Constituição Federal. Apesar de a CF/88 elencar direitos de mesma hierarquia, no caso concreto, poderá um direito prevalecer sobre o outro, eis que não há direito absoluto no direito constitucional.

O objetivo final deste trabalho acadêmico é examinar se as provas obtidas por meio ilícito devem ser desentranhadas do processo de forma automática, conforme aparenta ordenar o texto expresso da Constituição, ou se devem demandar uma análise aprofundada do julgador caso a caso.

O tipo de pesquisa adotada será a Bibliográfica; utilizando-se o método dedutivo e análise qualitativa. Os instrumentos metodológicos compor-se-ão de livros jurídicos, doutrina, artigos científicos e jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre a aplicabilidade da prova ilícita no processo penal.

No primeiro capítulo, intitulado Sistema de Provas no Processo Penal, serão abordados todos os conceitos de prova, tanto no seu aspecto amplo, quanto especificamente relacionado ao processo penal, observando-se cada um de

seus significados, que pode representar: todo e qualquer esforço com objetivo de demonstrar ou comprovar a existência de determinado acontecimento; o meio pelo qual se pretende demonstrar a verdade dos acontecimentos ao juiz; e a formação da convicção do julgador. Abordar-se-á, ainda, a classificação das provas quanto ao objeto, ao valor, ao sujeito e à forma, bem como, os sistemas de apreciação das provas, quais sejam, o da prova legal, da íntima convicção e do livre convencimento motivado.

Passa-se ao segundo capítulo para estudar a vedação constitucional à utilização das provas ilícitas no processo, que estando dentre os direitos e garantias individuais, constitui cláusula pétrea. Analisam-se as provas ilícitas, seu conceito, suas características e suas peculiaridades, sob o prisma da dignidade da pessoa humana; examinar-se-á a vedação por derivação das provas obtidas por meio das ilícitas - teoria dos frutos da árvore envenenada -, como forma de proteger o objetivo constitucional de vedação às provas ilícitas; bem como, a alteração trazida pela Lei 11.690/2008, que deu nova redação ao artigo 157 do Código de Processo Penal e regulamentou o tratamento à ser dispensado a este tipo de prova.

No terceiro capítulo, analisar-se-ão as teorias acerca da possibilidade de utilização das provas obtidas por meios ilícitos no processo, visto que há teoria que defenda ser sempre possível a utilização destas, enquanto outra defende a total impossibilidade da presença de provas ilícitas no processo e, ainda uma terceira, que defende a utilização da proporcionalidade, a depender do caso concreto. Ato seguinte, será analisado o *status* da CF/88 no ordenamento brasileiro, bem como, a existência de antinomias no texto constitucional. Finalmente, será feito um estudo específico da teoria da proporcionalidade em comparação com o entendimento do Supremo Tribunal Federal.

Por fim, defender-se-á o argumento de que a teoria da proporcionalidade seria a mais apropriada para o sistema jurídico brasileiro, devendo ser aplicada tanto *pro reo*, como já se entende possível, como *pro societate*.

CAPÍTULO 1. SISTEMA DE PROVAS NO PROCESSO PENAL

O Código de Processo Penal, Decreto-Lei nº 3.689 de 3 de outubro de 1941, regulamenta em seu Título VII, a Prova aplicável ao trâmite processual na justiça criminal. O processo penal possibilita às partes comprovar suas alegações através dos diversos meios de prova. Por esses meios, busca-se o convencimento do julgador da ocorrência ou não de determinado acontecimento. Dessa forma, se faz necessário definir o conceito de prova e a abrangência desse termo no âmbito do processo penal.

1.1 Conceito de Prova

Um conceito simples de prova, trazido pelo dicionário Silveira Bueno seria:

s. f. Demonstração; testemunho; sinal; indício; documento justificativo; porfia; concurso; exame, ou cada uma das partes dele; experiência; verificação de uma operação aritmética; ato de ingerir ou degustar pequena porção de comida ou bebida, para verificar o sabor ou o estado dela; transe doloroso; folha impressa em que se fazem as correções tipográficas, (Ret.) parte do discurso em que o orador faz a prova.

Por sua vez, o dicionário jurídico Martim Pierre conceitua prova como: “É o que atesta a veracidade de alguma coisa”. Logo, podemos dizer que prova é a demonstração da verdade, o que atesta um fato, um documento comprovador.

Fernanda Pinheiro¹ conceitua prova nestes termos:

O vocábulo prova vem do latim probatio que significa prova, ensaio, verificação, inspeção, exame, argumento, aprovação, confirmação. Este termos deriva do verbo probare que, por sua vez, significa,

¹ PINHEIRO, F. L. S. **Princípio da proibição da prova ilícita no processo civil**. Curitiba: Juruá, 2004, pág. 42.

provar, ensaiar, verificar, inspecionar, reconhecer por experiência, aprovar, estar satisfeito de alguma coisa, persuadir alguém de alguma coisa, demonstrar.

No processo penal, o conceito de prova é, segundo Gabriel Inellas²:

A palavra prova origina-se do latim *probatio*, podendo ser traduzida como experimentação, verificação, exame, confirmação, reconhecimento, confronto, dando origem ao verbo *probare* (probo, as, are).

Afirma Guilherme Nucci³ que:

O termo prova origina-se do latim – *probatio* -, que significa ensaio, verificação, inspeção, exame, argumento, razão, aprovação ou confirmação. Dele deriva o verbo provar – *probare* -, significando ensaiar, verificar, examinar, reconhecer por experiência, aprovar, estar satisfeito com algo, persuadir alguém a alguma coisa ou demonstrar.

Consoante Renato Brasileiro⁴:

A palavra prova tem a mesma origem etimológica de *probo* (do latim *probatio* e *probus*) e traduz as ideias de verificação, inspeção, exame, aprovação ou confirmação. Dela deriva o verbo provar, que significa verificar, examinar, reconhecer por experiência, estando relacionada com o vasto campo de operações do intelecto na busca e comunicação do conhecimento verdadeiro.

Assim, com origem no latim, o termo prova significa verificação, confirmação, reconhecimento, bem como, o meio pelo qual pode-se levar a determinado conhecimento ou verificação de uma coisa. Contudo, a palavra prova também possui definição do ponto de vista jurídico.

Defende Gabriel Inellas⁵ que:

Num sentido comum ou vulgar (verificação, reconhecimento, etc.) significa tudo aquilo que pode levar ao conhecimento de um fato, de

² INELLAS, G. C. Z. de. **Da prova em matéria criminal**. 1. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000, pág. 01.

³ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**. 11. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, pág. 356.

⁴ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal, vol. I**. 1. ed. Niterói: Impetus, 2011, pág. 833.

⁵ Op. cit., pág. 01.

uma qualidade, da existência ou exatidão de uma coisa. Como significado jurídico representa os atos e os meios usados pelas partes, e reconhecidos pelo magistrado como sendo a verdade dos fatos alegados. Entretanto, qualquer que seja a aceção que lhe dermos, representa sempre o meio usado pelo homem para, através da percepção, demonstrar a verdade. Ora, a verdade chega à inteligência humana através de um meio de percepção. Destarte, a prova pode ser entendida como todo o meio de prova usado pela inteligência do homem para a percepção de uma verdade.

Desse modo, percebe-se que a prova poderá ter dois sentidos: um simples, outro jurídico. No primeiro sentido, prova seria tudo que leva ao conhecimento do acontecimento, demonstrando ou não a sua ocorrência; no segundo, seriam todos os meios utilizados pelas partes para convencer o julgador da ocorrência do fato.

Em sua aceção jurídica, observa-se que o conceito de prova, inclui toda e qualquer forma de demonstração da verdade por qualquer meio lícito, com o objetivo de convencimento do magistrado.

Segundo o autor supracitado, independentemente do sentido, prova será todo meio utilizado para levar à percepção da inteligência humana a demonstração da verdade. Assim, a função da prova será: demonstrar a existência de uma relação fática, o modo como surgiu, se ainda existe, tudo de forma a mostrar ao julgador o desencadeamento dos fatos de forma que possa reconhecer o direito aplicável à espécie.

Contudo, defende Gustavo Henrique⁶ que o conceito de prova possui três significados:

Num primeiro sentido, a prova se identifica com a atividade probatória, isto é, com a produção dos meios e atos praticados no processo visando a convencer o juiz sobre a veracidade ou a falsidade de uma alegação sobre um fato. É a ação de prova o conjunto de atos praticados pelas partes e pelo juiz para verificação da veracidade de uma afirmação de fato.[...]

Noutra aceção, prova é o resultado da atividade probatória, identificando-se com o convencimento que os meios de prova levaram ao juiz sobre a existência ou não de um determinado fato. É o resultado da atividade probatória. É a convicção sobre os fatos alegados em juízo.

Por fim, também é possível identificar a prova com o meio de prova em si mesmo.

⁶ BADARÓ, G. H. R. I. **Ônus da prova no processo penal**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, pág. 159.

No mesmo sentido, Renato Brasileiro afirma que:

1) Prova como atividade probatória – consiste no conjunto de atividades de verificação e demonstração, mediante as quais se procura chegar à verdade dos fatos relevantes para o julgamento. Nesse sentido, identifica-se o conceito de prova como a produção dos meios e atos praticados no processo visando ao convencimento do juiz sobre a veracidade (ou não) de uma alegação sobre um fato que interesse à solução da causa.

[...]

2) Prova como resultado – caracteriza-se pela formação da convicção do órgão julgador no curso do processo quanto à existência (ou não) de determinada situação fática. É a convicção sobre os fatos alegados em juízo pelas partes.

[...]

3) Prova como meio – são os instrumento idôneos à formação da convicção do órgão julgador acerca da existência (ou não) de determinada situação fática.

Dessa forma, prova será em um primeiro sentido, todo e qualquer esforço destinado a demonstrar ou comprovar a existência da relação fática; o segundo sentido refere-se à conclusão que o magistrado chega a partir das provas trazidas por ambas as partes, é a formação da convicção do julgador; o terceiro sentido, refere-se ao próprio item, o meio pelo qual pretende-se demonstrar a verdade dos acontecimentos ao juiz.

Assim, tem-se que prova não é apenas o meio de pelo qual se busca convencer o julgador da existência ou inexistência de determinada relação fática ou determinado acontecimento, seria, ainda, o próprio resultado da busca de convencimento do magistrado, quer este tenha se convencido das alegações de uma parte ou de outra. Finalmente, prova seria o meio em si pelo qual se buscou demonstrar a verdade.

1.2 Classificação das provas

Dentre as diversas classificações de prova, podemos citar as seguintes: quanto ao objeto; quanto ao efeito ou valor; quanto ao sujeito ou causa; e quanto à forma ou aparência.

Quanto ao objeto, a prova pode ser direta ou indireta, sendo direta quando se refere diretamente ao fato que se deseja comprovar, e indireta, quando o fato é demonstrado por outro meio de prova.

Nesse sentido, Renato Brasileiro⁷ sustenta que:

Prova direta é aquela que permite conhecer o fato por meio de uma única operação inferencial. Nessa linha, se a testemunha diz que presenciou o exato momento em que o acusado desferiu disparos de arma de fogo contra a vítima, é possível concluir, com um único raciocínio, que o acusado é o autor das lesões produzidas no ofendido.

Por sua vez, a prova é considerada indireta quando para alcançar uma conclusão acerca do fato a provar, o juiz se vê obrigado a realizar pelo menos duas operações inferenciais. Em um primeiro momento, a partir da prova indireta produzida, chega à conclusão sobre a ocorrência de um fato, que ainda não é o fato a ser provado. Conhecido esse fato, por meio de um segundo procedimento inferencial, chega ao fato a ser provado. Exemplificando, suponha-se que a testemunha diga que não presenciou os disparos de arma de fogo. Esclarece, no entanto, que presenciou a saída do acusado do local em que os disparos foram efetuados, imediatamente após ouvir o estampido dos tiros, escondendo a arma de fogo sob suas vestes, sujas de sangue. A partir dessa prova indireta, será possível ao órgão julgador concluir que o acusado foi (ou não) o autor das lesões produzidas no corpo da vítima.

Fernando Capez⁸, por sua vez, ensina a seguinte classificação:

Quanto ao objeto: o objeto da prova nada mais é do que o fato cuja existência carece ser demonstrada. Assim a prova pode ser:

a) direta: quando, por si, demonstra um fato, ou seja, refere-se diretamente ao fato probando;

b) indireta: quando alcança o fato principal por meio de um raciocínio lógico-dedutivo, levando-se em consideração outros fato de natureza secundária, porém relacionados com o primeiro, como, por exemplo, no caso de um álibi.

Logo, segundo Capez, quanto ao objeto, ou seja, à forma de comprovação do fato, pode ser classificada em direta ou indireta, será direta quando puder ser demonstrada pelo próprio meio, não necessitando que outra prova demonstre o acontecimento. Diferentemente, será indireta quando não puder ser

⁷ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal, vol. I**. 1. ed. Niterói: Impetus, 2011, pág. 844.

⁸ CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, pág. 393.

demonstrado o acontecimento de forma imediata, sendo necessário que prova não relacionada ao fato, através de um raciocínio lógico dedutivo, demonstre a verdade.

Quanto à segunda classificação, alega Capez⁹:

Em razão de seu efeito ou valor, a prova pode ser:

a) plena: trata-se de prova convincente ou necessária para a formação de um juízo de certeza no julgador, por exemplo, a exigida para a condenação; quando a prova não se mostrar inverossímil, prevalecerá o princípio do in dubio pro reo;

b) não plena ou indiciária: trata-se de prova que traz consigo um juízo de mera probabilidade, vigorando nas fases processuais em que não se exige um juízo de certeza, como na sentença de pronúncia, em que vigora o princípio do in dubio pro societate. Exemplo: prova para o decreto de prisão preventiva. Na legislação, aparece como “indícios veementes”, “fundadas razões” etc.

Por sua vez, afirma Renato¹⁰:

Especificamente em relação aos arts. 312 e 413, caput, do CPP, na medida em que o legislador se refere à prova da existência do crime e ao convencimento da materialidade do fato, respectivamente, percebe-se que, no tocante a materialidade do delito, exige-se um juízo de certeza quando da decretação da prisão preventiva ou da pronúncia. No tocante à autoria, todavia, exige o Código de Processo Penal apenas a presença de indícios suficientes de autoria. Em outras palavras, em relação à autoria ou participação, não se exige que o juiz tenha certeza, bastando que conste dos autos elementos informativos ou de prova que permita afirmar no momento da decisão, a existência de indício suficiente, isto é, a probabilidade de autoria. Portanto, para fins de prisão preventiva ou de pronúncia, ainda que não seja exigido um juízo de certeza quanto à autoria, é necessária a presença de, no mínimo, algum elemento de prova, ainda que indireto ou de menos aptidão persuasiva, que possa autorizar pelo menos um juízo de probabilidade acerca da autoria ou da participação do agente no fato delituoso. Apesar de não se exigir certeza, exige-se certa probabilidade, não se contentando a lei com a mera possibilidade.

Assim, quanto à classificação pelo efeito da prova, esta poderá ser plena ou indiciária. Será plena quando formar a completa convicção do magistrado acerca da autoria do fato, sendo aplicável nos casos de sentença, em que afigura-se necessária a certeza do julgador quando da condenação do acusado. Em caso de dúvida, a sentença deve ser favorável ao réu.

⁹ CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, pág. 393.

¹⁰ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal, vol. I**. 1. ed. Niterói: Impetus, 2011, pág. 846.

Por sua vez, a prova indiciária constitui mero indício, ou seja, há uma carga de prova que não consegue demonstrar com veemência que o acusado realmente praticou o fato. Essa prova conseguiria, contudo, demonstrar de forma superficial que o acusado pode ter cometido o fato, podendo ser feita a busca posterior por provas robustas, o que justificaria a prisão preventiva.

A terceira classificação é relativa à forma, podendo ser testemunhal, documental ou material.

Sobre o tema, Renato¹¹ alega que:

Quanto à forma da prova, a maneira pela qual se apresenta em juízo, a prova pode ser documental, material ou testemunhal.

Documento, do latim *documentum*, de *docere* (mostrar, indicar, instruir) é o papel escrito que traz em si a declaração da existência (ou não) de um ato ou de um fato (v.g., escritos públicos ou particulares, cartas, livros comerciais, fiscais etc.). A prova material é aquela que resulta da verificação existencial de determinado fato, que demonstra a sua materialização, tal como ocorre com o corpo de delito, instrumentos do crime etc. Por fim, testemunhal é a prova que consiste na manifestação pessoal oral. A prova testemunhal é espécie do gênero prova oral, que é mais abrangente, já que inclui os esclarecimentos de perito e assistente técnico, bem como eventuais declarações da vítima.

Conforme observa Capez¹²:

Quanto à forma ou aparência, a prova é:

- a) testemunhal: resultante do depoimento prestado por sujeito estranho ao processo sobre fatos de seu conhecimento pertinentes ao litígio;
- b) documental: produzida por meio de documentos;
- c) material: obtida por meio químico, físico ou biológico (ex.: exames, vistorias, corpo de delito etc.).

Logo, será testemunhal quando a prova for resultante de depoimento de terceira pessoa, que mesmo não compondo a ação possui conhecimentos importantes sobre a lide, podendo fazer esclarecimentos ao juízo. A prova será documental quando comprovada por meio de documentos; e material quando o meio for físico, químico ou biológico.

Acerca da última classificação, quanto ao sujeito, afirma Capez¹³:

¹¹ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal, vol. I**. 1. ed. Niterói: Impetus, 2011, pág. 842.

¹² CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, pág. 394.

Relativamente ao sujeito ou causa, pode ser:

a) real: são as provas consistentes em uma coisa externa e distinta da pessoa, e que atestam dada afirmação (ex.: o lugar, o cadáver, a arma etc.);

b) pessoal: são aquelas que encontram a sua origem na pessoa humana, consistente em afirmações pessoais e conscientes, como as realizadas por declaração ou narração do que se sabe (o interrogatório, os depoimentos, as conclusões periciais).

No mesmo sentido, Renato Brasileiro¹⁴ afirma que:

Sujeitos da prova são as pessoas ou coisas de quem ou de onde deriva a prova, podendo ser pessoal ou real. A prova pessoal consiste numa afirmação de conhecimento ou na certificação de fato ou fatos do processo. A prova real equivale a atestação que advém da própria coisa constitutiva da prova (o ferimento; o projétil balístico da arma utilizada na prática de um delito).

Verifica-se que a prova pode ser real ou pessoal. Será real quando forem externas à pessoa e que podem atestar a afirmação, e pessoal quando estiverem ligadas a pessoa através de declarações pessoais.

Logo, as provas podem ser classificadas de diversas formas, algumas delas são: a classificação quanto ao objeto, ao valor, ao sujeito e à forma; representando, respectivamente, a possibilidade de a prova demonstrar o fato a que se refere de forma direta ou indireta; se possui valor absoluto ou necessita de provas uma dilação probatória maior; se tem sua origem em coisa externa e distinta da pessoa ou decorre da pessoa humana; por fim, a aparência que a prova apresenta, podendo ser testemunhal, documental ou material.

1.3 Sistemas de apreciação da prova

O sistema de avaliação da prova, que é o modo com que o magistrado valora a prova, ou seja, atribui-lhe valor maior ou menor, que o fará a chegar à conclusão sobre o fato que as partes pretendem demonstrar. Os sistemas

¹³ CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, pág. 394.

¹⁴ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal, vol. I**. 1. ed. Niterói: Impetus, 2011, pág. 841.

mais relevantes são: da prova legal, da íntima convicção e do livre convencimento motivado.

Quanto ao primeiro sistema, Fernando Capez¹⁵ defende que:

Sistema da prova legal, da certeza moral do legislador, da verdade legal, da verdade formal ou tarifado: a lei impõe ao juiz o rigoroso acatamento a regras preestabelecidas, as quais atribuem, de antemão, o valor de cada prova, não deixando para o julgador qualquer margem de discricionariedade para emprestar-lhe maior ou menor importância. Não existe convicção pessoal do magistrado na valoração do contexto probatório, mas obediência estrita ao sistema de pesos e valores imposto pela lei. Desse sistema se origina o absurdo brocardo *testis unus, testis nullus*, pelo qual o depoimento de uma só testemunha, por mais detalhado e verossímil que seja, não tem qualquer valor. Somente vigora como exceção, em hipóteses como, por exemplo, as dos arts. 158 (quando a infração deixar vestígios, nem a confissão do acusado supre a falta do exame de corpo de delito, estando o juiz limitado à prova pericial) e 155, parágrafo único (estado de pessoas somente se prova mediante certidão, não se admitindo a prova testemunhal), do CPP.

Dessa forma, no sistema de prova legal, ou da certeza moral do legislador, já está fixado em lei o valor que deve ser atribuído a cada prova, não deixando qualquer margem de valoração ao julgador da causa.

Por sua vez, no processo penal brasileiro, o sistema de prova legal é exceção. Um exemplo seria quando a infração deixa vestígios, pois nos termos do CPP, é obrigatório o exame de corpo de delito, não podendo nem mesmo a confissão do acusado suprir tal prova.

No mesmo sentido, alega Eugenio Pacelli¹⁶:

Como superação do excesso de poderes atribuídos ao juiz ao tempo do sistema inquisitivo, o que ocorreu de forma mais intensa a partir do século XIII até o século XVII, o sistema das provas legais surgiu com o objetivo declarado de reduzir tais poderes, instituindo um modelo rígido de apreciação da prova, no qual não só se estabeleciam certos meios de prova para determinados delitos, como também se valorava cada prova antes do julgamento. Ou seja, no sistema de provas legais, o legislador é quem procedia à valoração prévia, dando a cada uma delas um valor fixo e imutável.

Embora imbuído de bons propósitos, o aludido sistema revelou-se uma faca de dois gumes. Como, para a obtenção da condenação, era necessária a obtenção de um certo número de pontos, quando

¹⁵ CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, pág. 399.

¹⁶ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 15. ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, pág. 339.

não se chegava a esse número, a prova era obtida a partir da tortura, já que essa fazia prova plena.

Aury Lopes¹⁷ acrescenta que:

No sistema legal de provas o legislador previa a *priori*, a partir da experiência coletiva acumulada, um sistema de valoração hierarquizada da prova (estabelecendo uma tarifa probatória ou tabela de valoração das provas). Era chamado de sistema legal de provas, exatamente porque o valor vinha previamente definido em lei, sem atentar para as especificidades de cada caso. A confissão era considerada prova absoluta, uma só testemunha não tinha valor etc.

Logo, percebe-se que o sistema legal de provas surgiu com o objetivo de reduzir o excesso de poderes que possuía o juiz na época do sistema inquisitivo, trazendo na lei uma fixação prévia do valor de cada prova dentro do processo.

Essa valoração era fixada de forma hierarquizada, na qual a confissão era considerada prova absoluta. Esse sistema continha graves problemas, pois não deixava que o magistrado considerasse as peculiaridades do caso concreto, estando atrelado à previsão legal.

Outro ponto bastante grave era a possibilidade, em caso de não possuírem no processo provas suficientes para condenar o acusado, de torturá-lo a fim de obter uma confissão, já que esta constituía prova absoluta.

Acerca do sistema da íntima convicção, Aury¹⁸ alega que:

O princípio da íntima convicção surge como uma superação do modelo de prova tarifada ou tabelada. O juiz não precisa fundamentar sua decisão e, muito menos, obedecer a critérios de avaliação das provas. Estabelece, aqui, um rompimento com os limites estabelecidos pelo sistema anterior, caindo no outro extremo: o julgador está completamente livre para valorar a prova (íntima convicção, sem que sequer tenha de fundamentar sua decisão). Para sair do positivismo anterior, caiu-se no excesso de discricionariedade e liberdade de julgamento, em que o juiz decide sem demonstrar os argumentos e elementos que amparam e legitimam a decisão.

No mesmo sentido, assevera Capez¹⁹:

¹⁷ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 9. ed. Revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2012, pág. 561.

¹⁸ Op. cit. pág. 561.

¹⁹ CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, pág. 399.

Sistema da certeza moral do juiz ou da íntima convicção: é o extremo oposto do anterior. A lei concede ao juiz ilimitada liberdade para decidir como quiser, não fixando qualquer regra de valoração das provas. Sua convicção íntima, formada não importa por quais critérios, é o que basta, não havendo critérios balizadores para o julgamento. Esse sistema vigora entre nós, como exceção, nas decisões proferidas pelo júri popular, nas quais o jurado profere seu voto, sem necessidade de fundamentação.

O sistema da íntima convicção do juiz afastou-se do positivismo presente no sistema antigo, sistema de provas tarifadas. Nesse novo sistema, o juiz não precisava fundamentar suas decisões, nem observar qualquer critério de avaliação das provas legalmente pré-estabelecido.

Contudo, esse sistema não se apresentou livre de problemas, pelo contrário, passou a ter problemas tão graves quanto o sistema anterior. O juiz passou a ter total discricionariedade para julgar e valorar a prova, sem contudo, fundamentar ou justificar as suas decisões.

Ainda assim, o sistema da íntima convicção, vigora no processo penal brasileiro como exceção. Por exemplo, o tribunal do júri, em seus julgamentos, não precisa justificar suas decisões, pois cada um dos jurados vota conforme sua íntima convicção.

Sobre o tema, Pacelli²⁰ defende:

[...] não se estendendo aos julgamentos pelo Tribunal do Júri, em que não se impõe aos jurados o dever de fundamentarem as suas respostas aos quesitos. Para o Tribunal do Júri vige o princípio da íntima convicção.

Dessa forma, o princípio da íntima convicção é aplicável ao Tribunal do Júri, não podendo os juízes singulares se ampararem nesse princípio, eis que trata-se de exceção no ordenamento jurídico pátrio.

Por fim, quanto ao último sistema, Capez²¹ aduz que:

Sistema da livre (e não íntima) convicção, da verdade real, do livre convencimento ou da persuasão racional: equilibra-se entre os dois extremos acima mencionados. O juiz tem liberdade para formar a sua

²⁰ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 15. ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, pág. 340.

²¹ CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, pág. 399.

convicção, não estando preso a qualquer critério legal de prefixação de valores probatórios. No entanto, essa liberdade não é absoluta, sendo necessária a devida fundamentação. O juiz, portanto, decide livremente de acordo com a sua consciência, devendo, contudo, explicitar motivadamente as razões de sua opção e obedecer a certos balizamentos legais, ainda que flexíveis. É o sistema adotado pelo nosso Código de Processo Penal [...]

De igual modo, Pacelli²² afirma que:

Por tal sistema, o juiz é livre na formação de seu convencimento, não estando comprometido por qualquer critério de valoração prévia da prova, podendo optar livremente por aquela que lhe parecer mais convincente. Um único testemunho, por exemplo, poderá ser levado em consideração pelo juiz, ainda que em sentido contrário a dois ou mais testemunhos, desde que em consonância com outras provas. A liberdade quanto ao convencimento não dispensa, porém, a sua fundamentação, ou a sua explicitação. É dizer: embora livre para formar o seu convencimento, o juiz deverá declinar as razões que o levaram a optar por tal ou qual prova, fazendo-o com base em argumentação racional, para que as partes, eventualmente insatisfeitas, possam confrontar a decisão nas mesmas bases argumentativas.

Destarte, o sistema da livre convicção, ou da persuasão racional, representa um meio termo entre os dois sistemas anteriores, na qual o magistrado não possui uma valoração hierarquizada das provas legalmente pré-estabelecidas, podendo valorar cada prova mais ou menos de acordo com as especificidades do caso concreto.

Não obstante, essa liberdade de valoração não é absoluta, como no sistema da íntima convicção, devendo o juízo fundamentar, ou seja, justificar as suas decisões, quais provas valorou, bem como, qual importância dispensou a cada uma delas para chegar à sua conclusão.

Ademais, Aury²³ defende que:

Como sistema intermediário em relação ao radicalismo dos dois anteriores, o livre convencimento motivado ou persuasão racional é um importante princípio a sustentar a garantia da fundamentação das decisões judiciais, estando previsto no art. 157 do CPP.

²² OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 15. ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, pág. 340.

²³ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 9. ed. Revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2012, pág. 562.

Não existem limites e regras abstratas de valoração (como um sistema legal de provas), mas tampouco há a possibilidade de formar sua convicção sem fundamentá-la (como na íntima convicção). Cumpre então analisar mais detidamente o alcance dessa liberdade que o julgador tem para formar sua convicção. Ela se refere à não submissão do juiz a interesses políticos, econômicos ou mesmo à vontade da maioria. A legitimidade do juiz não decorre do consenso, tampouco da democracia formal, senão do aspecto substancial da democracia, que o legitima enquanto guardião da eficácia do sistema de garantias da Constituição na tutela do débil submetido ao processo.

Assim, observa-se a evolução do sistema de avaliação das provas começando por um extremo, no qual o juiz não possuía nenhuma liberdade de valoração das provas, já que havia previsão em lei da hierarquia das prova. Passou, após, ao outro extremo, em que o magistrado podia fazer a valoração das provas de forma totalmente discricionária, livre, não precisando sequer motivar suas decisões.

Por fim, passou a vigorar o sistema da livre convicção, na qual o julgador pode apreciar e valorar as provas observando o caso concreto, devendo, contudo, fundamentar de forma a externar às partes, os motivos que o levaram a alcançar tal conclusão.

Destarte, pode-se observar que o estudo sobre o termo prova é bastante vasto, sendo importante sua compreensão, eis que no processo penal é importante que as partes consigam comprovar suas alegações, para que se possa esclarecer sobre a ocorrência de determinado fato, a forma que aconteceu e, daí, o possível direito aplicável à espécie. A referida comprovação será feita através das provas carreadas aos autos por ambas as partes.

CAPÍTULO 2. VEDAÇÃO CONSTITUCIONAL ÀS PROVAS ILÍCITAS

2.1 A vedação às provas ilícitas e os direitos fundamentais

Os primeiros direitos fundamentais surgiram da necessidade de proteger os cidadãos e garantir os seus direitos, impondo-se limites e controles aos atos praticados pelo Estado, com o objetivo de proteger a liberdade do indivíduo ante às abusividades cometidas pelo Estado e seus agentes.

Afirma Pedro Lenza²⁴:

Os direitos humanos da 1.^a dimensão marcam a passagem de um Estado autoritário para um Estado de Direito e, nesse contexto, o respeito às liberdades individuais, em uma verdadeira perspectiva de absentéismo estatal.

O seu reconhecimento surge com maior evidência nas primeiras constituições escritas, e podem ser caracterizados como frutos do pensamento liberal-burguês do século XVIII.

Marcando a passagem de um Estado autoritário para o de direito, o surgimento dos direitos de primeira geração que referem-se às liberdades individuais, ou seja, na abstenção estatal e de seus agente de intervir no interesse privado, ocorreu nas primeiras constituições escritas, influenciadas pelo pensamento liberal-burguês do século XVIII.

Visando proteger os direitos fundamentais, o constituinte originário inseriu na Constituição Federal de 1988, artigo 5º, LVI, no título dos Direitos e Garantias Fundamentais, expressamente, que “*são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos*”. Ou seja, há expressa proibição à utilização das provas obtidas por meios ilícitos no processo.

Segundo Ronaldo Madeira²⁵:

²⁴ LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 16. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2012, pág. 958.

²⁵ MADEIRA, Ronaldo Tanus. **Da prova e do processo penal**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2003, pág. 35.

Se cotejarmos o art. 5º, LVI, da Constituição Federal com o art. 233 de nossa lei ordinária Processual Penal, ao não admitir que se produza no processo, como prova, as cartas interceptadas e obtidas por meios criminosos, somos obrigados a concluir a vinculação lógica existente entre o Direito Constitucional e o Direito Processual Penal, ambos procurando proteger os direitos e garantias do cidadão contra as possíveis investidas arbitrárias e abusivas dos poderes do Estado.

Pela importância dos direitos e garantias individuais o Poder Constituinte Originário temendo que o constituinte derivado pudesse interferir nas liberdades individuais, restringindo-as, estabeleceu um rol que não pode ser abolido nem mesmo por emenda constitucional²⁶:

Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

[...]

§ 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

I - a forma federativa de Estado;

II - o voto direto, secreto, universal e periódico;

III - a separação dos Poderes;

IV - os direitos e garantias individuais.

Conforme Pedro Lenza²⁷:

O poder constituinte originário também estabeleceu algumas vedações materiais, ou seja, definiu um núcleo intangível, comumente chamado pela doutrina de cláusulas pétreas.

Nesse sentido, as cláusulas pétreas constituem verdadeira vedação ao poder de reforma constitucional pelo poder constituinte derivado, garantindo aos cidadãos garantia de que nenhuma vontade política ou conveniência estatal terão legitimidade para abolir os direitos e garantias individuais. Com essa proteção, devido à sua importância, está a garantia de vedação às prova ilícitas no processo.

2.2 Das provas ilícitas

²⁶ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil (1988)**. Brasília: Senado Federal, 2011.

²⁷ LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 16. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2012, pág. 580.

Quanto às provas ilícitas, o dicionário Silveira Bueno define o termo “ilícito” como “*adj. Não lícito; proibido pela lei; ilegítimo*”. E o dicionário jurídico Martim Pierre possui o termo “ilícito civil” que é definido como “*Não lícito; proibido pela lei; injurídico, ilegítimo; contrário à moral e/ ou ao direito relativo às relações dos cidadãos entre si, reguladas por normas do Direito Civil*”. Então, podemos definir, de forma simples, que ilícito será tudo que não é lícito, que é contrário à lei e aos bons costumes.

Importante destacar que a vedação constitucional às provas ilícitas não está restrita a qualquer área do direito, podendo ser aplicado, como exemplo, no processo cível ou criminal. Segundo Fernanda Pinheiro²⁸:

É justamente desta idéia geral, de que não pode ser assegurado às partes (*no processo civil*) o direito de provarem os fatos alegados de todos os modos humanamente imagináveis, e nem de que cabe ao magistrado, fundamentado na livre apreciação das provas, admitir ou mesmo determinar a produção de quaisquer provas ilicitamente obtidas, que a Constituição Federal de 1988 trouxe como princípio constitucional (art. 5º, inc. LVI) limitador da atividade probatória, a vedação expressa da admissibilidade no processo das provas obtidas por meios ilícitos.

Complementa Aury Lopes²⁹:

Estamos diante de uma norma geral, que simplesmente menciona “processo”, sem fazer qualquer distinção entre processo civil e penal, exigindo assim uma interpretação adequada à especificidade do processo penal e às exigências das demais normas constitucionais que o disciplinam.

Dessa forma, a vedação constitucional aplica-se não somente ao direito penal, mas a todos os ramos do direito sendo determinante ao julgador no curso do processo, bem como, às partes durante a produção das provas. Devendo, ademais, no caso do processo penal, ser interpretado com as demais normas previstas na Constituição Federal de forma a resguardar suas especificidades.

²⁸ PINHEIRO, F. L. S. **Princípio da proibição da prova ilícita no processo civil**. Curitiba: Juruá, 2004, pág. 113.

²⁹ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 9. ed. Revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2012, pág. 592.

No processo penal, conceitua Ada Pellegrini³⁰:

A questão da denominada “prova ilícita” ubica-se, juridicamente, na investigação a respeito da relação entre o ilícito e o inadmissível no procedimento probatório e, sob o ponto de vista da política legislativa, na encruzilhada entre a busca da verdade em defesa da sociedade e o respeito aos direitos fundamentais que podem ser afetados pela investigação.

No mesmo sentido, aduz Patrícia Donzele³¹:

Considerando-se como provas ilícitas as obtidas com violação da intimidade, da vida privada, da honra, da imagem, do domicílio, e das comunicações, salvo nos casos permitidos no inciso XII, do mesmo artigo, a das comunicações telefônicas.

Desse modo, especificamente no que tange ao processo penal, podemos afirmar que prova ilícita é toda e qualquer prova obtida, por qualquer das partes, em violação de direitos, como exemplo, à honra e à imagem, previstos em lei.

Adentrando no estudo das provas ilícitas propriamente dito, é defendido que a terminologia correta seja o gênero de provas “vedadas”, da qual podem ser de duas espécies, ilícitas ou ilegítimas. O autor Fernando Capez³² as diferencia da seguinte forma:

Prova ilegítima. Quando a norma afrontada tiver natureza processual, a prova vedada será chamada de ilegítima.

[...]

Prova ilícita. Quando a prova for vedada em virtude de ter sido produzida com afronta a normas de direito material, será chamada de ilícita.

Na mesma linha, Fernanda Pinheiro³³ assevera:

³⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini. **Provas ilícitas, interceptações e escutas**. 1. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, Pág. 129.

³¹ DONZELE, P. F. L. **Análise nos âmbitos constitucional e processual relativos à aceitação da prova ilícita no processo, assunto que não encontra consenso na doutrina**. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/1495/Prova-ilicita>>. Acesso em: 19 de agosto de 2014.

³² CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, pág. 363.

³³ PINHEIRO, F. L. S. **Princípio da proibição da prova ilícita no processo civil**. Curitiba: Juruá, 2004, pág. 118.

[...] existe a categoria de provas vedadas, que são aquelas provas contrárias a uma específica norma legal, ou a um princípio de direito positivo. Esta categoria de provas se subdivide em prova ilícita e prova ilegítima.

[...]

Quando a violação for à norma processual, está-se diante de uma prova ilegítima, e quando a prova é produzida com violação a uma norma de caráter material, o resultado será uma prova ilícita.

Complementa Ada Pellegrini³⁴:

Quando a proibição for colocada por uma lei processual, a prova (rectius, o meio de prova) será ilegítima (ou ilegitimamente produzida), já quando a proibição for de natureza material, a prova será ilícita (rectius, a fonte de prova será ilicitamente colhida).

Ou seja, para cumprir o disposto na Constituição Federal, não basta somente reconhecer a vedação às provas obtidas em contrariedade às normas de direito material, sendo necessário que ao realizar a produção da prova sejam respeitados o direito processual, a forma como a lei determinada que determinada prova deva ser colhida, de modo que aplicando tal entendimento será cumprido o objetivo previsto expressamente na nossa Carta Magna.

Aury Lopes³⁵, por sua vez, também afirma que “*Devem-se distinguir prova ilegal, ilegítima e ilícita. A prova ‘ilegal’ é o gênero, do qual são espécies a prova ilegítima e a prova ilícita*”.

Pode-se concluir que, para a doutrina há o gênero provas vedadas, proibidas ou ilegais, dos quais terão duas espécies, a prova ilegítima e a ilícita, por violação ao direito processual e material, respectivamente.

Assim, deve ser considerada pelo aplicador da lei a vedação à utilização das provas quer por terem violado norma de natureza processual, ou de natureza material.

Capez³⁶ cita os seguintes exemplos:

³⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini. **Provas ilícitas, interceptações e escutas**. 1. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, pág. 135.

³⁵ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 9. ed. Revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2012, pág. 593.

Provas ilícitas [...] a diligência de busca e apreensão sem prévia autorização judicial ou durante a noite; a confissão obtida mediante tortura; a interceptação telefônica sem autorização judicial; o emprego do detector de mentiras; as cartas particulares interceptadas por meios criminosos (cf. art. 233 do CPP) etc.

Provas ilegítimas [...] o documento exibido em plenário do Júri, com desobediência ao disposto no art. 479, *caput* (CPP), com a redação determinada pela Lei n. 11.689/2008; o depoimento prestado com violação à regra proibitiva do art. 207 (CPP) (sigilo profissional) etc.

Então, por haver vedação expressa na norma constitucional à utilização de provas obtidas por meios ilícitos, deve-se entender a mesma por qualquer prova colhida com infringência à lei, seja ela de natureza material ou processual.

Contudo, com a alteração trazida pela Lei n. 11.690 de 2008, o artigo 157 do Código de Processo Penal passou a prever que são vedadas as prova ilícitas, que são as obtidas em contrariedade às normas constitucionais ou legais. Dessa forma, houve um distanciamento da doutrina que defendia haver diferença entre a colheita de prova com violação à norma de direito material, da de direito processual. Sendo assim, não importa qual o teor da norma, se a prova violar norma constitucional ou legal, será ilícita e deverá ser desentranhada dos autos.

Nesse sentido, se posiciona Capez³⁷:

[...] a reforma processual penal distanciou-se da doutrina e jurisprudência pátrias que distinguiam as provas ilícitas das ilegítimas, concebendo como prova ilícita tanto aquela que viole disposições materiais como processuais.

Guilherme Nucci³⁸, no mesmo sentido, afirma que:

Se houver a inversão dos conceitos, aceitando que ilicitude é espécie de ilegalidade, então a Constituição estaria vedando somente a prova produzida com infringência às normas de natureza material e não cuidando, por força da natural exclusão, das provas ilegítimas, proibidas por normas processuais, o que nos afigura incompatível com o espírito desenvolvido em todo o capítulo dos direitos e garantias

³⁶ CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, pág. 83.

³⁷ Op. cit., pág. 364.

³⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**. 11. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, pág. 368.

individuais. A partir da nova redação conferida ao art. 157, caput, do CPP, soa-nos nítida a inclusão, no termo maior provas ilícitas, daquelas que forem produzidas ao arrepio das normas constitucionais ou legais.

Observa-se que, a previsão de que as ilicitudes que maculem a prova possam decorrer de violação às normas constitucionais ou legais foi de encontro à distinção feita pela doutrina e jurisprudência, no sentido de haver diferença entre as provas ilícitas das ilegítimas. Com isso, seja por violação às normas materiais ou processuais, certo é que, de acordo com esse entendimento, deve a prova ser desentranhada dos autos, juntamente com aquelas que decorreram de sua produção.

2.3 Provas ilícitas por derivação

Para que a regra constitucional de vedação às provas ilícitas no processo se concretize, não basta que se declare a vedação às provas ligadas diretamente à ilicitude, somente. É necessária uma ampliação do seu alcance como forma de efetivar a regra constitucional.

Nesse sentido, defende Pedro Lenza³⁹:

As provas obtidas por meios ilícitos são inadmissíveis no processo. Desse princípio decorre também o de que as provas derivadas de provas obtidas por meios ilícitos também estarão maculadas pelo vício da ilicitude, portanto inadmissíveis (teoria dos frutos da árvore envenenada).

Logo, percebe-se que as provas, mesmo que lícitas, sendo derivadas de provas ilícitas também serão inadmissíveis, pois conforme a teoria dos frutos da árvore envenenada, a referida prova está contaminada pela prova que a originou.

Sobre os princípios dos frutos da árvore envenenada, Fernando Capez⁴⁰ assevera:

³⁹ LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 16. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2012, pág. 1028.

⁴⁰ CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, pág. 365.

Essa categoria de provas ilícitas foi reconhecida pela Suprema Corte norte-americana, com base na teoria dos “frutos da árvore envenenada” – *fruits of the poisonous tree* -, segundo a qual o vício da planta se transmite a todos os seus frutos. A partir de uma decisão proferida no caso *Siverthorne Lumber Co. VS. United States*, em 1920, as cortes americanas passaram a não admitir qualquer prova, ainda que lícita em si mesma, oriunda de práticas ilegais.

No mesmo sentido afirma Gilmar Mendes⁴¹:

A rejeição da *prova derivada* assenta-se na doutrina americana dos frutos da árvore envenenada (*fruits of the poisonous tree*). O Supremo Tribunal Federal, em alguns julgados, aplicou tal teoria, declarando a nulidade de todos os atos praticados no processo, desde a denúncia, inclusive.

Assim, a prova derivada de outra maculada pela ilegalidade, adotando-se a teoria americana do fruto da árvore envenenada (*fruits of the poisonous tree*), deve ser desentranhada dos autos juntamente com a prova que a originou, sendo o caso, até mesmo de anulação do processo desde a denúncia pelo Ministério Público, conforme já assentado pelo Supremo Tribunal Federal.

Segundo a teoria da preponderância dos bens, que será abordada no próximo capítulo, poderia no caso de um bem de valor maior ser violado, ser admitida a utilização de uma determinada prova ilícita. Contudo, no que se refere à ilicitude por derivação, defende Ronaldo Madeira⁴²:

A teoria da preponderância dos bens, dos valores cotejados, contrasta com a teoria do fruto da árvore envenenada. Para a teoria do fruto da árvore envenenada, não há que se fazer concessões. Qualquer que tiver sido o bem em jogo, se a prova for obtida por meio ilícito, isto é, sem autorização judicial, essa prova não deve ser aceita pelo julgador. Há de ser desentranhada dos autos, pois contamina todos os atos subsequentes do procedimento.

⁴¹ MENDES, G. F.; COELHO, I. M.; BRANCO, P. G. G. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. Revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2009, pág. 688.

⁴² MADEIRA, Ronaldo Tanus. **Da prova e do processo penal**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2003, pág. 46.

Ademais, afirma Fernanda Pinheiro⁴³: que “[...] entendemos que, diante da vedação constitucional da admissibilidade da prova ilícita, há que se estender esta proibição também às provas derivadas”.

Logo, não pode a teoria da preponderância dos bens prevalecer, pois o fruto da árvore envenenada estará contaminado pela ilicitude inicialmente cometida, sem a qual não haveria chegado à prova, entendendo-se que, qualquer que seja o bem jurídico analisado, não há que se falar em consideração da prova.

Não obstante, essa vedação às provas derivadas das ilícitas não é absoluta, conforme defende Fernanda Pinheiro⁴⁴:

[...] é mister se excepcionar da vedação probatória as provas derivadas da ilícita, quando a conexão entre uma e outra é tênue; ou ainda, quando as provas derivadas poderiam de outra forma ser descobertas. Estas são aquelas situações em que a prova ilícita não foi absolutamente determinante para o descobrimento das demais provas derivadas, ou aquelas situações de provas que derivam de fonte própria.

Logo, não é porque uma determinada prova foi obtida por meios ilícitos que todas as demais provas serão inadmissíveis por derivação, devendo ser demonstrada que, na cadeia de persecução probatória, a prova derivada realmente decorreu da prova ilícita, não sendo suficiente, como afirmado anteriormente, uma conexão tênue entre as provas, ou quando poderia obter-se a mesma prova por meios independentes.

A nova redação do artigo 157, §1º, do Código de Processo Penal⁴⁵ previu essas exceções:

Art. 157. [...]

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

§ 2º Considera-se fonte independente aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova.

⁴³ PINHEIRO, F. L. S. **Princípio da proibição da prova ilícita no processo civil**. Curitiba: Juruá, 2004, pág. 145.

⁴⁴ Op. cit. pág. 144.

⁴⁵ BRASIL. **Código de processo penal: Decreto-Lei nº 3.689 (1941)**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/de13689compilado.htm>. Acesso em: 01 de agosto de 2014.

O referido parágrafo, contido, ressaltou a ilicitude por derivação quando não evidenciado o nexo de causalidade entre as provas, bem como, quando a prova derivada pudesse ser obtida por uma fonte independente da primeira.

Ou seja, não haverá ilicitude por derivação quando não restar cabalmente demonstrada haver realmente uma sequencia das provas, na qual a prova posterior não poderia ser encontrada sem a obtenção da prova anterior.

Outro ponto relevante trazido foi a possibilidade de afastamento da contaminação da ilicitude da prova derivada, se esta pudesse ser obtida por uma fonte independente, não maculada pela prova vedada.

Sobre o tema, Capez⁴⁶ explica:

Trata-se de teoria que já foi adotada pelo Supremo Tribunal Federal, no qual se entendeu que se deve preservar a denúncia respaldada em prova autônoma, independente da prova ilícita impugnada por força da não observância de formalidade na execução de mandado de busca e apreensão.

Logo, referidas exceções foram incluídas na legislação processual penal brasileira como forma de nortear o orientador quando houver qualquer possibilidade de o processo conter provas ilícitas e as derivadas da ilícita, devendo ficar demonstrado o nexo entre as provas, não havendo fundamento para que, quando apenas uma prova fosse produzida por meio proibido, todas as demais provas fossem declaradas ilegais.

A outra exceção refere-se à possibilidade de a prova poder ser encontrada de forma autônoma, como, por exemplo, uma investigação paralela, que não se utilizando da prova ilícita inicial, obteria a prova deriva da ilícita de forma permitida.

Sobre o assunto, Gilmar Mendes⁴⁷:

Referida doutrina tem sido objeto de mitigação em razão de o seu alargamento ter o condão de produzir um quadro de impunidade, tendo em vista que, em alguns casos, toda a persecução penal restará obstada pelo simples fato de que o

⁴⁶ CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, pág. 372.

⁴⁷ MENDES, G. F.; COELHO, I. M.; BRANCO, P. G. G. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. Revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2009, pág. 688.

conhecimento inicial da infração se deu por meios ilícitos. Como bem analisa Eugênio Pacelli, "ao investigado sempre será mais proveitoso a existência de uma prova ilícita, sobretudo se produzida antes do início das investigações. Aí se poderá alegar que todas as demais, subseqüentes, dependeriam da informação obtida com a ilicitude. Daí falar-se em existência de provas autônomas (*independem source*) e em descobertas inevitáveis (*inevitable discovery*) como exceções à proibição ao uso da prova derivada da prova ilícita.

Percebe-se que para evitar uma impunidade generalizada, houve a mitigação da vedação às provas derivadas de prova vedada, devendo ser declarada somente quando evidenciada a sucessão das provas, bem como, quando não possa ser obtida por nenhum outro meio autônomo.

Assim, é notório que o legislador ordinário, regulamentando a previsão constitucional de vedação às provas ilícitas, reconheceu expressamente a vedação no processo penal, das provas derivadas das ilícitas. Porém, ressaltou o caso de obtenção da referida prova por meio de investigação independente, de modo que não esteja contaminado pela ilicitude da prova inicial.

2.4 As provas ilícitas e a Lei n. 11.690/2008

A antiga redação do artigo 157 do CPP era: "*Art. 157. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova*". Contudo, norteados pela Constituição Federal, foi necessário que o legislador infraconstitucional procedesse à atualização do Código processual penal para adequação às normas constitucionais, sendo promulgada a Lei 11.690 de 2008 regulamentando a atuação processual diante de provas ilícitas. A nova redação do art. 157 do CPP foi aprovada nesses termos:

Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais.
§ 1º São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras.

§ 2º Considera-se fonte independente aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova.

§ 3º Preclusa a decisão de desentranhamento da prova declarada inadmissível, esta será inutilizada por decisão judicial, facultado às partes acompanhar o incidente.

§ 4º (VETADO)

Norteada pela previsão constitucional de vedação à utilização das provas ilícitas no processo, a alteração no CPP previu a inadmissibilidade das referidas provas, determinando, ainda, que sejam desentranhadas do processo, ou seja, não poderão ser objeto de apreciação ou fundamentação para sentença condenatória.

O parágrafo primeiro da lei em comento, como visto anteriormente, afirma serem inadmissíveis no processo as provas derivadas das ilícitas, regulamentando assim, o princípio do fruto da árvore envenenada já presente na jurisprudência brasileira. O parágrafo segundo do novo texto do artigo 157 do CPP regulamenta a previsão de fonte independente prevista no parágrafo primeiro.

Por sua vez, o parágrafo terceiro prevê que após a preclusão da decisão que declara a inadmissibilidade da prova vedada, esta deverá ser desentranhada dos autos e inutilizada, podendo ser acompanhado pelas partes referido incidente.

Essa previsão tem por objetivo, além de vedar a utilização ou qualquer valoração da prova para condenação do acusado, manter a imparcialidade do juiz, que poderia, com fundamento os meios de prova presentes nos autos obtidos de forma ilícita, condenar o acusado.

Nesse sentido, Fernando Capez⁴⁸ assevera que:

[...] o preceito legal dispôs acerca do desentranhamento e, uma vez preclusa essa decisão, da destruição dessa prova por decisão judicial, facultando às partes acompanhar esse incidente. Note-se que a jurisprudência já vinha determinando o desentranhamento dessa prova, tendo a 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal admitido a impetração de *habeas corpus* para impugnar a inserção de provas ilícitas em procedimento penal e postular o seu desentranhamento: sempre que, da imputação, pudesse advir condenação à pena privativa de liberdade (STF, 1ª Turma, HC 80.949/RJ, rel. Min. Sepúlveda

⁴⁸ CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, pág. 371.

Pertence, j. 30-10-2001, *DJ*, 14 dez. 2001, p. 26). A autorização para a destruição da prova ilícita, por sua vez, tem suscitado diversos questionamentos, pois poderá inviabilizar a propositura de uma futura revisão criminal, isto é, a utilização dessa prova a favor do acusado, a fim de buscar a sua inocência.

Defende Guilherme Nucci⁴⁹ que:

Tratando-se de uma decisão com força de definitiva, que põe fim a uma controvérsia, o recurso indicado é a apelação (art. 593, II, CPP). Embora o recurso não tenha efeito suspensivo, o art. 157, §3.º, do CPP, evidencia ser possível a destruição somente após a preclusão, ou seja, quando nenhum recurso for interposto ou quando nenhum outro for cabível. Deve-se aguardar, pois, o julgamento da apelação, quando oferecida por qualquer das partes.

Logo, observa-se que sendo inadmissíveis no processo as provas obtidas por meios ilícitos, estas devem, por decisão judicial preclusa, ser desentranhadas dos autos, sendo determinado, ainda, a destruição das referidas prova, eis que não podem ser objeto de análise pelo magistrado, nem ser utilizadas como fundamento para condenação do acusado. É necessário, contudo, aguardar a preclusão da decisão que declara ser proibida a prova, seja pela falta de recurso, ou pela impossibilidade de interposição de novo recurso, para, só então, serem as provas ilícitas desentranhadas dos autos.

Por fim, o parágrafo quarto, que foi vetado pelo então Presidente da República, por entender contrário ao interesse público, possuía o seguinte texto: “§ 4º O juiz que conhecer do conteúdo da prova declarada inadmissível não poderá proferir a sentença ou acórdão”.

O referido dispositivo tinha por finalidade trazer como garantia a descontaminação do julgado, pois se no processo o magistrado já tivesse tido contato com a prova ilegal no processo, não deveria continuar o julgamento do mesmo, devendo passar a outro julgador não influenciado pela prova ilícita.

Por exemplo, se no processo já tivesse sido proferida sentença com base em provas vedadas, a sentença deveria ser anulada e as provas

⁴⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**. 11. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, pág. 381.

desentranhadas dos autos, para que fosse proferida nova sentença. Logo, o magistrado que já havia formado sua convicção e sentenciado com base em provas ilícitas, deveria ser substituído por outro magistrado que não tivesse contato com as prova vedadas, para prolatar nova sentença.

Nesse sentido, adiciona Stephano Pereira⁵⁰:

Veja-se que a tentativa do legislador foi a de otimização do já mencionado dispositivo-guia constante no inciso LVI, do art. 5º da CF/88, pois a vedação das provas obtidas ilicitamente no processo penal, numa visão constitucional e radicalmente garantista, não levaria em consideração a comunicação realizada única e exclusivamente entre a prova e o processo, ou a prova e as provas derivadas (fruto da árvore envenenada), mas, também, a relação entre o sujeito intérprete e o objeto contaminado de ilicitude.

[...]

Seria, portanto, uma ilusão acreditar que o juiz se mostra impermeável à verdade (percepção de verdade) trazida pela prova ilicitamente obtida. Condenaria, só não fundamentando com base na prova ilícita, vez que o ordenamento legal não concede tal permissivo, mas nas demais provas que assim o permitissem. Tem-se, aqui, materialmente falando, um retorno ao sistema da íntima convicção, pautada na *certeza moral do juiz*.

Sendo o magistrado o destinatário da prova, para que forme seu convencimento sobre a existência ou não do fato, com base nas provas lícitas presentes nos autos, provável é que seu contato anterior com as provas vedadas, o influencie pelo conhecimento advindo da referida prova. Nesse sentido, a sequência de atos descrita poderia acarretar em uma parcialidade no julgado.

As razões do veto⁵¹, ouvidos o Ministério da Justiça e a Advocacia Geral da União, foram:

O objetivo primordial da reforma processual penal consubstanciada, dentre outros, no presente projeto de lei, é imprimir celeridade e simplicidade ao desfecho do processo e assegurar a prestação jurisdicional em condições adequadas. O referido dispositivo vai de encontro a tal movimento, uma vez que pode causar transtornos razoáveis ao andamento

⁵⁰ SEREJO, Stephano Pereira. **Provas ilícitas e o devido processo legal: Uma análise a partir da Lei nº. 11.690/2008**. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8118>. Acesso em: 19 de agosto de 2014.

⁵¹ PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. **Veto - Mensagem nº 350 de 09 de junho de 2008**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ Ato2007-2010/2008/Msg/VEP-350-08.htm>. Acesso em: 19 de agosto de 2014.

processual, ao obrigar que o juiz que fez toda a instrução processual deva ser, eventualmente substituído por um outro que nem sequer conhece o caso.

Ademais, quando o processo não mais se encontra em primeira instância, a sua redistribuição não atende necessariamente ao que propõe o dispositivo, eis que mesmo que o magistrado conhecedor da prova inadmissível seja afastado da relatoria da matéria, poderá ter que proferir seu voto em razão da obrigatoriedade da decisão coligada.

Assim, percebe-se que o parágrafo quarto foi vetado para garantir celeridade e simplicidade à conclusão do processo garantindo que o magistrado que atuar durante o curso processual tem maior conhecimento para sentenciá-lo, diferentemente do que ocorreria na indicação de outro julgador para estudar todo o processo e julgá-lo.

Não obstante, afirma Ubirajara de Almeida⁵²:

O Magistrado deve buscar sempre a sua livre apreciação da prova, motivo pelo qual se reveste de todas as formalidades no âmbito do direito. Mas, diante da natureza humana, seria impossível que a carga negativa, trazida por uma prova ilegal não trouxesse vícios irremediáveis ao pleito e, contudo a sua decisão.

[...] a finalidade da prova é o convencimento do juiz que é o seu destinatário final, sendo assim, o contato do magistrado com a prova ilícita só pode trazer conseqüências catastróficas ao processo, pois a sua convicção será formada por um meio de prova incabível no sistema jurídico brasileiro.

Logo, mesmo falando-se em celeridade, não deveria o magistrado que teve contato com a prova ilícita prolatar sentença, ou fazer o novo julgamento. Observada a natureza humana, o julgador sabendo do conteúdo da prova ilícita, mesmo ter sido desentranhada dos autos, seria influenciado pelo seu conteúdo.

Portanto, estando vetado, o parágrafo supracitado não é aplicável ao nosso sistema jurídico, sendo esperado, contudo, que quando no exercício de sua competência exclusiva, para análise dos vetos do Poder Executivo, o Congresso Nacional possa derrubar o referido veto, garantido assim, que as provas ilícitas uma

⁵² ALMEIDA, Ubirajara Assis de. **O veto do § 4º do artigo 157 do Código de Processo Penal e a descontaminação do julgado**. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/5767/O-veto-do-4o-do-artigo-157-do-Codigo-de-Processo-Penal-e-a-descontaminacao-do-julgado>>. Acesso em: 19 de agosto de 2014.

vez desentranhadas dos autos, não exerçam qualquer influencia sobre o seu julgador.

CAPÍTULO 3. A APLICABILIDADE DA PROVA ILÍCITA NO DIREITO PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO

Para determinar se deve ser aceita a utilização das provas obtidas por meios ilícitos, é necessário entender quais são as correntes doutrinárias existentes acerca do tratamento dispensado às provas ilícitas no processo, bem como, determinar qual entendimento predominante.

3.1 Posições doutrinárias

Acerca da aceitabilidade da utilização de provas ilícitas no processo penal brasileiro, há posicionamento nos dois extremos, pela total inadmissibilidade ou total admissibilidade, bem como, posicionamentos que defendem o meio termo, que sugerem observar o caso concreto.

A primeira corrente defende ser admissível a utilização das provas obtidas por meio ilícito no processo. Sobre o tema Ada Pellegrini⁵³ afirma que:

Parte da doutrina segue a tendência de considerar processualmente inadmissível a prova ilícita somente se o impedimento seja contido na própria lei processual. Afirma-se que a transgressão de norma materiais, efetivada no momento da obtenção da prova, não pode levar senão à caracterização de sanções penais, civis ou administrativas, previstas para o infrator pelo ordenamento jurídico.

[...]

Os autores que defendem essa posição afirmam que deduzir da violação da norma protetora de um direito material, ainda que fundamental, a nulidade de todos os atos praticados (culminando, por conseqüência, na invalidade de toda prova) significa incorrer em um “salto lógico” e em uma petição de princípio, a qual propõe que não há nenhuma razão para passar da norma abstrata que garante um direito (de personalidade, de intimidade etc.) à inadmissibilidade da prova (de uma gravação, por exemplo), obtida violando esses direitos.

⁵³ GRINOVER, Ada Pellegrini. **Provas ilícitas, interceptações e escutas**. 1. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, pág. 143.

Logo, segundo a corrente supracitada, a prova ilícita seria inadmissível se ocorresse violação à norma de direito processual, pois estas foram colhidas em contrariedade à lei. Por sua vez, a norma de direito material representa a verdade, devendo, contudo, o responsável pela coleta da prova, responder na esfera penal, administrativa e/ou cível, não havendo que se falar em desentranhamento da prova.

No mesmo sentido, Fernanda Pinheiro⁵⁴:

A corrente favorável à admissibilidade no processo de provas obtidas por meios ilícitos, também, com posicionamentos extremados, não traz nenhuma segurança jurídica ao processo. Defende ser admissível sempre, em qualquer hipótese, a prova ilícita, até em razão de a ilicitude dizer respeito à forma de obtenção, não atingindo seu conteúdo, ou seja, pouco importa como se obteve a prova desde que seu conteúdo seja verdadeiro.

Para os defensores desta corrente, semente podem ser rejeitadas as provas violadoras de uma norma instrumental, ou seja, as ilegítimas, por serem segundo estes, as únicas que dispõem de uma sanção de natureza processual. Uma vez ocorrendo, uma violação à norma material (prova ilícita) acarretaria uma sanção específica, que não o afastamento da prova do processo. Por conseguinte, pune-se o violador da norma de direito material, aplicando-lhe a sanção respectiva, mas não se retira a prova ilícita do processo, pois neste só poderiam ser rejeitadas as provas que tivessem violado norma instrumental que detêm sanção especificamente processual.

Assim, a total admissibilidade da prova ilícita configura um extremo, de não haver desentranhamento da prova qualquer que seja o direito material violado para a sua obtenção, ainda que se trate de direito fundamental. Tal posicionamento se justificaria por considerar importante a verdade e sendo verdadeiro o documento, não deveria ser desentranhado dos autos.

Devem ser desentranhadas dos autos somente as provas violadoras das normas de natureza processual, porquanto em tais casos, existe uma sanção de natureza instrumental, qual seja, o desentranhamento da referida prova. Contudo, se houver violação da legislação protetora dos direitos materiais, deve o agente ser responsabilizado, não podendo recair sanção sobre a prova ilícita juntada aos autos.

⁵⁴ PINHEIRO, F. L. S. **Princípio da proibição da prova ilícita no processo civil**. Curitiba: Juruá, 2004, pág. 125.

Entretanto, por haver expressa previsão constitucional acerca da inadmissibilidade da prova ilícita no processo, poucos são os seguidores desta corrente. Nesse sentido, Fernanda Pinheiro⁵⁵ observa que:

Desde a entrada em vigor da Constituição Federal, poucos são os adeptos desta corrente e praticamente é nula na jurisprudência a existência de decisões neste sentido. Para os que ainda defendem uma admissibilidade mais ampla, as provas obtidas por meios ilícitos não devem ser recepcionadas no processo como prova direta, mas não há como ignorar as informações trazidas pelas partes, por isto tais provas devem ingressar no processo como indícios, sendo que tudo que for descoberto lícitamente, a partir destes indícios poderá ser validamente admitido em juízo.

Assim, para os poucos que defendem a admissibilidade mais ampla das provas ilícitas, afirmam que elas não devem ser desentranhadas dos autos, permanecendo não mais como provas, mas como meros indícios, e tudo que for descoberto a partir desses indícios seria validamente admitido.

Em que pese os adeptos dessa teoria defenderem a possibilidade de uma aceitação ampliada das provas ilícitas, a CF/88 trouxe o princípio da vedação à utilização das referidas provas.

Com o advento da Lei nº 11.690/2008 que alterou o teor do artigo 157 do CPP, não mais há que se falar nessa teoria, pois restou vedada a permanência das prova ilícitas no processo, não podendo permanecer nem mesmo como indícios. Ademais, as prova obtidas a partir desses indícios, ou seja, as provas derivadas da prova ilícita, devem ser retiradas dos autos, com fundamento no princípio do fruto da árvore envenenada.

A teoria diversa representa o outro extremo, da total inadmissibilidade da prova ilícita no processo, com fundamento, principalmente, nos direitos fundamentais protegidos de forma expressa pela Carta Magna.

Pellegrini⁵⁶ defende que:

Parte da doutrina, entretanto, sustenta que, mesmo do ponto de vista processual, não é possível ao juiz colocar, como fundamento da sentença, prova obtida ilicitamente.

⁵⁵ PINHEIRO, F. L. S. **Princípio da proibição da prova ilícita no processo civil**. Curitiba: Juruá, 2004, pág. 128.

⁵⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini. **Provas ilícitas, interceptações e escutas**. 1. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, pág. 147.

A tese é ditada pela preocupação de assegurar, em qualquer caso, a legalidade na repressão do crime, e pode ser justificada pela consideração de que as sanções previstas para o ato ilícito do funcionário de polícia são raramente aplicadas, de modo que somente a inadmissibilidade, no processo penal, da prova ilegalmente obtida pode cortar cerce o arbítrio do poder público. A tese em questão também se justifica pela consideração de que as sanções extraprocessuais, ainda que aplicadas, não poderiam eliminar a incongruência de que a repressão da infração penal se realize apenas mediante a comissão de ato que tem as características do ilícito e, frequentemente, do ilícito penal. Pontua-se que tal incongruência é inaceitável no Estado de direito.

Assim, têm-se que a prova obtida de forma ilícita não pode servir de fundamento da sentença do magistrado, seja qual for o caso, para condenar ou inocentar o acusado.

É defendido, também, por essa teoria, que as sanções dos atos ilícitos dos agentes da polícia raramente são aplicadas, sendo que resta necessário determinar o afastamento de qualquer prova obtida de forma ilegal para desestimular o cometimento de atos, caracterizados como ilícitos penais, na busca de tais provas.

Pinheiro⁵⁷ alega que:

Para os defensores dessa corrente, em nenhuma hipótese se admitirá a prova obtida por meio ilícito, ou seja, exprime-se uma negativa peremptória de se emprestar validade e eficácia a esta prova.

[...]

Nesta linha, como primeira base justificadora da inadmissibilidade das provas ilicitamente obtidas, tem-se a afirmação de que o Direito é unitário e não composto por compartimentos estanques, por áreas separadas, em que, se for considerada ilícita a prova, não há, em qualquer hipótese, como admiti-la, seja em qualquer ramo, pois o que é ilícito para um, o é para o outro.

Em sequencia, outro motivo justificador desta teoria tem como suporte o principio da moralidade dos atos praticados pelo Estado, em que se entende que, por mais que outros direitos possam vir a ser protegidos, no caso de admissibilidade de uma prova ilícita, não há como se admitir que esta obtenção se dê á custa de ofensas a outros direitos fundamentais.

E por fim, há quem se posiciona contrario à prova ilícita, por acreditar e defender que, uma vez admitida tal prova, se estaria ofendendo a própria Constituição, ou seja, toda prova ilícita, segundo esta

⁵⁷ PINHEIRO, F. L. S. **Princípio da proibição da prova ilícita no processo civil**. Curitiba: Juruá, 2004, pág. 121.

corrente, é inconstitucional por violar valores fundamentais do indivíduo.

Logo, para os defensores dessa teoria, que representa o outro extremo, a utilização da prova ilícita no processo é vedada qualquer que seja o caso analisado.

Os fundamentos para tal rejeição, que podem apresentar-se conjuntamente ou de forma separada, são: a alegação de que o direito é unitário, não podendo uma prova ilícita para um ramo do direito ser utilizado em outro ramo; o princípio da moralidade que deve reger os atos dos agentes estatais, não podendo se admitir que violem direitos fundamentais mesmo que para proteção de outros; por fim, por violação da própria constituição, eis que a prova ilícita atinge os direitos fundamentais previsto na CF/88.

Ainda sobre o tema, Pinheiro⁵⁸ sustenta que:

O legislador constituinte de 1988, até em função do longo período de ditadura militar, com um total desrespeito aos direitos dos cidadãos, optou por adotar uma postura mais estanque ao estabelecer no art. 5º, inc. LVI, a proibição da admissão da prova ilicitamente obtida, não especificando qualquer espécie de exceção ou flexibilização.

Assim, tendo o Brasil passado por um longo período de ditadura, no qual era autorizado que os agentes do estado cometessem todos os tipos de abuso e de injustiça em nome de “um bem maior”, o constituinte originário de 1988 entendeu por estabelecer de forma expressa a inadmissibilidade da prova ilícita no processo, sem qualquer exceção. O que justifica o posicionamento dos defensores dessa tese.

Por fim, buscando uma solução que não fosse extremista, surgiu a corrente da proporcionalidade, na qual é vedada a utilização das provas obtidas por meios ilícitos, em regra, contudo, a depender da situação no caso seria possível a sua admissibilidade.

Nesse sentido, Fernanda Pinheiro⁵⁹:

⁵⁸ PINHEIRO, F. L. S. **Princípio da proibição da prova ilícita no processo civil**. Curitiba: Juruá, 2004, pág. 123.

⁵⁹ Op. cit., pág. 128.

Com a finalidade de evitar extremismos e tornando-se atualmente, conforme nosso entendimento, a corrente mais segura para solucionar os casos de admissibilidade ou inadmissibilidade da prova ilícita, surgiu a corrente intermediária, que visa buscar um equilíbrio entre as correntes anteriores. Seu fundamento se encontra no princípio da proporcionalidade alemã ou da razoabilidade americana. [...]

Para os seguidores desta corrente, a regra geral, até em função da sua previsão constitucional, é a inadmissibilidade da prova ilícita. Mas esta adoção não se dá de forma extrema, pois se reconhece que existem valores, muitas vezes, de maior importância do que os protegidos pela proibição, justificando-se o sopesamento dos bens jurídicos, e conforme o caso concreto, não haveria por quê afastar a prova ilicitamente obtida.

Do mesmo modo, afirma Pellegrini⁶⁰:

Dentro da corrente doutrinária que pretende reunir, na visão constitucional a ilicitude material e a inadmissibilidade processual da prova, notamos uma tendência, inicialmente jurisprudencial, no sentido de corrigir possíveis distorções que poderiam ser geradas pelo entendimento rigidamente aplicado a casos de excepcional gravidade.

Nesses casos, e sempre em caráter excepcional, os tribunais alemães têm admitido prova obtida com violação à Constituição, se tal obtenção, bem como a admissibilidade dessa prova, for considerada como a única forma, possível e razoável, para proteger outros valores fundamentais, considerados mais urgentes pela avaliação da Corte. Trata-se do critério denominado *Verhältnismässigkeitsprinzip*, um critério de proporcionalidade sobre o qual se baseia a exceção aos princípios de exclusão da prova ilícita. Um exemplo dado por *Bundesgerichtshof*, nesse caso, é a gravação secreta de entendimentos feitos com a finalidade de extorsão, caso a gravação seja feita pelo indivíduo em sua legítima defesa.

Dessa forma, trazendo um equilíbrio em comparação às teses anteriores, de forma a evitar situações extremas, deve-se ponderar o caso em concreto para poder afirmar se a prova pode ser admitida ou não.

Essa corrente surgiu para evitar os problemas das antigas. Um exemplo, seria a possibilidade de um grave criminoso fugir à justiça em decorrência de uma única e pequena prova ilícita ter desencadeado a descoberta das demais provas que comprovaram as barbáries cometidas pelo acusado. Tais provas, pelo

⁶⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini. **Provas ilícitas, interceptações e escutas**. 1. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, pág. 151.

princípio do fruto da árvore envenenada seriam desentranhadas dos autos, deixando a impunidade do acusado prevalecer.

Por sua vez, a possibilidade de utilização ilimitada da prova ilícita, faria com que os agentes estatais, em sua busca pelas provas necessárias à condenação do acusado, agissem de forma a buscar a verdade acima de tudo, violando quaisquer direitos, inclusive os próprios direitos fundamentais protegidos pela Constituição, esvaziando, assim, as próprias proteções existentes em seu texto.

Destarte, a teoria da proporcionalidade, de forma mais equilibrada, considera a prova ilícita no caso concreto, podendo a depender da situação, considerar a prova ilícita, com conseqüente desentranhamento dos autos, ou pode considera-la utilizável, eis que pretende proteger outro direito fundamental. Contudo, a tese da proporcionalidade não veio sem críticas, pois segundo Pellegrini⁶¹:

A exceção aos princípios de exclusão da prova ilícita, baseada no equilíbrio de valores conflitantes fundamentais, ou seja, no “princípio da proporcionalidade”, pode, evidentemente, tornar-se perigosa por seu próprio subjetivismo, havendo casos em que os tribunais alemães já a aplicaram extensivamente.

Assim, quando da aplicação do princípio da proporcionalidade, fundamentado na preponderância de um direito específico sobre outro - a vedação às provas ilícitas no processo - será necessário observar se ocorre demasiado subjetivismo do julgador de forma a não se esvazie a vedação constitucional.

Dessa forma, podemos perceber que, buscando uma solução mais equilibrada à análise das provas ilícitas, de forma a evitar os extremos pela sua total admissibilidade ou total inadmissibilidade, surgiu a teoria da proporcionalidade, na qual a regra é a vedação àquelas provas, mas que a depender da situação a ser analisada, poderá o juízo entender ser proporcional e justificável a sua utilização.

3.2 A supremacia da Constituição e a antinomia entre normas constitucionais

⁶¹ GRINOVER, Ada Pellegrini. **Provas ilícitas, interceptações e escutas**. 1. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, pág. 152.

No estudo do Direito Constitucional, diversos autores definem critérios para a classificação das constituições. Um desses critérios, segundo Gilmar Mendes⁶², é quanto à estabilidade ou consistência, que classifica as constituições em: imutáveis, que seriam as constituições utópicas, que nem mesmo prevêm o modo para serem emendadas; rígidas, são as constituições que mesmo aceitando emendas, reformas ou revisões, dificultam o processo para alteração; flexíveis, ao contrário, podem ser modificadas pelo mesmo processo para mudar as leis em geral, sendo seu texto alterado sempre que são promulgadas novas leis comuns; e a semi-rígida, que é dotada de partes rígidas e partes flexíveis.

A Constituição Federal do Brasil é classificada, pela maioria doutrinária, como rígida. Em decorrência dessa rigidez, a CF/88 ocupa o patamar mais alto da hierarquia das normas do direito brasileiro, conferindo validade às demais normas jurídicas; distribui competências e poderes entre os diversos entes da administração pública direta: União, estados, Distrito Federal e Municípios; organiza órgãos, ou seja, é a lei máxima, basilar de toda a vida estatal, devendo ser obrigatoriamente cumprida e zelada por quem quer que aja em nome do Estado.

Afirma Lenza⁶³:

A rigidez constitucional da CF/88 está prevista no art. 60, que, por exemplo, em seu § 2º estabelece um quorum de votação de 3/5 dos membros de cada Casa, em dois turnos de votação, para aprovação das emendas constitucionais. Em contraposição, apenas para aclarar mais a situação lembrada, a votação das leis ordinárias e complementares dá-se em um único turno de votação (art. 65), com quorum de maioria simples (art. 47) e absoluta (art. 69), respectivamente para lei ordinária e complementar. Outra característica definidora da rigidez da CF/88 está prevista nos incisos I, II e III do art. 60, que estabelecem iniciativa restrita: a) de 1/3, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal; b) do Presidente da República; e c) de mais da metade das Assembléias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros, enquanto a iniciativa das leis complementares e ordinárias é geral, de acordo com o art. 61.

Dessa forma, para Pedro Lenza, a Constituição do Brasil é rígida pela previsão de um processo mais árduo para que o texto constitucional possa ser

⁶² MENDES, G. F.; COELHO, I. M.; BRANCO, P. G. G. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. Revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 18.

⁶³ LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 16. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 90.

emendado. Ele justifica a classificação adotada citando exemplos de tramitação: enquanto que as leis ordinárias são apreciadas por maioria simples em um único turno de votação, e as complementares são aprovadas por maioria absoluta dos membros e em um único turno de votação, a emenda constitucional deve ser apreciada e aprovada por 3/5 dos membros de cada Casa do CN, em dois turnos. E enquanto a iniciativa da emenda constitucional é restrita, a iniciativa das leis complementares e ordinárias são gerais, ou seja, tem um rol maior de autoridades competentes para propor projeto de lei.

Conforme o autor Afonso da Silva⁶⁴:

A rigidez constitucional decorre da maior dificuldade para sua modificação do que para a alteração das demais normas jurídicas da ordenação estatal. Da rigidez emana, como primordial consequência, o princípio da supremacia da constituição [...]
[...] Significa que a constituição se coloca no vértice do sistema jurídico do país, a que confere validade, e que todos os poderes estatais são legítimos na medida em que ela os reconheça e na proporção por ela distribuídos. É, enfim, a lei suprema do Estado, pois é nela que se encontram a própria estruturação deste e a organização de seus órgãos; é nela que se acham as normas fundamentais de Estado, e só nisso se notará sua superioridade em relação às demais normas jurídicas.

De acordo com Gilmar Mendes⁶⁵:

[...] pela sua própria localização na base da pirâmide normativa, é a Constituição a instância de transformação da normatividade, puramente hipotética, da norma fundamental, em normatividade concreta, dos preceitos de direito positivo – comandos postos em vigor – cuja forma e conteúdo, por isso mesmo, subordinam-se aos ditames constitucionais. Daí se falar em supremacia constitucional formal e material, no sentido de que qualquer ato jurídico – seja ele normativo ou de efeito concreto –, para ingressar ou permanecer, validamente, no ordenamento, há se mostrar conforme aos preceitos da Constituição.

Para o autor, a Constituição, enquanto norma fundamental, serve de base, fundamento para a pirâmide das normas, ou seja, as demais normas subordinam-se na sua forma e no seu conteúdo às previsões emanadas pela

⁶⁴ SILVA, José Afonso da: **CURSO DE DIREITO CONSTITUCIONAL POSITIVO**. 28ª ed. revista e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 45.

⁶⁵ MENDES, G. F.; COELHO, I. M.; BRANCO, P. G. G. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. Revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 14.

Constituição. Deriva daí, a supremacia da constituição formal e material, que todo ato jurídico, para ser criado e permanecer válido no mundo das normas, deve obediência ao ditame constitucional.

Devido à supremacia constitucional, o ato normativo ou de efeito concreto, não pode desrespeitar o processo de criação e alteração das normas, nem ter conteúdo contrário à Carta Magna, nem mesmo ir além dos ditames da CF/88, criando mecanismos ou hierarquias não previstos.

Decorre daí, por exemplo, a impossibilidade de o legislador infraconstitucional criar no ordenamento jurídico pátrio, lei que preveja ser admissível a utilização de provas ilícitas, eis que estaria afrontando diretamente previsão de texto expresso da CF/88, qual seja, a inadmissibilidade de provas ilícitas no processo.

De outro modo, a Constituição Federal prevê a proteção de diversas garantias e direitos que considera fundamentais. Ocorre que a vida em sociedade gera vários tipos de litígios e, não raramente, ambas as partes que buscam a defesa do seu direito, possuem amparo diretamente da Constituição.

Nesse sentido, Eugenio Pacelli⁶⁶ argumenta que:

Bastaria, porém, a simples consideração de que tais normas têm por destinatário *toda a coletividade*, para se saber que casos haverá em que a proteção de um implicará a não-tutela de outro. Já aqui demos o exemplo da legítima defesa, e podemos alinhar um outro, realmente, clássico: o do estado de necessidade.

O conflito de interesses, presente na realidade da vida desde os primórdios da existência humana, é inevitável pelo simples fato da convivência social.

No plano da previsão normativa e, mais especificamente, no plano das normas constitucionais, por vezes será também impossível a proteção de todos os direitos assegurados na ordem jurídica, pelo fato de que, muito mais frequentemente do que se imagina, o exercício de um, por alguém, impedirá ou atingirá o exercício do outro, de um terceiro.

Dessa forma, é necessária a criação de critérios de interpretação que devem ser utilizados no caso de conflito de normas constitucionais, eis que não há hierarquia entre os textos da constituição, devendo ser interpretados de forma integrada. Esse é o teor do princípio da unidade da constituição.

⁶⁶ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 15. ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, pág. 375.

Conforme Pedro Lenza⁶⁷, sobre o princípio supracitado:

A Constituição deve ser sempre interpretada em sua globalidade como um todo e, assim, as aparentes antinomias deverão ser afastadas.

As normas deverão ser vistas como preceitos integrados em um sistema unitário de regras e princípios.

Conforme anota Canotilho, “como ‘ponto de orientação’, ‘guia de discussão’ e ‘factor hermenêutico de decisão’, o princípio da unidade obriga o intérprete a considerar a Constituição na sua globalidade e a procurar harmonizar os espaços de tensão (...) existentes entre as normas constitucionais a concretizar (ex.: princípio do Estado de Direito e princípio democrático, princípio unitário e princípio da autonomia regional e local)”.

Logo, as antinomias das normas constitucionais são aparentes, devendo ser afastadas através da interpretação da constituição como um todo, devendo o intérprete harmonizar todas as normas previstas em seu texto.

Sobre o princípio da concordância prática ou da harmonização, alega Lenza⁶⁸:

Partindo da idéia de unidade da Constituição, os bens jurídicos constitucionalizados deverão coexistir de forma harmônica na hipótese de eventual conflito ou concorrência entre eles, buscando, assim, evitar o sacrifício (total) de um princípio em relação a outro em choque. O fundamento da idéia de concordância decorre da inexistência de hierarquia entre os princípios.

Nas palavras de Canotilho, “o campo de eleição do princípio da concordância prática tem sido até agora o dos direitos fundamentais (colisão entre direitos fundamentais ou entre direitos fundamentais e bens jurídicos constitucionalmente protegidos). Subjacente a este princípio está a ideia do igual valor dos bens constitucionais (e não uma diferença de hierarquia) que impede, como solução, o sacrifício de uns em relação aos outros, e impõe o estabelecimento de limites e condicionamentos recíprocos de forma a conseguir uma harmonização ou concordância prática entre estes bens”.

Então, como visto acima, pelo princípio da concordância prática, tem-se a ideia de unidade da Constituição, em que um princípio não deve ser aplicado de forma a retirar total eficácia de outro princípio constitucional, porquanto não existe hierarquia entre os princípios constitucionais.

⁶⁷ LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 16. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2012, pág. 156.

⁶⁸ Op. Cit. pág. 157.

Assim, deve o julgador interpretar as normas constitucionais de forma integrada, evitando o sacrifício de um princípio ou norma constitucional frente a outro que esteja em aparente contrariedade.

Logo, estando a Constituição Federal no topo da pirâmide do ordenamento jurídico pátrio, servindo de fundamento para as demais espécies legislativas infraconstitucionais, não podem estas normas estar em contrariedade à CF/88. E dentro da própria Constituição, todas as normas possuem a mesma hierarquia não podendo uma previsão retirar eficácia de outra.

Para isso, deve o intérprete proceder à análise do texto constitucional compreendendo que o texto é uno, não havendo hierarquia entre as diversas previsões constitucionais, não podendo ser aplicado qualquer norma, de forma a retirar eficácia de outra previsão constitucional, devendo ambas as normas em contrariedade, conviverem de forma harmônica.

3.3 O princípio da proporcionalidade e a posição do STF

Sabendo-se que não há na CF/88 direitos ou princípios absolutos, nem mesmo os direitos fundamentais, pode-se concluir que a vedação constitucional de inadmissibilidade às provas ilícitas também não deve ser aplicada de forma radical.

Diante desse entendimento, são inaplicáveis no ordenamento jurídico pátrio as teorias da admissibilidade absoluta, assim como da inadmissibilidade absoluta. A primeira considera utilizável qualquer que seja a prova ilícita, posicionamento que conflita com o texto expresso da Constituição; a segunda, por sua vez, considera todas as prova ilícitas totalmente inadmissíveis, o que poderia esvaziar outros direitos fundamentais, o que também não é correto, já que além de não haver hierarquia entre as normas constitucionais, a constituição deve ser interpretada de forma integrada, harmônica.

Após essas constatações, pode-se perceber que optou-se por uma certa relativização quando da aplicabilidade da regra constitucional, de modo que passou-se a utilizar uma teoria que mais se adéqua ao sistema jurídico brasileiro, a

teoria da proporcionalidade, ou, como também é conhecida, teoria da preponderância dos bens, conforme José Hélio⁶⁹:

Em suma, a teoria da proporcionalidade ou razoabilidade, também chamada de teoria do balanceamento ou da preponderância dos interesses, consiste, especificamente, numa criação doutrinária e jurisprudencial que se coloca no sistema das provas ilícitas, admitindo, na hipótese de choque entre dois ou mais valores constitucionalmente relevantes, que se escolha, no caso concreto, aquele que merece prosperar.

Sobre a teoria da proporcionalidade, defende Fernando Capez⁷⁰:

Entra aqui o princípio da proporcionalidade, segundo o qual não existe propriamente um conflito entre as garantias fundamentais. No caso de princípios constitucionais contrastantes, o sistema faz atuar um mecanismo de harmonização que submete o princípio de menor relevância ao de maior valor social.

Foi na Alemanha, no período do pós-guerra, que se desenvolveu a chamada teoria da proporcionalidade (*Verhältnismässigkeitsprinzip*). De acordo com essa teoria, sempre em caráter excepcional e em casos extremamente graves, tem sido admitida a prova ilícita, baseando-se no princípio do equilíbrio entre os valores contrastantes (admitir uma prova ilícita para 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.

Assim, pelo princípio da proporcionalidade, não existirá um conflito entre os direitos fundamentais, pois deverá haver a interpretação harmônica das normas, de modo a submeter no caso concreto, o bem de menor importância ao de maior importância.

⁶⁹ MARCELO JÚNIOR, José Hélio. **Estudo das provas ilícitas e o critério da proporcionalidade no processo penal.** Disponível em: <http://atualidadesdodireito.com.br/eduardocabette/2012/05/08/estudo-das-provas-ilicitas-e-o-criterio-da-proporcionalidade-no-processo-penal/>. Acesso em: 03 de setembro de 2014.

⁷⁰ CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal.** 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, pág. 367.

A teoria supracitada teve origem na Alemanha, e aceita a utilização de provas ilícitas, somente, em casos excepcionais e de extrema gravidade, com base no princípio do equilíbrio entre os valores contrastantes.

No mesmo sentido, Fernanda Pinheiro⁷¹ assevera:

Defendem os seguidores desta corrente intermediária que o magistrado, no momento em que se deparar com uma situação em que surja no processo uma prova obtida ilicitamente, deve aplicar ao caso concreto o princípio da proporcionalidade, em que se sopesarão os bens jurídicos e/ou os valores que estão em jogo, devendo ele se posicionar de forma a proteger o de maior carga valorativa. Pois, mesmo que tal proibição (da prova ilícita) seja norma constitucional há que se lembrar que nenhum princípio constitucional, é absoluto, uma vez que tem que conviver com outras regras e princípios também constitucionais.

Logo, o magistrado deparando-se com um processo portador de provas ilícitas, não deve proceder ao seu imediato desentranhamento, eis que o princípio da vedação à provas ilícitas não é absoluto. É necessário ponderar qual dos princípios constitucionais possui no caso concreto maior valoração, de modo que não pode um princípio ou norma constitucional ser totalmente afastado por outra norma da CF/88.

Para Guilherme Nucci⁷²:

A denominada teoria da proporcionalidade (“teoria da razoabilidade” ou “teoria do interesse predominante”) tem por finalidade equilibrar os direitos individuais com os interesses da sociedade, não se admitindo, pois, a rejeição contumaz das provas obtidas por meios ilícitos. Sustentam os defensores dessa posição que é preciso ponderar os interesses em jogo, quando se viola uma garantia qualquer. Assim, para a descoberta de um seqüestro, libertando-se a vítima do cativeiro, prendendo-se e processando-se criminosos perigosos, por exemplo, seria admissível a violação do sigilo das comunicações, como a escuta clandestina. Essa teoria vem ganhando muitos adeptos atualmente, sendo originária da Alemanha.

Logo, para a teoria da proporcionalidade, não pode ser a prova obtida por meios ilícitos ser desentranhada dos autos de forma habitual, eis que o

⁷¹ PINHEIRO, F. L. S. **Princípio da proibição da prova ilícita no processo civil**. Curitiba: Juruá, 2004, pág. 129.

⁷² NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**. 11. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, pág. 371.

seu desentranhamento não é obrigatório, pois ficará a cargo do julgador a valoração no caso concreto da importância dos direitos constitucionais em contraste.

Citando exemplos, Capez⁷³ se posiciona no mesmo sentido:

Um exemplo em que seria possível a aplicação desse princípio é o de uma pessoa acusada injustamente, que tenha na interceptação telefônica ilegal o único meio de demonstrar a sua inocência. No dilema entre não se admitir a prova ilícita e privar alguém de sua liberdade injustamente, por certo o sistema se harmonizaria no sentido de excepcionar a vedação da prova, para permitir a absolvição. Um outro caso seria o de uma organização criminosa que teve ilegalmente seu sigilo telefônico violado e descoberta toda a sua trama ilícita. O que seria mais benéfico para a sociedade: o desbaratamento do grupo ou a preservação do seu “direito à intimidade”?

Os casos de aplicabilidade da teoria da proporcionalidade são divididos em *pro reo* e *pro societate*; quando beneficiar ou réu/ acusado ou em favor da sociedade/desfavor do réu, respectivamente.

Capez⁷⁴ explica que:

A prova, se imprescindível, deve ser aceita e admitida, a despeito de ilícita, por adoção do princípio da proporcionalidade, que deve ser empregada *pro reo* ou *pro societate*. Ressalvamos apenas a prática de tortura, que, por afrontar normas de direito natural, anteriores e superiores às próprias Constituições, jamais pode ser admitida, seja para que fim for.

Sendo imprescindível a prova obtida de forma ilícita, pelo princípio da proporcionalidade, deve ser utilizada tanto *pro reo*, quanto *pro societate*. Contudo, o autor opina ser vedada em qualquer caso a prova ilícita obtida com a prática de tortura, eis que violaria normas do direito mais básico, do direito natural.

Não obstante, para o ordenamento pátrio, a principal mitigação do princípio da vedação à provas obtidas de maneira ilícita é quando estas beneficiarem o réu, como, por exemplo, quando em confronto com o direito à ampla defesa.

Sobre o tema, Capez⁷⁵ se posiciona no sentido de que:

⁷³ CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, pág. 368.

⁷⁴ Op. cit., pág. 370.

⁷⁵ Op. cit., pág. 369.

De fato, a tendência da doutrina pátria é a de acolher essa teoria, para favorecer o acusado (a chamada prova ilícita *pro reo*), em face do princípio do *favor rei*, admitindo sejam utilizadas no processo penal as provas ilicitamente colhidas, desde que em benefício da defesa (Súmula 50 das Mesas de Processo Penal da USP).

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 escudo 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.

No mesmo sentido, César da Silva⁷⁶ aduz que:

Portanto, se for possível ao acusado demonstrar sua inocência através de uma prova obtida ilicitamente, certamente ela poderá ser utilizada no processo, haja vista a preponderância do direito à liberdade sobre a inadmissibilidade da prova ilícita no âmbito processual. Trata-se de aplicação do princípio da proporcionalidade em benefício do acusado.

Além desses argumentos jurídicos, outro motivo lógico é que não seria justo deixar alguém ser condenado por uma infração penal, quando é possível demonstrar sua inocência através de uma prova obtida ilicitamente.

Ou seja, é amplamente aceita a possibilidade de utilização das provas ilícitas em favor do réu, pois, aplicando-se o princípio da proporcionalidade, o acusado poderá utilizar provas ilícitas para comprovar sua inocência, eis que, no caso concreto, o direito à liberdade irá preponderar sobre o princípio da inadmissibilidade das provas ilícitas no processo.

Ademais, outro fundamento para a utilização das referidas provas, é para impedir que injustamente um inocente seja condenado e tenha sua liberdade restrita. Logo, o princípio da proporcionalidade é aplicável ao direito pátrio, em favor do réu, sem muitas dificuldades.

Diferentemente, é o entendimento da doutrina e jurisprudência pátrias no sentido de não ser admitido o princípio da proporcionalidade *pro societate*. Esse é o entendimento do excelso Supremo Tribunal Federal⁷⁷:

⁷⁶ SILVA, C. D. M. da. **Provas ilícitas**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, pág. 23

PROVA ILÍCITA. MATERIAL FOTOGRÁFICO QUE COMPROVARIA A PRÁTICA DELITUOSA (LEI Nº 8.069/90, ART. 241). FOTOS QUE FORAM FURTADAS DO CONSULTÓRIO PROFISSIONAL DO RÉU E QUE, ENTREGUES À POLÍCIA PELO AUTOR DO FURTO, FORAM UTILIZADAS CONTRA O ACUSADO, PARA INCRIMINÁ-LO. INADMISSIBILIDADE (CF, ART. 5º, LVI). - A cláusula constitucional do *due process of law* encontra, no dogma da inadmissibilidade processual das provas ilícitas, uma de suas mais expressivas projeções concretizadoras, pois o réu tem o direito de não ser denunciado, de não ser processado e de não ser condenado com apoio em elementos probatórios obtidos ou produzidos de forma incompatível com os limites ético-jurídicos que restringem a atuação do Estado em sede de persecução penal. - A prova ilícita - por qualificar-se como elemento inidôneo de informação - é repelida pelo ordenamento constitucional, apresentando-se destituída de qualquer grau de eficácia jurídica. - Qualifica-se como prova ilícita o material fotográfico, que, embora alegadamente comprobatório de prática delituosa, foi furtado do interior de um cofre existente em consultório odontológico pertencente ao réu, vindo a ser utilizado pelo Ministério Público, contra o acusado, em sede de persecução penal, depois que o próprio autor do furto entregou à Polícia as fotos incriminadoras que havia subtraído. No contexto do regime constitucional brasileiro, no qual prevalece a inadmissibilidade processual das provas ilícitas, impõe-se repelir, por juridicamente ineficazes, quaisquer elementos de informação, sempre que a obtenção e/ou a produção dos dados probatórios resultarem de transgressão, pelo Poder Público, do ordenamento positivo, notadamente naquelas situações em que a ofensa atingir garantias e prerrogativas asseguradas pela Carta Política (RTJ 163/682 - RTJ 163/709), mesmo que se cuide de hipótese configuradora de ilicitude por derivação (RTJ 155/508), ou, ainda que não se revele imputável aos agentes estatais o gesto de desrespeito ao sistema normativo, vier ele a ser concretizado por ato de mero particular. Doutrina.

Sobre o julgado do STF, Pacelli⁷⁸ se posiciona:

Trata-se de decisão da Suprema Corte, no julgamento do RE nº 251.445/GO (DJU 3.8.2000), Relator o eminente Ministro Celso de Mello, cuidando da seguinte hipótese: "T (em referência a um terceiro), sabendo da prática habitual de crimes contra crianças e adolescentes, por parte de R (réu, na ação penal em comento), adentrou o local de trabalho deste, dali subtraindo diversas fotografias nas quais apareciam diversas crianças nuas e/ou mantendo relações sexuais. De posse do material incriminador, T passou a exigir de R a entrega de dinheiro, sob ameaça de entregar

⁷⁷ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Recurso Extraordinário 251.445 Goiás**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28251445.PROC.%29&base=baseInformativo&url=http://tinyurl.com/nwt7tyh>. Acesso em: 03 de setembro de 2014.

⁷⁸ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 15. ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, pág. 378.

as fotografias à Polícia. Recusada a exigência, as fotos foram efetivamente entregues à autoridade policial, terminando por instruir ação penal instaurada contra R."

Após a absolvição em segunda instância, a Suprema Corte terminou por rejeitar o recurso aviado, sob o fundamento da inadmissibilidade da prova obtida ilicitamente, com violação ao domicílio de R.

Assim, no caso supracitado, em que foram furtadas do domicílio do acusado, diversas fotos de crianças nuas ou mantendo relações sexuais com o acusado, o ex. STF posicionou-se no sentido de serem inadmissíveis as provas obtidas por meios ilícitos no processo, eis que as referidas fotografias foram obtidas com violação ao domicílio, direito este também protegido pela CF/88.

Contudo, Pacelli⁷⁹ comenta o julgamento supracitado:

Como logo se vê, a violação, covarde, de direitos fundamentais (à segurança, à proteção da incapacidade, à intimidade e outros tantos) de vários menores não mereceu a aplicação do princípio da proporcionalidade, preferindo-se manter a proteção do domicílio do acusado, já que, como se sabe, é essa (inviolabilidade do domicílio) uma garantia individual expressa (art. 5º, XI, CF).

Acreditamos que a Suprema Corte perdeu uma grande oportunidade de aplicação do critério da proporcionalidade, sobretudo porque se encontrava diante de uma situação em que as lesões, presentes e futuras, causadas pela infração criminal eram (e serão), a senso comum, imensamente maiores que aquela decorrente da violação do domicílio.

Para o autor, o fato de o acusado abusar sexualmente das crianças e adolescentes, viola importantes direitos fundamentais, dentre eles, a segurança, a intimidade, a proteção da incapacidade e a intimidade. O Supremo preferiu proteger o princípio da inviolabilidade de domicílio do que os demais direitos individuais que estavam sendo violados.

Como também assevera Pacelli, acima, o STF poderia ter utilizado a teoria da proporcionalidade, pois, além de evitar que um crime de tamanha gravidade ficasse impune, aplicaria o referido princípio, num caso em que as violações perpetradas pelo acusado são de maior importância que a invasão de domicílio.

Sobre a aplicabilidade do princípio da proporcionalidade *pro societate*, Capez⁸⁰ alega que:

⁷⁹ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 15. ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, pág. 378.

A tendência, entretanto, tanto da doutrina quanto da jurisprudência é a de aceitar somente *pro reo* a proporcionalidade (STF, 1ª T., HC 74.678/DF, rel. Min. Moreira Alves. Apud Uadi Lammêgo Bulos, *Constituição Federal anotada*, cit., p. 245).

Dessa forma, quanto à aplicabilidade do princípio da proporcionalidade, tanto a doutrina, quanto a jurisprudência aceitam somente o posicionamento *pro reo*.

Contudo, não parece a mais correta a posição adotada pelo Supremo Tribunal Federal, pois, no caso concreto, devem ser levados em consideração todos os direitos e garantias constitucionais, de forma que nenhum direito ou princípio constitucional possa esvaziar o conteúdo de outro direito também constitucional.

Não aceitar a aplicabilidade do princípio da proporcionalidade é afirmar que a vedação às provas obtidas por meios ilícitos, em desfavor do réu, é absoluta. Este posicionamento destoa da jurisprudência e da doutrina pátrias no sentido de não haver princípios ou direitos absolutos na Constituição, pois deve-se manter uma interpretação harmônica e a ponderação de valores das normas aplicáveis.

O caso julgado pelo ex. STF, na qual foram consideradas ilícitas fotos roubadas por terceiro, nas quais o réu abusa sexualmente de crianças (estupro de vulnerável) é de se notar que a Constituição Federal de 1988 prevê como um de seus princípios fundamentais a dignidade da pessoa humana.

Esse princípio está diretamente ligado aos direitos humanos tão amplamente defendidos não só pelo Estado brasileiro, mas por toda a comunidade internacional.

Em que pese as provas terem sido subtraídas do escritório do réu, utilizadas para chantageá-lo, e após, entregues à polícia, certo é que o seu direito à inviolabilidade de domicílio em comparação ao direito à dignidade das crianças. Certo é que, pelo princípio da proporcionalidade, deveria o réu ser processado com base em tais provas, de modo a não possibilitar que crimes graves como esse fiquem impunes pelo afastamento das provas consideradas ilegais.

⁸⁰ CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, pág. 371.

Nesse sentido, Capez⁸¹ defende que:

Entendemos não ser razoável a postura inflexível de se desprezar, sempre, toda e qualquer prova ilícita. Em alguns casos, o interesse que se quer defender é muito mais relevante do que a intimidade que se deseja preservar. Assim, surgindo conflito entre princípios fundamentais da Constituição, torna-se necessária a comparação entre eles para verificar qual deva prevalecer. Dependendo da razoabilidade do caso concreto, ditada pelo senso comum, o juiz poderá admitir uma prova ilícita ou sua derivação, para evitar um mal maior, como, por exemplo, a condenação injusta ou a impunidade de perigosos marginais. Os interesses que se colocam em posição antagônica precisam ser cotejados, para escolha de qual deva ser sacrificado.

Ainda sobre o tema, César da Silva⁸² afirma que:

[...] Inclusive, é pacífico o entendimento de que os direitos e garantias fundamentais elencados na Constituição não são absolutos, encontrando seus limites nos demais direitos e garantias igualmente consagrados na Carta Magna (Princípio da relatividade ou convivência das liberdades públicas).

A vedação da utilização da prova ilicitamente obtida em desfavor do acusado é norma constitucional, não havendo dúvida quanto a isso. O direito à segurança, à liberdade, à propriedade e à saúde são também normas constitucionais.

[...]uma interceptação telefônica ilicitamente obtida em desfavor de uma pessoa acusada de um crime gravíssimo, como a extorsão mediante seqüestro, ocasião na qual está em risco tanto a vida, a saúde, a segurança e o patrimônio de alguém.

[...]

Ora, se simplesmente formos interpretar aquela norma proibitiva de maneira totalmente garantista, para os sequestradores, eles teriam de ser soltos e a sociedade estaria à mercê de indivíduos que certamente iriam praticar outros seqüestros, pondo em risco valores constitucionais tão ou mais importantes que o direito à intimidade.

Logo, não havendo princípios absolutos na CF/88, certo é que a vedação às provas ilícitas no processo é relativa, podendo ser utilizadas em casos gravíssimos. O exemplo dado pelo autor é o caso de uma escuta telefônica no crime de extorsão mediante seqüestro, na qual o direito à intimidade dos sequestradores não deve prevalecer frente a outros direitos de maior importância, como a vida, a liberdade, a saúde, a segurança etc.

⁸¹ CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, pág. 367.

⁸² SILVA, C. D. M. da. **Provas ilícitas**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, pág. 23.

Por fim, não havendo hierarquia entre os princípios constitucionais, se faz necessária a interpretação harmônica das normas da CF/88, pois, conforme o caso concreto, o julgador deve ponderar os direitos em conflito para decidir qual deve prevalecer. Como não é princípio absoluto, a vedação a utilização de provas ilícitas pode ser relativizada frente a outro direito que, em determinado caso, apresente maior importância.

O julgado do STF, RE nº 251.445/GO (*DJU* 3.8.2000), foi publicado há mais de 14 anos e espera-se que em um próximo caso apresentado à corte, esta aplique o princípio da proporcionalidade, não permitindo assim que os direitos e garantias individuais sejam utilizados para encobrir crimes.

CONCLUSÃO

A prova no processo penal tem o importante papel de demonstrar ao julgador as afirmações das partes com o intuito de comprovar a ocorrência ou não de determinada relação fática. Contudo, a Constituição Federal do Brasil, de 1988, sendo a lei fundamental do Estado, prevê expressamente que são vedadas no processo as provas obtidas por meios ilícitos. Ainda assim, não pode essa vedação prevalecer sobre todas as demais normas constitucionais, porquanto nenhuma norma ou princípio da Carta Magna é absoluto.

Pela importância da proibição supracitada, foi editada a lei 11.690/2008 que alterou o artigo 157 do CPP de modo a regulamentar o tratamento a ser dado às provas ilícitas no processo penal, normatizando o princípio dos frutos da árvore envenenada como forma de proteger o direito resguardado constitucionalmente, pois não devem ser admitidas as provas ilícitas, ou as que derivarem delas.

Alguns poucos doutrinadores defendem que as provas vedadas devem ser aceitas em qualquer caso, contudo, em razão da vedação expressa no texto constitucional essa teoria não merece resguardo; também não há como considerar que toda e qualquer prova obtida de forma ilícita devesse ser afastada do processo, pois, não havendo direito absoluto no texto constitucional, a referida vedação também não será absoluta; de modo que a teoria da proporcionalidade defende que, na análise do caso concreto, poderá o julgador ponderar os direitos em conflito para verificar qual deva prevalecer.

Certo é que a doutrina e a jurisprudência pátrias já admitem a teoria da proporcionalidade *pro reo*, sendo, contudo, relutante quanto à possibilidade de aplicação quando for *pro societate*, mesmo em casos excepcionais e de graves violações, ainda que de direitos humanos. Ora, afirmar que as provas ilícitas são vedadas no processo sempre que for *pro societate*, é afirmar que esse direito é absoluto, o que é incoerente, eis que não há hierarquia entre as normas constitucionais.

Conclui-se, em virtude dos argumentos apresentados, que, acerca da aplicabilidade da prova ilícita no processo penal, a teoria da proporcionalidade é

a que mais se adéqua ao ordenamento jurídico brasileiro. A CF/88 defende diversos direitos e todos têm a mesma hierarquia, de modo que não há princípios absolutos na Carta Magna, devendo haver a interpretação harmônica das normas constitucionais e, conforme o caso concreto, um direito prevalecerá sobre o outro. Dessa forma, parece mais acertado caber ao magistrado a análise e ponderação dos direitos, no caso concreto, para decidir qual deva prevalecer, seja em favor do réu, ou em favor da sociedade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Ubirajara Assis de. **O veto do § 4º do artigo 157 do Código de Processo Penal e a descontaminação do julgado**. Disponível em: <http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/5767/O-veto-do-4o-do-artigo-157-do-Codigo-de-Processo-Penal-e-a-descontaminacao-do-julgado>. Acesso em: 19 de agosto de 2014.

BADARÓ, G. H. R. I. **Ônus da prova no processo penal**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BRASIL. **Código de processo penal: Decreto-Lei nº 3.689 (1941)**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em: 01 de agosto de 2014.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil (1988)**. Brasília: Senado Federal, 2011.

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

DONZELE, P. F. L. **Análise nos âmbitos constitucional e processual relativos à aceitação da prova ilícita no processo, assunto que não encontra consenso na doutrina**. Disponível em: <http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/1495/Prova-ilicita>. Acesso em: 19 de agosto de 2014.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Provas ilícitas, interceptações e escutas**. 1. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

INELLAS, G. C. Z. de. **Da prova em matéria criminal**. 1. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 16. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2012.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal, vol. I**. 1. ed. Niterói: Impetus, 2011.

LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 9. ed. Revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2012.

MADEIRA, Ronaldo Tanus. **Da prova e do processo penal**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2003.

MARCELO JÚNIOR, José Hélio. **Estudo das provas ilícitas e o critério da proporcionalidade no processo penal**. Disponível em: <http://atualidadesdodireito.com.br/eduardocabette/2012/05/08/estudo-das-provas->

ilicitas-e-o-criterio-da-proporcionalidade-no-processo-penal/>. Acesso em: 03 de setembro de 2014.

MENDES, G. F.; COELHO, I. M.; BRANCO, P. G. G. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. Revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2009.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**. 11. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 15. ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

PINHEIRO, F. L. S. **Princípio da proibição da prova ilícita no processo civil**. Curitiba: Juruá, 2004.

PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. **Veto - Mensagem nº 350 de 09 de junho de 2008**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Ato2007-2010/2008/Msg/VEP-350-08.htm>. Acesso em: 19 de agosto de 2014.

SEREJO, Stephano Pereira. **Provas ilícitas e o devido processo legal: Uma análise a partir da Lei nº. 11.690/2008**. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8118>. Acesso em: 19 de agosto de 2014.

SILVA, C. D. M. da. **Provas ilícitas**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 28. ed. revista e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2007.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Recurso Extraordinário 251.445 Goiás**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28251445.PROC.%29&base=baseInformativo&url=http://tinyurl.com/nwt7tyh>>. Acesso em: 03 de setembro de 2014.