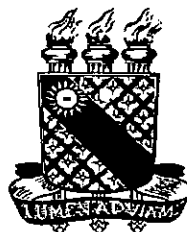


341.434

S235p

(S476
T656)



UNIVERSIDADE ESTADUAL DO CEARÁ

LEONARDO MORAIS BEZERRA SOBREIRA DE SANTIAGO

PROVAS ILÍCITAS NO PROCESSO PENAL

FORTALEZA - CEARÁ

2007

Leonardo Morais Bezerra Sobreira de Santiago

Provas Ilícitas No Processo Penal

Monografia apresentada ao Curso de Especialização em Direito Penal e Processual Penal do Centro de Estudos Sociais Aplicados, da Universidade Estadual do Ceará em convênio com a Escola Superior do Ministério Público, como requisito parcial para obtenção do título de especialista em Direito Penal e Direito Processual Penal.

Orientadora: Profa. Ms Maria Magnólia Barbosa da Silva

Fortaleza - Ceará

2007



Universidade Estadual do Ceará - UECE

Centro de Estudos Sociais Aplicados – CESA

Coordenação do Programa de Pós-Graduação – *Lato Sensu*

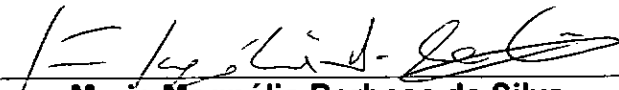
COMISSÃO JULGADORA

JULGAMENTO

A Comissão Julgadora, Instituída de acordo com os artigos 24 a 25 do Regulamento dos Cursos de Pós-Graduação da Universidade Estadual do Ceará / UECE aprovada pela Resolução e Portarias a seguir mencionadas do Centro de Estudos Sociais Aplicados – CESA/UECE, após análise e discussão da Monografia Submetida, resolve considerá-la **SATISFATÓRIA** para todos os efeitos legais:

Aluno (a): Leonardo Moraes Bezerra Sobreira de Santiago
Monografia: Provas Ilícitas no Processo Penal
Curso: Especialização em Direito Penal e Direito Processual Penal
Resolução: 2516/2002 – CEPE, 27 de dezembro de 2002
Portaria: 32/2007
Data de Defesa: 11/6/2007

Fortaleza (Ce), 11 de junho de 2007



Maria Magnólia Barbosa da Silva
Orientadora/Presidente/Mestre



Antonio Cerqueira
Membro/Mestre



Sílvia Lúcia Correia Lima
Membro/ Mestre

O Senhor é meu pastor, e nada me faltará....

Guia-me pelas veredas da Justiça por amor ao seu nome.

(SALMO de Davi 22-23)

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus por ter vencido mais esta etapa de minha vida, à minha amada esposa Aline, aos meus filhos Leonardo Filho e Taís, ao meu pai e à minha saudosa mãe, à Professora Magnólia, pelas horas dedicadas para o sucesso deste trabalho e a todos que contribuíram para a realização deste projeto.

RESUMO

A presente monografia versa sobre as repercussões no processo penal das provas obtidas por meios ilícitos. Possui como objetivo principal analisar a repercussão e as conseqüências processuais da utilização no processo penal destas provas, consideradas constitucionalmente como inadmissíveis, mas que através da utilização do princípio da proporcionalidade vem sendo admitida "*pro reo*", em prol de um direito ou garantia constitucional de maior valor, que constitui a liberdade do indivíduo, o direito de defesa e a presunção de inocência. Procura-se também analisar a possibilidade da aplicação do princípio da proporcionalidade "*pro societate*", em favor da sociedade, e a utilização deste pelo Ministério Público, o qual agindo em defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis poderia valer-se de provas consideradas ilícitas para proteger a liberdade da coletividade. Questiona-se a possibilidade de a não utilização desta provas contribuir para a impunidade no país. Revela-se que as conseqüências processuais da admissão de uma prova ilícita não estão previstas na Constituição nem na legislação infraconstitucional.

Palavras-chave: Provas Ilícitas, princípio da proporcionalidade, provas ilícitas por derivação, direito de defesa, presunção de inocência, direitos fundamentais não absolutos.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	08
1. DIREITO À PROVA.....	10
1.1. Os limites ao direito à prova.....	15
1.2. Considerações sobre a prova ilícita.....	18
2. PROVAS ILÍCITAS POR DERIVAÇÃO - TEORIA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA.....	22
3. O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE.....	29
3.1 O princípio da proporcionalidade " <i>pro reo</i> "	33
3.2 O princípio da proporcionalidade " <i>pro societate</i> ".....	35
CONCLUSÃO.....	47
REFERÊNCIAS.....	50

INTRODUÇÃO

A idéia central deste trabalho consiste em analisar as repercussões no processo penal das provas obtidas por meio ilícito, bem como as conseqüências da admissão ou recusa de tais provas.

No processo penal, para que se chegue à verdade real, são utilizadas provas que influenciarão na formação da convicção do magistrado. Essas provas constituem atos realizados pelas partes e podem ser obtidas através de diversos meios, mas não ilimitadamente.

O art. 5º, LVI da Constituição Federal de 1988 considera inadmissível no processo as provas obtidas por meios ilícitos, consideradas como tal as que contrariam as normas de Direito Material ou de Direitos Fundamentais.

A doutrina americana dos “frutos da árvore envenenada” considera também como prova ilícita, as provas que apesar de obtidas por meios lícitos, são derivadas de provas ilícitas, devendo, portanto, serem igualmente excluídas do processo. Nossos Tribunais têm decidido que, na falta de regulamentação específica, vigora o entendimento que são nulas as provas subseqüentes obtidas com fundamento na prova original obtida por meio ilícito. Este posicionamento, entretanto, somente prevalece quando não há outro meio em chegar na prova, independente da prova ilícita

A aplicação do princípio da proporcionalidade na solução de uma colisão entre princípios fundamentais é bastante discutida. Para a maioria dos estudiosos do direito, o mesmo só deve ser utilizado quando a liberdade do indivíduo, o seu direito

de defesa, estiver em jogo, ou seja, "*pro reo*", prevalecendo o direito à inocência, direito fundamental do indivíduo de maior valor que o a ser resguardado pela vedação da utilização das provas ilícitas no processo penal.

Outros poucos insistem em afirmar que a sociedade também deveria se utilizar de tal princípio para se proteger, pois muitas vezes os criminosos usam o princípio da ilicitude das provas como escudo protetor da prática de atividades ilícitas, aumentando assim a impunidade no país. Partem da premissa de que não há direitos fundamentais absolutos e que o direito à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade também são direitos fundamentais garantidos na Constituição.

A possibilidade de o Juiz levar em consideração uma prova obtida por meio ilícito é questionável. Alguns entendem que tal proibição é absoluta, com base no princípio da moralidade, não podendo se utilizar meios ilícitos nem para combater o crime, pois para estes a prova ilícita ofende à Constituição, aos valores fundamentais do indivíduo e às garantias individuais. Mas, levanta-se a questão de a prova ilícita influenciar no convencimento do magistrado, que mesmo tendo que expurgá-las do processo, pode algumas vezes não conseguir desprezá-las em sua totalidade, quando estas servirem para tomar um fato incontroverso, não resolvido por outra prova lícita.

Destarte, o presente estudo procura analisar a repercussão, no processo penal, das provas obtidas por meios ilícitos e chegar a um convencimento diante das divergentes posições relacionadas à matéria. O método utilizado foi a pesquisa bibliográfica, que através da análise do pensamento de diversos doutrinadores, permitiu que se chegasse a conclusões sobre o assunto.

1. DIREITO À PROVA

A Constituição Federal de 1988 em seu rol de direitos fundamentais assegura a todas as pessoas o direito de ir a juízo e apontar violações ou ameaças a seus direitos. Esse direito chama para o Estado a responsabilidade pela resolução dos litígios, uma vez que o Poder Judiciário não pode deixar de apreciar toda lesão ou ameaça a direito.

Para que possam ter uma efetividade na sua postulação, os litigantes necessitam de provar as sua alegações e assim ajudar no livre convencimento do magistrado. Eles necessitam de meios para certificar os direitos que afirmam ter.

Assim, temos que o direito à prova é decorrente do direito constitucional de ação, ou seja, o princípio da inafastabilidade exposto no art. 5º, XXXV da CF/88¹ é corolário do Direito à prova, uma vez que nada adiantaria os litigantes terem acesso ao Poder Judiciário, se não tivessem o direito de provar as sua alegações.

A prova constitui um conjunto de atos realizados pelos envolvidos no processo, ou seja, pode ser realizada pelas partes, pelo Juiz e por terceiros, destinados a levar ao magistrado a convicção acerca da existência ou inexistência de um fato, da falsidade ou veracidade de uma afirmação, tratando-se, portanto, de todo e qualquer meio de percepção empregado pelo homem com a finalidade de comprovar a verdade de uma alegação, assim leciona Fernando Capez.²

1 Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

2 CAPEZ, Fernando. Curso de Processo Penal. 10ª ed., São Paulo: Saraiva, 2003, p. 243.

SILVA, sobre a prova, assevera que,

“Do latim *proba*, de probare (demonstrar, reconhecer, formar juízo de), entender-se, assim, no sentido jurídico, a demonstração, que se faz, pelos meios legais, da existência ou veracidade de um ato material ou de um ato jurídico, em virtude da qual se conclui por sua existência ou se firma a certeza a respeito da existência do fato ou do ato demonstrado.”³

Para Gomes Filho o termo prova é empregado com variadas significações, mas de forma mais ampla, indica o conjunto de atividades realizadas pelo Juiz e pelas partes na reconstrução dos fatos que constituem o suporte das pretensões deduzidas e da própria decisão.⁴

Provar é procurar se chegar a uma verdade que deve ser conhecida por todos. Nesse sentido é o art. 156 do CPP⁵, quando fala que a prova da alegação incumbirá a quem a fizer. Cumpre aquele que faz uma afirmação em juízo prová-la.

José Frederico Marques⁶ afirma que a prova é “elemento instrumental para que as partes influam na convicção do juiz, e o meio de que este se serve para averiguar sobre os fatos em que as partes fundamentam suas alegações”; para Roberto de Rezende Junqueira⁷ prova define-se como “a demonstração de existência de um fato material ou de um ato jurídico, nos termos da lei”; já para Tourinho Filho⁸, a prova é o instrumento de verificação do *thema probandum*, é fazer conhecer a outros uma verdade conhecida por nós e não pelos outros.

3 SILVA, De Plácido. Vocabulário Jurídico. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 491.

4 GOMES FILHO, Antônio Magalhães. Direito à Prova no Processo Pena. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 41-42.

5 Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer; mas o juiz poderá, no curso da instrução ou antes de proferir sentença, determinar, de ofício, diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.

6 MARQUES, José Frederico. Elementos do direito processual penal, v.2, São Paulo:Forense, 1965, p.272.

7 JUNQUEIRA, Roberto de Rezende. Do livre convencimento do juiz e de seus poderes na instrução criminal e na aplicação das penal, São Paulo:Revista dos Tribunais, v.1, nº 2, p. 214-219, abr./jun.1976.

8 TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo Penal, v.3, 25° ed., São Paulo: Saraiva. 2003. p. 215.

Para MITTERMAYER,

“Todas as vezes que um indivíduo aparece como autor de um fato, que é por força de lei, de conseqüências aflitivas, e que se trata de lhe fazer a aplicação devida, a condenação repousa sobre a certeza dos fatos, sobre a convicção que se gera na consciência do juiz. A soma dos motivos geradores dessa certeza se chama prova...O impulso que se produz em nós diante da prova, e que comunica o movimento ao que chamaremos fiel da balança da consciência, pode ser mais ou menos poderoso. Quanto menos vigoroso, apenas produz suspeita, gera só uma pura e simples presunção, quando, porém, violento e irresistível, faz descer e conserva em baixo a concha: é a certeza que pesa.”⁹

MIRABETE¹⁰ ensina que “o objeto da prova é o que se deve demonstrar, ou seja, aquilo sobre o que o juiz deve adquirir o conhecimento, necessário para resolver o litígio”.

Para demonstrar os fatos, é preciso a utilização de instrumentos chamados meios de prova, os quais são fontes que servem, direta ou indiretamente, à comprovação da verdade que se procura no processo.

O objetivo da prova é a formação da convicção do Juiz e dar-lhe os elementos necessários para que possa decidir a causa. O magistrado, detentor do *decisum* da questão, para julgar o litígio precisa de conhecimentos sobre as verdades dos fatos, e as partes, com as provas produzidas, procuram convencer o Juiz de que os fatos existiram, ou não, ou então, de que ocorreram desta ou daquela maneira.¹¹

Todas as circunstâncias, fatos ou alegações, que eivadas de incerteza, que necessitem ser comprovadas e que irão influir na decisão, são consideradas como objeto da prova.

9 MITTERMAEYR, C.J.A. Tratado da Prova em Matéria Criminal. Trad. De Herbert Wüntzel Heinrich, 3 ed. Campinas: Boockseller, 1996, p. 55.

10 MIRABETE, Julio Fabbrini. Processo penal. 15ª Edição. São Paulo: Atlas, 2003, p. 271.

11 TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo Penal, v.3, 25ª ed., São Paulo: Saraiva, 2003, p. 215.p. 216.

Gustavo Silva Pequeno entende:

“Evidentemente para que o juiz possa impor uma sanção penal a determinada pessoa é necessário que adquira a certeza inequívoca de que foi cometido um ilícito penal e que esta tenha sido a autora. Essa certeza supra mencionada, gera ao magistrado a convicção necessária ao proferimento de sua decisão, o que se dá através daquilo que chamamos de prova.”¹²

Somente os fatos controversos são merecedores de serem provados, ou seja, os fatos que possam dar lugar à dúvida, que exijam uma comprovação, uma vez que os fatos notórios não precisam ser provados. A evidência e a notoriedade, não podem ser postas em dúvida, uma vez que estas provocam no Juiz o sentimento da certeza em torno da existência do fato. Já o fato evidente representa o que é certo, indiscutível, indubitoso, de maneira segura, rápida, sem necessidade de maiores questionamentos. As presunções (*juris et de jure*) também dispensam a prova. Os fatos notórios já devem ser conhecidos pelo Juiz, pois fazem parte da nossa cultura.

Entretanto isto não quer dizer que o Juiz criminal deve pacificamente aceitar os fatos tidos como verdadeiros pelas partes oponentes; isto ocorre apenas em feitos de natureza civil. Destarte, como destaca Frederico Marques “o juiz penal não está obrigado a admitir o que as partes afirmam contestes, uma vez que lhe é dado indagar sobre tudo que pareça dúbio e suspeito.”¹³

Segundo TOURINHO FILHO,

“... se se trata de homicídio, embora não se duvide nem se possa duvidar de que aquele corpo seja de uma pessoa morta, a lei exige, malgrado no princípio do livre convencimento do Juiz, sob pena de nulidade, o exame de corpo delito, não para constatar que a pessoa está morta (o que é evidente), mas para precisar a *causa mortis*, ou, quando assim não seja, por ter sido evidente pelos sinais externos, para que fique na memória daquele fato no processo, uma vez que nos crimes que deixam vestígios o exame de corpo de delito direto ou indireto é pressuposto processual de validade, nos termos do art. 564, III, b do CPP.”¹⁴

12 PEQUENO, Gustavo Silva. Temas de Processo Pena: As provas ilícitas no processo penal. Fortaleza: DIN-CE, 2002, p. 53.

13 MARQUES, José Frederico. Elementos de direito processual penal. Rio-São Paulo: Forense, 1961, v.2, p. 274.

14 TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo Penal, v.3, 25ª ed., São Paulo: Saraiva, 2003, p. 215, p. 217.

No processo penal temos três sistemas de apreciação da prova que são o sistema da prova legal, que impõe ao magistrado regras preestabelecidas, onde o mesmo irá apreciar as provas seguindo uma hierarquia legal; o sistema da íntima convicção, que é apenas utilizado em nosso ordenamento jurídico no caso das decisões do Tribunal do Júri, onde os jurados proferem seus votos, sem a necessidade de fundamentação, baseando-se apenas na sua convicção íntima; e o sistema da persuasão racional, que se encontra mais atualizado com os preceitos da atividade jurisdicional, baseando-se no fato de que o julgamento deve ser o resultado de uma operação lógica, fundada nos elementos de convicção presentes no processo.

As partes, dentro do processo, devem ter as mesmas oportunidades de serem ouvidas e apresentar as provas que possam influenciar no convencimento do Juiz. Para Avolio, a igualdade no processo, é entendida modernamente no seu sentido substancial, de *par conditio*, ou paridade de armas; ou seja, como princípio de equilíbrio de situações, que se revelam recíprocas entre si, da mesma forma que se colocam, no processo penal, as atividades dos órgãos de acusação e de defesa.¹⁵

O concreto exercício da ação e da defesa fica essencialmente subordinado à efetiva possibilidade de se representar ao juiz a realidade do fato posto como fundamento das pretensões das partes, ou seja, de estas poderem servir-se das provas.¹⁶

Assim, temos que o direito a prova deve ser assegurado de forma igualitária entre as partes, uma vez que cada um procura através das provas contradizer o que foi alegado pela outra parte e provocar o convencimento do Juiz.

15AVALIO, Luiz Francisco Torquato. Provas Ilícitas – Interceptações telefônicas e gravações clandestinas. 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p.26.

16GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. As nulidades no processo penal, 6. ed. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais. 1998. p. 119.

1.1. Os limites ao direito à prova

No Processo Penal vigora o princípio da verdade real, que tem como objetivo máximo a demonstração da existência do crime e de sua autoria, isto é, os fatos devem ser provados sem distorções, obstáculos e deformações para que se chegue a uma verdade pura e simples.

É utilizando-se do princípio da verdade real que se procura estabelecer que o Estado utilize o seu *jus puniendi* somente contra aquele que praticou a infração penal e que sejam atingidos somente os limites de sua culpa. Uma investigação, a princípio, não encontra barreiras em sua trajetória.

DINAMARCO coloca que,

“a verdade e a certeza são dois conceitos absolutos, e, por isto, jamais se tem a segurança de atingir a primeira e jamais se consegue a segunda, em qualquer processo (a segurança jurídica, como resultado do processo, não se confunde com a suposta certeza, ou segurança, com base na qual o juiz proferiria os seus julgamentos). O máximo que se pode obter é um grau muito elevado de probabilidade, seja quanto ao conteúdo das normas, seja quanto aos fatos, seja quanto à subsunção desses nas categorias adequadas.”¹⁷

A prova penal é uma reconstrução histórica e o juiz penal deve sempre pesquisar, com a finalidade de colher a prova que possa fazer-lhe conhecer os fatos reais e verdadeiros, mas essa verdade tem que ser processualmente válida.¹⁸

Gustavo Silva Pequeno aduz que o magistrado na busca da verdade real, “deverá esgotar todas as possibilidades para alcançar a verdade real dos fatos, devendo inclusive superar a falta de iniciativa das partes “interessadas”, afim de que possa prolatar uma decisão que realmente espelhe a realidade fática.”¹⁹

17DINAMARCO, Cândido Rangel. *Relativizar a coisa julgada material*. São Paulo: Saraiva, 1987, p. 449.

18GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As nulidades no processo penal*, 6. ed. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1998, p. 129.

19 PEQUENO, Gustavo Silva. *Temas de Processo Pena: As provas ilícitas no processo penal*. Fortaleza: DIN-CE, 2002, p. 57.

A adoção deste princípio é justificada pelo fato de que as decisões no processo penal podem trazer graves conseqüências aos réus, ofendendo o direito à liberdade do indivíduo.

O Código de Processo Penal não limita à produção de prova às indicadas nos arts. 158 a 250, não existindo, portanto, taxatividade em tal rol, apenas veta às provas que atentam contra a moralidade e dignidade da pessoa humana, decorrente de princípios constitucionais. Existe, a princípio, uma liberdade probatória.

Assim, no encontro da verdade real, qualquer limitação à prova pode desvirtuar o interesse do Estado na justa atuação da lei. Mas, o que se tem em nossa legislação são restrições quanto à prova, não sendo absoluto, portanto, o princípio da liberdade probatória.

José Roberto dos Santos Bedaque ensina que

"não obstante tratar-se de garantia inerente ao devido processo constitucional, não se pode considerar o direito à prova como absoluto. As regras e princípios processuais são eminentemente instrumentais, pois se destinam a assegurar o correto funcionamento do instrumento estatal de solução de controvérsias. Não são dogmas indiscutíveis, devendo ser observados nos limites em que se revelem necessários aos fins a que se destinam".²⁰

No Código de Processo Penal, podemos mencionar como exemplos de limites à produção de prova, as restrições à prova estabelecidas na lei civil quando se trate de estado das pessoas, a recusa de depor consentida aos parentes e afins do acusado, além do impedimento para depor de pessoas que –em razão de função, ministério, ofício ou profissão- devam guardar segredo.

Procura-se fundamentar as limitações ao direito à prova no fato de que os direitos do homem, segundo a moderna doutrina constitucional, "não podem ser

20 BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Direito e Processo. São Paulo: Malheiros Editores, 2ª ed., 1996.

entendidos em sentido absoluto, em face da natural restrição resultante do princípio da convivência das liberdades, pelo que não se permite que qualquer delas seja exercida de modo danoso à ordem pública e às liberdades alheias.” E é exatamente no processo penal, onde avulta a liberdade do indivíduo, que se torna mais nítida a necessidade de se colocarem limites à atividade instrutória.²¹

MIRABETE leciona que,

“... essa ampla liberdade da prova encontra limites além daqueles estabelecidos no art. 155 do CPP e em outros dispositivos da lei processual. Segundo a doutrina, são também inadmissíveis as provas que sejam incompatíveis com os princípios de respeito ao direito de defesa e à dignidade humana, os meios cuja utilização se opõe às normas reguladoras do direito que, com caráter geral, regem a vida social de um povo...”²²

Na opinião de César Dario Mariano da Silva, para se chegar à verdade real, não se pode sacrificar direitos e garantias constitucionais, devendo, portanto, serem observadas as limitações previstas no Código de Processo Penal e na própria Constituição Federal, sob pena de ser ferido o próprio regime democrático de direito.²³

Para TOURINHO FILHO,

“... não se admitem as provas conseguidas mediante torturas, como os interrogatórios fatigantes, exaustivos, mesmo porque conseguidos com preterição da norma contida no art. 5º, III, da Lei Maior. Metem-se a rol entre as provas não permitidas aquelas objeto de captação clandestina de conversações telefônicas (CF, art. 5º, XII), de microfones dissimulados para captar conversações íntimas, o diário, onde algumas pessoas registram, com indisfarçável nota de segredo, os acontecimentos mais importantes do seu dia-a-dia. Tais provas não podem ser permitidas porque violatórias da vida íntima da pessoa, e, como se sabe, a Constituição dá proteção à privacidade, como se constata pelo art. 5º, X e XII.”²⁴

21 GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. As nulidades no processo penal, 6. ed. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1998, p. 127-128.

22 MIRABETE, Julio Fabbrini. Processo penal. 15ª Edição, São Paulo: Atlas, 2003, p. 274.

23 SILVA, César Dario Mariano da. Provas Ilícitas. 2ª ed., São Paulo: Leud, 2002, p. 24.

24 TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo Penal, v.3, 25ª ed., São Paulo: Saraiva, 2003, p. 223-224.

O processo só pode fazer-se dentro de uma escrupulosa regra moral, que rege a atividade do juiz e das partes. Se a finalidade do processo não é a de aplicar a pena ao réu de qualquer modo, a verdade deve ser obtida de acordo com uma forma moral irrepreensível.

A atividade probatória pode ser limitada, estabelecendo-se o que pode ser admitido e também através de regras que excluem o que não se admite.

A principal limitação no concernente às provas está esculpida no artigo 5º, inciso LVI, da Constituição Federal: “São inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos.”

As provas ilícitas são consideradas limitações que se fazem à prova, quando o meio pela qual foi obtida atenta contra a moralidade ou viola o respeito à dignidade humana, como analisaremos a seguir.

1.2. Considerações sobre a prova ilícita

A prova é considerada ilícita quando ofende o direito material, ou seja, quando colhida com infringência a normas ou princípios contidos na Constituição e na legislação infraconstitucional.

Não são ilícitas, entretanto, as provas admitidas quando o interessado consente na violação de seus direitos assegurados constitucionalmente ou pela legislação ordinária, desde que sejam bens ou direitos disponíveis, como a entrada em residência com a permissão do morador, por exemplo.

A doutrina distingue as provas ilícitas das provas ilegítimas, considerando como ilegítimas as que são colocadas no processo contra as determinações de normas processuais.

Segundo Ada Pellegrini Grinover,

“diz-se que a prova é ilegal toda vez que sua obtenção caracterize violação de normas legais ou de princípios gerais do ordenamento, de natureza processual ou material. Quando a proibição for colocada por uma lei processual, a prova será ilegítima (ou ilegitimamente produzida); quando, pelo contrário, a proibição for de natureza material, a prova será ilicitamente obtida.”²⁵

A confissão do indiciado conseguida criminosamente pelo *lie-detector* seria uma prova ilícita porque conseguida criminosamente, pois a sua obtenção infringiria o disposto no art. 146 do Código Penal²⁶ e em se tratando de cartas particulares, interceptadas ou obtidas por meios criminosos, além de ilícitas, em face do processo de obtenção, são ilegítimas, porque vedadas pelo art. 233 do Código de Processo Penal²⁷, assim exemplifica Tourinho Filho.²⁸

Torquato AVALIO ao distinguir as provas ilegítimas e ilícitas destaca que “enquanto na prova ilegítima a ilegalidade ocorre no momento de sua produção no processo, a prova ilícita pressupõe uma violação no momento da colheita da prova, anterior ou concomitantemente ao processo, mas sempre externamente a este.”²⁹

Alexandre de Moraes defende que as provas ilícitas e as ilegítimas são espécies do gênero provas ilegais. As provas ilícitas são as produzidas com

25 GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. As nulidades no processo penal, 6. ed. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1998, p. 131.

26 Art. 146 - Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, ou depois de lhe haver reduzido, por qualquer outro meio, a capacidade de resistência, a não fazer o que a lei permite, ou a fazer o que ela não manda: Pena - detenção, de três meses a um ano, ou multa.

27 Art. 233. As cartas particulares, interceptadas ou obtidas por meios criminosos, não serão admitidas em juízo.

28 TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo Penal, v.3, 25ª ed., São Paulo: Saraiva, 2003, p. 225.

29 AVALIO, Luiz Francisco Torquato. Provas Ilícitas – Interceptações telefônicas e gravações clandestinas, 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 44.

infringência ao direito material, enquanto que as ilegítimas surgem em contrariedade às normas processuais.³⁰

Mas, a Constituição Federal de 1988 não faz esta distinção e considera em seu art. 5º, LVI como inadmissíveis as provas obtidas por meio de violação de normas de direito material e processual, incluindo dentro das provas ilícitas as denominadas ilegítimas.

Sempre houve uma grande discussão na doutrina quanto à possibilidade do juiz levar em consideração uma prova obtida ilicitamente. Os que admitem tal possibilidade, afirmam que a prova ilícita só pode ser afastada do processo se o próprio ordenamento processual assim o determinar, não importando o meio pelo qual ela foi obtida.

Fernando de Almeida Pedroso é um seguidor desse pensamento, afirmando que se o fim precípua do processo é a descoberta da verdade real e se a prova ilegalmente obtida ostentar essa verdade, ela deve ser aceita, e contra aqueles que a obtiveram de forma ilícita deve ser instaurada a devida persecução penal.³¹

Contudo, a doutrina dominante se coloca na posição contrária à admissibilidade processual das provas ilícitas, sustentando que a prova ilícita deve ser rejeitada, mesmo quando inexistir norma processual que a considere inadmissível.

30 MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*, 13ª Edição, São Paulo: Atlas, 2003, p. 125.

31 PEDROSO, Fernando de Almeida. *Prova Penal*, Rio de Janeiro, AIDE, 1994, p. 163.

Ada Pellegrini Grinover afirma que, no Brasil, nesses casos, ocorre a chamada "atipicidade constitucional" que é a desconformidade do modelo, do tipo imposto pela Constituição.³²

Atualmente o STF em seus julgados vem por afastar dos processos de qualquer natureza as prova ilícitas, tendo por base o dispositivo constitucional anteriormente citado.

³² GRINOVER, Ada Pellegrini. A eficácia dos atos processuais à luz da Constituição Federal, Revista da procuradoria Geral do Estado de São Paulo, São Paulo, nº 37, jun. 1992, p. 35.

2. PROVAS ILÍCITAS POR DERIVAÇÃO - TEORIA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA

As provas ilícitas por derivação são aquelas que apesar de obtidas de forma lícita, provém de uma prova obtida por meio ilícito. Elas ficam maculadas pela prova ilícita da qual derivaram.

A doutrina e a jurisprudência muito têm discutido a admissibilidade deste tipo de prova, tanto no direito brasileiro, quanto no direito comparado. A nossa constituição silencia sobre a admissibilidade das provas derivadas, deixando espaço para o debate.

A doutrina americana preferiu chamá-las de "frutos da árvore envenenada" - *fruit of the poisonous tree* – e segundo a mesma, o vício da planta se transmite a todos os seus frutos. Para estes, a prova ilícita por derivação deve ser excluída, pois se acredita que uma prova ilícita originária ou inicial teria o condão de contaminar os frutos dela decorrentes.

Ada Pellegrini é uma seguidora desta doutrina e assegura:

"na posição mais sensível às garantias da pessoa humana, e consequentemente mais intransigente com os princípios e normas constitucionais, a ilicitude da obtenção da prova transmite-se às provas derivadas, que são, assim, igualmente banidas do processo."³³

Mas, o próprio Supremo norte-americano e a doutrina internacional excepcionam a vedação probatória, quando a conexão entre uma prova e a outra dela decorrente é tênue, tal que não se pode afirmar que exista uma relação de

33 GRINOVER, Ada Pellegrini. A eficácia dos atos processuais à luz da Constituição Federal, Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, São Paulo, nº 37, jun. 1992, p. 135.

causa-efeito, ou, quando, inevitavelmente, de outra maneira, se descobriria a prova que derivou, de tal forma que a prova ilícita não foi absolutamente determinante para o descobrimento das derivadas.

Neste sentido, Ada Pellegrini destaca que

"excepcionam-se da vedação probatória as provas derivadas das ilícitas, quando a conexão entre umas e outra é ténue, de modo a não se colocarem a primária e a secundária como causa e efeito; ou, ainda, quando as provas derivadas da ilícita poderiam de qualquer modo ser descobertas por outra maneira. Fala-se, no primeiro caso, em *independent source* e, no segundo, na *inevitable discovery*. Isso significa que se a prova ilícita não foi absolutamente determinante para o descobrimento das derivadas, ou se estas derivam de fonte própria, não ficam contaminadas e podem ser produzidas em juízo."³⁴

Luiz Francisco Torquato Avalio observa que,

"... a utilização das provas ilicitamente derivadas poderia servir de expediente para contornar a vedação probatória: as partes poderiam sentir-se estimuladas a recorrer a expedientes ilícitos com o objetivo de servirem-se de elementos de prova até então inatingíveis pelas vias legais. Figure-se, por exemplo, o próprio policial encorajado a torturar o acusado, na certeza de que os fatos extraídos de uma confissão extorquida e, portanto, ilícita, propiciariam a colheita de novas provas, que poderiam ser introduzidas de modo (formalmente) lícito no processo."³⁵

Trocker, citado por Avalio, considerando que o objetivo da prova é a busca da verdade real e o respeito aos valores constitucionalmente garantidos, assegura que nos casos de violação de normas processuais, os efeitos da vedação não podem alcançar também as provas derivadas daquela ilicitamente obtida, pois faltaria um nexo jurídico entre os vários segmentos do procedimento.³⁶

34 GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. As nulidades no processo penal. 6. ed. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1998, p. 135/136.

35 AVALIO, Luiz Francisco Torquato. Provas Ilícitas – Interceptações telefônicas e gravações clandestinas. 2ª ed.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 76.

36 TROCKER, Nicolo. Processo civil e Costituzione. Giuffrè, 1974, p. 631 apud AVALIO, Luiz Francisco Torquato. Provas Ilícitas – Interceptações telefônicas e gravações clandestinas. 2ª ed.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p.76.

Alexander Araújo de Souza acredita:

"não somente por um critério de causalidade, mas também em razão da finalidade com que são estabelecidas as proibições em matéria probatória, deve-se admitir a contaminação da prova secundária pela ilicitude original. Sem dúvida, de nada valeria, em princípio, estabelecer-se a vedação da admissão das provas ilícitas no processo se, por via derivada, as informações colhidas a partir de uma violação ao ordenamento jurídico pudessem servir ao convencimento do Juiz. Seria trancar a porta e deixar aberta a janela, dando azo a que o nefasto "jeitinho brasileiro" entrasse mais uma vez em cena."³⁷

Mirabete ao analisar as implicações da violação do sigilo referente aos dados colhidos pelas comissões parlamentares de inquérito, entende que, no tocante à admissibilidade da prova ilícita por derivação, como a lei ordinária não prevê expressamente a cominação de inadmissibilidade ou nulidade das provas ilícitas por derivação, prevalece a eficácia do dispositivo constitucional que veda apenas a admissibilidade da prova colhida ilicitamente e não a da que dela deriva.³⁸

José Carlos Barbosa Moreira³⁹, critica "a precipitação em importar, de maneira acrítica" a teoria dos frutos da árvore venenosa, "nua dos matizes que a recobrem no próprio país de origem". E indaga se tal corrente doutrinária seria adequada à nossa realidade, de modo especial na área da "criminalidade organizada", concluindo por dizer a enorme dificuldade que sente "em aderir a uma escala de valores que coloca a preservação da intimidade de traficantes de drogas acima do interesse de toda a comunidade nacional (ou melhor: universal) em dar combate eficiente à praga do tráfico", combate este que "também é um valor constitucional" incluído no artº 5º, XLIII, que prevê, "o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins" entre os crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia. Esse entendimento serve para demonstrar como algumas posturas doutrinárias e jurisprudenciais, ainda que em defesa e respeito à Constituição, podem contribuir para a impunidade.

37 SOUZA, Alexander Araújo de. A inadmissibilidade, no processo penal, das provas obtidas por meios ilícitos: uma garantia absoluta?. <<http://www.congressovirtualmpj.org.br>> acesso em 25 de abr. de 2007.

38 MIRABETE, Júlio Fabbrini. As provas ilícitas e a violação do sigilo bancário. Livro de estudos jurídicos, 1989, v. 5, p. 173-174.

39 MOREIRA, José Carlos Barbosa. A Constituição e as Provas ilicitamente obtidas. Temas de Direito Processual. Sexta Série. Editora Saraiva, 1997, p. 113/114.

Já TOURINHO FILHO salienta e questiona:

“É preferível que o criminoso fique impune a se permitir o desrespeito à Lei Maior. E se, por acaso, em decorrência de prova obtida ilicitamente, como, por exemplo, um depoimento conseguido mediante tortura, a polícia se dirige ao verdadeiro culpado, e este, sem a menor resistência confessa o crime? E se durante uma busca domiciliar realizada sem mandado judicial, a empregada da casa, sem qualquer atitude agressiva da polícia, delata o criminoso ou indica o lugar onde se encontra o entorpecente procurado? (...) Será que a ilegalidade inicial (tortura da testemunha, busca domiciliar ao arrepio da lei) se projeta sobre outras provas obtidas a partir dela (da ilegalidade) ou em decorrência dela? Dir-se-á que a confissão do criminoso e o depoimento da testemunha foram prestados com inteira liberdade e, por isso mesmo, se constituíram em fontes independentes. Sem mais provas, perdura a ilegalidade. Havendo outras consideradas autônomas, isto é, colhidas sem necessidade dos elementos informativos revelados pela prova ilícita, diz-se, não haverá invalidade do processo.”⁴⁰

O Supremo Tribunal Federal, em duas decisões plenárias, havia decidido pela inaplicabilidade da doutrina dos frutos da árvore envenenada, ou seja, pela incomunicabilidade da ilicitude das provas. Foi o que ocorreu no julgamento da AP 307-3-DF⁴¹ e do HC 69.912-0-RS⁴².

No julgamento do dito HC 69.912-0-RS, primeiramente a Corte Maior rejeitou a tese da defesa, que sustentava que a prova inadmissível repercutia sobre as demais e determinou que continuassem válidas as eventuais provas decorrentes das provas consideradas ilícitas. Não obstante este posicionamento do plenário, o Relator Min. Sepúlveda Pertence afirmou que a doutrina dos frutos da árvore envenenada é a única capaz de dar eficácia à garantia constitucional da inadmissibilidade da prova ilícita, uma vez que veda a possibilidade de trazer ao processo a própria degravação das conversas telefônicas. Para ele, admitir que as informações nela colhidas possam ser aproveitadas pela autoridade, a qual agiu ilicitamente, seria estimular e não reprimir a atividade ilícita da escuta e da gravação clandestina de conversas privadas⁴³.

40 TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo Penal, v.3, 25ª ed., São Paulo: Saraiva, 2003, p. 235-236.

41 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Penal 307-3-DF, Plenário, Relator: Ministro Ilmar Galvão, DJU, 13 out. 1995. <<http://www.stf.gov.br>>. acesso em 20 de mar. de 2007..

42 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão em Habeas corpus nº 69.912-0/RS. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence, 16/12/2003. Publicado no DJU, 23 mar. 1994. <<http://www.stf.gov.br>>. acesso em 20 de mar. de 2007.

43 Idem 42.

Tal julgamento, que primeiramente indeferiu a ordem, por seis votos a cinco, entendendo pela incomunicabilidade da ilicitude da prova ilícita às provas derivadas, acabou sendo anulado pela declaração posterior de impedimento de um dos Ministros.⁴⁴ Em novo julgamento, deferiu-se a ordem pela prevalência dos cinco votos vencidos no anterior, uma vez que o empate favorece ao paciente, de acordo com o art. 150, § 3º do regimento interno do STF⁴⁵, decidindo que a prova obtida ilicitamente contaminou as demais oriundas direta ou indiretamente desta.

No julgamento do HC 72.588-PB⁴⁶, relatado pelo Min. Maurício Corrêa e no julgamento do HC 73.351-SP⁴⁷, relatado pelo Min. Ilmar Galvão, o Supremo Tribunal Federal decidiu pela aplicação da doutrina dos frutos da árvore envenenada.

No julgamento do HC nº 55986/RJ o Ministro do STJ, Gilson Dipp, decidiu que a prova ilícita contamina toda a ação penal e determinou a anulação da ação penal dela decorrente.⁴⁸

Na Apelação Criminal nº 01000371486/RJ o Juiz Federal do TRF da 1º Região, Leão Aparecido Alves, reconheceu a contaminação das provas pela ilicitude:

“Sendo ilícita a apreensão da cédula falsa de US\$ 100.00 (cem dólares americanos), todas as demais provas decorrentes de sua inconstitucional apreensão são contaminadas pela ilicitude (a confissão do acusado, o laudo de exame em papel moeda e os depoimentos das testemunhas) uma vez que em nosso sistema jurídico é aplicável a doutrina dos frutos da árvore venenosa (“*fruits of the poisonous tree doctrine*” – CPP, art. 573, § 1º),

44 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão no MS 21.750, Relator Ministro Carlos Velloso, 24 nov. 1993. <<http://www.stf.gov.br>>. acesso em 20 de mar. de 2007..

45 Art. 150: O Presidente da turma terá sempre direito a voto. §3º Nos habeas corpus e recursos em matéria criminal, exceto o recurso extraordinário, havendo empate prevalecerá a decisão mais favorável ao paciente ou réu.

46 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão no Habeas Corpus nº 72.588-PB, Relator Ministro Maurício Corrêa, 12 jun. 1996. <<http://www.stf.gov.br>>. acesso em 20 de mar. de 2007..

47 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão em Habeas Corpus nº 73.351-SP, Relator Ministro Ilmar Galvão, publicada no informativo do STF nº 30, 9 maio. 1996. <<http://www.stf.gov.br>>. acesso em 20 de mar. de 2007.

48 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão em Habeas Corpus nº 55986/RJ. Relator Min. Gilson Dipp, em 6/6/2006, publicada no DJ 1/8/2006, p. 496. <www.stj.gov.br> acesso em 20 de mar. 2007.

conforme tem reiteradamente decidido o Supremo Tribunal Federal, o que impõe sejam elas consideradas como não existentes nos autos, contaminadas pelo vício inicial da apreensão ilícita da cédula falsa em questão, e não havendo neles “prova autônoma e não decorrente de prova ilícita”, impõe-se a absolvição do acusado por ausência por ausência de prova suficiente para a condenação.”⁴⁹

Quando a prova ilícita é observada no inquérito policial, O STF já firmou posição de que eventuais vícios no inquérito policial não contaminam a ação penal, sendo inaplicável, a teoria da árvore envenenada, tendo em vista que a sentença condenatória foi embasada em provas autônomas produzidas em juízo.

O Ministro do STF Joaquim Barbosa Relator do HC nº 85286/SP afirmou que os vícios existentes no inquérito policial não repercutem na ação penal, que tem instrução probatória própria e que a decisão foi fundada em outras provas constantes dos autos, e não somente na prova que se alega obtida por meio ilícito.⁵⁰

Embora o Supremo Tribunal Federal venha mantendo o entendimento majoritário, pela inadmissibilidade da prova ilícita por derivação, percebe-se a tendência de mitigação da tese dos frutos da árvore envenenada, sob o argumento de que a prova ilícita, não sendo a única mencionada na denúncia, não compromete a validade das demais provas que, por ela não contaminadas e dela não decorrentes, integrem o conjunto probatório.

O Min. Ilmar Galvão no HC 74.599-7 assim decidiu:

“Não cabe anular-se a decisão condenatória com base na alegação de haver a prisão em flagrante resultado de informação obtida por meio e censura telefônica deferida judicialmente. É que a interceptação – prova tida por ilícita até a edição da Lei nº 9.296, de 24.07.96, e que contaminava as demais provas que dela se originavam – não foi a prova exclusiva que desencadeou o procedimento penal, mas somente veio a corroborar as

49 BRASIL, Tribunal Regional Federal 1ª Região. ACrim 01000371486-MG – 3ª T. Supl. Relator Juiz Leão Aparecido Alves – DJU 29.07.2004, p. 97. <<http://www.trf1.gov.br>>. acesso em 20 de mar. de 2007.

50 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão em Habeas Corpus nº 85286/SP, relator Ministro Joaquim Barbosa, DJU, 20 mar 2006. <<http://www.stf.gov.br>>. acesso em 20 de mar. de 2007.

outras lícitamente obtidas pela equipe de investigação policial. Habeas corpus indeferido.⁵¹

A propósito, o Superior Tribunal de Justiça tem afirmado ser possível a condenação, quando baseada em conjunto probatório variado e por si só suficiente para sustentar a denúncia, ainda que exista, nos autos, prova ilícita derivada.

51 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão Habeas Corpus nº 74599-7/SP. Relator Ministro Ilmar Galvão. Publicada no DJU 07.02.1997. <<http://www.stf.gov.br>>. acesso em 25 de abr. de 2007.

3. O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Quando estamos diante de uma colisão entre princípios constitucionais, aplica-se a hermenêutica jurídica, com a aplicação do princípio da proporcionalidade. Tal princípio, cuja origem provém da doutrina e jurisprudência alemã, tem a finalidade de equilibrar o ordenamento jurídico para que se chegue a uma justa e segura aplicação do direito.

Paulo Bonavides ao conceituar proporcionalidade, assegura que “há princípios mais fáceis de compreender do que definir, a proporcionalidade entra na categoria desses princípios.”⁵²

De acordo com a teoria da proporcionalidade, conforme expõe Nelson Nery Júnior,

“na interpretação de determinada norma jurídica, constitucional ou infraconstitucional, devem ser sopesados os interesses e direitos em jogo, de modo a dar-se a solução concreta mais justa. Assim, o desatendimento de um preceito não pode ser mais forte e nem ir além do que indica a finalidade da medida a ser tomada contra o preceito a ser sacrificado”.⁵³

Portanto, para os defensores da proporcionalidade, a prova obtida ao arrepio dos direitos fundamentais do homem é inconstitucional e ineficaz como prova. Entretanto, em caráter excepcional, essa proibição é mitigada para se admitir a prova viciada sempre que for considerada como a única forma possível e razoável para proteger outros valores fundamentais, considerados mais urgentes na concreta avaliação do caso.

⁵²BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Malheiros Editores, 2001, p. 356.

⁵³NERY JR, Nelson. Proibição da prova ilícita: novas tendências do direito. Justiça penal: crítica e sugestões: provas ilícitas e reforma pontual, coord. Jaques de Camargo Penteadó, v. 4, São Paulo, 1997, p. 16.

Trata-se, pois, de uma questão de proporcionalidade entre a infringência à norma e os valores que a produção da prova pode proteger.

A função primordial do princípio da proporcionalidade é assegurar o Estado de Direito em toda sua plenitude, vedando a aplicação de normas desarrazoadas quando em confronto com o sistema em vigor. Parte-se do pressuposto de que não há direitos fundamentais absolutos.

Willis Santiago Guerra Filho defende que o princípio da proporcionalidade deve sempre ser aplicado quando "as vantagens que trará superarem as desvantagens ..."

Sobre o princípio da proporcionalidade César Mário Mariano da Silva comenta:

"Pela Teoria ou Princípio da Proporcionalidade as normas constitucionais articulam-se em um sistema, havendo a necessidade de harmonia entre elas. De tal sorte não se faz possível a ocorrência de conflitos insolúveis entre valores constitucionais. Assim o princípio da proporcionalidade é invocado para solucionar esses conflitos, sopesando os valores para saber qual deverá preponderar em determinado caso concreto. Sempre será possível, portanto, o sacrifício de um direito ou garantia constitucional em prol de outro direito ou garantia constitucional, quando houver preponderância desse último."⁵⁴

Na mesma orientação segue Raquel Denize Stumm ao afirmar "que a localização do princípio da proporcionalidade num dado sistema jurídico pode derivar da concretização do princípio do Estado de Direito, ou dos Direitos Fundamentais ou, ainda do princípio do devido processo legal".⁵⁵

⁵⁴ Idem 23, p. 32.

⁵⁵ SANTOS, Jarbas Luiz dos apud STUMM, Raquel Denize. Princípio da proporcionalidade – Concepção Grega de Justiça com Fundamento Filosófico. São Paulo: Jurez de Oliveira, 2004, p. 18.

No entendimento de Willis Santiago Guerra Filho:

“Para resolver o grande dilema da interpretação constitucional, representado pelo conflito entre princípios constitucionais, aos quais se deve igual obediência, por ser a mesma posição que ocupam na hierarquia normativa, se preconiza o recurso a um “princípio dos princípios”, o princípio da proporcionalidade, que determina a busca de uma “solução de compromisso”, na qual se respeita mais, em determinada situação, um dos princípios em conflito, procurando desprestigiar o mínimo ao outro, e jamais lhe faltando minimamente com o respeito, isto é, ferindo-lhe seu núcleo essencial.”⁵⁶

No nosso ordenamento jurídico não é possível estabelecer, em tese, quais os direitos, princípios ou valores devem prevalecer e quais devem ser sacrificados. De acordo com a doutrina moderna, a convivência das liberdades obriga a uma relativização dos direitos e também à busca pela melhor forma possível de acomodá-las.

Nesta esteira de pensamento, para se chegar ao princípio da proporcionalidade, primeiramente deve-se analisar se realmente existe uma colisão de direitos fundamentais. Após, deve-se visualizar a situação de conflito, tendo por fim primordial identificar todas as circunstâncias relevantes a serem abordadas. Somente após percorrer estes dois primeiros passos é que se aplica o princípio da proporcionalidade, que se subdivide em três subprincípios: princípio da adequação, princípio da necessidade e o princípio da proporcionalidade em sentido estrito.

Procura-se através do uso da proporcionalidade fazer uma ponderação dos interesses que estão em conflito, para decidir qual interesse deve ser sacrificado. Para José Carlos Barbosa Moreira o uso deste princípio vai depender “da gravidade do caso, da índole da relação jurídica controvertida, da dificuldade para o litigante de demonstrar a veracidade de suas alegações mediante procedimentos perfeitamente ortodoxos, do vulto do dano causado e de outras circunstâncias”.⁵⁷

⁵⁶ GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*. São Paulo: 1ª edição, Ed. Celso Bastos, 2002 p. 59.

⁵⁷ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *A Constituição e as provas ilícitamente obtidas*, in *Temas de Direito Processual*, Sexta Série, Editora Saraiva, 1997, p. 109.

Antônio Scarance Fernandes enfatiza que

"já se começa a admitir a aplicação do princípio da proporcionalidade, ou da ponderação quanto à inadmissibilidade da prova ilícita. Se a prova foi obtida para resguardo de outro bem protegido pela Constituição, de maior valor do que aquele a ser resguardado, não há que se falar em ilicitude e, portanto, inexistirá a restrição da inadmissibilidade da prova."⁵⁸

A teoria da proporcionalidade é, pois, um desdobramento natural do princípio da razoabilidade, comumente citado em outros ramos do direito. De acordo com esse princípio, quando em confronto bens jurídicos diversos, sacrifica-se um deles em favor do outro, considerado de maior relevância, uma vez que as vantagens da providência superam, de longe, as desvantagens advindas da violação da norma protetora de um valor, considerado, nas circunstâncias, como menor, ou seja, objetiva aferir compatibilidade entre os meios e os fins, de modo a evitar, restrições desnecessárias ou abusivas, com lesão aos direitos fundamentais. Muito embora a Carta Política de 1988, não tenha feito expressa menção ao Princípio da Razoabilidade, ele integra, de modo implícito, o sistema que ela adota.

O emprego dessa doutrina pode ser exemplificado pela observação do julgamento do HC 70.814-SP, relatado pelo Ministro Celso de Mello, onde se admitiu a interceptação de correspondência:

"A administração penitenciária, com fundamento em razões de segurança pública, de disciplina prisional ou de preservação da ordem pública, pode, sempre excepcionalmente, e desde que respeitada a norma inscrita no art. 41, parágrafo único, da Lei nº 7.210/84, proceder à interceptação da correspondência remetida pelos sentenciados, eis que a cláusula tutelar da inviolabilidade do sigilo epistolar não pode constituir instrumento de salvaguarda de práticas ilícitas."⁵⁹

Como bem destaca Fábria Amaral de Oliveira Mello⁶⁰, a crítica que se costuma fazer ao Princípio da Proporcionalidade reside no subjetivismo existente,

58 FERNANDES, Antônio Scarance. Constituição da República. Código de Processo Penal e sua reforma. Justiça Penal, críticas e sugestões, RT, 1994, p. 72.

59 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 1ª Turma, HC 70814-5/SP, Rel. Min. Celso de Mello, DJU, Seção 1, de 24/06/1994, p. 16650 <<http://www.stf.gov.br>>. acesso em 25 de abr. 2007.

60 MELLO, Fábria Amaral de Oliveira. A prova ilícita e a possibilidade de sua aplicação no processo penal. << <http://infojus.com.br>>> acesso em 25 de abr. de 2007.

pondo nas mãos do juiz um poder absoluto de apreciação sobre qual valor deve preponderar, fazendo surgir certa insegurança jurídica.

3.1 O princípio da proporcionalidade “*pro reo*”

A utilização de prova ilícita em favor da defesa é aceita unanimemente pela doutrina em homenagem ao direito de defesa e ao princípio do favor rei. Neste caso, quando o réu obtém a prova de modo ilícito, entende-se haver confronto do princípio da proibição da prova ilícita com o princípio da ampla defesa do réu, devendo prevalecer este. Entre a condenação de um inocente e o uso da prova ilícita que pode levar à absolvição do réu, não há dúvida que sobreleva, com valor maior, a liberdade individual.

O indivíduo, perante o estado é exacerbadamente “fraco”, necessitando, indubitavelmente, que seus direitos fundamentais, constitucionalmente outorgados, sejam observados, a fim de que o Poder Estatal seja limitado. A vedação das provas ilícitas visa o respeito aos direitos do cidadão: à liberdade, à vida, à intimidade. É nesta acepção que a incidência do princípio da proporcionalidade *pro reo* vem sendo aceita, mesmo que com infringência a direitos fundamentais de terceiros, o direito particular restaria protegido diante do poder do Estado.⁶¹

Luiz Francisco Torquato Avalio comenta que até mesmo quando se trata de prova ilícita colhida pelo próprio acusado, tem-se entendido que a ilicitude é eliminada por causas de justificação legais da antijuridicidade, como a legítima defesa.⁶²

61 ANTUNES, Roberta Pacheco. O princípio da proporcionalidade e sua aplicabilidade na problemática das provas ilícitas em matéria criminal. << <http://jus2.uol.com.br>>> acesso em 25 de abr. de 2007.

62 Idem 15, p. 72.

Marcellus Polastri, citado por GOMES FILHO, sustenta que

“No confronto entre uma proibição de prova, ainda que ditada pelo interesse de proteção a um direito fundamental e o direito à prova da inocência parece claro que deva este último prevalecer, não só porque a liberdade e a dignidade da pessoa humana constituem valores insuperáveis, na ótica da sociedade democrática, mas também porque ao próprio Estado não pode interessar a punição de um inocente, o que poderia significar a impunidade do verdadeiro culpado; é nesse sentido, aliás, que a moderna jurisprudência norte-americana tem afirmado que o direito à prova de defesa é superior.”⁶³

Na mesma esteira é o pensamento de Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho⁶⁴, para quem deve preponderar o interesse jurídico mais valioso, sendo mais importante o direito à liberdade e à ampla defesa do que o direito à privacidade. A partir dessa premissa conclui que o imputado, em processo penal, pode produzir prova considerada ilícita, salientando, ainda, que, ao assim agir, estará ele acobertado por causas de exclusão de criminalidade, como o estado de necessidade ou a legítima defesa.

É o caso, à guisa de exemplo, do indivíduo que se vê obrigado a sorrateiramente gravar sua conversa com terceiro para provar sua inocência.

Também defendendo a aceitação da prova ilícita em proveito do réu, César Dario Mariano Silva assevera que “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.”⁶⁵

Antônio Scarance Fernandes menciona duas hipóteses que mostram a necessidade de se admitir o critério da proporcionalidade. A primeira é exemplificada com um caso de violação de correspondência de um preso que recebeu no presídio uma carta com um plano de fuga e de seqüestro de um Juiz de Direito, e a segunda

63 LIMA, Marcellus Polastri apud GOMES FILHO, Antônio Magalhães. Direito à Prova no Processo Penal. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1997, p. 47.

64 CARVALHO, Grandinetti Castanho de. O Processo penal em face da Constituição, Rio de Janeiro, Forense, 1992, p. 25/26.

65 SILVA, César Dário Mariano da. Provas Ilícitas. 2 ed., São Paulo: Leud, 2002, p. 33.

hipótese é exemplificada com o caso em que o réu obtém através de interceptação telefônica, as únicas provas para provar a sua inocência. Entende que nestas duas hipóteses deve-se usar o princípio da proporcionalidade, sendo que no primeiro caso aplica-se "*pro societate*", pois se deve evitar a fuga do preso e o seqüestro do juiz, protegendo a incolumidade física e a vida deste, enquanto que no segundo caso o princípio da proporcionalidade é aplicado "*pro reo*", pois impera a ampla defesa.⁶⁶

Ao utilizar-se de uma prova ilícita o réu procura assegurar o seu direito de liberdade, de ampla defesa, do contraditório, do princípio da busca da verdade real e do princípio da inocência. Mesmo que estes princípios colidam com outros, como o da vedação das provas ilícitas, pela teoria da proporcionalidade chega-se a conclusão que, para não condenar um inocente, deve-se sacrificar um princípio e prevalecer a dignidade da pessoa humana.

Como já destacamos, o tema não encontra maiores enfrentamentos na doutrina e jurisprudência pátrias, de modo que é absolutamente remansoso o posicionamento pela possibilidade da aceitação das provas ilícitas para favorecer à defesa. Destarte, não nos deteremos mais no assunto.

Bem diversa é a situação do aproveitamento das provas ilícitas "*pro societate*", como passaremos a tratar.

3.2 O princípio da proporcionalidade "*pro societate*"

Na nossa Carta Magna a vedação da utilização das provas ilícitas no processo encontra-se expressa no inciso de nº LVI do art. 5º, inserto no Título II que

⁶⁶ FERNANDES, Antônio Scarance. Processo penal constitucional. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p 83.

trata dos "Direitos e Garantias Fundamentais", cujo Capítulo I cogita dos "Direitos e Deveres Individuais e Coletivos".

Este mesmo dispositivo constitucional tutela igualmente o direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, como, aliás, resulta destacado logo no seu caput.

A nossa Corte Maior já decidiu pela não existência de direitos ou garantias de caráter absoluto:

"Não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, mesmo porque razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, desde que respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição."⁶⁷

Questiona-se: será razoável deixar de lado tais direitos à vida, à liberdade, segurança, etc., quando em confronto com a limitação advinda do inciso LVI do art.5º da Lei Maior? Deve o criminoso ficar impune, como pretendem a doutrina e jurisprudência majoritárias, ou, deve-se ensejar ao juiz a oportunidade de colocar na balança os direitos e os valores postos em contraste, dando-se ao caso concreto a solução justa. Por que vedar-se ao magistrado a aplicação da teoria da proporcionalidade, desdobramento natural da construção jurisprudencial da razoabilidade?

Não obstante estes questionamentos, a jurisprudência majoritária e a grande maioria da doutrina manifestam-se contrariamente à possibilidade da utilização das provas ilícitas pela acusação. Nesta linha, podemos destacar entre os autores, Ada Pellegrini Grinover, Luiz Flávio Gomes e Antonio Magalhães Gomes

67 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno, MS 23452/RJ, Rel. Min. Celso de Mello, DJU de 12.05.2000, pág. 20). <<http://www.stf.gov.br>>. acesso em 25 de abr. 2007.

Filho. Raros são os que admitem o emprego da prova ilícita a favor da acusação, entre eles Adalberto José Q. T. de Camargo Aranha e Antônio Scarance Fernandes.

Agapito Machado, com exagerada veemência, aduz que "nenhum magistrado poderá condenar o pior dos criminosos com bases em provas ilícitas ou obtidas ilicitamente, a não ser que se trate de um covarde, bajulador, rastejante ou fazedor de média com a opinião pública leiga."⁶⁸

Na mesma linha, quando do julgamento do ex-Presidente Collor de Mello em 1995, o Min. do STF Ilmar Galvão afirmou:

"É indubitável que a prova ilícita entre nós não se reveste de necessária idoneidade jurídica como meio de formação do convencimento do julgador, razão pela qual deve ser desprezada, ainda que em prejuízo da apuração da verdade, em prol do ideal maior de um processo justo, condizente com o respeito devido a direitos e garantias fundamentais da pessoa humana, valor que se sobreleva, em muito, ao que é representado pelo interesse que tem a sociedade numa eficaz repressão aos delitos. É um pequeno preço que se paga por viver-se em estado de direito democrático."⁶⁹

Para os que admitem o uso da prova ilícita "pro societate", o Ministério Público agindo em defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, poderia, através da teoria da proporcionalidade, proteger a liberdade de uma coletividade, em desfavor da liberdade de um indivíduo. O indivíduo não poderia invocar princípios constitucionais, como violação de intimidade, para garantir a sua impunidade.

Barbosa Moreira criticando a corrente que só admite a aplicação da prova ilícita pela defesa, diz o seguinte:

"se a defesa - à diferença da acusação - fica isenta do veto à utilização de provas ilegalmente obtidas, não será essa disparidade de tratamento incompatível com o princípio, também de nível constitucional, da igualdade

⁶⁸ MACHADO, Agapito. *Questões Polêmicas de Direito*. Belo Horizonte: Ed. Del Rey, 1998, p. 83.

⁶⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Acórdão em Ap. Crim. nº 307-3/ DF*. Relator Ministro Celso de Mello. Ementário nº 1804-11. DJU de 13/10/95. <<http://www.stf.gov.br>>. acesso em 20 de mar. 2007.

das partes? Quiçá se responda que, bem vistas as coisas, é sempre mais cômoda a posição da acusação, porque os órgãos de repressão penal dispõem de maiores e melhores recursos que o réu. Em tal perspectiva, ao favorecer a atuação da defesa no campo probatório, não obstante posta em cheque a igualdade formal, se estará tratando de restabelecer entre as partes a igualdade substancial. O raciocínio é hábil e, em condições normais, dificilmente se contestará a premissa da superioridade de armas da acusação. Pode suceder, no entanto, que ela deixe de refletir a realidade em situações de expansão e fortalecimento da criminalidade organizada, como tantas que enfrentam as sociedades contemporâneas. É fora de dúvida que atualmente, no Brasil, certos traficantes de drogas estão muito mais bem armados que a polícia e, provavelmente, não lhes será mais difícil que a ela, nem lhes suscitará maiores escrúpulos, munir-se de provas por meios ilegais. Exemplo óbvio é da coação de testemunhas nas zonas controladas pelo narcotráfico: nem passa pela cabeça de ninguém a hipótese de que algum morador da área declare à polícia, ou em juízo, algo diferente do que lhe houver ordenado o 'poderoso chefe' local".⁷⁰

Os operadores do direito que atuam na área criminal sabem o quanto difícil é a obtenção de provas em relação a condutas delituosas praticadas por organizações criminosas. Em casos deste jaez, não nos parece razoável o sacrifício de toda sociedade em respeito aos -agora elevados a sagrados- direitos fundamentais dos integrantes do crime organizado.

É verdade que nem toda prova ilícita pro societate deve ser admitida no combate ao crime hediondo ou equiparado cometido por organização criminosa. Todavia, o princípio da proporcionalidade impõe sempre se levar em conta, caso a caso, os direitos e interesses em confronto. Se a própria Constituição tratou com bastante severidade os crimes de tortura, tráfico ilícito de entorpecente, terrorismo e crimes hediondos (art. 5º, XLIII)⁷¹, para combatê-los talvez seja admissível a utilização de prova ilícita pro societate, principalmente se tais crimes forem executados por organizações criminosas. Nesses casos, afasta-se a proibição do art. 5º, LVI, da CF em nome da manutenção da segurança da coletividade, também

70 MOREIRA, José Carlos Barbosa. A Constituição e as provas ilicitamente obtidas, in Temas de Direito Processual, Sexta Série, Editora Saraiva, 1997, p. 112/113.

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

XLIII - a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem;

direito fundamental (art. 5º, caput) igualmente assegurado pelo Estado (art. 144, caput)⁷².

Ao comentar sobre os crimes de colarinho branco, onde são feitas gravações de conversas telefônicas entre autoridades do nosso País, como deputados, senadores, entre outros, Ana Núbia Silva de Lira revela que quando essas quadrilhas são desvendadas através de uma interceptação telefônica, feita ao alvedrio da lei, o Ministério Público nada pode fazer quando estas provas chegam ao seu conhecimento e a sociedade permanece vítima da prática de crimes dessa natureza, pois os criminosos se protegem diante de um princípio constitucional que deveria ser utilizado em favor da sociedade e não como um “escudo protetor” de criminosos.⁷³

Ana Núbia considera que se a liberdade individual é protegida pela teoria da proporcionalidade, permitindo-se a utilização de provas obtidas ilicitamente em favor da liberdade de um indivíduo, maior razão existe para utilizar-se da referida teoria quando se tratar da liberdade de uma coletividade, que vem cada vez mais sofrendo com o crime organizado:

“Diante da realidade pela qual está passando a sociedade brasileira, é latente a necessidade dos nossos Tribunais repensarem a aplicação da teoria da proporcionalidade, aplicando-a, também, em favor da sociedade, pois a população brasileira precisa ser protegida deste poder paralelo que está invertendo o sentido normal dos fatos, uma vez que é o cidadão que está preso dentro de suas próprias casas e é a liberdade da coletividade que está sendo ameaçada”⁷⁴

Falando sobre a dificuldade na produção de provas nos casos de crimes praticados por organizações criminosas, Luiz Carlos Cáffaro destaca que

72 Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos: I - polícia federal; II - polícia rodoviária federal; III - polícia ferroviária federal; IV - polícias civis; V - polícias militares e corpos de bombeiros militares.

73 LIRA, Ana Núbia Silva Prova ilícita e o princípio da proporcionalidade pro societate. Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal, nº 20 – jun-jul/2003, p. 40.

74 Idem 73.

“Tal modelo de criminalidade, estruturado em sólidas bases empresariais – o que pressupõe organicidade e permanência – implica no reconhecimento de uma bem urdida pirâmide funcional, do alto da qual os ‘executivos do crime’ comandam as ações de seus asseclas menores e onde a prévia divisão de atividades, em que cada agente desempenha o seu papel, dificulta sobremaneira o trabalho da Justiça que, dificilmente consegue atingir e punir os responsáveis direitos pelo crime, com claros reflexos no crescimento da impunidade. Essa privilegiada classe de criminosos logra obter, em face de sua maior capacidade delitiva, superlativa proteção contra a produção de provas de sua culpa. Sob tal aspecto, note-se que a obtenção de prova da ‘gerência’ desse tipo de ‘negócio’ é dolorosa e isto porque os asseclas inferiores, na maioria das vezes, assumem a culpa e se calam em relação aos seus ‘protetores’, cientes da penalidade imposta àqueles que *‘falam demais’: a pena capital!*”⁷⁵

ALEXANDRE DE MORAES assevera que

“As liberdades públicas não podem ser utilizadas como um verdadeiro escudo protetivo da prática de atividades ilícitas, nem tampouco como argumentos para o afastamento ou diminuição da responsabilidade civil ou penal por ato criminosos, sob pena de total consagração ao desrespeito a um verdadeiro Estado de Direito”⁷⁶

Para aplicação do princípio da proporcionalidade seja “*pro reo*” seja “*pro societate*” deve-se sempre levar em conta que não existem direitos fundamentais absolutos. Deste modo, o mesmo raciocínio utilizado para afastar a proibição da utilização das provas ilícitas em homenagem à liberdade individual do réu, sua ampla defesa e presunção de inocência, também pode ser utilizado para fazer prevalecer o direito à vida, à segurança e à liberdade de toda coletividade sobre a formal proibição da utilização das provas ilícitas.

Alexandre Guimarães Gavião Pinto⁷⁷ assevera que a acusação promovida pelo Ministério Público tem por finalidade precípua resguardar os valores fundamentais da coletividade amparados pela norma penal.

75 Cáfaro, Luiz Carlos. O Ministério Público e o crime organizado, in Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, nº 1, págs. 108/109, jan./jun. 1995.

76 MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional, 13ª Edição, São Paulo: Atlas, 2003, p. 129/130.

77 PINTO, Alexandre Guimarães Gavião. A prova ilícita, considerada como violação a direito fundamental. << <http://amb.com.br>>> acesso em 25 de abr. de 2007

Assim, quando o conflito se estabelecer entre a garantia, o sigilo e a necessidade de se tutelar a vida, o patrimônio e a segurança, bens também protegidos pela Constituição da República, o Magistrado deve sopesar os valores contrastantes envolvidos.

O princípio da proporcionalidade opera-se no sentido de permitir que o Juiz gradue o peso da norma em uma determinada incidência, evitando que a mesma promova um resultado indesejado pelo sistema, buscando a justiça no caso concreto.

A nova interpretação constitucional orienta-se por relevantes princípios, que são aplicados através da técnica da ponderação, incumbindo ao intérprete realizar a interação entre o fato e a norma, e fazer escolhas fundamentadas, em observância aos limites ofertados pelo próprio sistema jurídico, visando a justa solução para o caso em exame.

Nessa linha de entendimento, o Supremo Tribunal Federal admitiu que a administração penitenciária, com fundamento em razões de segurança pública, pode, excepcionalmente, proceder à interceptação da correspondência remetida aos apenados, já que a cláusula de inviolabilidade do sigilo epistolar não pode constituir instrumento de salvaguarda de práticas ilícitas.

Aqueles que, ao cometerem ilícitos, deixam de observar as liberdades públicas de terceiros pessoas e da sociedade, não podem se eximir de suas responsabilidades civis e penais, invocando, em ato posterior, a ilicitude de determinadas provas.

Em tais hipóteses, não se estará acolhendo provas ilícitas em prejuízo de acusados, mas sim reconhecendo a ausência de ilicitude, eis que as provas foram

produzidas por aqueles que agiram em legítima defesa de seus direitos fundamentais.

Neste mesmo diapasão, Alexandre de Moraes⁷⁸ exemplifica situações em que o indivíduo, em legítima defesa de suas liberdades públicas, realiza e utiliza-se da prova obtida por meio ilícito: a primeira, quando a vítima realiza e utiliza uma gravação, sem o conhecimento de um dos interlocutores, que comprova a prática de um crime de extorsão, pois o próprio agente do ato criminoso, primeiramente, invadiu a esfera de liberdade pública da vítima, ao ameaçá-la e coagi-la. Essa, por sua vez, em legítima defesa de suas liberdades públicas, obteve uma prova necessária para responsabilizar o agente; a segunda, quando filho realiza uma gravação de vídeo, sem o conhecimento de seu pai, agressor, e a utiliza para comprovação de maus-tratos e sevícias. Não se poderia argumentar que houve desrespeito à inviolabilidade, à intimidade e à imagem do pai-agressor, pois sua conduta inicial desrespeitou a incolumidade física e a dignidade de seu filho que, em legítima defesa, acabou por produzir a referida prova.

Nos casos acima citados, não se acolheu à prova ilícita em desfavor dos acusados, e conseqüentemente em desrespeito ao art. 5º, inciso LVI da Constituição Federal. O que ocorreu foi a ausência de ilicitude dessa prova, vez que aqueles que a produziram agiram em legítima defesa de seus direitos humanos fundamentais, que estavam sendo ameaçados.

Nesse sentido já se pronunciou, em diversas oportunidades, o Supremo Tribunal Federal, entendendo ser lícita a gravação de conversa telefônica, feita por um dos interlocutores, ou com sua autorização, sem a ciência do outro, quando há investida criminosa deste último, mostrando-se absurda a argumentação de que há violação do direito à privacidade daquele que pratica infração penal.

78 MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional, 13ª Edição, São Paulo: Atlas, 2003, p. 130.

O STF no julgamento do HC 75.338-8-RJ decidiu:

“É lícita a gravação de conversa telefônica feita por um dos interlocutores, ou com sua autorização, sem ciência do outro, quando há investida criminosa deste último. É inconsistente e fere o senso comum falar-se em violação do direito à privacidade quando interlocutor grava diálogo com seqüestradores, estelionatários ou qualquer tipo de chantagista.”⁷⁹

Merece menção ementa do Superior Tribunal de Justiça sobre o aproveitamento da prova ilícita pro societate:

“Constitucional e Processual Penal. 'Habeas Corpus'. Escuta telefônica com ordem judicial. Réu condenado por formação de quadrilha armada, que se acha cumprindo pena em penitenciária, não tem como invocar direitos fundamentais próprios do homem livre para trancar ação penal (corrupção ativa) ou destruir gravação feita pela polícia. O inciso LVI do art. 5º da Constituição, que fala que 'são inadmissíveis... as provas obtidas por meio ilícito' não tem conotação absoluta. Há sempre um substrato ético a orientar o exegeta na busca de valores maiores na construção da sociedade. A própria Constituição Federal brasileira, que é dirigente e programática, oferece ao juiz, através da 'atualização constitucional' ('verfassungsaktualisierung'), base para o entendimento de que a cláusula constitucional invocada é relativa. A jurisprudência norte-americana, mencionada em precedente do Supremo Tribunal Federal, não é tranqüila. Sempre é invocável o princípio da 'razoabilidade' ('reasonableness'). O 'princípio da exclusão das provas ilicitamente obtidas' ('exclusionary rule') também lá pede temperamentos. Ordem denegada”⁸⁰

Interessante e inovador é o posicionamento de Alexandre Guimarães Gavião Pinto⁸¹, no sentido de que até mesmo em homenagem à probidade administrativa, a inadmissibilidade das provas ilícitas deve ser mitigada, devendo ser compatibilizada com os demais princípios constitucionais insculpidos no caput do artigo 37⁸² da Lei Maior, tais como, o da moralidade e publicidade. Este também é o pensamento do professor Alexandre de Moraes⁸³.

79 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão Habeas Corpus nº 75.338-8/RJ. Relator Ministro Nelson Jobim, 11 mar. 1998. <<http://www.stf.gov.br>>. acesso em 25 de abr. 2007.

80 Repertório IOB de Jurisprudência - 1ª quinzena de julho de 1996 - nº 13/96, p.217.

81 Idem 77.

82 Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (...)

83 Idem 30, p. 131/132.

No exercício de sua função, o administrador público fica vinculado aos princípios constitucionais da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

A moralidade administrativa exige que os atos praticados pelos agentes públicos sejam compatíveis com a lei, e que sejam revestidos de boa-fé, decoro e probidade.

Pelo princípio da publicidade, todos os atos públicos devem ser de conhecimento geral, para que a sociedade possa fiscalizá-los.

Os princípios supra mencionados impedem que o agente público utilize-se das inviolabilidades à intimidade e à vida privada para praticar atividades ilícitas.

Assim, deve ser permitida, por exemplo, a utilização de gravações clandestinas por um dos interlocutores, realizadas sem o conhecimento do agente público, que comprovem sua participação, valendo-se de seu cargo, na prática de atos ilícitos.

Não socorre ao agente público a afirmação de inviolabilidade à sua intimidade ou à vida privada, tendo em vista que, ao conduzir negócios públicos, deve atuar com absoluta transparência e honestidade.

Um dos principais entraves que sempre é levantado à aplicação do princípio da proporcionalidade é o de que pode emergir arbítrio judicial, ao se colocar nas mãos do Juiz o poder de realizar a ponderação, elegendo qual valor deve preponderar na hipótese submetida à sua apreciação.

José Carlos Barbosa Moreira rechaçando esta preocupação argumenta que “cumpre não perder de vista quão freqüentes são as situações em que a lei confia na valoração (inclusive ética) do juiz para possibilitar a aplicação de normas redigidas com o emprego de conceitos jurídicos indeterminados”⁸⁴

Exemplo disto, é o conceito de *ordem pública*, para o efeito de decretação de prisão preventiva. Impossível, portanto, eliminar de todo a subjetividade judicial. Assinale-se ainda que cumprirá ao Juiz que proferir a decisão acolhendo a aplicação da teoria da proporcionalidade, motivá-la de forma exaustiva. Não é exagero lembrar que a decisão de 1º grau estará sempre passível ao controle da instância recursal, prestigiado o princípio do duplo grau de jurisdição, também insculpido na Constituição Federal, quando da previsão da competência dos tribunais.

Como bem assevera o professor Sérgio Demoro Hamilton⁸⁵, existirão critérios balizadores para atuação do Juiz quando da aplicação do princípio da proporcionalidade, não devendo por óbvio esta aplicação ser estendida para qualquer caso. Somente em situações pontuais e de extrema gravidade é que se justificaria o acolhimento da prova ilícita. Hipóteses em que, ao sopesar o direito fundamental do criminoso e o também direito fundamental à segurança da coletividade (apenas a guisa de exemplo), opte o magistrado pela segunda alternativa e acabe por afastar a proibição constitucional da utilização de provas ilícitas no processo penal.

Repita-se à exaustão: a aplicação do princípio da proporcionalidade para aceitar a utilização de provas ilícitas *pro societate* não se daria de forma irrestrita, mas apenas em caráter excepcional. Nenhum direito do homem pode ser visto como absoluto, na medida em que o indivíduo dele se vale para atentar contra a vida, a liberdade ou a segurança de outrem.

84 MOREIRA, José Carlos Barbosa, A Constituição e as provas ilicitamente obtidas, in Temas de Direito Processual, Sexta Série, Editora Saraiva, São Paulo, 1997, p. 110.

85 HAMILTON, Sérgio Demoro. As provas ilícitas, a teoria da proporcionalidade e a autofagia do Direito. Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal Nº 06- FEV-MAR/2001, p. 53.

A decisão que viesse a admitir como válida uma prova de tal natureza, exigiria cuidadosa fundamentação (art. 93, IX, CF)⁸⁶, fazendo uma opção entre os valores em jogo, por mera aplicação do "princípio da convivência das liberdades".

Não obstante todas estas cautelas, eventual arbítrio judicial poderia sempre ser enfrentado mediante recurso, criando-se a partir daí uma jurisprudência que serviria de critério indicador para casos futuros.

Forçoso reconhecer, entretanto, que o Pretório Excelso não vem se sensibilizando com este moderno posicionamento. Insiste a Corte Maior em recusar aplicação do princípio da proporcionalidade com relação à garantia prevista no art. 5º, LVI, da Constituição da República.

"Da explícita proscrição da prova ilícita, sem distinções quanto ao crime objeto do processo (CF, art. 5º, LVI), resulta a prevalência da garantia nela estabelecida sobre o interesse na busca, a qualquer custo, da verdade real no processo: conseqüente impertinência de apelar-se ao princípio da proporcionalidade – à luz de teorias estrangeiras inadequadas à ordem constitucional brasileira – para sobrepor, à vedação constitucional da admissão da prova ilícita, considerações sobre a gravidade da infração penal objeto da investigação ou da imputação."⁸⁷

86 Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação;

87 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 1ª Turma, HC 80949/RJ. Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJU de 14/12/2001, pág. 26. <<http://www.stf.gov.br>>. acesso em 25 de abr. 2007.

CONCLUSÃO

Após o estudo do pensamento de diversos doutrinadores, cujas idéias refletem sobre a repercussão das provas ilícitas no processo penal, objeto de análise do presente trabalho, pode-se concluir que:

1-) O direito à prova enfrenta restrições. O direito de defesa, apesar de amplo, não é ilimitado. No processo, as provas são produzidas para compor os elementos integradores do convencimento do Juiz, encontrando a sua limitação na dignidade da pessoa humana e no respeito aos direitos fundamentais, não sendo admissível, em regra, a utilização das provas obtidas por meio ilícitos.

2-) O princípio da proporcionalidade, de raiz alemã, surgiu como uma alternativa para solucionar o problema de choque entre os princípios fundamentais. Assim, a doutrina constitucional passou a atenuar a vedação das provas ilícitas, utilizando-se de tal princípio com o fito de evitar que a rigidez da exclusão causasse prejuízos irreparáveis.

3-) A utilização da proporcionalidade, para a doutrina e jurisprudência majoritária, só tem sido admitida quando favorecer ao réu, ou seja, "*pro reo*", para afastar a incidência do princípio da inadmissibilidade das provas ilícitas. Assim, não podem as decisões judiciais embasar-se em provas obtidas por meio ilícito para condenar o réu, mesmo que nelas reste evidenciada a culpabilidade do imputado.

4-) A doutrina e a jurisprudência dominante são seguidoras da teoria dos frutos da árvore envenenada. Para tanto, a prova ilícita por derivação deve ter um nexo direto com a prova ilícita que a originou e não existir outro modo que esta pudesse ser produzida.

5-) Como não existem no sistema constitucional garantias absolutas, deve-se dar ao art. 5º LVI uma interpretação baseada no contexto onde a prova se encontra inserida. É através da análise da situação fática, e em circunstâncias

excepcionais, que a mesma poderá ser admitida, mormente nos casos em que há lesão a direito fundamental de maior valor, sempre em busca da obtenção do senso de justiça.

6-) A aplicação intransigente da vedação da aceitação das provas ilícitas no processo penal pode, em situações pontuais, gerar enormes injustiças, sobretudo no que concerne à criminalidade organizada.

7-) A mesma Constituição que veda a produção de provas obtidas por meios ilícitos, resguarda, da mesma forma, e no mesmo dispositivo, o direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade (art. 5º, caput), que, eventualmente, terão que ser postos em confronto com a regra do art. 5º, LVI, para que se possa saber, diante do caso concreto, qual bem jurídico prevalece.

8-) A Lei Maior, como de resto qualquer lei, deve apresentar um caráter eminentemente ético, não podendo servir de instrumento para proteger toda a sorte de abusos praticados por marginais da pior espécie, em nome da defesa dos direitos e garantias individuais de criminosos.

9-) As restrições levantadas contra a aplicação da teoria da proporcionalidade no que diz respeito a uma eventual concentração de poder na pessoa do Juiz são facilmente contornáveis, à medida em que a aplicação de tal teoria se daria apenas em casos excepcionais –como último recurso para fazer prevalecer direitos fundamentais, no caso concreto, com importância maior do que o defendido no art. 5º, LVI da Constituição Federal- e a decisão judicial, além de se submeter ao duplo grau de jurisdição, seria cuidadosamente fundamentada, atendendo ao que estabelece o art. 93, IX da Magna Carta.

10-) Filiamo-nos, pois, à corrente minoritária da doutrina e jurisprudência, no sentido da extensão da aplicação da teoria da proporcionalidade para a aceitação das provas tidas como ilícitas também em favor da sofrida sociedade.

11-) Esta teoria somente teria aplicação em caráter excepcional, apenas em relação aos crimes de maior impacto social, em especial aqueles praticados por

organizações criminosas, em situações tais que a utilização das chamadas provas ilícitas surge como única alternativa à impunidade dos perigosos transgressores. Naturalmente esta avaliação a respeito do caso concreto que reclama o implemento da teoria da proporcionalidade *pro societate* ficará a cargo do Poder Judiciário, por meio dos Juízes e Tribunais.

REFERÊNCIAS

ANTUNES, Roberta Pacheco. **O princípio da proporcionalidade e sua aplicabilidade na problemática das provas ilícitas em matéria criminal.** << <http://jus2.uol.com.br>>> acesso em 25 de abr. de 2007.

ARAÚJO, Francisco Fernandes de apud Helenilson Cunha. **Princípio da Proporcionalidade – Significado e Aplicação Prática.** Campinas: Copola, 2002.

AVALIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas Ilícitas – Interceptações telefônicas e gravações clandestina.**, 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais.** Brasília: Brasília Jurídica 2000.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e Processo.** São Paulo: Malheiros Editores, 2ª ed., 1996.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988.** Organização do texto: Nelson Mannrich, 6ª ed., São Paulo: 2005, p.27.

_____, Superior Tribunal de Justiça. **Acórdão em Habeas Corpus nº 55986/RJ.** Relator Min. Gilson Dipp, em 6/6/2006, publicada no DJ 1/8/2006, p. 496. <www.stj.gov.br> acesso em 20 de mar. 2007.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão em Ação Penal 307-3-DF**, Plenário, Relator: Ministro Ilmar Galvão, DJU, 13 out. 1995. <<http://www.stf.gov.br>>. acesso em 20 de mar. 2007.

_____. **Acórdão em Ap. Crim. nº 307-3/ DF** . Relator Ministro Celso de Mello. Ementário nº 1804-11, DJU de 13/10/95. .<<http://www.stf.gov.br>>. acesso em 20 de mar. 2007.

_____. **Acórdão em Habeas Corpus nº 69.912-0/RS**. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence, 16/12/2003. Publicado no DJU, 23 mar. 1994. .<<http://www.stf.gov.br>>. acesso em 20 de mar. 2007.

_____. **Acórdão em Hábeas Corpus nº 70814-5/SP**, Relator. Min. Celso de Mello, DJU, Seção I, de 24/06/1994, p. 16650 <<http://www.stf.gov.br>>. acesso em 25 de abr. 2007.

_____. **Acórdão em Habeas Corpus nº 72.588-PB**, Relator Ministro Maurício Corrêa, 12 jun. 1996. .<<http://www.stf.gov.br>>. acesso em 20 de mar. 2007.

_____. **Acórdão em Habeas Corpus nº 73.351-SP**, Relator Ministro Ilmar Galvão, publicada no informativo do STF nº 30, 9 maio. 1996. .<<http://www.stf.gov.br>>. acesso em 20 de mar. 2007.

_____. **Acórdão Habeas Corpus nº 74599-7/SP**. Relator Ministro Ilmar Galvão. Publicada no DJU 07.02.1997. .<<http://www.stf.gov.br>>. acesso em 25 de abr. de 2007.

_____. **Acórdão Habeas Corpus nº 75.338-8/RJ**. Relator Ministro Nelson Jobim. Publicada no DJU 11 mar. 1998. .<<http://www.stf.gov.br>>. acesso em 25 de abr. de 2007.

_____. **Acórdão em Habeas Corpus nº 80949/ RJ – 1ª T.** Relator Ministro Sepúlveda Pertence, 30/10/2001. Publicada no DJU 14.12.2001. .<<http://www.stf.gov.br>>. acesso em 25 de abr. de 2007.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão em Habeas Corpus nº 85286/SP**, relator Ministro Joaquim Barbosa, DJU, 20 mar 2006. <<http://www.stf.gov.br>>. acesso em 20 de mar. de 2007.

_____. **Acórdão no Mandado de Segurança nº 21.750**, Relator Ministro Carlos Velloso, 24 nov. 1993. .<<http://www.stf.gov.br>>. acesso em 20 de mar. de 2007.

_____. **Acórdão no Mandado de Segurança nº 23452/RJ**, Relator. Min. Celso de Mello, DJU de 12.05.2000, pág. 20). <<http://www.stf.gov.br>>. acesso em 25 de abr. 2007.

_____, Tribunal Regional Federal 1ª Região. **ACrim 01000371486-MG – 3ª T. Supl.** Relator Juiz Leão Aparecido Alves – DJU 29.07.2004. <<http://www.trf1.gov.br>> acesso em 20 de mar. 2007

Cáffaro, Luiz Carlos. **O Ministério Público e o crime organizado**, in Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, nº 1, págs. 108/109, jan./jun. 1995.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**, 10ª ed., São Paulo: Saraiva, 2003.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Relativizar a coisa julgada material**. São Paulo: Saraiva, 1987.

FERNANDES, Antônio Scarance. **Processo penal constitucional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

GALUPPO, Marcelo Campos. **Princípios jurídicos e a solução de seus conflitos – a contribuição da obra de Alexy**. Revista da Faculdade Mineira de Direito, Belo Horizonte, v. 1, n. 2, 1998.

GOMES, Luiz Flávio. **Interpretação telefônica – Lei nº 9.296, de 24/7/96**, São Paulo: RT, 1997.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Direito à Prova no Processo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **A eficácia dos atos processuais à luz da Constituição Federal**, Revista da procuradoria Geral do Estado de São Paulo, São Paulo, nº 37, jun. 1992.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As nulidades no processo penal**, 6. ed. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1998.

GREGO FILHO, Vicente. **Interpretação telefônica (considerações sobre a Lei nº 9.296/96, de 24 de julho de 1996)**. São Paulo: Saraiva, 1996.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo Constitucional e Direitos Fundamentais**. São Paulo: 1º edição, Ed. Celso Bastos, 2002.

HAMILTON, Sérgio Demoro. **As provas ilícitas, a teoria da proporcionalidade e a autofagia do Direito**. Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal Nº 06-FEV-MAR/2001.

JUNQUEIRA, Roberto de Rezende. **Do livre convencimento do juiz e de seus poderes na instrução criminal e na aplicação das penas**, São Paulo: Revista dos Tribunais, v.1, nº 2, abr./jun.1976.

LIMA, Marcellus Polastri apud GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Direito à Prova no Processo Penal**. São Paulo, revista dos Tribunais, 1997.

LIRA, Ana Núbia Silva **Prova ilícita e o princípio da proporcionalidade pro societate**. Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal, nº 20 – jun-jul/2003.

MANNRICH, Nelson. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 6ª ed., São Paulo: 2005.

MACHADO, Agapito. **Questões Polêmicas de Direito**. Belo Horizonte, Ed. Del Rey, 1998.

MARQUES, José Frederico. **Elementos do direito processual penal**, v.2, São Paulo:Forense, 1965.

MELLO, Fábila Amaral de Oliveira. **A prova ilícita e a possibilidade de sua aplicação no processo penal**. << <http://infojus.com.br>>> acesso em 25 de abr. de 2007.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo penal**. 15ª Edição, São Paulo: Atlas, 2003.

_____. **As provas ilícitas e a violação do sigilo bancário**. Livro de estudos jurídicos, 1989, v. 5.

MITTERMAEYR, C.J.A. **Tratado da Prova em Matéria Criminal**. Trad. De Herbert Wüntzel Heinrich, 3 ed. Campinas: Boockseller, 1996.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**, 13ª Edição, São Paulo: Atlas, 1999.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **A Constituição e as provas ilicitamente obtidas**, in Temas de Direito Processual, Sexta Série, Editora Saraiva, 1997.

PEDROSO, Fernando de Almeida. **Prova Penal**, Rio de Janeiro, AIDE, 1994.

PINTO, Alexandre Guimarães Gavião. **A prova ilícita, considerada como violação a direito fundamental**. << <http://amb.com.br>>> acesso em 25 de abr. de 2007.

PEQUENO, Gustavo Silva. **Temas de Processo Pena: As provas ilícitas no processo penal**. Fortaleza: DIN-CE, 2002.

Repertório IOB de Jurisprudência - 1ª quinzena de julho de 1996 - nº 13/96.

ROLIM, Luciana Sampaio Gomes. **Uma visão crítica do Princípio da proporcionalidade**, Jus Novegandi, Teresina, ano 6 ,n. 56 , abr. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto>>. Acesso em: 16 de out. 2006.

SANTOS, Jarbas Luiz dos apud STUMM, Raquel Denize. **Princípio da proporcionalidade – Concepção Grega de Justiça com Fundamento Filosófico**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004.

SILVA, Bruno César Gonçalves da. **Do aproveitamento da prova obtida por meio ilícito: a tese da ponderação versus senso de adequabilidade normativa**. Publicada no *Júris Síntese* nº 59 – Mai/Jun de 2006.

SILVA, César Dario Mariano da, **Provas Ilícitas**. 2ª ed., São Paulo: Leud, 2002.

SILVA, De Plácido. **Vocabulário Jurídico**. 10. ed, Rio de Janeiro: Forense, 1987.

SOUZA, Alexander Araújo de. **A inadmissibilidade, no processo penal, das provas obtidas por meios ilícitos: uma garantia absoluta?**. <<http://www.congressovirtualmprj.org.br>> acesso em 25 de abr. de 2007.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**, v.3, 25º ed., São Paulo: Saraiva, 2003.

TROCKER, Nicolo. **Processo civil e Costituzione**. Giuffrè, 1974.