

FACULDADE VALE DO CRICARÉ
BACHARELADO EM DIREITO

JESSICA VALVASSORI CORREA

**ADMISSIBILIDADE DAS PROVAS ILÍCITAS
NO PROCESSO PENAL**

SÃO MATEUS/ES
2016

JESSICA VALVASSORI CORREA

**ADMISSIBILIDADE DAS PROVAS ILÍCITAS
NO PROCESSO PENAL**

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Faculdade Vale do Cricaré, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Samuel Davi Garcia Mendonça.

SÃO MATEUS/ES

2016

Dedico primeiramente a Deus por me dar força. Aos meus pais e familiares pelo apoio e por sempre acreditarem neste sonho.

Agradeço primeiramente a Deus, pois sem Ele não alcançaria a conquista. Aos professores, pelos grandes ensinamentos. Aos meus pais e familiares pela paciência, apoio e credibilidade de sempre. A todos que, de alguma forma contribuíram para a realização deste trabalho.

“Só engrandecemos o nosso direito a vida cumprindo o nosso dever de cidadãos do mundo.”

Mahatma Gandhi

RESUMO

Este trabalho tem por fundamento pesquisar, analisar e descrever a evolução do instituto da prova, bem como demonstrar a aplicação da prova ao processo penal brasileiro. O estudo visa conceituar as espécies de prova, abordará sobre a inadmissibilidade das provas ilícitas no processo penal e abordar ainda sobre a possibilidade de admissibilidade de algumas serem utilizadas. Para isso trataremos sobre o Princípio da Proporcionalidade que é de grande importância para a aplicação das provas no processo penal. Ao final, será abordado sobre a possibilidade das provas serem utilizadas no processo penal.

Palavras Chave: Prova. Inadmissibilidade. Prova Ilícita. Admissibilidade.

ABSTRACT

This work is based query, analyze and describe the evolution of the institution of proof and demonstrate the application of proof to the criminal justice process. The present study aims to conceptualize the species of proof, address on inadmissibilidades of illegal evidence in criminal proceedings and also address the possibility of admissibility of some use. For this deal on the Principle of Proportionality which is of great importance for the application of evidence in criminal proceedings. At the end, will be approached about the possibility of the evidence being used in court proceedings.

Keywords: Proof. Inadmissibility. Unlawful proof. Admissibility.

SUMÁRIO

| | |
|---|----|
| INTRODUÇÃO | 9 |
| 1 DAS PROVAS NO PROCESSO PENAL | 11 |
| 1.1 BREVE HISTÓRICO..... | 11 |
| 1.2 CONCEITO DE PROVA..... | 13 |
| 1.3 DA CLASSIFICAÇÃO DAS PROVAS..... | 14 |
| 1.4 MEIOS DE PROVAS..... | 15 |
| 1.5 ÔNUS DA PROVA..... | 16 |
| 2 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS NO PROCESSO PENAL | 17 |
| 2.1 PRINCÍPIO DA LEGALIDADE..... | 17 |
| 2.2 PRINCÍPIO DA OBRIGATORIEDADE..... | 18 |
| 2.3 PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE..... | 19 |
| 2.4 PRINCÍPIO DA OFICIALIDADE..... | 20 |
| 2.5 PRINCÍPIO DA VERDADE REAL..... | 21 |
| 2.6 PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL..... | 22 |
| 2.7 PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO..... | 23 |
| 2.8 PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA..... | 24 |
| 2.9 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE..... | 25 |
| 2.10 IN DÚBIO PRO REO..... | 26 |
| 2.11 PRINCÍPIO DA IMPARCIALIDADE..... | 26 |
| 3 PROVAS ILÍCITAS | 27 |
| 3.1 CONCEITO..... | 27 |
| 3.2 ADMISSIBILIDADE DAS PROVAS ILÍCITAS..... | 28 |
| 3.3 INADMISSIBILIDADE DAS PROVAS ILÍCITAS..... | 30 |
| 3.4 DISTINÇÃO ENTRE PROVA ILÍCITA E PROVA ILEGÍTIMA..... | 31 |
| 3.5 TEORIA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA..... | 32 |
| 4 A POSSIBILIDADE DE ADMISSÃO DAS PROVAS ILÍCITAS NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO | 33 |
| 4.1 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE..... | 33 |
| 4.1.1 Conceito | 33 |
| 4.1.2 Evolução Histórica | 35 |
| 4.2 ADMISSIBILIDADE DE PROVAS ILÍCITAS..... | 37 |

| | |
|---|-----------|
| 4.2.1 Admissibilidade das provas ilícitas em favor do réu..... | 39 |
| 4.2.2 Admissibilidade das provas ilícitas em favor da sociedade..... | 42 |
| CONCLUSÃO..... | 45 |
| REFERÊNCIAS..... | 47 |

INTRODUÇÃO

Nossa Constituição Federal enalteceu inúmeros direitos fundamentais como o direito à vida, à liberdade, à privacidade, intimidade, devido processo legal e trouxe também no rol de garantia e direitos fundamentais a direta proibição da utilização de provas no processo por meios ilícitos, em conformidade com art. 5º, inciso LVI. Além disso, com a elaboração da Lei nº11.690/08, de 09 de junho de 2008 passou a valer também norma processual, o que até então não valia, obstruindo o uso da prova ilícita, de acordo com o que dispõe caput do novo art. 157, do Código de Processo Penal: “São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais” (FARAH, 2008).

As provas no processo desenvolvem uma função essencial, qual seja o de averiguar fatos no processo e no meio social, visto que o julgamento baseado em provas não forma trabalho solitário do juiz, mas, ao inverso, é infiltrado no ambiente social em que se evolui, estando assim, firmemente enfiado por aspectos sociais, político, culturais e religiosos. Com isso, não é permitido relevar nos procedimentos probatórios seu caráter social, uma vez que sua finalidade não está controlada à formação do convencimento do juiz, mas busca incessantemente, a aquisição da anuência do grupo social em nome do qual será pronunciado a decisão (OLIVEIRA; COSTA, 2010).

Harmonizado está a precisão incessante da prova no conceito de Direito, almejamos compreender o sentido da prova, as diversas modalidades, as suas origens, pois sem saber o que aconteceu no passado, sem averiguar os estágios desenvolvidos da matéria em destaque, não há como verificar criticamente a disposição atual e daí então, buscaremos alternar para o critério das provas ilícitas no Direito brasileiro, sua aplicabilidade e revelar também as diferenças surgidas na CF/88 diante da doutrina e jurisprudência referentes a aceitação ou não dessas provas no processo.

Será elaborada uma relevante pesquisa sobre o que dispõem ilustres doutrinadores e estudiosos dessa temática, frente à luta travada entre o radicalismo e a coerência e compreender com eficiência, o meio jurídico classificado como princípio da proporcionalidade, o qual tem ofertado a mais preponderante opção ao juiz em relação à resolução de conflitos.

Assim, neste trabalho, o objetivo é demonstrar a possibilidade de aplicabilidade das provas ilícitas no processo penal brasileiro, onde inicialmente será trazido um breve contexto histórico sobre a evolução do surgimento das provas entre outros afins.

Em sequencia, será demonstrada a conceituação em geral da prova, juntamente com a sua classificação, meios e ônus. Adiante, será trabalhado os conceitos e fundamentos essenciais das provas ilícitas, bem como, admissibilidade, inadmissibilidade, diferença entre prova ilícita e ilegítima e teoria da árvore envenenada.

O quarto capítulo trará ao presente estudo, um aglomerado de contextos sobre os princípios constitucionais do processo penal, cada um com suas especificidades.

Por fim, no último capítulo será trabalhado o foco principal deste estudo que é a possibilidade de admissão das provas ilícitas no processo penal brasileiro, trazendo à tona, a real importância das provas ilícitas, e a melhor forma de se utilizá-las para no meio jurídico.

1 DAS PROVAS NO PROCESSO PENAL

1.1 BREVE HISTÓRICO

A averiguação da prova recebeu diversas etapas durante a história, em comum acordo com o desenvolver da cultura social, aos costumes e ao momento político-econômico de cada povo.

Nesse sentido é importante destacar as palavras de Livia de Fátima Oliveira da Costa:

Na legislação brasileira inicia em 1808, sendo que antes vigoravam as Ordenações Portuguesas, e a ideia de um Código Civil e Criminal, surge com a Constituição Política do Império do Brasil, de 25 de março de 1824, que ao tratar da questão da inviolabilidade dos direitos civis e políticos dos cidadãos brasileiros, afirmava que esses direitos teriam por base a liberdade, a segurança individual e a propriedade. Assegurando ainda que ninguém poderia ser preso sem culpa formada, exceto nos casos declarados em lei, essa Constituição dispunha que seria organizado um Código Civil e um Código Criminal, fundado nas sólidas bases da justiça e equidade (COSTA, 2009, p.01).

Sabe-se que no início dos tempos, o modo de verificação da verdade era somente relacionado à religião, onde os indivíduos acusados eram expostos a instrumentos de provas como as ordálias, juramentos e duelos para aferir sua responsabilidade, ou seja, o que se acreditava era na justiça divina de Deus (FARAH, 2008, p.11).

Esse método de justiça divina é visto hoje como um instrumento de crueldade e tortura, onde os acusados eram postos a fazer coisas para provar sua inocência praticamente impossível e surreal.

Exemplos sobre estas provas caracterizadas tão cruéis e surreais destacam-se as palavras de OLIVEIRA e COSTA que descrevem o seguinte:

As principais provas eram: a prova da água fria: jogando o indiciado na água, caso submergisse era inocente, caso viesse à tona, era culpado. A prova do ferro em brasa: o pretense culpado, com os pés descalços, teria de passar por uma chapa de ferro em brasa; caso nada lhe acontecesse, era inocente, porém, se queimassem os seus pés, a culpa era manifesta. A prova do *judicium affae*: o indivíduo deveria engolir de uma só vez grande quantidade de alimento, que era farinha de trigo. Se não conseguisse, era culpado. Prova do pão e queijo: acusado deveria engolir um pedaço de pão e queijo, em não conseguindo era culpado (OLIVEIRA; COSTA, 2010, p.04).

Em seguida a este sistema de punição veio a inquisição que visava a confissão do empregado como meio primordial da verdade e caracterização de poder de punir, tudo isso com o intuito de garantir maior poder e vigilância papal sobre a sociedade (FARAH, 2008, p.12).

Também nesse meio tempo utilizou-se o sistema étnico ou pagão, em que o juiz apreciava as provas como bem entendesse e de acordo com suas experiências vividas (OLIVEIRA; COSTA, 2010. p.03).

Logo depois a estes sistemas de avaliação de provas surgiu o sistema legal das provas, onde criaram-se leis para a designação das regras de produção de provas. Assim, cabia ao juiz apenas à aplicação direta e sem liberdade de escolha dos rigorosos contextos descritos nas tais leis, onde elas eram que dizia as provas necessárias a chegar à verdade, e quais não são aptas para tanto (FARAH, 2008, p.12).

Ainda nesse contexto, segundo FARAH:

A prova tinha um valor pré-fixado, apenas a combinação das provas admitidas e valoradas autorizaria a condenação do indivíduo, desse modo havia uma regulação minuciosa e complexa dos meios de provas, o que favoreceu uma maior severidade da investigação, e novamente a confissão, mesmo diante tortura, era considerado o meio mais eficaz para a certeza necessária à condenação (FARAH, 2008, p 12).

Para OLIVEIRA e COSTA, o sistema de prova legal se define assim:

No Sistema de prova legal, cada prova tinha um valor pré-estabelecido por Lei, inalterável e constante de sorte que ao Juiz não era livre a avaliação, agindo bitolado. Daí porque também chamado de sistema tarifado, já que as provas têm uma tabela da qual não se pode escapar ou fugir. Em tal sistema, o Juiz manifestava a verdade, não de acordo com a convicção resultante das provas, mas sim em conformidade com o valor. O juiz torna-se um órgão passivo, pois diante do valor tabelado das provas, caberia a ele apenas verificar o valor atribuído pela Lei, reconhecendo-a na sentença, sem que possa expressar sua convicção. (OLIVEIRA; COSTA, 2010, p. 6).

Após esse sistema surgiu, então, o sistema da íntima convicção que teve seu início em Roma e proporcionava o juiz a sentenciar de acordo com sua apreciação das provas sem necessidade de fundamentar.

Sobre esse sistema cita-se TOURINHO:

Sem o perigo do despotismo judicial que o sistema da íntima convicção ensejava e sem coactar os movimentos do Juiz no sentido de investigar a

verdade, como aconteceria com o sistema das provas legais, está o sistema da livre apreciação ou livre convencimento [...] O juiz está livre de preceitos legais na aferição das provas, mas não pode abstrair-se ou alhear-se ao seu conteúdo. Não está dispensado de motivar a sua sentença (TOURINHO, 2003, p.81).

Hoje o código de processo penal em seu artigo 381, III, impõe ao juiz o dever de fundamentar a sentença, caso o contrário ela será considerada nula. Dando a entender que a melhor opção adotada nos dias atuais é a liberdade probatória, e que é possível perceber até nos dias atuais, que o sistema probatório está sempre em constantes alterações.

1.2 CONCEITO DE PROVA

A prova é originária do latim *probatio*, que advém no verbo *probare* e significa demonstrar, reconhecer, examinar, persuadir, todo o elemento que possa levar ao conhecimento de um fato, ou de alguém (CAPEZ, 2007, p. 239).

Para chegar ao convencimento do juiz, as partes deverão demonstrar por meio da produção de provas, pois este é o instrumento do processo para que se possa chegar a verdade do que foi alegado, da existência ou inexistência de um fato.

Assim, Nestor Távora conceitua prova:

Prova é tudo aquilo que contribui para a formação do convencimento do magistrado, demonstrando os fatos, atos, ou até mesmo o próprio direito discutido no litígio. Intrínseco no conceito está a sua finalidade, o objetivo, que é a obtenção do convencimento daquele que vai julgar, decidindo a sorte do réu, condenando ou absolvendo (TÁVORA, 2009, pag. 308).

Desta forma, para solucionar a lide devem se buscar provas dentro daquilo que for produzido nos autos, demonstrando a importância de um processo bem feito com provas bem produzidas, pois é delas que vem o convencimento do juiz e consequentemente a condenação ou não do réu (CAPEZ, 2010, p. 341).

Nesse sentido, a prova se torna a alma do processo. É conferida à prova elevado status, ao afirmar que ela configura os olhos do processo, o alicerce sobre o qual se ergue toda a dialética processual. Afirmar-se assim, que sem provas idôneas e válidas, de nada adianta desenvolver debates doutrinários, uma vez que a discussão não terá objeto (CAPEZ, 2010, p. 341).

A finalidade da prova é formar o convencimento do julgador, sendo demonstrada por meios legais, a existência ou veracidade de um fato ou de um ato jurídico, em virtude da qual se conclui por sua existência ou então se firma a certeza a respeito da veracidade do fato ou do ato ora demonstrado.

Segundo Julio Fabbrini Mirabete, este afirma que provar é produzir um estado de certeza, na consciência e mente do juiz, para que assim possa fazer sua convicção, a respeito da existência ou inexistência de um fato, ou da verdade ou falsidade de uma afirmação sobre uma situação de fato, que se considera de interesse para uma decisão judicial ou a solução de um processo.

Verifica-se que a produção de uma prova é de grande importância para comprovação de determinado fato no direito penal que busca trazer a realidade histórica, mas, a uma determinada dificuldade para se constituir e se comprovar a verdade.

Sobre o objetivo de prova Tourinho Filho afirma:

O objetivo ou finalidade da prova é formar a convicção do Juiz sobre os seus elementos necessários para a decisão da causa. Para julgar o litígio, precisa o Juiz ficar conhecendo a existência do fato sobre o qual versa a lide. Pois bem: a finalidade da prova é tornar aquele fato conhecido do Juiz, convencendo-o da sua existência. As partes, com as provas produzidas, procuram convencer o Juiz de que os fatos existiram, ou não, de que ocorreram desta ou daquela maneira. (TOURINHO FILHO, 2010, p. 553)

Portanto, a prova constitui, efetivamente, a essência do processo, eis que torna possível a confecção da sentença levando o conteúdo dos fatos ou atos praticados a conhecimento do juiz. Porém nem todas as provas produzidas podem ser levadas ao processo, seja pelo seu conteúdo ou a forma pela qual foram produzidas. Pela importância deste assunto ele será tratado em tópico próprio.

1.3 DA CLASSIFICAÇÃO DAS PROVAS

A classificação das provas é dividida a partir de três critérios principais: objetivo, subjetivo e formal.

O critério objetivo, diz respeito ao fato cuja existência carece de ser demonstrada em prova direta, quando por si demonstra um fato ou indireta quando é alcançada levando em consideração outros fatos de natureza secundária, que tem relação com o fato principal.

A análise dos fatos ocorridos quanto ao critério subjetiva comporta duas realidades possíveis, vinculadas aos vestígios que os mesmos deixaram. Desta forma, podem resultar em provas reais, das quais fazem parte aquelas que aderem à coisa, originando-se dos vestígios deixados pelo crime, ou pessoais, que se referem ao que se gravou no espírito humano acerca do fato.

Nesse sentido leciona Fernando Capez:

Real: são as provas consistentes em uma coisa externa e distinta da pessoa e que atestam dada informação. Pessoal: são aquelas que encontram a sua origem na pessoa humana consistente em afirmações pessoais e conscientes, como as realizadas através de declaração ou narração do que se sabe (CAPEZ, 2006, p. 307).

Por fim, quanto à forma, é dividida em testemunhal, documental e material. Com relação à primeira é resultante de depoimento colhido por terceiro no processo sobre os fatos que diz respeito a lide, e a segunda é produzida por meio de documentos e material obtida por meio químico, físico ou biológico.

1.4 MEIOS DE PROVA

Assim conceitua Tourinho Filho sobre meios de prova: “É tudo quanto possa servir, direta e indiretamente, à comprovação da verdade que se procura no processo: testemunha, documento, pericia, [...], tudo são meio de prova” (TOURINHO FILHO, 2009, p. 524).

No Código de Processo Penal Brasileiro são admitidas todas as provas obtidas por meio lícito, inclusive filmagens, interceptações telefônicas, tudo que possa aproximar da verdade do ocorrido.

Então, os meios de provas são tudo aquilo que pode ser utilizado, direta ou indiretamente para demonstrar a veracidade daquilo que foi alegado no processo, e que serão utilizados para o convencimento do juiz.

Dispõe o Art. 155 do Código de Processo Penal Brasileiro sobre a formação da convicção do juiz, baseados nas provas.

Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvados as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas (BRASIL. Código de Processo Penal Brasileiro).

Vale ressaltar que mesmo que as provas sejam necessárias ao processo isso não quer dizer que o juiz esteja obrigado a aceitá-las, nem a se convencer, inclusive as que não passaram pelo contraditório e ampla defesa. Desta forma, a prova produzida no inquérito ou em outro procedimento investigatório prévio não poderá sozinho sustentar uma decisão condenatória. Há ressalva da prova produzida no inquérito ser utilizada, desde que auxiliadas pelas demais provas produzidas em contraditório no processo (BARROS, 2009, p. 26).

1.5 ÔNUS DA PROVA

A palavra ônus vem do latim *onus* e significa carga, encargo, peso etc. Fernando Capez difere obrigação e ônus da seguinte forma:

A principal diferença entre obrigação e ônus reside na obrigatoriedade. Enquanto na obrigação a parte tem o dever de praticar o ato, sob pena de violar a lei, no ônus o adimplemento é facultativo, de modo que o seu não cumprimento não significa atuação contrária ao direito. Neste último caso, contudo, embora não tendo afrontado o ordenamento legal, a parte arcará com o prejuízo decorrente de sua inação ou deixará de obter a vantagem que adviria de sua atuação (CAPEZ, 2010, p.377).

Segundo Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró, define ônus por:

[...] uma posição jurídica na qual o ordenamento jurídico estabelece determinada conduta para que o sujeito possa obter um resultado favorável. Em outros termos, para que o sujeito onerado obtenha um resultado favorável, deverá praticar o ato previsto no ordenamento jurídico, sendo que a não realização da conduta implica a exclusão de tal benefício, sem contudo, configurar um ato ilícito (BADORÓ, 2003, p. 173).

De acordo com o art. 156, o ônus da prova caberá a quem a fizer, corrente majoritária, porém é facultado ao juiz de ofício.

Segundo Távora é necessário que se enxergue o ônus à luz da presunção da inocência e favor rei, isso se a defesa ficar durante todo o processo, tendo pífia atividade probatória, estando o magistrado em dúvida, assim deve-se absorver o acusado (TÁVORA, 2009, p. 325).

Assim, deve-se compreender o ônus da prova como responsabilidade da parte que tem interesse de vencer a demanda, na demonstração dos fatos alegados, e não o fazendo sofre a sanção processual, que consiste em não atingir a sentença favorável ao seu desiderato (NUCCI, 2009, p. 22).

2 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS NO PROCESSO PENAL

Os princípios constitucionais são responsáveis pela sustentação e firmeza de todo ordenamento jurídico, dando aos seus intérpretes a direção de como atuar perante as normas jurídicas. Percebe-se que os princípios fundamentais são primordiais para a correta aplicação do direito.

Em conceituação dos princípios, Plácido e Silva assim define:

Normas elementares ou os requisitos primordiais instituídos como base, como alicerce de alguma coisa. E, assim, princípios revelam o conjunto de regras ou preceitos, que se fixaram a servir de norma a toda ação jurídica, traçando, assim, a conduta a ser tida em toda ação jurídica. Desse modo exprimem sentido. Mostram-se a própria razão fundamental de ser das coisas jurídicas, convertendo-se nem axiomas (DE PLÁCIDO E SILVA, 2001, p. 433).

Já José Joaquim Gomes Canotilho assim define:

Princípios são normas que exigem a realização de algo, da melhor forma possível, de acordo com as possibilidades fácticas e jurídicas. Os princípios não proibem, permitem ou exigem algo em termos de tudo ou nada; impõem a otimização de um direito ou de um bem jurídico, tendo em conta a reserva do possível, factidicas ou jurídicas (CANOTILHO, 2003, p.1255).

A constituição Federal garante a proteção desses princípios processuais penais, trazendo como objeto de estudo no presente capítulo os princípios de mais relevância.

2.1 PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

No Direito Penal, o princípio da legalidade se manifesta pela locução *nullum crimen nulla poena sine previa lege*, prevista no artigo 1º do Código Penal brasileiro, segundo o qual não há crime sem lei anterior que o defina, nem há pena sem prévia cominação legal (CORRÊA, 2009, p.11).

Além do *status lege*, o princípio também tem força constitucional, a Constituição da República consagrou-o no art. 5º, inciso XXXIX, que aduz "não haverá crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal" (princípio da legalidade e princípio da anterioridade).

O princípio da legalidade impõe a exigência da intervenção judicial ou da imediação judicial na aplicação ou na apreciação da responsabilidade criminal do agente. O princípio da legalidade impõe ainda a proibição de uma dupla condenação pelo mesmo fato.

O fundamento político-liberal do princípio da legalidade criminal aperfeiçoa-se na exigência da garantia acima mencionada e que consiste na impossibilidade do Direito penal gerar intranquilidade social no sentido de que ninguém pode responder por uma conduta que à época de sua realização não era prevista como crime (BEM, 2012, p.18).

Nesse sentido assim define Assis Toledo:

O princípio da legalidade, segundo qual nenhum fato pode ser considerado crime e nenhuma pena criminal pode ser aplicada, sem que antes desse mesmo fato tenham sido instituídos por lei o tipo delitivo e a pena respectiva, constitui uma real limitação ao poder estatal de interferir na esfera de liberdades individuais. Daí sua inclusão na Constituição, entre os direitos e garantias fundamentais (TOLEDO, 2002, p. 21).

Portanto, o Princípio da Legalidade é a garantia de segurança no Estado de Direito dos administrados. É um dos princípios mais importantes do nosso ordenamento, pois é o principal pilar que garante que toda ação da Administração Pública, ou seja, do Estado, só terá validade se estiver respaldado na lei amplamente. Isso impede que conflitos se resolvam pela força ou pela vontade de particulares, mas sim unicamente pela lei (DA SILVA, 2010, p.15).

2.2 PRINCÍPIO DA OBRIGATORIEDADE

O princípio da obrigatoriedade é o que predomina no processo penal. Segundo ele, a autoridade policial é obrigada a instaurar Inquérito Policial e o órgão do Ministério Público não pode deixar de promover a ação penal quando houver a prática de um crime apurado mediante ação penal pública, conforme dispõem os artigos 5º, 6º e 24, do CPP. Tal princípio contrapõe-se ao do da oportunidade ou disponibilidade, pelo qual o órgão estatal tem a faculdade de promover ou não a ação penal, de acordo com a máxima *minima non curat praetor*, devendo o Estado abster-se de coisas insignificantes e, assim, deixar de promover o *jus puniendi*

quando verificar, sob o prisma do interesse público, que do exercício da ação penal poderá advir maiores inconvenientes que vantagens (GARCIA, 2010, p. 31).

A prevalência do princípio da obrigatoriedade em nosso processo criminal tem razão de ser pelo caráter público das normas penais materiais e pela necessidade de se assegurar a coletividade uma convivência tranquila e pacífica. Ora, sendo o crime uma lesão irreparável ao interesse coletivo, o Estado não tem apenas o direito, mas o dever de punir aqueles que violarem a ordem jurídica numa ameaça à harmonia e à paz social. Nesse contexto, os órgãos incumbidos da persecução penal não têm poderes discricionários para apreciarem a oportunidade ou conveniência da instauração de Inquérito Policial ou da propositura da ação penal, conforme o caso (GARCIA, 2010, p. 33).

Portanto assim define Tourinho Filho:

O princípio da obrigatoriedade, é o que melhor atende aos interesses do Estado, dispondo o Ministério Público dos elementos mínimos para a propositura da ação penal, deve promovê-la, sem inspirar-se em critério políticos ou de utilidade social. Ele satisfaz melhor as exigências de defesa social, tendo feição democrática, na medida em que submete a atuação dos órgãos públicos ao direito constituído. Dessa forma, a atuação impõe-se ao Estado não como uma simples faculdade, mas como "obrigação funcional de realizar um dos fins essenciais de sua própria constituição, que é a manutenção e reintegração da ordem jurídica (TOURINHO, 2003, p. 45).

2.3 PRINCIPIO DA PUBLICIDADE

Se configura com uma garantia individual ordenando que os processos sejam, em regra, públicos, afim de impedir as irregularidades dos órgãos julgadores, restringindo a atuação burocrática da justiça criminal promovendo o domínio social sobre o judiciário.

Sobre o princípio da publicidade assim diz Mirabete:

O princípio da publicidade dos atos processuais, profundamente ligado a humanização do processo penal, contrapõe-se ao procedimento secreto, característica do sistema inquisitório. É ele regra em nosso direito e foi elevado à categoria constitucional pelo art. 5º, LX, da Carta Magna: "a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou interesse social o exigirem". No mesmo sentido dispõe que "todos os julgamentos dos órgãos do poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei, se o interesse público exigir limitar a presença em determinados atos, as próprias partes ou a seus advogados, ou somente a estes" (MIRABETE, 2004, p. 46).

Em regra geral, a publicidade está, pois, em correspondência com os interesses da sociedade e em consonância com o sistema acusatório, contrapondo-se ao processo do tipo inquisitivo onde os atos eram feitos a portas fechadas, secretamente, sem qualquer fiscalização do povo ou mesmo do próprio acusado. A publicidade permite, de fato, a transparência da atividade jurisdicional, evitando-se excessos ou arbitrariedades no decorrer do processo que, em regra, poderá ser fiscalizado pelos cidadãos a qualquer tempo (GARCIA, 2010, p. 35).

2.4 PRINCIPIO DA OFICIALIDADE

Tal princípio está inicialmente relacionado com os princípios da legalidade e da obrigatoriedade. A diretriz da oficialidade funda-se no interesse público de defesa social.

A repressão ao crime e ao criminoso constitui uma necessidade essencial e função precípua do Estado, de modo que este, em virtude do ordenamento jurídico que tutela os bens sociais públicos, torna-se titular de um poder de reprimir o transgressor da norma penal. Em tendo a função penal índole eminentemente pública, a pretensão punitiva do Estado deve ser feita por um órgão público que deve iniciar o processo de ofício (MARINONI, 2006, p. 142).

Consiste nisto portanto, o princípio da oficialidade, isto é, os órgãos incumbidos da *persecutio criminis* são órgãos do Estado, oficiais portanto. A Autoridade Policial nas investigações preliminares do fato e respectiva autoria e o Ministério Público na instauração da ação penal (MARINONI, 2006, p.144).

Desse princípio decorrem duas regras importantes: a primeira é a da "autoridade" - os órgãos incumbidos das investigações e da ação devem ser uma autoridade (autoridade policial e o Ministério Público); a segunda é a iniciativa de ofício dessas autoridades (MARINONI, 2006, p.148).

Porém, este princípio não é absoluto, prevendo algumas exceções, como descreve o doutrinador Norberto Avena *in verbis*:

O princípio da oficialidade é mitigado no caso de ação penal privada e de ação popular, esta última prevista na lei 1079/1950, a qual permite a todo cidadão apresentar, perante o Senado Federal, denúncia contra os Ministros do Supremo Tribunal Federal e contra o Procurador Geral da República, em relação a crimes de responsabilidade que vierem a cometer (AVENA, 2011, p. 50).

2.5 PRINCÍPIO DA VERDADE REAL

O princípio da verdade real é a busca pelo fato que mais se assemelha com a realidade do que aconteceu.

No processo penal o juiz tem o dever de investigar a verdade real, procurar saber como realmente os fatos se passaram, quem realmente praticou-os e em que condições se perpetuou, para dar base certa à justiça. Saliencia-se que aqui, deferentemente da área civil, o valor da confissão não é extraordinário porque muitas vezes o confidente afirma ter cometido um ato criminoso, sem que o tenha de fato realizado.

Nesse contexto Tourinho alerta que:

Mesmo na justiça penal, a procura e o encontro da verdade real se fazem com as naturais reservas oriundas da limitação e falibilidade humanas, e, por isso, melhor seria falar de "verdade processual" ou "verdade forense", até porque, por mais que o Juiz procure fazer uma reconstrução histórica do fato objeto do processo, muitas e muitas vezes o material de que ele se vale poderá conduzi-lo a uma "falsa verdade real" (TOURINHO, 2003, p. 46).

O princípio da verdade real, também conhecido como princípio da verdade material ou da verdade substancial, determina, portanto, que o fato investigado no processo deve corresponder ao que está fora dele, em toda sua plenitude, sem quaisquer artifícios, sem presunções, sem ficções (SOARES, 2007, p. 41).

Segundo o aludido princípio, o julgamento proferido no processo penal deve refletir, tanto quanto possível, a realidade dos fatos analisados e, para tanto, a pesquisa do que efetivamente aconteceu deve ser plena e ampla, a fim de que a realidade possa se transmitir com absoluta fidelidade aos autos (SOARES, 2007, p. 42).

Assim, a supremacia da verdade real no processo penal é determinada pelo interesse público, presente tanto nas ações penais públicas quanto nas privadas. Isso porque, para o exercício do *jus puniendi*, reservado ao Estado, mister se faz que a verdade dos fatos seja efetivamente alcançada, sob pena de que muitas injustiças sejam praticadas (SOARES, 2007, p. 44).

2.6 PRINCIPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

O Princípio do devido processo legal é uma das garantias constitucionais mais festejadas, pois dele decorrem todos os outros princípios e garantias constitucionais. Ele é a base legal para aplicação de todos os demais princípios, independente do ramo do direito processual, inclusive no âmbito do direito material ou administrativo (SALOMÃO, 2008, p. 21).

O Princípio do Devido Processo Legal só foi surgir expressamente no Brasil, na Constituição Federal de 1988, apesar de estar implícito nas Constituições anteriores. Ele está assim disposto no art. 5º, inciso LIV da nossa Carta Magna:

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:
LIV _ ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal (BRASIL. Constituição Federal de 1988).

O Princípio do devido processo legal garante a eficácia dos direitos garantidos ao cidadão pela nossa Constituição Federal, pois seriam insuficientes as demais garantias sem o direito a um processo regular, com regras para a prática dos atos processuais e administrativos.

O devido processo legal possibilita o maior e mais amplo controle dos atos jurídico-estatais, gerando uma ampla eficácia do princípio do Estado Democrático de Direito, no qual o povo não só sujeita-se a imposição de decisões como participa ativamente delas.

Sobre o devido processo legal para finalizar, assim define BARROZO:

É o princípio que assegura a todos o direito a um processo com todas as etapas previstas em lei e todas as garantias constitucionais. Se no processo não forem observadas as regras básicas, ele se tornará nulo. É considerado o mais importante dos princípios constitucionais, pois dele derivam todos os demais. Ele reflete em uma dupla proteção ao sujeito, no âmbito material e formal, de forma que o indivíduo receba instrumentos para atuar com paridade de condições com o Estado-persecutor (BARROZO,2008, p. 66).

Assim, o devido processo legal resguarda as partes de atos arbitrários das autoridades jurisdicionais e executivas.

2.7 PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO

O Princípio do Contraditório é um instrumento utilizado pelas partes que visa garantir o efetivo exercício do direito de igualdade de condições dentro de uma relação jurídica litigiosa, proporcionando-lhes para cada ato praticado, uma reação instantânea.

Mirabete assegura que:

Dos mais importantes no processo acusatório é o princípio do contraditório (ou da bilateralidade da audiência), garantia constitucional que assegura a ampla defesa do acusado (art.5º, LV). Segundo ele, o acusado goza do direito de defesa sem restrições, num processo em que deve estar assegurada a igualdade das partes (MIRABETE, 2004, p. 46).

Em seguida o autor Antonio Scaranse Fernandes descreve a importância do Contraditório dentro da relação jurídica:

Contraditório pressupõe partes em situações opostas, se não substancialmente, pelo menos formalmente, no plano processual. Com a garantia do contraditório, as duas partes têm assegurada a ciência dos atos e termos da parte contrária, com possibilidade de refuta-los (FERNANDES, 2000, p. 52).

O contraditório em seu conteúdo compreende um instrumento de dialética dirigida ao juiz conduzindo-o a um convencimento essencial, para que possa com a sua liberdade de juízo de valor, assentar uma resolução do litígio na *persecutio criminis*. Por outra vertente, ao ser estabelecida a igualdade de condições das partes (*audiatur et altera pars*) no processo penal tem-se uma isonomia processual ou *conditio* garantindo a eficácia e a legitimidade da prestação jurisdicional do Estado (SILVA, 2011, p. 153).

Então, o princípio do contraditório consubstancia-se na necessidade de confrontar as partes, dando ciência à parte adversa de todos os atos praticados pela parte autora, para que possa contraditá-los e vice-versa. Infere-se que, ao menos no processo penal, mencionado princípio não se limita a dar ciência ao réu da instauração de uma ação em seu desfavor, devendo ser pleno, ou seja, observado em todo o desenrolar processual, até o seu encerramento (SOARES, 2007, p. 49).

O princípio do contraditório decorre, portanto, do princípio da igualdade processual, pelo qual as partes encontram-se em posição de similitude perante o

Estado e perante o Juiz, sendo que ambas deverão ser ouvidas em plena igualdade de condições (SOARES, 2007, p. 50).

2.8 PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA

O princípio da ampla defesa tem reflexos importantes dentro do direito processual penal, norteados pela aplicação das regras infraconstitucionais visando ao fiel respeito e salvaguarda dos preceitos fundamentais assegurados pela Constituição Federal (GRECO, 2011, p. 101).

A ampla defesa, por sua vez, cuja possibilidade de exercício nasce justamente com a efetivação do contraditório, como anteriormente mencionado, possui dois aspectos, quais sejam, defesa técnica e autodefesa. A violação a esse princípio pode acarretar nulidade absoluta ou relativa, conforme o vício prejudique a ampla defesa como um todo ou não (SOARES, 2007, p. 51).

Tereza Nascimento Rocha Dóro, define a Garantia da Ampla Defesa dentro do Direito processual penal com as seguintes palavras:

Essa ampla defesa compreende conhecer o completo teor da acusação, rebatê-la, acompanhar toda e qualquer produção de prova, contestando-a se necessário, ser defendido por advogado e recorrer de decisão que lhe seja desfavorável (DORO, 1999, p. 129).

A ampla defesa encontra correlação com o princípio do contraditório e é o dever que assiste ao Estado de facultar ao acusado a possibilidade de efetuar a mais completa defesa quanto à imputação que lhe foi realizada (BAYER, 2013, p. 18).

Abrange a autodefesa realizada pelo acusado em seu interrogatório e a defesa técnica, que exige a representação do réu por um defensor, que pode ser constituído, público, dativo ou *ad hoc* (BAYER, 2013, p. 19).

Já Igor Luis Pereira e Silva expõe que:

O princípio da ampla defesa determina a participação efetiva no processo penal, abrangendo a autodefesa, a defesa técnica, a defesa efetiva e a possibilidade de utilização de todos os meios de prova passíveis de demonstrar a inocência do acusado, incluindo as provas obtidas ilícitamente (PEREIRA E SILVA, 2012, p. 270).

Complementando a finalização, Guilherme de Souza Nucci descreve que:

A ampla possibilidade de se defender representa a mais copiosa, extensa e rica chance de se preservar o estado de inocência, outro atributo natural do ser humano. Não se deve cercear a autoproteção, a oposição ou a justificação apresentada; ao contrário, exige-se a soltura das amarras formais, porventura existentes no processo, para que se cumpra, fielmente, a Constituição Federal (NUCCI, 2012, p.290).

2.9 PRINCIPIO DA PROPORCIONALIDADE

No entendimento de Denilson Feitoza Pacheco:

O princípio da proporcionalidade é um princípio constitucional implícito. Tem caráter formal, pois é um princípio formal metodizante. Ele impõe a justificabilidade metódica das intervenções em direitos fundamentais. De modo geral, as doutrinas estrangeira e nacional têm firmado o princípio da proporcionalidade em sentido amplo como subdividido em subprincípios: princípio da adequação ou da idoneidade, princípio da necessidade e princípio da proporcionalidade em sentido estrito (PACHECO, 2009, p. 01).

Já para o entender de Grazielle Martha Rabelo:

O princípio da proporcionalidade é a regra fundamental a que devem obedecer tanto os que exercem, quanto os que padecem o poder. Tal princípio tem como seu principal campo de atuação o âmbito dos direitos fundamentais, enquanto critério valorativo constitucional determinante das restrições que podem ser impostas na esfera individual dos cidadãos pelo Estado, e para consecução dos seus fins. Em outras palavras, impõe a proteção do indivíduo contra intervenções estatais desnecessárias ou excessivas, que causem danos ao cidadão maiores que o indispensável para a proteção dos interesses públicos (RABELO, 2009, p.01).

Assim, não há dúvidas que a proporcionalidade demonstra uma relevância em sua formação em todo o sistema jurídico, regendo, principalmente, para que suas essências de necessidade, idoneidade e proporcionalidade em sentido estrito sejam atendidos e regulem a atuação do poder estatal. Nesse contexto, a proporcionalidade destaca uma especial característica de garantia aos cidadãos, vez que expõe que os limites à liberdade individual sejam equilibrados com a precisa tutela a determinados bens jurídicos e somente confere legitimidade às intervenções que se mostrarem em conformidade como ela afirma (RABELO, 2009, p.01).

2.10 PRINCÍPIO DO IN DUBIO PRO REO

O princípio do *in dubio pro reo* destaca o sentido de que na dúvida interpreta-se em favor do acusado. Haja vista, a garantia da liberdade devendo se sobrepor sobre a pretensão punitiva do Estado (GOMES, 2011, p.01).

No entendimento de Juarez Pereira:

O princípio *in dubio pro reo* busca garantir que, sem provas suficientes dos elementos, tanto subjetivos quanto objetivos, do fato típico e ilícito, não seja possível a aplicação de pena. A insuficiência da prova equivale à subsistência de uma dúvida positiva e invencível sobre a existência ou inexistência de determinado fato ou de sua autoria. Dá-se, então, como não provado o fato desfavorável ao arguido, e, vedado o *non liquet* em nosso ordenamento, é indicado ao juiz que valere a favor do acusado a prova dúbia (PEREIRA, 2013, p.01).

Assim, o princípio do *in dubio pro reu* é a concretização da presunção da inocência e tem como objetivo primordial não possibilitar que o agente possa ser afirmado culpado de algum delito enquanto restar dúvida sobre a sua inocência.

2.11 PRINCÍPIO DA IMPARCIALIDADE

No contexto de Kledson Pereira do Vale:

O princípio da imparcialidade visa que o juiz entregue a sociedade a solução dos conflitos de interesse da forma mais imparcial possível, livre de vícios de interesses, que contaminam e impedem o proferimento de decisões justas (DO VALE, 2006. p.01).

Também nesse sentido descreve Paulo Rangel:

A imparcialidade do juiz, portanto, tem como escopo afastar qualquer possibilidade de influência sobre a decisão que será prolatada, pois o compromisso com a verdade, dando a cada um o que é seu, é o principal objetivo da prestação jurisdicional (RANGEL, 2004, p.133).

Desta forma, a imparcialidade significa a independência e a liberdade do juiz numa busca de impedir que o mesmo fosse perseguido ou coagido por pressões externas que circundam o processo. Nesse sentido, aos juízes foram garantidas constitucionalmente a vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de vencimentos (DO VALE, 2006, p. 1).

3 DAS PROVAS ILÍCITAS

As provas no processo penal causam bastante polêmica, exatamente quando se tratam de provas produzidas por meio ilícito, não produzidas em conformidade com as normas legais que regem nosso ordenamento jurídico.

Assim, é possível verificar a vedação legal expressa na Constituição Federal, que informa a inadmissibilidade de obtenção de provas de forma diversa da prevista pelo texto legal.

3.1 CONCEITO

A doutrina processual penal brasileira, majoritariamente, uniformiza a terminologia referente às provas inadmissíveis no processo, conceituando-as como sendo provas aquelas obtidas por meios contrários aos requisitos de validade exigidos pelo ordenamento jurídico. Esses requisitos podem ser de natureza formal ou material.

Consoante preconiza Uadi Lamego Bullos, citado por Fernando Capez:

A ilicitude formal ocorrerá quando a prova, no seu momento introdutório, for reduzida à luz de um procedimento ilegítimo, mesmo se for lícita a sua origem. Já a ilicitude material delinea-se através da emissão de um ato antagônico ao direito e pelo qual se consegue um dado probatório, como nas hipóteses de invasão domiciliar, violação do sigilo epistolar, constrangimento físico, psíquico ou moral a fim de obter confissão ou depoimento de testemunha, etc. (CAPEZ, 2010, p. 345).

Antes de conceituar provas ilícitas, Guilherme de Souza Nucci, apresenta o conceito de ilícito:

Ilícito advém do latim (*illicitus = il + licitus*), possuindo dois sentidos: a) sob o significado restrito, quer dizer o proibido por lei; b) sob o prisma amplo, tem o sentido de ser contrário à moral, aos bons costumes e aos princípios gerais de direito. Constitucionalmente, preferimos o entendimento amplo termo ilícito, vedando-se a prova ilegal e a ilegítima (NUCCI, 2008, p. 349).

As provas ilícitas são aquelas colhidas de modo a infringir as normas de direito material e constitucional, sendo as mesmas inadmissíveis no processo, conforme preconiza o art. 5º, LVI, da Constituição Federal: “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos” (BRASIL. Constituição Federal 1988).

3.2 ADMISSIBILIDADE DE PROVAS ILÍCITAS

A tese que permite a atuação das provas ilícitas, em critério geral, tem objetivo nos princípios do livre convencimento do Juiz, liberdade probatória e da verdade real, conserva que deve permanecer o interesse da Justiça no descobrimento da verdade. A não aquisição destas provas teria a possibilidade de trazer prejuízo ao interesse do Estado no justo exercício da lei, bem como, na resolução de infrações e crimes (CÂMARA, 2009).

Em relação a admissibilidade da aplicação de prova ilícita no processo, é permitido encontrar na doutrina, três posicionamentos ou teorias básicas: a proibitiva, a permissiva, a intermediária (COSTA; OLIVEIRA, 2010, p.11).

Segundo COSTA e OLIVEIRA:

Aos adeptos da corrente permissiva, a prova ilícita deve sempre ter valor no processo, na medida em que deve prevalecer o interesse da Justiça no descobrimento da verdade, o que trará sempre inegável benefício para a boa sociedade. Nesse sentido, aquele que infringiu a lei para produção de prova deve ser punido por seu ato, mas a prova obtida deverá ser utilizada como elemento de convicção do magistrado (COSTA; OLIVEIRA, 2010, p.12).

A prova por ser ilícita, não perde sua qualificação, precisando ser averiguado a violação acontecida e, se for o caso, sancionar o responsável. Mas, de qualquer forma, poderia ser usada no convencimento do Juiz e no embasamento da decisão, pois, traz a verdade dos fatos (CÂMARA, 2009).

Em relação a essa teoria da admissibilidade das provas ilícitas, Silva expõe:

A corrente que defende em qualquer caso a possibilidade do emprego de provas obtidas por meios ilegítimos, afirma que a solução contra a ilicitude praticada pela parte não deve ser a proibição de que ela faça uso da prova assim obtida, mas sua sujeição ao correspondente processo criminal para punição pela prática do ilícito cometido na obtenção da prova. Assim, se um marido penetra clandestinamente na residência de alguém para documentar fotograficamente, ou por qualquer outro meio mecânico ou eletromagnético, a prática de um adultério de sua mulher, deverá responder pelo crime de invasão de domicílio, porém jamais ser impedido de comprovar em juízo o adultério, através da prova por tal forma obtida; e nem teria sentido, pretender-se que o juiz, depois de indubitavelmente convencido da existência do adultério, demonstrado por meio dessa prova criminosamente obtida, devesse julgá-lo não provado e improcedente a ação de separação nele fundada (SILVA, 2008, p.48).

A admissibilidade de provas ilícitas vem para proteger os interesses maiores em virtude do direito à intimidade e à privacidade, com o objetivo de se conseguir uma verdade real dos fatos, necessitando acontecer em critério excepcional quando for difícil a concepção da verdade dos fatos por meios possíveis, sem trombar de frente com qualquer liberdade pública (REIS, 2013).

Conforme o doutrinador Paulo Rangel:

Dessa forma, é admissível a prova colhida com (aparente) infringência às normas legais, desde que em favor do réu para provar sua inocência, pois absurda seria a condenação de um acusado, que tendo provas de sua inocência, não poderia usá-las porque (aparentemente) colhidas ao arripio da lei (RANGEL, 2008, p. 102).

Um objetivo de qualidade a favor dessa teoria é que em alguns casos, o não reconhecimento das provas pela declaração de ilicitude das mesmas ocasionaria danos irreparáveis a pessoa. Por isso, o direito de provar a inocência precisaria predominar ao interesse do Estado de punir. O Estado, tendo em seu poder o responsável pelo delito, precisa acreditar que tais provas, mesmo que sejam consideradas ilícitas, para que não seja sancionado um inocente ao invés do verdadeiro culpado (REIS, 2013).

Mirabete contextualiza que:

Por isso, já se começa a admitir a aplicação do princípio da proporcionalidade, ou da ponderação quanto a inadmissibilidade da prova ilícita. Se a prova foi obtida para resguardo de outro bem protegido pela Constituição, de maior valor do que aquele resguardado, não há que se falar em ilicitude, e portanto, inexistirá a restrição da inadmissibilidade da prova (MIRABETE, 2006, p.154).

A jurisprudência vem abraçando em critério extraordinário tal corrente, excepcionalmente quando a favor do acusado adotando-se o princípio do favor rei. Ademais, tem se aceitado a eliminação da ilicitude da prova, para resguardar a liberdade do acusado (REIS, 2013).

Para os seguidores desta tese, a prova ilícita precisa ser acolhida sempre, pois, o fundamento da ação penal é almejar a verdade real e a punição dos reais culpados pela infração, sendo assim, se a prova ilícita trazer elementos que auxiliem na elucidação dos fatos esta deve ser aceita (CÂMARA, 2009).

3.3 INADMISSIBILIDADE DAS PROVAS ILÍCITAS

A maioria da doutrina acredita na corrente da inadmissibilidade da prova adquirida ilicitamente, resguardando a regra constitucional prevista no art. 5º, LVI, como absoluta, não aderindo qualquer exceção a esta norma (CÂMARA, 2009).

De acordo com OLIVEIRA e COSTA:

Para os adeptos dessa corrente, sempre será inadmissível a prova admitida por meios ilícitos, em qualquer caso ou situação, pouco importando a relevância dos valores em conflito. A inadmissibilidade da utilização da prova ilícita, fundamenta-se na visão unitária do ordenamento jurídico e no princípio da moralidade administrativa, já que a ilicitude atinge o direito como um todo e não em partes separadas e o Estado deve ter postura ética incompatível com a admissão da prova ilícita. Outra parte da doutrina, todavia, sustenta que a inadmissibilidade da prova ilícita fundamenta-se na sua inconstitucionalidade, diante da interpretação isolada do art. 5º inc LVI, da CF/88 (OLIVEIRA; COSTA, 2010, p. 15).

Nesse entendimento, independente do que tenha sido o objetivo usado, não se pode dar qualificação alguma a uma prova que foi adquirida com discordância da lei, necessitando ser desentranhada dos autos do processo (FARAH, 2008).

Para esta corrente, o direito não precisa resguardar algum indivíduo que tenha contrariado o dever legal para adquirir indiferente prova, com prejuízo alheio, não atingindo se esta contradição resguarda outro direito ou garantia de maior importância. Confirmada a prova ilícita o juiz tem a necessidade de afirmar de ofício o desentranhamento desta prova dos autos, não lhe reconhecendo eficácia (CÂMARA, 2009).

Ainda Priscila da Costa Câmara destaca o seguinte:

O princípio da inadmissibilidade das provas obtidas de forma ilícita foi criado com o objetivo de restringir o princípio da liberdade probatória que garante amplos poderes ao Juiz para averiguar os fatos, em busca da verdade real, como também, garante as partes um leque enorme de possibilidades na produção de provas. Porém esta investigação não deve ferir direitos e garantias previstos na Constituição, desta forma, existem limites fixados pela lei para que haja um processo ético, evitando que ocorram abusos (CÂMARA, 2009, p.25).

Já para Souza:

A lógica da vedação é simples e procura mandar duas mensagens claras; a primeira aos órgãos encarregados da produção de provas, qual seja: “não adianta utilizar-se de meios escusos para alcançar a qualquer custo uma

pseudoverdade processual, pois seus ilícitos esforços serão em vão”; a segunda deve ressoar em toda a sociedade a ideia de que “na relação Estado-indivíduo não pode vigorar na máxima maquiavélica de que os fins justificam os meios, mas sim, deve vigorar a ética do devido processo legal” (SOUZA, 2008, p.97).

Assim, para a corrente da inadmissibilidade das provas ilícitas, o uso dessas provas no processo penal forma-se regulamentos claramente proibidos, de eficácia plena, resguardando os indivíduos de contingentes abusos e arbitrariedades do Estado. Ademais, se mostra como regulamento restritivo de outros princípios, tais como a liberdade de prova, a ampla defesa, a busca da verdade real, e etc. (CÂMARA, 2009).

3.4 DISTINÇÃO ENTRE PROVA ILÍCITA E ILEGÍTIMA

Segundo Luis Francisco Torquato Avolio, distingue:

A prova ilegítima é aquela cuja colheita estaria ferindo normas de direito processual. [...] Diversamente, por prova ilícita, ou ilicitamente obtida, é de se entender a prova colhida com infração a normas ou princípios de direito material. Para a violação dessas normas, é o direito material que estabelece sanções próprias. Assim, em se tratando de violação do sigilo da correspondência ou de infração à inviolabilidade do domicílio, ou ainda de uma prova obtida sob tortura, haverá sanções penais para o infrator (AVOLIO, 1999, p. 44).

As provas ilícitas estão no art. 157 do CPP, ou seja, são provas obtidas violando regras de direito material no momento da sua obtenção. observa-se então, que a prova ilícita está diretamente ligada ao momento da obtenção, da produção das provas (GOMES, 2010).

A prova ilegítima, viola a regra do direito processo no momento em que é produzida no processo. Acontece tal prova, por exemplo, quando há interrogatório sem a presença do advogado, até um depoimento dado, sem a presença do mesmo. Entende-se que a prova ilegítima é sempre intra-processual (GOMES, 2010).

Desta forma, Luiz Flávio Gomes, explana:

Não se pode confundir o conceito de prova ilícita com o de prova ilegítima. A prova ilícita viola regra de direito material; a prova ilegítima ofende regra de direito processual. Esse primeiro fator distintivo é relevante, mas insuficiente. Outro fator muito importante diz respeito ao momento da ilegalidade: a prova ilícita está atrelada ao momento da obtenção (que antecede a fase processual); a prova ilegítima acontece no momento da

produção da prova (dentro do processo). Ou seja: a prova ilícita é extra-processual; a prova ilegítima é intra-processual. Outra diferença que não pode deixar de ser sublinhada: a prova ilícita é inadmissível (não pode ser juntada aos autos; se juntada deve ser desentranhada; não pode ser renovada); a prova ilegítima é nula (assim é declarada pelo juiz e deve ser refeita, renovada, consoante o disposto no art. 573 do CPP) (GOMES, 2010).

Portanto, tanto as provas ilícitas quanto as ilegítimas não são utilizadas no ordenamento jurídico brasileiro, pois estariam violando as regras de natureza material e processual.

3.5 TEORIA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA

A teoria dos frutos da árvore envenenada foi criada em 1920 pela corte americana qual trata das provas produzidas no processo de forma ilícita e conseqüentemente não admissíveis. Remete-nos ao que descreve o art. 157 do CPP, que descreve os casos de ilicitude das provas e estas devem ser desentranhadas dos autos.

A Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada é uma fábula norte-americana, criada pela Suprema Corte Norte-Americana diante do caso *Wong Sun v. United States* (1963). De acordo com ela, uma vez que a árvore se encontra envenenada, conseqüentemente seus frutos também estarão. Essa teoria é aplicada na questão das provas ilícitas, visto que a prova obtida a partir de uma primeira prova adquirida por meios ilícitos, passa a ser também viciada pela ilicitude da prova original ilícita, pois os vícios são transmitidos ao que dela derivar.

De acordo com essa teoria, a prova ilícita por derivação, da mesma forma que a prova ilícita originária, também deve ser rejeitada ou desentranhada do processo para evitar da mesma forma o convencimento equivocado do julgador. A partir daí, tendo os vícios afastados, o curso do processo segue normalmente. É o exemplo da obtenção ilícita de informação que terá as seguintes provas contaminadas (SALDANHA, 2012, p. 1)

Percebe-se que a preocupação é com a produção das provas que tenham validade no nosso ordenamento jurídico, e ainda que os meios para a produção das provas não sejam ilícitos, pois se assim acontecer, todas as demais provas vinculadas a que foi produzida de forma ilícita estará contaminada, infectando todo o conjunto de provas que formam o processo.

Portanto, as provas obtidas por meios ilícitos, são provas contaminadas e ai serem juntadas no processo, também o contaminam. Assim, não é admissível provas obtidas ilicitamente.

4 A POSSIBILIDADE DE ADMISSÃO DAS PROVAS ILÍCITAS NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

As provas ilícitas a um bom tempo vem sendo objeto de diversidades de opiniões sobre sua possibilidade de admissão e suas reais contribuições, entre outros fatores. Assim, neste capítulo, serão estudados alguns elementos essenciais que contribuem com esta pesquisa.

4.1 PRINCIPIO DA PROPORCIONALIDADE

Neste tópico, será demonstrado um pouco sobre o princípio da proporcionalidade, apresentando seu conceito, evolução histórica, elementos e sua aplicação no direito brasileiro.

4.1.1 Conceito

O princípio da proporcionalidade forma uma certificação da proibição das provas ilícitas, pois especificamente e em critério de alta complexidade, havendo confronto entre direitos fundamentais, têm-se permitido a prova ilícita, com o fundamento da melhor aplicação da justiça (FARAH, 2008).

De acordo com Grazielle Martha Rabelo:

O princípio da proporcionalidade é a regra fundamental a que devem obedecer tanto os que exercem, quanto os que padecem o poder. Tal princípio tem como seu principal campo de atuação o âmbito dos direitos fundamentais, enquanto critério valorativo constitucional determinante das restrições que podem ser impostas na esfera individual dos cidadãos pelo Estado, e para consecução dos seus fins. Em outras palavras, impõe a proteção do indivíduo contra intervenções estatais desnecessárias ou excessivas, que causem danos ao cidadão maiores que o indispensável para a proteção dos interesses públicos (RABELO, 2009, p.33).

Já em conformidade com Grinover, Fernandes e Magalhães:

A teoria, hoje dominante, da inadmissibilidade processual das provas ilícitas, colhidas com infringência a princípios ou normas constitucionais, vem, porém atenuada por outra tendência, que visa a corrigir possíveis distorções a que a rigidez da exclusão poderia levar em casos de excepcional gravidade. Trata-se do denominado Verhältnismassigkeitsprinzip, ou seja, de um critério de proporcionalidade,

pelo qual os tribunais da então Alemanha Federal, sempre em caráter excepcional e em casos extremamente graves, têm admitido a prova ilícita, baseando-se no princípio do equilíbrio entre valores fundamentais contratantes (GRINOVER, FERNANDES; MAGALHÃES, 2001, p.136).

O princípio da proporcionalidade é um princípio constitucional implícito. Tem caráter cerimonioso, pois é um princípio formal organizado. Ele determina a explicação solene das intervenções em direitos fundamentais (PACHECO, 2009).

Em virtude dos direitos e garantias fundamentais não serem absolutos, devem haver uma eventualização dos direitos e é certamente aí que se encontra o princípio da proporcionalidade, de maneira que havendo confronto entre bens jurídicos igualmente tutelados pelo legislador, no caso concreto deve haver um juízo de equilíbrio dos direitos confrontantes (FARAH, 2008).

A proporcionalidade é algo além de um aspecto ou uma regra; forma um princípio pertinente ao Estado de Direito, e a sua correta aplicação se representam com uma das garantias principais que devem ser analisadas em todo caso em que seja possível serem lesionados direitos e liberdades individuais (RABELO, 2009).

Nesse contexto destaca-se a opinião de Alexandre de Moraes:

Quando houver conflito entre dois ou mais direitos ou garantias fundamentais, o intérprete deve utilizar-se do princípio da concordância prática ou harmonização de forma a coordenar ou combinar os bens jurídicos em conflito, evitando o sacrifício total de uns bens em relação aos outros, realizando uma redução proporcional ao âmbito de alcance de cada qual (contradição dos princípios), sempre em busca do verdadeiro significado da norma e da harmonia do texto constitucional com sua finalidade precípua (MORAES, 2000, p.46- 47).

No alicerce de Barroso o princípio da proporcionalidade é visto da seguinte forma:

O princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade (sinônimos), tem seu fundamento na idéia de devido processo legal substantivo e na de justiça. Trata-se de um valioso instrumento de proteção dos direitos fundamentais e do interesse público por atuar como indicador de como uma norma deve ser interpretada no caso concreto para melhor alcançar os objetivos da Constituição (BARROSO, 2004, p. 58).

Para Sylvia Marlene de Castro Figueiredo:

[...] a palavra proporcionalidade está ligada ao 'caráter do que é proporcional', e proporcional, significa o que 'está em proporção'. Proporção denota a ideia de 'conveniência, harmonia, simetria, disposição regular,

conjunto harmônico'. O termo 'proporcionalidade', portanto, faz referência à noção de proporção, adequação, medida justa e adequada à necessidade exigida pela hipótese concreta (FIGUEIREDO 2005, p.173).

Na mesma linha, porém, em outras palavras, Juarez Freitas citado por BRAGA descreve sobre o princípio de proporcionalidade assim:

A proporcionalidade significa "uma coordenação proporcional de bens, que faz às vezes de um critério orientador contido no próprio sistema, similantemente ao que ocorre com a concepção de justiça". E este é o critério que melhor cumpre a tarefa de otimização, pois, indica o rumo para uma solução justa, bem como dá sustentação para a harmonia entre normas constitucionais (FREITAS *apud* BRAGA, 2009, p.122).

Por fim, ainda demonstrando as conceituações trazidas para o princípio da proporcionalidade, Souza dispõe o seguinte:

Trata-se de instrumento moderador que norteia todo o sistema jurídico, tendo como principal finalidade a contenção de excessos, apresentando-se como mecanismo apto para ponderar direitos, valores e interesses, quando estes se encontram em rota de colisão (SOUZA, 2008, p.92).

Desta forma, de modo amplo, o fundamento do princípio da proporcionalidade é a procura pelo equilíbrio entre a atuação do poder e a proteção dos direitos do cidadão.

4.1.2 Evolução Histórica

O Princípio da Proporcionalidade tem seu nascimento discutido há longos tempos atrás, desde a antiguidade clássica da filosofia. Por isso passou a tomar diversas proporções no decorrer dos anos e dos locais que tentavam lhe denominar.

Iniciando as opiniões sobre a evolução do princípio da proporcionalidade começaremos com a citação de Aristóteles feita por BRAGA, que acreditava na junção de uma justiça equitativa baseada na isonomia e prudência, determinando que a "justiça realiza um certo tipo de proporção". Finaliza que o proporcional é o justo, e que injusto seria não aceitar essa proporção. Baseando-se no contexto acima, observa-se que Aristóteles já falava em proporcionalidade, não como princípio, mas como um modo de alcançar a justiça (ARITOTELES *apud* BRAGA, 2009).

Em meio ao ano de 1850, mais especificamente França, de acordo com Braga, o entender de proporcionalidade apareceu nas atuações contra o excesso de poder, e ampliou-se em virtude da precisão de proibir a infâmia dos agentes estatais. Dessa forma o autor destaca:

[...] a ideia inicial de proporcionalidade (não expressa) foi vinculada à de limitação administrativa, e se desenvolveu através da jurisprudência do Conselho de Estado nos *recours pour excès de pouvoir*, onde a doutrina do *détournement de pouvoir* teoria do desvio de poder tomou fôlego, disseminando a ideia de que os atos administrativos poderiam ser controlados, nos casos de desvio de finalidade (BRAGA, 2009, p 23).

Nos Estados Unidos lidam com o princípio da proporcionalidade como princípio da razoabilidade, que destaca tudo que seja de acordo com a razão terá sentido altamente qualificado. Assim, segundo Suzana de Toledo Barros: “Razoabilidade enseja desde logo uma ideia de adequação, idoneidade, aceitabilidade, logicidade, equidade, traduz aquilo que não é absurdo, tão somente o que é admissível” (BARROS, 2000, p.70).

Nesse contexto, Bonavides afirma com segurança que:

A Alemanha é o país onde o princípio da proporcionalidade deitou raízes mais profundas, tanto na doutrina como na jurisprudência. Foi lá que começaram a dar importância à sua natureza de princípio constitucional, embora a introdução deste princípio no Direito Constitucional tenha ocorrido primeiro na Suíça (BONAVIDES, 2006, p. 111).

Desse modo foi que ocorreu a efetivação da adoção e utilização do Princípio da Proporcionalidade na Europa. A Alemanha foi o primeiro país a desempenhar este fator como um princípio geral do Direito e injetado, logo depois, na esfera constitucional como uma maneira de proteção e defesa dos direitos fundamentais (FELICIO; GOMES, 2010).

Ocorreu também um conflito teórico sobre a proporcionalidade ligada com o Poder Administrativo, mesmo assim, foi posterior a Segunda Guerra Mundial que este princípio alcançou seu critério constitucional sendo amplamente aplicado no Tribunal Constitucional (CÂMARA, 2009).

Montesquieu, em sua tese, utilizou a proporcionalidade dentro do Direito Penal, fazendo conferência entre os crimes e suas respectivas penas. Isso ganhou amplitude na obra “Dos Delitos e das Penas” de Cesare Beccaria, no qual, dispõe a harmonia e decorrente ponderação que necessitaria resistir entre um delito e a pena

que a este fosse prevista, assim como, a sua execução razoável e correta de acordo com a complexidade do injusto (CÂMARA, 2009).

Nesse seguimento Grazielle Martha Rabelo destaca o surgimento do princípio da proporcionalidade no Brasil:

No Brasil, o termo “princípio da proporcionalidade” foi empregado, pela primeira vez, no ano de 1993, pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de controle de constitucionalidade, ao deferir medida liminar de suspensão dos efeitos da Lei paranaense nº 10.248/93, que determinava a obrigatoriedade da presença do consumidor no momento da pesagem de botijões de gás (RABELO, 2009, p.35).

Em uma era mais próxima, a Constituição Federal proclamada em 1988 consagrou corretamente o Princípio da Proporcionalidade, porém, a sua pontuação encontra-se implícita. Não bastasse isso, a sua utilização dentro de um conteúdo geral não é muito banal, cuja atenção que se requer é muito intensa (FELICIO e GOMES, 2010).

Na atualidade, a tese da proporcionalidade ou da razoabilidade, baseia-se numa formação doutrinária e jurisprudencial injeta na organização da inadmissibilidade da prova adquirida ilícitamente, mas em um caso concreto, havendo conflito entre os valores constitucionalmente protegidos, possibilita-se uma escolha com valor mais elevado (FARAH, 2008).

Concluindo cita-se o entendimento de Grazielle Martha Rabelo:

Sem dúvidas, a proporcionalidade apresenta uma importância estruturante em todo o sistema jurídico, atuando, especificamente, para que seus imperativos de necessidade, idoneidade e proporcionalidade em sentido estrito sejam atendidos e limitem a atuação do poder estatal. Nesse sentido, a proporcionalidade representa uma especial característica de garantia aos cidadãos, vez que impõe que as restrições à liberdade individual sejam contrabalançadas com a necessária tutela a determinados bens jurídicos, e somente confere legitimidade às intervenções que se mostrarem em conformidade com o ela determina (RABELO, 2009, p.38).

4.2 ADMISSIBILIDADE DE PROVAS ILICITAS E O PRINCIPIO DA PROPORCIONALIDADE

Sendo a problemática das provas ilícitas de difícil solução pelas teorias anteriormente citadas, surge uma teoria intermediária sendo aplicado o princípio da proporcionalidade (CÂMARA, 2009).

Nery Junior assim se posiciona:

Não devem ser aceitos os extremos: nem a negativa peremptória de emprestar-se validade e eficácia à prova obtida sem o conhecimento do protagonista da gravação sub-reptícia, nem a admissão pura e simples de qualquer gravação fonográfica ou televisiva. (A propositura da doutrina quanto à tese intermediária é a que mais se coaduna com o que se denomina modernamente de princípio da proporcionalidade), Devendo prevalecer, destarte, sobre as radicais (NERY JUNIOR, 2006, p. 528).

Assim, o princípio da proporcionalidade se destaca como moderador de direitos fundamentais. Há de se lembrar que os direitos e garantias fundamentais não são absolutos, podendo haver o conflito de dois direitos diante de um caso concreto podendo, assim, um direito ser relativizado diante de outro (CÂMARA, 2009).

A Constituição prevê a inadmissibilidade das provas ilícitas no processo, entretanto, este princípio também não é absoluto, assim como as demais normas constitucionais. Assim, o referido princípio pode ser desconsiderado, sendo aplicado o princípio da proporcionalidade, quando houver um conflito com outro princípio que proteja um bem, direito ou garantia fundamental mais importante (CÂMARA, 2009).

No mesmo sentido Camargo Aranha leciona:

Para tal teoria intermediária, propomos uma nova denominação: a do interesse preponderante. Em determinadas situações a sociedade representada pelo Estado, é posta diante de dois interesses relevantes, antagônicos e que a ela cabe tutelar: a defesa de um princípio constitucional e a necessidade de perseguir e punir o criminoso. A solução deve consultar o interesse que preponderar e que, como tal, deve ser preservado (ARANHA, 2006, p. 56).

Por fim, Fernandes conclui:

Em suma, a norma constitucional que veda a utilização no processo de prova obtida por meio ilícito deve ser analisada à luz do princípio da proporcionalidade, devendo o juiz, em cada caso, sopesar se outra norma, também constitucional, de ordem processual ou material, não supera em valor aquela que estaria sendo violada (FERNANDES, 2010, p. 59).

Portanto, no confronto de princípios fundamentais num caso concreto, deve haver a aplicação do princípio da proporcionalidade para a análise do peso de cada um e o estabelecimento de qual é o mais importante, ou seja, qual princípio vale mais no caso concreto e determinar que este seja considerado e não o outro. Para

que seja realizada essa ponderação é necessária a análise da adequação, necessidade e proporcionalidade da medida (SALLA, 2007).

Ademais, a jurisprudência já pronunciou seu posicionamento a favor da proporcionalidade:

Prova criminal – Interceptação Telefônica – Inviolabilidade do sigilo que não tem caráter absoluto – Aplicação do princípio da proporcionalidade – Hipótese em que a polícia tendo suspeita razoável sobre o envolvimento no comércio de drogas, obteve autorização judicial – Recurso provido. Havendo conflitância entre o direito à intimidade e o direito à prova (due process of law), deve prevalecer o que atenda ao interesse maior, vale dizer ao interesse da sociedade (BRASIL. Ap. Crim. nº 185.901-3 -Indaiatuba - 3ª Câmara Criminal - Relator Segurado Braz - 30/10/95 - v.u.).

De todo o exposto, não há dúvida que a doutrina e a jurisprudência estão com o posicionamento a favor da admissibilidade das provas ilícitas no processo penal baseado na aplicação do princípio da proporcionalidade (CÂMARA, 2009).

Assim, pode-se observar que a teoria da admissibilidade das provas ilícitas no processo penal diante da teoria da proporcionalidade é acolhida por diversos doutrinadores e utilizada em vários julgados. Entretanto, essa teoria contém outra discussão, se o princípio da proporcionalidade somente pode ser utilizado a favor do réu ou se a acusação também poderia utilizar este princípio (CÂMARA, 2009).

4.2.1 Admissibilidade das provas ilícitas em favor do réu

A proibição que há no ordenamento brasileiro em não utilizar provas adquiridas de forma ilícita constitui relevante garantia do indivíduo contra o Estado, ou seja, garantia que o Estado, exercendo o *jus puniend*, deva utilizar-se de meios lícitos para punir o indivíduo (FARAH, 2008).

Diversos doutrinadores são favoráveis à utilização das provas ilícitas no processo penal, mas não de forma ilimitada, devendo apenas serem aceitas as provas ilícitas que beneficiem o réu (Câmara, 2009).

Sobre este argumento, assim é o posicionamento de Mendonça:

De qualquer sorte, é importante ressaltar que a doutrina majoritária entende admissível a prova ilícita *pro reo*, ou seja, para comprovar a inocência do acusado. Se a vedação foi estabelecida como garantia do indivíduo, não poderia ser utilizada em seu desfavor, quando necessária para comprovar a inocência. Ademais, outro fundamento comumente invocado para a admissão da prova ilícita *pro reo* é que haveria, nesta situação, exclusão da

ilicitude, em razão da caracterização do estado de necessidade (MENDONÇA, 2009, p. 166).

Um dos argumentos mais usado é que se a prova ilícita for a única maneira do réu provar ser inocente, esta deve ser considerada, em razão do princípio da proporcionalidade, em que o direito à liberdade do réu é mais importante que o da proibição das provas ilícitas (OLIVEIRA; COSTA, 2010).

Salienta Fernando Capez:

A aceitação do princípio da proporcionalidade *pro reo* não apresenta maiores dificuldades, pois o princípio que veda as provas obtidas por meios ilícitos não pode ser usado como um escudo destinado a perpetuar condenações injustas. Entre aceitar uma prova vedada, apresentada como único meio de comprovar a inocência de um acusado, e permitir que alguém, sem nenhuma responsabilidade pelo ato imputado, seja privado injustamente de sua liberdade, a primeira opção é, sem dúvida, a mais consentânea com o Estado Democrático de Direito e a proteção da dignidade humana (CAPEZ, 2007, p. 35-36).

O princípio da proporcionalidade *pro réu* nada mais é que a permissão de uso de uma prova ilícita em favor do acusado, ainda que aceita com contradição a direitos fundamentais próprios ou de terceiros. A atuação da prova ilícita em favor da defesa é defendida pela doutrina informada pelo princípio do direito da ampla defesa e do princípio do favor rei (FARAH, 2008).

Prado, que adere este argumento, explica:

Como se percebe, o princípio da proporcionalidade tem lugar em situações nas quais, usando-se validamente uma prova ilícita, possa ser absolvido um réu. Outro caminho não é possível. [...]Então, poder-se-á admitir uma prova ilícita no processo, excepcionalmente, quando tal providência seja favorável ao réu. Essa posição é praticamente unânime na doutrina nacional (PRADO, 2009, p. 32).

A prova ilícita quando usada *pro reo* acentua-se em uma excepcionalidade ao princípio da inadmissibilidade das provas adquiridas por formas ilícitas. As mesas de Processo Penal, atividade unidas ao Departamento de Direito Processual da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, tomaram posição sobre a matéria: “Súmula 50 – Podem ser utilizadas no processo penal as provas ilicitamente colhidas, que beneficiem a defesa” (FARAH, 2008).

Outra defesa é que, além do direito à liberdade ser mais relevante, o uso das provas ilícitas pelo réu é, também, maneira de garantir que a Justiça seja feita, não condenando algum indivíduo que seja inocente (CÂMARA, 2009).

Nesse sentido, Fernandes afirma:

Não se pode olvidar, ainda, que, segundo forte corrente, a prova ilícita em favor do réu deve ser admitida quando seja meio eficaz de evitar condenação injusta. Nessa ótica, não deveria o tribunal determinar o desentranhamento pedido pelo Ministério Público quando, sem a prova, o réu seria condenado, alterando-se anterior solução absolutória. Haveria, aqui, aplicação da proporcionalidade. [...] É ampla a aceitação de que seja ele aplicado aos casos em que a prova da inocência de réu depende de prova produzida de maneira ilícita. Não se conseguiria justificar a condenação, até mesmo a pena elevada, de uma pessoa quando há nos autos prova de sua inocência, ainda que não tenha sido obtida por meio lícitos (FERNANDES, 2010, p. 86).

Ainda, há alguns doutrinadores que se mencionam o uso das provas ilícitas pelo réu como estado de necessidade e legítima defesa. Sendo que o réu não estaria atuando em contradição com a lei, pois, a mesma permite estes elementos (CÂMARA, 2009).

De acordo com este fundamento Rangel leciona:

Dessa forma, é admissível a prova colhida com (aparente) infringência às normas legais, desde que em favor do réu para prova sua inocência, pois absurda seria a condenação de um acusado que, tendo provas de sua inocência, não poderia usá-las só porque (aparentemente) colhidas ao arrepio da lei. Afirmamos se aparente a infringência da lei por entendermos que o estado de necessidade exclui a ilicitude, pois a necessidade de salvar o interesse maior (liberdade de locomoção), sacrificando o menor (sigilo das comunicações telefônicas) em uma situação não provocada de conflito externo, justifica a conduta do réu. Estará ele (réu) agindo de acordo com o direito e não de forma contrária (RANGEL, 2008, p. 439).

Também, é possível verificar na doutrina o objetivo de que o princípio da ampla defesa (art. 5º, LV) assegurado na Constituição, o princípio da presunção da inocência e o princípio do *favor rei* resguardam ao réu se valer de todos os modos permitidos (existem limites) para provar sua inocência (SALLA, 2007).

Por fim, na divergência entre a prova ilicitamente conseguida e o direito à liberdade do indivíduo, que busca, ligadamente com o direito à vida, em um dos bens mais valiosos presente no ordenamento, nada mais certo que aceitar a prova ilícita, com intuito de impedir uma condenação injusta, sancionando um inocente e deixando impune o real culpado (FARAH, 2008).

4.2.2 Admissibilidade das provas ilícitas em favor da sociedade

Mesmo que maioria da doutrina não aceita o uso das provas ilícitas a favor da sociedade, sobrevive, ainda, algumas divergências sobre o tema (CÂMARA, 2009).

Nesta linha, Fernandes aduz: Outros entendem que o princípio também pode servir à acusação, justificando-se com a aplicação do princípio da isonomia, principalmente em face da crescente criminalidade organizada (FERNANDES, 2010, p.89).

No entanto, a sociedade da atualidade vem penando com o aumento no número da violência, e ainda, luta contra inúmeros problemas em torno da corrupção, falta de estrutura e policiamento, que se soma à problemática de uma legislação penal ultrapassada, obscura e que protege a impunidade (CÂMARA, 2009).

A Constituição resguarda os cidadãos as liberdades públicas mas há grande tempo o indivíduo está preso em suas casas cheias de grades e câmeras de segurança com medo da violência, e os bandidos à solta (CÂMARA, 2009).

Ainda Priscila da Costa Câmara:

Diante desses problemas, a polícia no momento da investigação criminal, o Ministério Público na persecução da ação penal e o juiz na formação de sua convicção para tomada de decisões, têm muita dificuldade de captar provas dos fatos criminosos, principalmente, diante de organizações criminosas e crimes de colarinho branco que possuem toda uma estrutura e planejamento para por em prática seus delitos, o que exigem investidas mais apuradas do Estado. Essas dificuldades acabam por macular a eficácia do sistema punitivo criminal (CÂMARA, 2009, p.55).

Entretanto, é neste entendimento que aparecem as divergências sobre a permissão ou não de utilizar o princípio da proporcionalidade para evitar a vedação das provas ilícitas (FARAH, 2008).

O princípio da proporcionalidade *pro societate* busca resguardar valores essenciais para a sociedade, ao inverso do princípio da proporcionalidade pro réu, não é acolhido pela doutrina, de maneira que o Estado não pode se valer da prova ilícita contra o indivíduo a favor da sociedade (FARAH, 2008).

Mendonça refere-se a questão da utilização da proporcionalidade para beneficiar a sociedade:

[...] a questão da proporcionalidade em desfavor do cidadão. Segundo os defensores desta tese, “a efetiva realização da justiça penal constitui um importante interesse do Estado de Direito, que, em determinadas circunstâncias, pode, justificar o sacrifício dos direitos individuais; à vista disso, entende-se legítima a derrogação de certas regras de exclusão de prova, ditadas pelo interesse de proteção ao indivíduo, em nome da prevenção e repressão das formas mais graves de criminalidade” (MENDONÇA, 2009, p. 166).

A despeito de, uma mínima porção da doutrina sustenta o princípio da proporcionalidade *pro societate*, essencialmente nos casos em que rodeia crimes de alto lesivo para a sociedade (SALLA, 2007).

De acordo com a opinião descrita por Priscila Costa Câmara:

O princípio da proporcionalidade entra em cena para tentar resolver esses conflitos, pesando esses interesses no caso concreto, para identificar qual direito deve ser resguardado. Pois, negar a aplicação deste princípio de forma incontestável é impossibilitar que todos os indivíduos recebam uma resposta do Estado em situações graves, deixando toda a sociedade desprotegida diante dos atos ilícitos dos criminosos, em casos em que a prova da autoria só poderia ser verificada mediante prova ilícita. Prejudicando as pessoas de bem e beneficiando os delinquentes (CÂMARA, 2009, p. 58).

Neste contexto, Capez opina a favor, trazendo argumentos que servem de respaldo para esta teoria:

Mais delicada, portanto, é a questão da adoção do princípio da proporcionalidade *pro societate*. Aqui, não se cuida de um conflito entre o direito ao sigilo e o direito da acusação à prova. Trata-se de algo mais profundo. A acusação, principalmente a promovida pelo Ministério Público, visa resguardar valores fundamentais para a coletividade, tutelados pela norma penal. Quando o conflito se estabelecer entre a garantia do sigilo e a necessidade de se tutelar a vida, o patrimônio e a segurança, bens também protegidos por nossa Constituição, o juiz, utilizando seu alto poder de discricionariedade, deve sopesar e avaliar os valores contrastantes envolvidos. Suponhamos uma carta apreendida ilicitamente, que seria dirigida ao chefe de uma poderosa rede de narcotráfico internacional, com extensas ramificações com o crime organizado. Seria mais importante proteger o direito do preso ao sigilo de sua correspondência epistolar, do qual se serve para planejar crimes, do que desbaratar uma poderosa rede de distribuição de drogas, que ceifa milhões de vidas de crianças e jovens? Certamente não. Não seria possível invocar a justificativa do estado de necessidade?

Nesse sentido, interessante acórdão do STF: “A administração penitenciária, com fundamento em razões de segurança pública, pode, excepcionalmente, proceder à interceptação da correspondência remetida pelos sentenciados, eis que a cláusula da inviolabilidade do sigilo epistolar não pode constituir instrumento de salvaguarda de práticas ilícitas” (STF, HC 70.814-5, rel. Min. Celso de Mello, DJU, 24 jun. 1994, p.16649). A prova, se imprescindível, deve ser aceita e admitida, a despeito de ilícita, por adoção do princípio da proporcionalidade, que deve ser empregada *Pro*

reo ou *pro societate*. Ressalvamos apenas a prática de tortura, que, por afrontar normas de direito natural, anteriores e superiores às próprias Constituições, jamais pode ser admitida, seja para que fim for. A tendência, entretanto, tanto da doutrina quanto da jurisprudência, é a de aceitar somente *pro reo* a proporcionalidade (STF, 1ª T., HC 74.678/DF, rel. Min. MoreiraAlves. Apud UadiLammêgoBulos, *Constituição Federal anotada*, cit., p. 245) (CAPEZ, 2007, p. 35-36).

Por fim, entende-se que a maioria da doutrina não acerta a atuação do princípio da proporcionalidade para evitar a proibição das provas ilícitas para auxiliar a sociedade, porém, alguns defendem essa possibilidade, principalmente, em virtude de casos de alta complexidade na defesa da segurança coletiva, visando a efetivação da Justiça (CÂMARA, 2009).

CONCLUSÃO

A prova é um elemento de grande importância para o processo penal, pois é através dela que o juiz forma seu convencimento. A prova é um método que institui um conjunto de regras que vão garantir os direitos das partes, e ainda estabelecer a verdade dos fatos, respeitando as limitações jurídicas, a fim de possibilitar a convicção ao juiz. Daí a importância de que as provas não sejam obtidas ilicitamente.

O instituto da prova evoluiu com o passar dos anos, pois antigamente a prova era tida como divindade, e os meios para provar a culpa eram os mais cruéis, como ordálias, juramentos dentre outros. Desta forma, o conceito de prova é tudo aquilo que possa formar o convencimento do juiz.

Os critérios da prova são: objetivo, subjetivo e formal. Quanto aos meios de prova, é tudo aquilo que possa servir de forma direta ou indiretamente a comprovação da verdade real, sendo documental, testemunhal, pericial entre outras. Assim todas as provas obtidas por meio lícito são admitidas.

No processo, são admitidos vários tipos de prova. Com o princípio da liberdade probatória juntamente com o princípio do contraditório e ampla defesa, permite que as partes garantam a possibilidade de obter qualquer tipo de prova, para comprovar o que alega. Tal princípio, porém, mostra algumas limitações e as provas ilícitas é uma delas.

Entende-se por provas ilícitas, aquelas que são obtidas violando normas constitucionais ou legais. Desta forma toda prova que for colhida de forma a violar tais normas é considerada ilícita devendo ser desentranhadas do autos.

A Lei 11.690/08, com aplicação do princípio da proporcionalidade ela trouxe um grande avanço no que diz respeito a admissão da prova ilícita, pois em determinados casos concretos a prova vai ser utilizada para que seja assegurado o reconhecimento de um direito fundamental, ainda que haja a violação de outro direito fundamental.

Assim no nosso ordenamento jurídico a regra é a inadmissibilidade das provas ilícitas, porém com o princípio da proporcionalidade tais provas podem ser admitidas, principalmente em benefício do réu. Vale lembrar que este tema, é um tema que ainda não é pacificado. Ressalte-se ainda, que o princípio da proporcionalidade só é

utilizado em casos excepcionais, em que tal poderia causar um dano maior ao indivíduo.

Portanto, a inadmissibilidade das provas ilícitas não é absoluta, visto que com o princípio da proporcionalidade dá a algumas provas a possibilidade de que sejam utilizadas.

REFERÊNCIAS

ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. **Da prova no processo penal**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

ARISTÓTELES, **Da justiça**. In: _____. **Obra jurídica**. São Paulo: Ícone, 1997. Livro I (livro V da Ética a Nicômano), apud BRAGA, Valeschka e Silva. **Princípios da proporcionalidade e da razoabilidade**. Curitiba: Juruá, 2009.

AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. **Processo Penal Esquematizado**. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense: São Paulo Editora Método, 2011.

BADORÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Ônus da prova no processo penal**. São Paulo: revista dos tribunais, 2003.

BARROS, Flaviane de Magalhães, **Reforma do Processo Penal**, comentários críticos dos artigos modificados pela lei 11.690/08, 11.719/08 e 11.900/09, 2º edição, editora Del Rey, 2009.

BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. 2. ed. Brasília: Brasília. Jurídica, 2000.

BARROSO, Carlos Eduardo Ferraz de Mattos. **Sinopses Jurídicas**. Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento. 8ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformada**. 6 ed. rev., atual. e ampl.- São Paulo: Saraiva, 2004.

BAYER, Diego. **Princípios fundamentais do Direito processual Penal**. Disponível em: <<http://atualidadesdodireito.com.br>>. Acesso em 10 Mai 2014.

BEM, Leonardo Schmitt. **Princípio da Legalidade**. Disponível em: <<http://professordebem.blogspot.com.br>>. Acesso em: 10 de Mai 2014.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

BRAGA, Valeschka e Silva. **Princípios da proporcionalidade e da razoabilidade**. Curitiba: Juruá, 2009.

BRAGA, Wladimir Flávio Luiz. **Princípios gerais do direito**. Disponível em: <<http://www.fdc.br/Artigos/%5CArquivos%5CArtigos%5C14%5CPrincipiosGeraisDireito.pdf>> Acesso em 29/07/2014.

BRASIL. Ap. Crim. nº 185.901-3 -Indaiatuba - 3ª Câmara Criminal - Relator Segurado Braz. Julgado em 30/10/95.

CÂMARA, Priscila Da Costa. **Provas Ilícitas: A possibilidade de admissão no Processo penal Brasileiro**. Publicado em: 2009. Disponível em: <http://siaibib01.univali.br/pdf/Priscila%20da%20Costa%20C%C3%A2mara.pdf>. Acesso em: 29 de Julho de 2014.

CANOTILHO. Jose João Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição** 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 5º edição. Saraiva: São Paulo, 2006.

CORREA, Daniel Marinho. **O Princípio da Legalidade no Direito Penal**. Disponível em: <<http://www.ambito-juridico.com.br>>. Acesso em 10 de Mai 2014.

COSTA. Livia de Oliveira da. **A constitucionalidade das provas ilícitas em benefício do réu**. Disponível em: <http://www.unibrasil.com.br/arquivos/direito/20092/livia-de-fatima-oliveira-da-costa.pdf>. Acesso em 21 de Mai 2014.

DA SILVA, Yuri Souza Alves. **O Princípio da Legalidade no Direito Penal**. Disponível em: <<http://www.webartigos.com>>. Acesso em 10 de Mai 2014.

DO VALE, Kledson José Pereira. **Princípios do Processo Penal**. Disponível em: <http://www.viajus.com.br/viajus.php?pagina=artigos&id=683>. Acesso em 21 de Mai 2014.

DÓRO, Tereza Nascimento Rocha. **Princípios no processo penal brasileiro**. São Paulo: Copola, 1999.

FARAH, Geisa Matos. **Prova Ilícita e sua aplicação no processo penal**. Disponível em: <http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/Juridica/article/viewFile/849/826>. Acesso em 21 de Mai 2014.

FELICIO, Guilherme Lopes e GOMES, Luís Roberto. **Princípio da Proporcionalidade**. Publicado em 2010. Disponível em: <http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/ETIC/article/viewFile/1713/1632>. Acesso em: 29 de Julho de 2014.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

FIGUEIREDO, Sylvia Marlene de Castro. **A interpretação constitucional e o princípio da proporcionalidade**. São Paulo: RCS, 2005.

FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática do direito**. São Paulo: Malheiros, 1995, apud BRAGA, Valeschka e Silva. Princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. Curitiba: Juruá, 2009.

GARCIA, Flávio Cardinelle de Oliveira. **Princípios constitucionais do Processo Penal**. Disponível em: <<http://br.monografias.com>>. Acesso em 19Mai 2014.

- GOMES, Luis Flavio. **Princípio do In Dubio Pro Reo**. Disponível em: <http://atualidadesdodireito.com.br/lfg/2011/02/02/principio-do-in-dubio-pro-reo/>. Acesso em 21 de Mai 2014.
- GRECO FILHO, Vicente. **Manual de Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 2011.
- GRINOVER, Ada Pellegrine; FERNANDES, Antônio Scaranze; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **As nulidades no processo penal**. 7. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.
- LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. 5. Ed. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris. 2010.
- MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. vol 1. São Paulo: Editora RT, 2006.
- MARQUES, Jose Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal**. 3ª Ed. Volume IV. Editora Millenium. 2009.
- MENDONÇA, Andrey Borges de. **Nova reforma do Código de Processo Penal: comentada por artigo**. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009.
- MIRABETE, Julio Fabrini. **Processo Penal**. 16. ed. São Paulo: Atlas. 2004.
- MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 27ª Ed. São Paulo: Atlas, 2011.
- NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. **Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante**. 9. ed. rev., ampl. São Paulo: RT, 2006.
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal comentado**. 8ª Ed. Ver. Atual. E amp. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Princípios Constitucionais Penais e Processuais Penais**. 2ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Provas no processo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.
- OLIVEIRA e COSTA. Antonio Maria Claret de e Daniel Carnio. **Provas Ilícitas no Direito Processual e a Teoria da Proporcionalidade**. Disponível em: <http://www.direitobrasil.adv.br/arquivospdf/revista/revistav41/alunos/cl.pdf>. Acesso em 21 de Mai 2014.
- PACHECO, DenilsonFeitoza. **Princípio da proporcionalidade no Direito Penal**. Publicado em 1/06/2009. Disponível em: <http://www.carteforense.com.br/conteudo/artigos/principio-da-proporcionalidade-no-direito-processual-penal/4208>. Acesso em 19 Mai. 2014.
- PEREIRA, Juarez Maynard; PEREIRA, Dora Maynard. **O princípio constitucional da presunção de inocência, o in dubio pro reo e a aplicação do in dubio pro**

societate na decisão de pronúncia. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XVI, n. 116, set 2013. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13622>. Acesso em maio 2014.

PEREIRA E SILVA, Igor Luis. **Princípios Penais**. 1ª Ed. Editora Juspodivm, 2012.

PRADO, Leandro Cadenas. **Provas ilícitas – teoria e interpretação dos tribunais superiores**. 2 ed. – Rio de Janeiro: Impetus, 2009.

RABELO, Grazielle Martha. **O princípio da proporcionalidade no Direito Penal. In: Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XII, n. 71, dez 2009. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6990>. Acesso em maio 2014.

RANGEL, Paulo. **Direito processual Penal**. 8ªed. Rio de Janeiro; Lúmen júris, 2004.

REIS, Juliana Duclere Costa. **Provas ilícitas no processo brasileiro: admissibilidade ou inadmissibilidade?** Publicado em 2013. Disponível em: http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/1semestre2013/trabalhos_12013/JulianaDuclercCostaReis.pdf. Acesso em 31 de Julh de 2014.

SALLA, Thomas Mio. **As provas Ilícitas e o princípio da Proporcionalidade**. Publicado em 2007. Disponível em: <http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/Juridica/article/viewFile/616/631>. Acesso em; 30 de julho de 2014.

SALOMÃO, Patricia. **O Princípio do Devido Processo Legal**. Disponível em <<http://www.jurisway.org.br>> acesso em 19 Mai 2014.

SALDANHA, André Lúcio. **A inadmissibilidade da prova ilícita no Processo Penal Brasileiro**. Publicado em: 24 de maio de 2011. Jurisway. Disponível em: <http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=5921>. Acesso em: Junho 2014

SILVA, César Dario Mariano. **A relatividade das provas ilícitas e processualmente ilegítimas**. Revista Consultor Jurídico, 29 de novembro de 2008. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2008-nov-29/proibicao_prova_ilegal_nao_absoluta?pagina=5>. Acesso em 30 de Jul. de 2014.

SILVA, Germano Marques da. **Curso de Processo Penal**, V. II , Ed. Verbo. 2011.

SILVA, Joaquim. **História Geral**. 4ª Ed. Editora Companhia Editora Nacional. 2000.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. V.III. Rio de Janeiro: Forense. 1989.

SOARES, Clara Dias. **A verdade no Processo Penal Brasileiro**. Disponível em<<http://jus.com.br/artigos>>. Acesso em 19 de Maio 2014.

SOUZA, Sérgio Ricardo. **Manual de processo penal constitucional: pós reforma de 2008**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

TÁVORA, Nestor. **Curso de Direito Processual Penal**, 3º edição, revista atualizada e ampliada, editora Jus Podium, salvador-Bahia, ano 2009.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios Básicos de Direito Penal**. 5. Ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 21.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de processo penal**. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. Vol 1. São Paulo: Saraiva, 25ª ed., 2003.