



UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

DIOGO ABDO JORGE

**A ADMISSIBILIDADE DA PROVA ILÍCITA *PRO SOCIETATE* NO
ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO COM BASE NA APLICAÇÃO DO
PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE**

JUIZ DE FORA

2012

DIOGO ABDO JORGE

**A ADMISSIBILIDADE DA PROVA ILÍCITA *PRO SOCIETATE* NO
ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO COM BASE NA APLICAÇÃO DO
PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado a Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientadora: M. Sc., Clarissa Diniz Guedes

JUIZ DE FORA

2012

Diogo Abdo Jorge

O TRABALHO MONOGRÁFICO INTITULADO “A ADMISSIBILIDADE DA PROVA ILÍCITA *PRO SOCIETATE* NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO COM BASE NA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE”, ELABORADO POR DIOGO ABDO JORGE, FOI AVALIADO COMO REQUISITO PARA A OBTENÇÃO DO GRAU DE BACHAREL EM DIREITO, TENDO SIDO CONSIDERADO APROVADO.

BANCA EXAMINADORA:

- **PRESIDENTE: CLARISSA DINIZ GUEDES – PROFESSORA DA UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA/MG.**
- **MEMBRO 1: FLÁVIA LOVISI PROCÓPIO DE SOUZA– PROFESSORA DA UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA/MG.**
- **MEMBRO 2: LUIZ EDUARDO MOURA GOMES – PROFESSOR DA UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA/MG.**

JUIZ DE FORA

2012

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, agradeço a Deus pela oportunidade de chegar até aqui. Agradeço, em especial, à minha orientadora Professora Clarissa Diniz Guedes, pela cumplicidade e auxílio na realização deste trabalho, bem como aos membros da mesa de comissão, que se disponibilizaram a presenciar a apresentação deste trabalho. Enfim, agradeço a todos que, de alguma forma, contribuíram na realização desta obra.

RESUMO

Contemporaneamente, o tema em estudo é zona controvertida em nosso ordenamento jurídico. Pretendendo pôr fim ao dissenso que abarca as discussões acerca do assunto, foi vedada expressamente pela Magna Carta, em seu art. 5º, inciso LVI, a admissibilidade, no processo, de provas obtidas por meios ilícitos. Entretanto, a mitigação de tal regra vem ganhando espaço atualmente em nossos tribunais e em nossa doutrina, à luz do Princípio da Proporcionalidade. Assim, indaga-se: poderá o aplicador do direito, com base no Princípio da Proporcionalidade, aceitar uma prova tida como ilícita em favor da sociedade (*pro societate*)? A referida questão será a base da presente pesquisa, onde será analisado até quando e como nossos doutrinadores e nossa jurisprudência vêm aplicando o direito acerca do problema apresentado. O estudo, *in casu*, é de suma importância para a sociedade, haja vista seu elevado grau de repercussão e coetaneidade. Direitos e garantias fundamentais do acusado, que são resguardados por nossa Constituição, poderão ser mitigados quando em conflito com outros direitos assegurados constitucionalmente? Mister ressaltar que em virtude da imensa amplitude e complexidade do tema proposto, a matéria não será esgotada em todas suas obscuridades e facetas, embora não faltarão esforços para a resolução das principais divergências acerca da questão levantada.

Palavras-chave: Processo Penal, Princípio da Proporcionalidade, prova ilícita.

ABSTRACT

Contemporaneously, the subject area under study is controversial in our legal system. Wishing to end the dissension that includes discussions about it, was expressly forbidden by *Magna Carta* in his art. 5, paragraph LVI, the admissibility in the process of evidence obtained by unlawful means. However, the mitigation of such a rule is becoming more popular now in our courts and our doctrine in light of the Principle of Proportionality. Thus, questions are: can the investor the right, based on the Principle of Proportionality, accept evidence considered illegal in favor of the company (*pro societate*)? That issue will be the basis of this research, which will be analyzed to when and how our scholars and our jurisprudence have applied the right of the problem presented. The study, *in casu*, is of paramount importance for society, given its high degree of impact. Fundamental rights and guarantees of the accused, which are guarded by our Constitution, may be mitigated when in conflict with other constitutionally guaranteed rights to society? Mister note that due to the immense size and complexity of the theme, it will not be exhausted in all its facets and obscurities, though not miss efforts to resolve major differences over the issue raised.

Keywords: Criminal Procedure, Principle of Proportionality, illegal evidence.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	6
1.1 TEMA – PROBLEMA E OBJETIVO DO TRABALHO.....	6
1.2 RELEVÂNCIA DO TEMA ATUALMENTE.....	8
2. DESENVOLVIMENTO.....	10
2.1 INTERPRETAÇÃO DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS - PRINCÍPIO DA CONCORDÂNCIA PRÁTICA OU DA HARMONIZAÇÃO, PRINCÍPIO DA UNIDADE DA CONSTITUIÇÃO E PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE.....	10
2.2 DA PROVA ILÍCITA.....	14
2.2.1 DA PROVA ILÍCITA POR DERIVAÇÃO – TEORIA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA.....	17
2.2.2 PROVA ILÍCITA PRO REO E PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE.....	20
2.2.3 PROVA ILÍCITA <i>PRO SOCIETATE</i> E PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE.....	22
2.3 DA INADMISSIBILIDADE E VEDAÇÃO DA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE NA SEARA DAS PROVAS ILÍCITAS NA HIPÓTESE DA PRÁTICA DE TORTURA.....	25
2.4 DA ADMISSIBILIDADE DE PROVAS ÍLICITAS <i>PRO SOCIETATE</i> PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: ANÁLISE JURISPRUDENCIAL.....	28
2.4.1 DA LICITUDE DAS PROVAS OBTIDAS MEDIANTE ESCUTAS AMBIENTAIS INSTALADAS NO PERÍODO NOTURNO EM ESCRITÓRIO DE ADVOCACIA.....	29
2.4.2 DA LICITUDE DAS PROVAS OBTIDAS MEDIANTE VIOLAÇÃO DO SIGILO DE CORRESPONDÊNCIA DE PRESIDÁRIO.....	32
3. CONCLUSÕES.....	34
REFERÊNCIAS.....	36

1. INTRODUÇÃO

1.1 TEMA – PROBLEMA E OBJETIVO DO TRABALHO

O tema proposto no presente trabalho, cuja pesquisa pretende-se desenvolver, diz respeito à aceitação da prova ilícita *pro societate* no ordenamento jurídico brasileiro quando da aplicação do Princípio da Proporcionalidade.

Atualmente, em virtude do avanço tecnológico, a vida privada do indivíduo tornou-se mais vulnerável. Os meios de comunicação, cada vez mais avançados e presentes na vida em sociedade, tornam-se instrumentos propícios para práticas delitivas diversas, tornando cada vez mais inevitável uma ingerência estatal na vida privada do particular. Faz-se necessária, portanto, a criação de alternativas pelo nosso legislador para combater a criminalidade sem que a vida privada do indivíduo se torne alvo de investidas desmedidas por parte do Estado. Necessário, pois, conciliar um meio termo, onde o Estado detenha poderes suficientes para a manutenção da paz, sem que com isso intervenha de forma abusiva na intimidade e privacidade do cidadão.

A utilização de provas ilícitas no processo é vedada de maneira expressa no art. 5º, inciso LVI, da Constituição Federal de 1988. Entretanto, esta regra não se demonstra absoluta atualmente. Hoje, vem ocorrendo certo declinamento do ordenamento para uso valorativo desta regra no caso concreto, vale dizer, tem-se admitido a prova ilícita, excepcionalmente, a partir de um juízo de proporcionalidade entre esta e os demais valores constitucionais atingidos.

É certo que, devido ao fato do Direito Penal atingir o *status libertatis* do cidadão – um de seus bens mais preciosos – deve o aplicador do Direito sempre agir em busca da verdade real dos fatos, o que não pode ser sinônimo de uma atuação arbitrária, desmedida e desproporcional, isto é, a busca pela verdade não pode ser a *ultima ratio* em um Estado Democrático de Direito, sob pena de violação de várias garantias fundamentais do indivíduo.

Nesta linha de raciocínio, anteriormente, no âmbito processual penal, vigorava o Princípio da Verdade Real, pelo que a descoberta da verdade poderia ser buscada a qualquer preço, conferindo ampla liberdade probatória ao magistrado. Entretanto, atualmente, tal princípio cedeu espaço a um novo, qual seja, o Princípio da Busca pela Verdade, que admite a produção de provas pelo magistrado somente na fase processual, devendo sua atuação ser

sempre complementar e subsidiária, como bem preleciona o art. 156 do Código de Processo Penal.

No que diz respeito a aceitação da prova ilícita *pro reo* quando aplicada à luz do Princípio da Proporcionalidade, esta é amplamente aceita pela doutrina e jurisprudência, vale dizer, quase de forma uníssona¹. Isso porque, entende a melhor doutrina e jurisprudência, que a regra entabulada no art. 5º, LVI, da Constituição Federal, deve ser afastada quando houver possibilidade de beneficiar o réu em sua defesa, enaltecendo-se, desta maneira, os princípios do *favor libertatis*, da ampla defesa e da presunção da inocência.

Ora, nesta toada, na ponderação entre o comando constitucional que veda a admissibilidade de provas ilícitas no processo e o direito de liberdade do acusado, plausível e justificável defendermos este direito em detrimento daquele. Primeiramente porque, como já falado, a prisão do indivíduo deve ser sempre a *ultima ratio* em um Estado Democrático de Direito. Segundo, porque, agindo de tal forma, enaltece-se um dos principais princípios processuais penais, qual seja, o Princípio da Ampla Defesa. Terceiro, porque o acusado é parte hipossuficiente quando na relação jurídico-processual para com o Estado, haja vista que este possui todo um aparato para investigação do crime. Justamente por isso, vigora em nosso ordenamento, alinhado às diretrizes dos direitos humanos internacionais, o princípio da presunção da inocência. E, por fim, e não menos importante, porque não existem direitos de caráter absoluto em nosso ordenamento jurídico, com exceção da vedação à tortura.

Desta feita, poderão ser admitidas provas ilícitas em favor do réu, sem maiores rodeios, à luz do Princípio da Proporcionalidade, tendo-se em vista que estará sendo preservada a liberdade de locomoção do indivíduo, valor também insculpido no texto constitucional em seu art. 5º, inciso XV. Para além disso, tal medida constitui um meio efetivo de defesa contra uma persecução que poderá resultar em uma condenação injusta do acusado. Assim, afastando-se meandros e pormenores, a prova ilícita que colabore com a defesa do réu deve ser aceita, colocando em xeque a regra constitucional que veda tal medida². Inclusive, é o que vem aceitando a jurisprudência acerca do tema, onde se admitiu gravar secretamente a conversa do acusado com a vítima, no delito de lesões corporais³.

¹ GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance e GOMES Magalhães Filho. **As nulidades no processo penal**. São Paulo. Editora RT, 2006, pág. 161-162.

² GRECO FILHO, **TUTELA CONSTITUCIONAL DAS LIBERDADES**, pág. 112-113; BASTOS, Celso Ribeiro e MARTINS, Ives Gandra, **Constituição do Brasil promulgada em 05 de outubro de 1988**, v. 2, São Paulo. Editora Saraiva, 1998, pág. 275-276; Ada Pellegrini Grinover, Antonio Scarance Fernandes e Antonio Magalhães Gomes Filho. **As nulidades no processo penal**, *op. cit.*, pág. 116.

³ TJSP – Correição Parcial 126.826-3 – Rel. Des. Denser de Sá – Santa Cruz das Palmeiras – RJTJSP 138/526 – j. 16/09/1992.

Assim, o imbróglio se faz presente, na verdade, quando da admissão de prova ilícita *pro societate* no processo. Ora, será mesmo proporcional e digno de plausibilidade aceitar uma prova ilícita em favor da acusação?

No que diz respeito a esta questão, debates fervorosos vêm surgindo na doutrina e na jurisprudência brasileira. Tema este de grandes discussões, sendo zona ainda muito nebulosa em nosso ordenamento, não havendo entendimento sedimentado acerca do tema.

Enfim, o tema apresentado é, indubitavelmente, um dos mais tormentosos do direito probatório e está muito longe de atingir um patamar de segurança e de certeza conceitual, tendo em vista a complexidade do conflito e da ponderação entre os direitos fundamentais.

Este trabalho, portanto, terá o objetivo de verificar a possibilidade da aceitação da prova ilícita *pro societate* no processo, à luz do Princípio da Proporcionalidade, tendo em vista o quão nebuloso e controverso é o tema em questão, além de avaliar como a doutrina e jurisprudência vêm se posicionando acerca da aceitação deste tipo de prova, analisando seus fundamentos jurídicos e principais argumentos.

1.2 RELEVÂNCIA DO TEMA ATUALMENTE

É indubitável que o estudo do presente tema é de suma importância para todos. Valorar se uma prova ilícita *pro societate* pode ser aceita dentro de um processo é de total relevância tanto para a sociedade e para o réu, quanto para um Estado Democrático de Direito, que sempre persegue o Princípio do devido processo legal, e a todos os outros que lhe são inerentes. Ademais, a referida questão é problema corriqueiro para os aplicadores e estudiosos do direito, além de ser tema lacunoso e controverso em nosso ordenamento jurídico⁴.

Em nosso país, parte da doutrina não aceita a prova ilícita *pro societate*. É o caso de Antonio Magalhães Gomes Filho onde, na obra *Direito à Prova no Processo Penal*, sustenta inexistir incongruência entre a rejeição da proporcionalidade para a prova ilícita *pro societate* e a sua admissibilidade em prol do réu, tendo-se em vista a diversidade dos valores constitucionais protegidos, sendo insuperáveis os valores “liberdade” e “dignidade da pessoa humana” na ótica da sociedade brasileira democrática e, ainda, “*porque ao próprio Estado*

⁴ Assim, Eugênio Pacelli de Oliveira, **Curso de Processo Penal**, Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 315 – “Pensamos que a questão é, efetivamente das mais complexas e problemáticas do processo penal. Acreditamos que tal ocorra, sobretudo, pela impossibilidade de se fixar qualquer critério objetivo para o aproveitamento da prova ilícita, pela aplicação da proporcionalidade”.

não pode interessar a punição do inocente, o que poderia significar a impunidade do verdadeiro culpado”⁵.

Nesta mesma linha de raciocínio, caminham Celso Bastos e Ives Gandra.⁶ Ademais, o próprio STF, julgando o HC 80949/RJ, no qual teve como relator o Ministro Sepúlveda Pertence, concluiu:

“Da explícita proscrição da prova ilícita, sem distinções quanto ao crime objeto do processo (CF, art. 5º, LVI), resulta a prevalência da garantia nela estabelecida sobre o interesse na busca, a qualquer custo, da verdade real no processo: consequente impertinência de apelar-se ao princípio da proporcionalidade – à luz de teorias estrangeiras inadequadas à ordem constitucional brasileira – para sobrepor, à vedação constitucional da admissão da prova ilícita, considerações sobre a gravidade da infração penal objeto da investigação ou da imputação.” (STF, 1ª Turma, HC nº 80.949/RJ, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ- 30/10/2001)

Em contrapartida há, todavia, autores que aceitam a prova ilícita *pro societate*, de maneira excepcional. É o caso, por exemplo, de Eugênio Pacelli de Oliveira, em sua Obra “Curso de Processo Penal”, 5º edição, *in verbis*:

“Mas, voltando à questão do aproveitamento da prova ilícita em favor da acusação, diríamos que o critério da proporcionalidade poderá validamente ser utilizado, nas hipóteses em que não estiver em risco a aplicabilidade potencial e finalística da norma da inadmissibilidade. Por aplicabilidade potencial e finalística estamos nos referindo à função de controle da atividade estatal (responsável pela produção de prova) que desempenha a norma do art. 5º, LVI, CF. Assim, quando não se puder falar no incremento ou no estímulo da prática da ilegalidade pelos agentes produtores da prova, pensamos ser possível, em tese, a aplicação da regra da proporcionalidade.”⁷

Na mesma seara de raciocínio acerca da aceitação de provas ilícitas *pro societate*, vem Barbosa Moreira, em seu artigo “A Constituição e as provas ilicitamente obtidas”.⁸

Há de se ressaltar, também, que o próprio STF julgando o HC 70.814-5, no qual teve como Relator o Ministro Celso de Mello, ao não conceder ordem de Habeas Corpus, quando

⁵ GOMES FILHO, Antonio Magalhães Gomes. **Direito à prova no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, pág. 107.

⁶ BASTOS, Celso Ribeiro e MARTINS, Ives Gandra, **Constituição do Brasil ...**, *cit.*, pág. 275-276;

⁷ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 5ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p 316;

⁸ MOREIRA, José Carlos Barbosa. A Constituição e as provas ilicitamente obtidas. **Revista de Processo**, vol. 84, Out / 1996, págs. 144 e ss.

se contestava a admissão de prova resultante de violação de correspondência de preso, acentuou:

“A administração penitenciária, com fundamento em razões de segurança pública, de disciplina prisional ou de preservação da ordem jurídica, pode, sempre excepcionalmente, e desde que respeitada a norma inscrita no art. 41, parágrafo único, da Lei 7.210/84, proceder à interceptação da correspondência remetida pelos sentenciados, eis que a cláusula tutelar da inviolabilidade do sigilo epistolar não pode constituir instrumento de salvaguarda de práticas ilícitas.”⁹

Este julgado é tão pertinente para este trabalho que será tratado com maiores minúcias adiante.

Assim, vê-se que, aqueles que admitem as provas ilícitas em favor da acusação, o fazem porque a criminalidade tem ficado cada vez mais estruturada e organizada. É o que deixa claro Antonio Scarance Fernandes, na 6ª edição de sua Obra “*Processo Penal Constitucional*”, *in verbis*: “Outros entendem que a invocação da proporcionalidade também pode servir à acusação, justificando-se com o princípio da isonomia, principalmente em razão da crescente criminalidade organizada”¹⁰.

Logo, cabe observar que a questão, como já dito anteriormente, é totalmente controvertida, e que por este fato merece total atenção de nossos aplicadores do direito.

A doutrina e jurisprudência vêm se valendo da aplicação do Princípio da Proporcionalidade e da utilização de princípios mais específicos de interpretação das normas constitucionais para tentar solucionar a questão. É o que veremos a seguir.

2. DESENVOLVIMENTO

2.1 INTERPRETAÇÃO DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS - PRINCÍPIO DA CONCORDÂNCIA PRÁTICA OU DA HARMONIZAÇÃO, PRINCÍPIO DA UNIDADE DA CONSTITUIÇÃO E PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Interpretar uma norma é aclarar o seu sentido e o seu alcance. Todas as normas são passíveis se serem interpretadas, ainda que sejam claras e não possuam ambiguidade.

⁹ STF, 1ª Turma, Rel. Min. Celso de Mello, HC 70.814-5, j. 1.3.1994, DJ 24.6.94.

¹⁰ FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, pág. 86.

Neste momento, necessário é discorrer rapidamente acerca de três importantes princípios utilizados na interpretação das normas constitucionais, quais sejam, o Princípio da Concordância Prática ou da Harmonização, Princípio da Unidade da Constituição e o Princípio da Proporcionalidade.

Importante dizer que, em virtude da magnitude do tema, não é objetivo primordial deste trabalho pormenorizar e destrinchar o conceito dos referidos princípios, pelo que estes serão alvo de breves comentários, objetivos e necessários à adequação do problema apresentado.¹¹

De acordo com o Princípio da Unidade da Constituição, as normas constitucionais são integrantes de um único e harmonioso sistema, não podendo ser consideradas como um conjunto de normas isoladas. Tal princípio busca evitar o conflito de normas constitucionais, vez que busca uma interpretação harmônica da Constituição Federal. Ora, a própria Constituição apresenta normas aparentemente contraditórias, exigindo-se uma interpretação unitária e harmônica entre elas. Consequência importantíssima deste Princípio é o fato de não existir qualquer relação hierárquica entre normas constitucionais.

No que diz respeito ao Princípio da Concordância Prática, também conhecido como Princípio da Harmonização, deve-se buscar um ponto de coexistência entre direitos conflituosos, de forma que ambos cedam reciprocamente, para que possam conviver harmoniosamente. Trata-se, portanto, de decorrência natural do princípio retromencionado. Assim, na ocorrência de conflito entre bens jurídicos constitucionalmente assegurados, o aplicador do direito deve interpretar tais normas conflituosas de maneira que melhor as harmonize, concedendo a cada uma delas a maior amplitude possível.

Já no que concerne ao Princípio da Proporcionalidade, embora haja grande discussão se se trata de regra ou princípio (o que não é relevante para o tema em questão), este enuncia que as normas constitucionais devem ser interpretadas de maneira proporcional, razoável, de maneira que os meios utilizados sejam adequados aos fins perseguidos pela norma, devendo o aplicador do direito buscar sempre a aplicação mais justa e equânime possível. Consequência muito relevante deste Princípio é o fato dos direitos e garantias fundamentais não serem considerados absolutos, pelo que na hipótese de eventual conflito entre normas constitucionais, deve-se fazer uma ponderação entre os bens jurídicos tutelados.

Neste sentido, Leonardo Greco em sua Obra “*Instituições de Processo Civil*”, pág. 146, explica que:

¹¹ Cf., Pedro Lenza. **Direito Constitucional Esquematizado**, 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, pág. 148-150.

“A doutrina alemã foi a que mais se debruçou sobre esse problema, dando os primeiros passos na sua elucidação, através da aplicação do chamado Princípio da Proporcionalidade ou da ponderação dos interesses, que parte da premissa de que quase todo direito fundamental é relativo, ou seja, pode ser limitado por outro direito fundamental. A aplicação do princípio da proporcionalidade pode dar-se por meio da ponderação em abstrato, pela qual se comparam valores do ponto de vista humanitário, como se houvesse hierarquia entre os direitos fundamentais”.¹²

Há discussão fervorosa na doutrina acerca da conceituação de princípios: segundo Robert Alexy, princípios são “normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes. Portanto, os princípios são mandamentos de otimização (...)”¹³. Já segundo Humberto Ávila, princípios seriam “normas imediatamente finalísticas”, “que estabelecem um fim a ser atingido”, objetivando “promover um estado ideal de coisas”.¹⁴ Assim, ressalva-se que, independentemente do conceito que será adotado para o Princípio da Proporcionalidade, este será analisado tendo tão somente o propósito de sua aplicação objetiva na seara das provas ilícitas, haja vista a grandiosidade e complexidade que envolve o referido conceito, ou seja, importará tão somente sua aplicação no caso concreto, não carecendo de uma conceituação determinada e uma análise aprofundada, tendo-se em vista que o cerne da questão não é esse.

Ressalta-se que há grande dissenso, também, no que se refere a distinção entre regras e princípios. Mais uma vez, tal diferença não será objeto de profunda análise neste trabalho, pois não é tema relevante para solução do problema. Entretanto, considerável apontarmos o que Humberto Ávila fala acerca do assunto:

“Um sistema só de princípios seria demasiado flexível, pela ausência de guias claros de comportamento, ocasionando problemas de coordenação, conhecimento, custos e controle de poder. E um sistema só de regras, aplicadas de modo formalista, seria demasiado rígido, pela ausência de válvulas de abertura para o amoldamento das soluções às particularidades dos casos concretos. Com isso se quer apenas dizer que, a rigor, não se pode dizer nem que os princípios são mais importantes do que as regras, nem que as regras são mais necessárias que os princípios”.¹⁵

O autor nos leva a crer que, num primeiro momento, as regras se sobreporiam aos princípios, dado o seu maior grau de decidibilidade, muito embora, admite-se a

¹² GRECO, Leonardo. **Instituições de Processo Civil**. Vol. 2. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, pág. 146.

¹³ Robert Alexy. “Zum Begriff des Rechtsprinzips”, *Argumentation und Hermeneutik in der Jurisprudenz, Rechtslehre*, Separata, 1/65 apud ÁVILA, Humberto, **Teoria dos Princípios**, 11ª ed., São Paulo: Malheiros, 2010, p. 37. V., também, a tradução para o português da obra de Alexy **Teoria da Argumentação Jurídica**. São Paulo: Landy, 2008, pág. 86.

¹⁴ ÁVILA, Humberto. Op. cit., p. 79.

¹⁵ ÁVILA, Humberto, **Teoria dos Princípios**. 11ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, pág. 120-121.

prevalência de um princípio constitucional em detrimento de uma regra constitucional, quando uma razão extraordinária impeça a aplicação desta última.

Faz-se mister ressaltar que a regra da proporcionalidade não se encontra expressa em nosso ordenamento jurídico, pelo que decorre logicamente da estrutura dos direitos fundamentais como princípios jurídicos. Alguns autores como Gilmar Ferreira Mendes¹⁶ e Luís Roberto Barroso¹⁷ sustentam que a exigência da proporcionalidade é decorrência do Estado de Direito ou do devido processo legal.

O Supremo Tribunal Federal vem se utilizando largamente do Princípio da Proporcionalidade como forma de solução para a colisão de direitos fundamentais. É o que se pode perceber, por exemplo, no HC 76.060-4, nos seguintes termos:

“O que, entretanto, não parece resistir, que mais não seja, ao confronto do Princípio da Proporcionalidade ou da Razoabilidade – de fundamental importância para o deslinde constitucional da colisão de direitos fundamentais –, é que se pretenda constranger fisicamente o pai presumido ao fornecimento de uma prova de reforço contra a presunção de que é titular”¹⁸

Autores de renome como Ives Gandra da Silva Martins e Gilmar Ferreira Mendes afirmam que o “*Princípio da Proporcionalidade tem plena aplicação entre nós*”¹⁹. No mesmo sentido, entende Suzana de Toledo Barros, quando afirma que diversas decisões judiciais poderiam ser “*catalogadas como manifestações do reconhecimento do Princípio da Proporcionalidade*”²⁰.

O Princípio da Proporcionalidade apresenta 03 (três) sub-regras, de acordo com a doutrina majoritária: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

No que diz respeito à adequação, Gilmar Ferreira Mendes a conceitua da seguinte forma: “*os meios utilizados pelo legislador devem ser adequados e necessários à consecução dos fins visados. O meio é adequado se, com a sua utilização, o evento pretendido pode ser*

¹⁶ Cf. Gilmar Ferreira Mendes, “O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: novas leituras”, **Bol. IOB** 14 (2000), p. 372, citando Hans Schneider, que, no entanto, tem postura crítica acerca da fundamentação da regra da proporcionalidade com base no princípio do Estado de Direito. Cf. Hans Schneider, “*Zur Verhältnismäßigkeits-Kontrolle insbesondere bei Gesetzen*”, p. 390-392.

¹⁷ Cf. Luís Roberto Barroso, “Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito constitucional”, *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, Ano 6, nº 23, São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 1998, p. 75 e 77.

¹⁸ *Apud Lex STF* 237, 304 [309].

¹⁹ MARTINS, Ives Gandra da Silva Martins e MENDES, Gilmar Ferreira. “Sigilo bancário, direito de autodeterminação sobre informações e princípio da proporcionalidade”, **Bol. IOB** 24 (1992), p. 438.

²⁰ BARROS, Suzana de Toledo. O princípio da proporcionalidade, *op. cit.*, p. 103.

*alcançado (...)*²¹. Em outras palavras, o meio empregado deve ser suficiente para realizar o objetivo que se almeja.

Por necessidade, também conhecida por intervenção mínima, deve-se entender que um ato estatal que limita um direito fundamental somente será necessário quando não houver, no caso concreto, uma outra solução para o caso que limite, com a mesma intensidade e em menor medida, o direito fundamental atingido. Ou seja, caso exista, no caso concreto, uma maneira de se atingir o fim pretendido de maneira menos gravosa ao direito que será restringido, está deverá prevalecer.

Por fim, a proporcionalidade em sentido estrito, nas palavras de Luís Virgílio Afonso da Silva, “*consiste em um sopesamento entre a intensidade da restrição ao direito fundamental atingido e a importância da realização do direito fundamental que com ele colide e que fundamenta a adoção da medida restritiva*”²².

Já com relação à aplicação do Princípio da Proporcionalidade na seara de provas obtidas por meios ilícitos, é sucinta e grandiosa a conclusão de Ada Pellegrini Grinover acerca do tema, quando defende que

“embora se aceite o princípio geral da inadmissibilidade da prova obtida por meios ilícitos, propugna-se a idéia de que em casos extremamente graves, em que estivessem em risco valores essenciais, também constitucionalmente garantidos, os tribunais poderiam admitir e valorar a prova ilícita”²³.

2.2 DA PROVA ILÍCITA

Como a seara penal visa, precipuamente, ao fim de um processo, restringir o direito de liberdade do indivíduo, a amplitude probatória do processo penal para que o acusado possa demonstrar sua inocência é muito vasta, o que não significa dizer que tal amplitude possa ser traduzida como a admissibilidade de todo e qualquer tipo de meio de prova.

É esse o majestoso entendimento de Renato Brasileiro de Lima, onde defende em sua obra “*Manual de Processo Penal*”, que

²¹ Cf. MENDES, Gilmar Ferreira, “O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: novas leituras”, *op. cit.*, p. 371; do mesmo autor, in: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais**, Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 248.

²² Luís Virgílio Afonso da Silva, **O Proporcional e o Razoável**. RT, São Paulo, ano 91, n. 798, abril 2002 pág. 23-50.

²³ GRINOVER, Ada Pellegrini. “A eficácia dos atos processuais à luz da Constituição Federal”, **RPGE-SP** 37 (1992), p. 46.

“Deveras, seria de todo contraditório que, em um processo criminal, destinado à apuração da prática de um ilícito penal, o próprio Estado se valesse de métodos violadores de direitos, comprometendo a legitimidade de todo o sistema punitivo, pois ele mesmo estaria se utilizando do ilícito penal. Além da proteção aos direitos e garantias fundamentais, a vedação das provas ilícitas também funciona como uma forma de controle da regularidade da persecução penal, atuando como fator de inibição e dissuasão à adoção de práticas probatórias ilegais”.²⁴

Na mesma seara e com grande propriedade, o Ministro Celso de Mello, enuncia que

“A ação persecutória do Estado, qualquer que seja a instância de poder perante a qual se instaure, para revestir-se de legitimidade, não pode apoiar-se em elementos probatórios ilicitamente obtidos, sob pena de ofensa à garantia constitucional do *due process of law*, que tem, no dogma da inadmissibilidade das provas ilícitas, uma de suas mais expressivas projeções concretizadoras do plano do nosso sistema de direito positivo (...)”²⁵.

Destarte, sendo corolário constitucional (art. 5º, LVI, CF) e objeto do presente trabalho, as provas obtidas por meios ilícitos revelam-se de grande importância. Nosso legislador entabulou no Decreto-Lei 3.689/41 (Código de Processo Penal) um conceito de prova ilícita, mais detidamente no art. 157 deste diploma legal, com redação dada pela Lei 11.690 de 2008, conceituando-a como aquela obtida em violação a normas constitucionais ou legais. *In verbis*:

“Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais”.

O referido conceito trazido pelo Código de Processo Penal é demasiadamente abrangente, haja vista ser ilícita qualquer prova que viole norma legal. Logo, *data maxima venia*, entendo que tal conceito deva ser interpretado restritivamente, haja vista que muitas das vezes haverá apenas mera irregularidade processual, pelo que não ocorrerá prejuízo para as partes. Seguindo tal raciocínio, adotamos o entendimento de que a prova será tida como ilícita quando violar norma constitucional ou quando violar norma legal que consagre garantia constitucional.

Leonardo Greco conceitua provas ilícitas como

²⁴ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. Vol. I. Niterói: Impetus, 2011, p. 884.

²⁵ STF, 2ª Turma, RHC nº 90.376/RJ, Rel. Min. Celso de Mello, Dje-018 – 17/05/2007.

“Aquelas que violam direitos da personalidade e, na medida em que esses direitos, do ponto de vista humanitário, têm elevado valor – em geral, são direitos indisponíveis e relacionados à dignidade humana –, elas não podem produzir efeitos no processo. Neste ponto, a busca da verdade no processo esbarra num limite, qual seja, o respeito à dignidade humana”.²⁶

Assim, segundo Greco, prova ilícita é aquela que afronta um direito da personalidade do indivíduo, ou que, de qualquer forma, desrespeite sua dignidade humana.

Em razão do silêncio da Constituição Federal, apesar de não haver qualquer tipo de utilidade no que diz respeito à consequência jurídica, a doutrina procura fazer uma conceituação de prova ilegal e uma distinção entre prova ilícita e prova ilegítima, baseando-se na lição do italiano Pietro Nuvolone. De acordo com o renomado autor Renato Brasileiro,

“A prova será considerada ilegal sempre que sua obtenção se der por meio de violação de normas legais ou de princípios gerais do ordenamento, de natureza material ou processual. A prova será considerada ilícita quando for obtida através da violação de regra de direito material (penal ou constitucional). Exemplificando, se determinando indivíduo for constrangido a confessar a prática do delito mediante tortura ou maus-tratos, tem-se que a prova aí obtida será considerada ilícita, pois violado o disposto no art. 5º, inc. III, da Constituição Federal. De seu turno, a prova será considerada ilegítima quando obtida mediante violação à norma de direito processual. A título de exemplo, possamos supor que, ao ouvir determinada testemunha, o magistrado se esqueça de compromissá-la. Assim o fazendo, incorreu em violação à regra do art. 203 do CPP, dispositivo este que obriga o juiz a compromissar a testemunha”.²⁷

Já segundo Eugenio Pacelli, “*provas ilícitas seriam aquelas obtidas com violação ao direito material, enquanto as provas ilegítimas receberiam tal definição por violarem normas de Direito Processual*”. E continuando seu raciocínio, Pacelli conclui com a categoria que lhe é inerente: “*seja como for, uma (prova ilícita) e outra (prova ilegítima), são inadmissíveis no processo*”.²⁸

Assim, sem maiores procrastinações, a prova ilegal seria o gênero do qual são espécies as provas obtidas por meios ilícitos (violação a normas de direito material) e as provas obtidas por meios ilegítimos (violação a normas de direito processual). Como dito oportunamente em momento anterior, tal distinção é apenas acadêmica, tendo em vista que não apresenta repercussões práticas consideráveis. É que apesar do art. 157 do Código de Processo Penal se referir às provas ilícitas, dispõe que estas devem ser consideradas como aquelas obtidas em

²⁶ *Op. cit.*, p. 145.

²⁷ LIMA, Renato Brasileiro de. *Op. cit.*, pág. 885.

²⁸ OLIVEIRA, Eugenio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 15ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, pág. 370.

violação a normas constitucionais ou legais, não fazendo qualquer tipo de distinção entre norma legal material ou processual. Logo, em que pese alguns autores como, por exemplo, Renato Brasileiro, se filiares a uma corrente que faz uma interpretação restritiva do referido dispositivo (entendendo que o mesmo se refere única e exclusivamente às normas de direito material, pelo que quanto às provas ilegítimas, o regime jurídico a ser aplicado deveria ser o da Teoria das Nulidades), vigora o entendimento da corrente doutrinária encabeçada por Guilherme de Souza Nucci²⁹ e Luiz Flávio Gomes³⁰, a qual me filio, que consideram ilícita tanto a prova que viole disposições materiais quanto processuais. Em consequência, tais provas não deverão ser admitidas no processo penal e, se eventualmente o forem, deverão ser ineficazes para a formação da convicção do juiz, sob pena de nulidade.

2.2.1 DA PROVA ILÍCITA POR DERIVAÇÃO – TEORIA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA

A Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada, também conhecida por prova ilícita por derivação, é uma simples consequência lógica da aplicação do princípio da inadmissibilidade das provas ilícitas.

Há de se dizer que o Supremo Tribunal Federal, num primeiro momento, repeliu a aplicação da referida teoria no ordenamento jurídico brasileiro, sob o argumento de que somente devem ser consideradas inadmissíveis no processo as provas ilícitas em si mesmas, e não aquelas a que se chegou por meio daquelas, consideradas não como provas, mas apenas como pistas, e que foram produzidas licitamente³¹.

Entretanto, posteriormente, mais exatamente no ano de 1996, a Suprema Corte mostrou posicionamento favorável no que diz respeito à incidência da Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada no ordenamento jurídico brasileiro, pelo que, em mais de uma ocasião, teve oportunidade de reconhecer a presente, conforme se depreende dos julgamentos do HC nº 73.351/SP, HC nº 74.116/SP, e HC nº 76.641/SP.

²⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 5ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 391.

³⁰ GOMES, Luiz Flávio. **Legislação criminal especial**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 414.

³¹ STF, Tribunal Pleno, AP nº 307/DF, Rel. Min. Ilmar Galvão, Dj 13/10/1995

Desta feita, de acordo com a presente teoria, as provas derivadas de uma prova ilícita, também serão consideradas ilícitas. É exatamente isso que enuncia o art. 157, §1º do Código de Processo Penal, com redação dada pela Lei 11.690/2008, *in verbis*:

“Art. 157.- omissis

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

Renato Brasileiro, com a maestria que lhe é inerente, conceitua provas ilícitas por derivação como *“os meios probatórios que, não obstante produzidos, validamente, em momento posterior, encontram-se afetados pelo vício da ilicitude originária, que a eles se transmite, contaminando-os, por efeito de repercussão causal”*. E continua mais a frente: *“Nesta linha de raciocínio, é possível concluir que a ilicitude da prova originária transmite-se, por repercussão, a todos os dados probatórios que nela se apoiem, ou dela derivem, ou, finalmente, nela encontrem o seu fundamento causal”*.³²

Entretanto, a prova ilícita por derivação apresenta limitações, não sendo, vale dizer, regra absoluta em nosso ordenamento. Nesta seara, bem assevera Eugênio Pacelli de Oliveira em sua Obra Curso de Processo Penal, pág. 365,

“prevalecendo esse entendimento, ou seja, no sentido de que todas as provas que forem obtidas a partir da notícia (derivada de prova ilícita) da existência de um crime são também ilícitas, será muito mais fácil ao agente do crime furtar-se à ação da persecução penal. Bastará ele mesmo produzir uma situação de ilicitude na obtenção da prova de seu crime, com violação a seu domicílio, por exemplo, para trancar todas e quaisquer iniciativas que tenham por objeto a apuração daquele delito então noticiado”.³³

Nesta toada, o próprio Código de Processo Penal traz, nos §§ 1º e 2º de seu art. 157, duas situações nas quais seria possível vislumbrar a não contaminação da prova ilícita, senão vejamos:

“Art. 157.- omissis

§ 1º São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou

³² LIMA, Renato Brasileiro de. *Op. cit.*, pág. 892.

³³ OLIVEIRA, Eugenio Pacelli de. *Op. cit.*, pág. 365.

quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras.

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

Segundo reza o dispositivo acima, quando não evidenciado o nexos causal entre a prova derivada e a originária, aquela não poderá ser tida como ilícita em decorrência desta. Na verdade, entendo, *data máxima vênia*, que se não existe nexos causal, a prova não poderia ser considerada nem mesmo derivada da outra.

Nesse §1º está implícita, ainda, a chamada Teoria da Fonte Independente. De acordo com Renato Brasileiro:

“Se o órgão da persecução penal demonstrar que obteve, legitimamente, novos elementos de informação a partir de uma fonte autônoma de prova, que não guarde qualquer relação de dependência, nem decorra da prova originariamente ilícita, com esta não mantendo vínculo causal, tais dados probatórios são admissíveis, porque não contaminados pela mácula da ilicitude originária”.³⁴

Em outras palavras, neste caso, é possível chegar até à prova derivada por uma outra fonte, lícita, e diferente da prova ilícita. Ressalta-se que a doutrina traz como requisito imprescindível à aplicação desta teoria, a demonstração fática e inequívoca de que a prova que se quer utilizar no processo é oriunda de uma fonte autônoma, não se encontrando na mesma linha de desdobramento das informações obtidas com a prova ilícita. É o caso, por exemplo, dos policiais que adentram no interior de uma residência sem mandado judicial e constatarem a prática de tráfico de drogas. Se, paralelamente, noutra investigação, outros policiais requererem mandado de busca e apreensão para ingressarem neste domicílio, e este for concedido, com a conseqüente apreensão das drogas, a prova será válida, haja vista que a segunda busca e apreensão foi realizada licitamente e é fonte autônoma de prova.

Por sua vez, o §2º do art. 157 do Código de Processo Penal traz a chamada Teoria da Descoberta Inevitável. Muito embora o supramencionado dispositivo traga a expressão “fonte independente” em seu bojo, o legislador, *data maxima venia*, cometeu uma atecnia, pois, na verdade, teve o intuito de se referir à limitação da descoberta inevitável, e não da fonte independente, como no §1º. De acordo com Renato Brasileiro, “*caso se demonstre que a prova derivada da ilícita seria produzida de qualquer modo, independentemente da prova ilícita originária, tal prova deve ser considerada válida*”.³⁵ Em outras palavras,

³⁴ LIMA, Renato Brasileiro de. *Op. cit.*, pág. 896.

³⁵ *Idem ibidem*.

inevitavelmente, ao investigar, de uma forma ou de outra, chegar-se-ia à prova derivada. Do mesmo modo, a doutrina reza ser imprescindível a existência de dados concretos, confirmando que a descoberta seria realmente inevitável, não sendo possível a utilização de meros dados especulativos. É o caso, por exemplo, de uma confissão obtida mediante tortura em uma delegacia, em um crime de homicídio. O investigado, além de confessar a prática do crime, confessa também onde está escondido o corpo da vítima: entretanto, se posteriormente, no decorrer do inquérito, a autoridade policial ouvir depoimento de uma testemunha que por ter presenciado o fato, por livre e espontânea vontade, resolva informar o local onde está escondido o corpo, a confissão obtida por meio ilícito não será suficiente para contaminar esta prova, que seria inevitavelmente produzida pela testemunha. O Superior Tribunal de Justiça já adotou, de maneira expressa a presente Teoria, ao julgar o HC de nº 52.995/AL³⁶.

Em suma, a distinção fundamental entre a teoria da fonte autônoma e a teoria da descoberta inevitável consiste no seguinte. A fonte autônoma é contemporânea e paralela à fonte ilícita. Por isso, exclui a derivação: a prova não é ilícita porque deriva da fonte autônoma; daí a quebra donexo causal entre a prova ilícita e a supostamente derivada. Em contrapartida, a descoberta inevitável é descoberta a partir de um raciocínio hipotético sobre a forma como provavelmente poderia ter sido obtida a prova ilícita por derivação. A partir de dados concretos da investigação e da instrução, o juiz verifica que, apesar de derivada da prova ilícita, a prova poderia ter sido obtida por outro meio, lícito. Em conclusão, quando há fonte independente não há ilicitude, porque não hánexo de causalidade; quando há descoberta inevitável, a teoria da prova ilícita por derivação é excepcionada, apesar de ter havido, de fato, a obtenção de prova ilícita por derivação.

2.2.2 PROVA ILÍCITA *PRO REO* E PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Atualmente, não há discussões fervorosas na doutrina e jurisprudência acerca da aceitação da prova ilícita *pro reo*. É quase que uníssono o entendimento de que é plenamente possível a aceitação deste tipo de prova em favor do réu. Entende-se, acertadamente, que o Princípio que garante a liberdade do indivíduo (princípio do direito de defesa e Princípio da presunção de inocência) deve prevalecer em detrimento do Princípio que veda a utilização de provas ilícitas no processo.

³⁶ STJ, 6ª Turma, HC nº 52.995/AL, Rel. Og Fernandes, j. 16/09/2010.

Ora, a regra constitucional que veda a utilização de provas obtidas por meios ilícitos no processo visa, exatamente, limitar o *jus puniendi* estatal e as ingerências arbitrárias do Estado na vida particular do indivíduo, pelo que poderá a prova ilícita servir de fundamentação para uma sentença absolutória.

Nesta toada, Renato Brasileiro faz uma explanação digna de nota:

“De fato, seria inadmissível que alguém fosse condenado injustamente pelo simples fato de sua inocência ter sido comprovada por meio de uma prova obtida por meios ilícitos. Noutra giro, ao Estado não pode interessar a punição de um inocente, o que poderia acarretar a impunidade do verdadeiro culpado. Além disso, quando o acusado pratica um ato ilícito para se defender de modo efetivo no processo penal, conclui-se que sua atuação não seria ilícita, eis que amparada pela legítima defesa, daí por que não seria possível concluir-se pela ilicitude da prova”.³⁷

Como se já não bastasse, Eugênio Pacelli conclui de maneira louvável:

“Em primeiro lugar, esclarecemos que o objeto de nossas preocupações é o aproveitamento da prova ilícita apenas quando favorável à acusação. E por uma razão até muito simples. A prova da inocência do réu deve sempre ser aproveitada, em quaisquer circunstâncias. Em um Estado Democrático de Direito não há como se conceber a idéia da condenação de alguém que o próprio Estado acredita ser inocente. Em tal situação, a jurisdição, enquanto Poder Público, seria, por assim dizer, uma contradição em seus termos. Um paradoxo jamais explicado ou explicável. Aliás, o aproveitamento da prova ilícita em favor da defesa, além das observações anteriores, constitui-se em critério objetivo de proporcionalidade, dado que: a) a violação de direitos na busca da prova da inocência poderá ser levada à conta do estado de necessidade, excludente da ilicitude; b) o princípio da inadmissibilidade da prova ilícita constitui-se em garantia individual expressa, não podendo ser utilizado contra quem é o seu primitivo e originário titular”.³⁸

Ada Pellegrini Grinover, juntamente com Antonio Magalhães Gomes Filho e Antonio Scarance Fernandes, admitem a utilização de prova ilícita em favor do acusado, ainda que colhida com infringência a direitos fundamentais seus ou de terceiros:

“Trata-se de aplicação do princípio da proporcionalidade, na ótica do direito de defesa, também constitucionalmente assegurado, e de forma prioritária no processo penal, todo informado pelo princípio do *favor rei*. Além disso, quando a prova, aparentemente ilícita, for colhida pelo próprio acusado, tem-se entendido que a ilicitude é eliminada por causas legais, como a legítima defesa, que exclui a antijuridicidade”.³⁹

³⁷ LIMA, Renato Brasileiro de. *Op. cit.*, pág. 919-920.

³⁸ OLIVEIRA, Eugenio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**, 15ª ed., *op. cit.*, p. 377.

³⁹ **As Nulidades no Processo Penal**, *op. cit.*, p. 128.

Assim, sem maiores rodeios, não há dúvida de que jurisprudência e doutrina caminham na linha de aceitação da prova ilícita em favor da defesa, tendo-se em vista que a inocência do réu deve sempre prevalecer em um Estado Democrático de Direito, haja vista que não interessa ao Estado a condenação de um inocente e a impunidade de um culpado. Inclusive, a melhor doutrina vem tratando a ilicitude da prova em favor do réu como causa excludente da ilicitude (estado de necessidade ou legítima defesa, a depender do caso).

2.2.3 PROVA ILÍCITA *PRO SOCIETATE* E PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Questão que gera grande dissidência na doutrina, diz respeito a admissibilidade da prova ilícita em favor da acusação. Esta, portanto, é a principal problemática deste trabalho.

Pacelli, mais uma vez de forma única, enuncia em sua obra que

“No processo penal, como intuitivo, a aplicação da vedação das provas ilícitas, se considerada como garantia absoluta, poderá gerar, por vezes, situações de inegável desproporção, com a proteção conferida ao direito então violado (na produção da prova) em detrimento da proteção do direito da vítima do delito. **Pensamos que a questão, efetivamente, é das mais complexas e problemáticas do processo penal.** Acreditamos que isso ocorra, sobretudo, pela impossibilidade de se fixar qualquer critério minimamente objetivo para o aproveitamento da prova ilícita, pela aplicação da proporcionalidade”.⁴⁰

E na mesma linha de raciocínio, Renato Brasileiro corrobora o entendimento acima, ao dizer que,

“se, de um lado, doutrina e jurisprudência são uníssonas em apontar a possibilidade de utilização, no processo penal, da prova favorável ao acusado, mesmo que colhida com infringência a direitos fundamentais seus ou de terceiros, do outro, **há intensa controvérsia quanto à possibilidade de utilização de provas ilícitas em favor da sociedade**”.⁴¹

⁴⁰ OLIVEIRA, Eugenio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**, 15ª ed., op. cit., pág 376 – grifo nosso.

⁴¹ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**, op. cit., pág. 921 – grifo nosso.

Pacelli conclui em sua obra que quando não se puder falar no incremento ou no estímulo da prática de ilegalidade pelos agentes produtores da prova, é possível, em tese, a aplicação da regra da proporcionalidade.⁴²

Renato Brasileiro parece seguir o mesmo raciocínio, ao mencionar que

“Essa admissibilidade da prova ilícita *pro societate* somente seria possível em situações extremas, sob pena de se conferir ao Estado legitimidade ampla e irrestrita para violar direitos fundamentais, tornando letra morta o preceito constitucional que prevê a inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos”.⁴³

Entretanto, muito embora existam autores que aceitam a aplicação da prova ilícita *pro societate*, outros não a admitem. É o caso, por exemplo, de Luís Roberto Barroso e Ana Paula de Barcellos, que enunciam:

“O entendimento flexibilizador dos dispositivos constitucionais citados, além de violar a dicção claríssima da Carta Constitucional, é de todo inconveniente em se considerando a realidade político-institucional do País. [...] Embora a idéia de proporcionalidade possa parecer atraente, deve-se ter em linha de conta os antecedentes do País, onde as exceções viram regra desde sua criação (vejam-se, por exemplo, as medidas provisórias). À vista da trajetória inconsistente do respeito aos direitos individuais e da ausência de um sentimento constitucional consolidado, não é nem conveniente nem oportuno, sequer de “lege ferenda”, enveredar por flexibilizações arriscadas”.⁴⁴

Nesta mesma linha de raciocínio, que reza pela não admissibilidade de provas ilícitas no processo, está Aury Lopes Jr., que defende ser “*um imenso perigo (grande retrocesso) lançar mão desse tipo de conceito jurídico indeterminado e, portanto, manipulável, para impor restrição de direitos fundamentais*”. E continua mais a frente:

“Nossa atual Constituição e, antes dela, a Declaração Universal dos Direitos Humanos consagram certas limitações necessárias para a coexistência e não toleram tal submissão do homem ao ente superior, essa visão antropomórfica que corresponde a um sistema penal autoritário”.⁴⁵

⁴² OLIVEIRA, Eugenio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**, 15ª ed., op. cit., pág 377.

⁴³ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**, op. cit., pág. 921.

⁴⁴ BARCELLOS, Ana Paula de, BARROSO, Luís Roberto. A viagem redonda: habeas data, direitos constitucionais e as provas ilícitas, **Revista de Direito Administrativo** 213, 1998, pág. 149-163 *apud* LIMA, Renato Brasileiro de. *op. cit.*, p. 923.

⁴⁵ LOPES, Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, vol. I, pág 574.

Ora, embora mereça respeito a posição dos autores que não admitem a prova ilícita *pro societate*, esta não deve ser levada em consideração como a mais acertada de todas. É que não se pode olvidar que o Direito é uma ciência carecedora de mutações constantes, pelo que regras absolutas que vedam a aplicação de provas ilícitas *pro societate* não podem ser aplicadas de maneira imperiosa. Assim, não admitir este tipo de prova no processo, sob o argumento de que há risco de que a exceção se torne regra é, no mínimo, despropositado e injusto. Além disso, dizer que a aplicação do Princípio da Proporcionalidade gera uma restrição a direitos fundamentais também não é de todo correto, haja vista que, como já dito várias vezes, restringe-se um direito para enaltecer outro, de mesma hierarquia, mas que, no caso concreto, apresenta-se numa escala valorativa superior. De outro modo, não seria possível consagrar o princípio da Unidade da Constituição.

Ressalta-se que este trabalho não tem o intuito de defender, a todo custo, a aceitabilidade da prova ilícita em favor da acusação, muito embora tente demonstrar a plausibilidade de sua aplicação em certos casos concretos. Este, na verdade, é o real intuito da aplicação do Princípio da Proporcionalidade: aceitar, em situações excepcionais, a aplicação da prova ilícita em favor da acusação diante de um imbróglio real. É certo que a busca pela verdade real no processo penal não pode se sobrepujar aos valores fundamentais e a dignidade da pessoa humana, pelo que, neste caso, será vedada a aceitação da prova ilícita *pro societate*. Logo, o que se defende, é apenas uma não vedação absoluta da utilização deste tipo de prova no processo, devendo-se sempre sopesar, no caso concreto, a aprovabilidade de sua aplicação.

Neste momento, relevante comentar, ainda que rapidamente, o julgamento do RE nº 251.445/GO (DJU 3.8.2000), que teve como Relator o Ministro Celso de Mello. Neste, ao dizeres de Eugênio Pacelli,

“*T* (em referência a um terceiro), sabendo da prática habitual de crimes contra crianças e adolescentes, por parte de *R* (réu, na ação em comento), adentrou o local de trabalho deste, dali subtraindo diversas fotografias nas quais apareciam diversas crianças nuas e/ou mantendo relações sexuais. De posse do material incriminador, *T* passou a exigir de *R* a entrega de dinheiro, sob ameaça de entregar as fotografias à Polícia. Recusada a exigência, as fotos foram efetivamente entregues à autoridade policiais, terminando por instruir ação penal instaurada contra *R*”.⁴⁶

O réu foi absolvido em segunda instância, pelo que o Supremo entendeu serem inadmissíveis as provas obtidas, por violação a domicílio.

⁴⁶ OLIVEIRA, Eugenio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**, 15ª ed., *op. cit.*, pág 378.

A meu ver, *data maxima venia*, o Supremo Tribunal Federal pecou, em muito, ao absolver o acusado. Explico: o aplicador do direito deve se valer da imposição do Princípio da Proporcionalidade quando estiver diante de um conflito entre princípios constitucionalmente assegurados. E ao que me parece, com todo respeito, o Supremo Tribunal Federal foi na contramão desta regra. Ora, resguardar a norma que assegura a inviolabilidade de domicílio em detrimento da punição de uma das infrações penais mais repugnantes e arqueirosas que existem, que é a pedofilia, é no mínimo desproporcional e desarrazoado. É, na verdade, um estímulo à impunidade e à tolerância de desaforos e devassidão. A Suprema Corte desperdiçou grande oportunidade de aplicar o Princípio da Proporcionalidade e de se admitir, em prol da acusação, provas obtidas por meios ilícitos.

Em que pese este tema ser discutido mais adiante em capítulo específico deste trabalho, o Supremo Tribunal Federal, ainda que de maneira não expressa, admitiu, em duas hipóteses, provas ilícitas em favor da acusação. Tratam-se dos casos onde obteve-se provas mediante escutas ambientais instaladas no período noturno em escritório de advocacia e das provas obtidas mediante violação do sigilo de correspondência de presidiário. Por fim, e não menos importante, o Supremo Tribunal Federal, no HC 79.512/RJ, que teve como Rel. o Min. Sepúlveda Pertence, ressaltou que *“a regra da inaceitabilidade das provas obtidas por meios ilícitos pode ser excepcionada em casos extremos de necessidade inadiável e incontornável”*.⁴⁷

2.3 DA INADMISSIBILIDADE E VEDAÇÃO DA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE NA SEARA DAS PROVAS ILÍCITAS NA HIPÓTESE DA PRÁTICA DE TORTURA

Como dito anteriormente, os direitos e garantias fundamentais não apresentam natureza absoluta, podendo, em certos casos e desde que de maneira razoável, serem restringidos em prol de outros direitos constitucionalmente assegurados.

Tal fato decorre da consequência lógica do homem viver em sociedade, pelo que muitas das vezes o direito de um encontra-se limitado e em zona conflituosa com o direito de outro. Assim, é óbvio que haverão hipóteses conflituosas entre tais direitos⁴⁸.

⁴⁷ STF, Pleno, HC nº 79.512/RJ, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 16/05/2003, pág. 92.

⁴⁸ Veja-se STF. Tribunal Pleno. MS 23.452.

Alguns autores conceituam, de maneira satisfatória, o momento em que se poderá conceber o conflito entre direitos constitucionalmente assegurados, como por exemplo, Vieira de Andrade, defendendo que *"haverá colisão ou conflito sempre que se deva entender que a Constituição protege simultaneamente dois valores ou bens em contradição concreta"*⁴⁹, ou Canotilho, ao dizer que *"uma colisão autêntica de direitos fundamentais ocorre quando o exercício de um direito fundamental por parte do seu titular colide com o exercício do direito fundamental por parte de outro titular"*⁵⁰.

Hoje, entretanto, entende-se que, em certas situações, a prova obtida por meio ilícito não poderá ser utilizada em nenhuma hipótese no processo. Trata-se da prova obtida mediante tortura do acusado. Nesta linha de raciocínio, nem sempre poderá o aplicador do direito se valer da aplicação do Princípio da Proporcionalidade como meio de se admitir certas provas obtidas por meios ilícitos no processo.

Nesta toada, Leonardo Greco assevera em sua obra que

“A busca da verdade no processo esbarra num limite, qual seja, o respeito à dignidade humana. A busca da verdade a todo preço seria absurda, pois poderia justificar comportamento como a tortura ou outras atrocidades que o atual estágio de desenvolvimento da humanidade não permite mais que sejam toleradas (...)”. E continua: “Não obstante seja útil a aplicação do Princípio da Proporcionalidade, oriunda da ideia de relatividade dos direitos fundamentais, penso, concordando com Bobbio, que há dois direitos fundamentais absolutos, isto é, que nunca podem ceder diante de outros direitos, nem para salvar a vida de outrem, quais sejam: o direito de não ser torturado e o direito de não ser escravizado ou reduzido à condição análoga a de escravo”.⁵¹

A Constituição Federal, feita sob a égide de um Estado Democrático de Direito, ao ter como um de seus fundamentos a da dignidade da pessoa humana (Art. 1º, Inciso III, Constituição Federal), deixa claro que certos valores não podem ser passíveis de restrição e afrontamento.

Ora, senão vejamos: tem-se pacificado na doutrina que o processo é um instrumento de pacificação social. Desta feita, o processo, em um Estado Democrático de Direito, deve buscar a proteção do cidadão contra o excesso de poder estatal, pelo que deve respeitar os

⁴⁹ ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976. Coimbra: Almedina, 1987, pág. 220.

⁵⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**, 3. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1999, pág. 1.191.

⁵¹ 25 GRECO, Leonardo. **Instituições de Processo Civil. Processo de Conhecimento**, 2 ed. Forense: 2011, pág. 145-146, com referência a BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. 3ª reimpressão. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. pág. 39-40.

direitos e garantias do indivíduo, assegurados pela Magna Carta. Sem função racional, a intervenção estatal é ilegítima. Este entendimento, inclusive, corrobora com o entendimento da doutrina que conceitua o Direito Penal sob um enfoque sociológico, sendo este um instrumento de controle social, que visa assegurar uma convivência harmônica entre os membros de uma sociedade.

Assim, se utilizar da prática da tortura como meio de prova para obtenção de certa confissão do acusado não é digno de qualquer plausibilidade e razoabilidade. É que a Constituição Federal em seu art. 5º, Inciso III, enuncia que “*ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante*”. Tal dispositivo, quando interpretado isoladamente, poderia nos levar a crer que, como os demais, poderia ter sua aplicabilidade afastada em prol de outro ditame constitucional. Pensamento incorreto. A vedação à tortura deve ser interpretada como meio de se resguardar a incolumidade do indivíduo frente ao arbítrio estatal, bem como enaltecer o fundamento da Dignidade da Pessoa Humana, corolário de toda a Constituição Federal.

O clássico autor Cesare Beccaria define de maneira ímpar em sua obra o que vem a ser tortura:

"É uma barbárie que o uso consagrou na maioria dos governos fazer tortura um acusado enquanto se faz o processo, seja para que ele confesse a autoria do crime, seja para esclarecer as contradições em que tenha caído, seja para descobrir cúmplices ou outros crimes de que não é acusado, porém dos quais poderia ser culpado, seja finalmente porque sofistas incompreensíveis pretenderam que a tortura purgava a infâmia."

E conclui:

"A tortura é, frequentemente, um meio certo de condenar o inocente débil e absolver o criminoso forte. É esse, comumente, o resultado terrível dessa barbárie que se considera capaz de produzir a verdade, desse costume próprio de canibais (...)"⁵².

Tem-se, portanto, que a obtenção de provas mediante tortura é plenamente vedada no ordenamento pátrio, não podendo ser admitida em qualquer tipo de circunstância. Foge-se, portanto, da regra geral de que nenhum direito constitucionalmente assegurado é absoluto. Vale dizer, o repúdio à tortura foi adotado no Brasil como garantia absoluta, não admitindo exceção.

⁵² BECCARIA, Cesare. Dos Delitos e das Penas, 2. ed. Martin Claret: 2008, pág. 39

O Professor Renato Brasileiro faz uma colocação pertinente em sua obra acerca desta questão:

“Mas seria possível utilizar-se, em favor do acusado, como único meio para inocentá-lo, de prova obtida mediante tortura? A nosso ver, a situação é bem diferente de uma gravação ou interceptação telefônica ilícita. Neste caso, apesar de haver produção de uma prova ilícita, o conteúdo da conversa telefônica pode ser considerado verdadeiro pelo juiz, já que não há constrangimento aos interlocutores. Diferente é a hipótese de prova obtida mediante tortura: colhidos mediante o constrangimento de alguém com emprego de violência ou grave ameaça, causando-lhe sofrimento físico ou mental, tais elementos probatórios não poderão ser levados em consideração pelo magistrado, porquanto impossível aferir a veracidade (ou não) do conteúdo das declarações de tal pessoa”⁵³

Assim, mesmo que a prova ilícita seja a única maneira de se inocentar um indivíduo, não poderá ser utilizada no processo se foi obtida mediante tortura. Tal colocação demonstra o repúdio de nossos doutrinadores frente à prática de tortura como meio para obtenção de provas.

2.4 DA ADMISSIBILIDADE DE PROVAS ÍLICITAS *PRO SOCIETATE* PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: ANÁLISE JURISPRUDENCIAL

Primeiramente, faz-se mister mencionar que o Supremo Tribunal Federal nunca permitiu, de forma expressa, a prova ilícita em favor da acusação. É que nosso guardião da Constituição sempre prezou pelos valores fundamentais e individuais, visando defender o réu dos arbítrios estatais a todo instante.

Entretanto, analisando a jurisprudência atual desta corte, percebe-se que em 02 (dois) julgados, muito embora o Supremo Tribunal Federal não admita de maneira expressa, patente e manifesta a prova ilícita *pro societate*, o fez de maneira implícita e subentendida. Trata-se do Inquérito 2424/RJ, cujo Relator foi o Ministro Cezar Peluso, julgado em 26/11/2008, pelo Tribunal Pleno e do HC 70.814-5, cujo Relator foi o Ministro Celso de Mello, julgado em 01/03/1994.

Há que se dizer que a aplicação do Princípio da Proporcionalidade consiste em tornar ilícita, ou pelo menos aceitável, uma prova obtida em desconformidade, num primeiro

⁵³ Renato Brasileiro. Op. cit., pág. 920.

momento, com o texto abstrato da Constituição Federal, pelo que quando analisada sob a ótica de um caso concreto, torna-se constitucional e, portanto, aceita.

2.4.1 DA LICITUDE DAS PROVAS OBTIDAS MEDIANTE ESCUTAS AMBIENTAIS INSTALADAS NO PERÍODO NOTURNO EM ESCRITÓRIO DE ADVOCACIA

No primeiro deles (Inq. 2424), o Supremo Tribunal Federal julgou constitucionais as provas produzidas mediante escutas ambientais (equipamentos de captação de sinais acústicos para análise de conversas) instaladas durante o período noturno em um escritório de advocacia. Segue a Ementa do referido julgado:

“[...] 8. PROVA. Criminal. Escuta ambiental e exploração de local. Captação de sinais óticos e acústicos. Escritório de advocacia. Ingresso da autoridade policial, no período noturno, para instalação de equipamento. Medidas autorizadas por decisão judicial. Invasão de domicílio. Não caracterização. Suspeita grave da prática de crime por advogado, no escritório, sob pretexto de exercício da profissão. Situação não acobertada pela inviolabilidade constitucional. Inteligência do art. 5º, X e XI, da CF, art. 150, § 4º, III, do CP, e art. 7º, II, da Lei nº 8.906/94. Preliminar rejeitada. Votos vencidos. Não opera a inviolabilidade do escritório de advocacia, quando o próprio advogado seja suspeito da prática de crime, sobretudo concebido e consumado no âmbito desse local de trabalho, sob pretexto de exercício da profissão. [...]”⁵⁴

Ora, senão vejamos: baseando-se no art. 150, §4º, III do Código Penal, o Supremo Tribunal Federal considera, para todos os fins, escritório de advocacia como domicílio, haja vista que o referido dispositivo legal compreende a expressão “casa” também como o “compartimento não aberto ao público, onde alguém exerce profissão ou atividade”. De acordo com a Magna Carta, em seu art. 5º inciso XI, somente se pode penetrar na casa, sem o consentimento do morador, em 04 hipóteses, a saber: na conjectura de flagrante delito, desastre, para prestar socorro ou, durante o dia, por determinação judicial. É o que bem elucidada o referido dispositivo, *in verbis*:

“Art. 5º - omissis

⁵⁴ STF, Inq. 2424/RJ, Tribunal Pleno, Rel. Min. Cezar Peluso, DJ 26.03.2010.

(...)

XI - a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial; (...)"

Como se já não bastasse, o art. 7º, II, da Lei 8.906/94, com redação dada pela Lei 11.767/08, enuncia que é direito do advogado, dentre outros, a inviolabilidade de seu escritório ou local de trabalho.

Sabendo-se disso, fazendo-se uma leitura *ipsis litteris* dos dispositivos acima mencionados, leva-nos a crer que a instalação de escutas ambientais durante o período noturno em um escritório de advocacia configura violação de domicílio e, por conseguinte, afronta constitucional, ocasionando a ilicitude da prova obtida.

Entretanto, o Supremo Tribunal Federal, de forma sumptuosa entendeu, neste caso, não haver violação de domicílio. É que se utilizou da aplicação do Princípio da Proporcionalidade, afastando a literalidade da lei. Os principais argumentos desta corte foram: o grande risco de frustração da medida, caso esta fosse praticada durante o período diurno, e a preponderância da ordem pública sobre o direito de inviolabilidade de domicílio (art. 5º, X, Constituição Federal) e sobre a inviolabilidade da intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas (art. 5º, XI, Constituição Federal).

Há de se perceber que, de forma ímpar, o Supremo Tribunal Federal restringiu um direito constitucionalmente assegurado em prol de outro maior, considerado por ele. *In casu*, havia grave suspeita da prática de crimes por advogado (quadrilha, corrupção passiva e prevaricação), executado em seu ambiente de trabalho, pelo que tal circunstância, em prol do interesse da ordem pública, preponderou sobre a inviolabilidade domiciliar e da intimidade.

Neste momento, válida é a reprodução de um trecho parcial do extraído do Informativo 529 do Supremo Tribunal Federal:

“Afastou-se, de igual modo, a preliminar de ilicitude das provas obtidas mediante instalação de equipamento de captação acústica e acesso a documentos no ambiente de trabalho do último acusado, porque, para tanto, a autoridade, adentrara o local três vezes durante o recesso e de madrugada (...).

Observou-se, de início, que tais medidas não poderiam jamais ser realizadas com publicidade alguma, sob pena de intuitiva frustração, o que ocorreria caso fossem praticadas durante o dia, mediante apresentação de mandado judicial.

Afirmou-se que a Constituição, no seu art. 5º, X e XI, garante a inviolabilidade da intimidade e do domicílio dos cidadãos, sendo equiparados a domicílio, para fins dessa inviolabilidade, os escritórios de

advocacia, locais não abertos ao público, e onde se exerce profissão (CP, art. 150, § 4º, III), e que o art. 7º, II, da Lei 8.906/94 expressamente assegura ao advogado a inviolabilidade do seu escritório, ou local de trabalho, de seus arquivos e dados, de sua correspondência, e de suas comunicações, inclusive telefônicas ou afins, salvo caso de busca ou apreensão determinada por magistrado e acompanhada de representante da OAB. Considerou-se, entretanto, que tal inviolabilidade cederia lugar à tutela constitucional de raiz, instância e alcance superiores quando o próprio advogado seja suspeito da prática de crime concebido e consumado, sobretudo no âmbito do seu escritório, sob pretexto de exercício da profissão. (...)

Enfatizou-se que os interesses e valores jurídicos, que não têm caráter absoluto, representados pela inviolabilidade do domicílio e pelo poder-dever de punir do Estado, **devem ser ponderados e conciliados à luz da proporcionalidade quando em conflito prático segundo os princípios da concordância**. Não obstante a equiparação legal da oficina de trabalho com o domicílio, julgou-se ser preciso recompor *a ratio* constitucional e indagar, para efeito de colisão e aplicação do princípio da concordância prática, qual o direito, interesse ou valor jurídico tutelado por essa previsão. Tendo em vista ser tal previsão tendente à tutela da intimidade, da privacidade e da dignidade da pessoa humana, considerou-se ser, no mínimo, duvidosa, a equiparação entre escritório vazio com domicílio *stricto sensu*, que pressupõe a presença de pessoas que o habitem.

De toda forma, concluiu-se que as medidas determinadas foram de todo lícitas por encontrarem suporte normativo explícito e guardarem precisa justificação lógico-jurídico constitucional, já que a restrição conseqüente não aniquilou o núcleo do direito fundamental e está, segundo os enunciados em que desdobra o **princípio da proporcionalidade**, amparada na necessidade da promoção de fins legítimos de ordem pública.” (grifo nosso)

Faz-se mister mencionar que a Suprema Corte não permitiu, como já dito anteriormente, de maneira clara e inequívoca uma prova ilícita *pro societate*, muito embora afastou a tese de ilicitude da prova neste caso, tornando-a lícita e plausível de ser utilizada no processo.

A doutrina caminha neste sentido, como se pode ver na obra de Norberto Avena, que, à luz da aplicação do Princípio da Proporcionalidade, considerou lícita as gravações em prol da sociedade, mensurando que *“isto deverá ocorrer nas hipóteses em que a execução da diligência durante o dia mostra-se, de plano, absolutamente despida de qualquer efetividade.”*⁵⁵

⁵⁵ AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. **Processo Penal Esquematizado**, São Paulo: Ed. Método, 2ª ed. 2010, p. 551.

2.4.2 DA LICITUDE DAS PROVAS OBTIDAS MEDIANTE VIOLAÇÃO DO SIGILO DE CORRESPONDÊNCIA DE PRESIDIÁRIO

Nesta situação (HC 70.814-5), o Supremo Tribunal Federal julgou constitucionais as provas produzidas mediante a utilização de cartas particulares de um presidiário que foram violadas pela Justiça. Segue a Ementa do referido julgado:

“E M E N T A: HABEAS CORPUS - ESTRUTURA FORMAL DA SENTENÇA E DO ACÓRDÃO - OBSERVANCIA - ALEGAÇÃO DE INTERCEPTAÇÃO CRIMINOSA DE CARTA MISSIVA REMETIDA POR SENTENCIADO - UTILIZAÇÃO DE COPIAS XEROGRÁFICAS NÃO AUTENTICADAS - PRETENDIDA ANÁLISE DA PROVA - PEDIDO INDEFERIDO. - A estrutura formal da sentença deriva da fiel observância das regras inscritas no art. 381 do Código de Processo Penal. O ato sentencial que contem a exposição sucinta da acusação e da defesa e que indica os motivos em que se funda a decisão satisfaz, plenamente, as exigências impostas pela lei. - **A eficácia probante das cópias xerográficas resulta, em princípio, de sua formal autenticação por agente público competente (CPP, art. 232, parágrafo único). Peças reprográficas não autenticadas, desde que possível a aferição de sua legitimidade por outro meio idôneo, podem ser validamente utilizadas em juízo penal. - A administração penitenciária, com fundamento em razões de segurança pública, de disciplina prisional ou de preservação da ordem jurídica, pode, sempre excepcionalmente, e desde que respeitada a norma inscrita no art. 41, parágrafo único, da Lei n. 7.210/84, proceder a interceptação da correspondência remetida pelos sentenciados, eis que a cláusula tutelar da inviolabilidade do sigilo epistolar não pode constituir instrumento de salvaguarda de práticas ilícitas. - O reexame da prova produzida no processo penal condenatório não tem lugar na ação sumaríssima de habeas corpus.” (STF, HC 70. 814 -5/SP, Primeira Turma, Rel. Min. Celso de Mello, grifo nosso)**

O direito ao sigilo de correspondência é constitucionalmente assegurado no art. 5º, XII, da Constituição Federal:

“Art. 5º - omissis

XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal”.

Ora, senão vejamos o que aconteceu: neste Habeas Corpus, dentre várias teses defensivas, a defesa pede a nulidade da sentença dada pelo juízo *a quo*, tendo-se em vista que este se valeu de provas obtidas por meios ilícitos, quais sejam, a violação do sigilo de correspondência do presidiário.

Todavia, o Supremo Tribunal Federal firmou posicionamento no sentido da relatividade do sigilo de correspondência, sempre que as liberdades públicas estiverem sendo utilizadas como instrumento de salvaguarda de práticas ilícitas. (STF, HC 70. 814 -5/SP, Carta Rogatória 7323-2). Há de constar que, com a violação da dita correspondência, foi descoberto um plano de fuga, bem como o objetivo de se sequestrar um juiz de direito da comarca do Estado de São Paulo.

Ora, é sabido que a regra de nosso ordenamento jurídico, segundo o art. 233 do Código de Processo Penal juntamente com o art. 5º, LVI, da Constituição Federal é a vedação da utilização em juízo de cartas particulares, quando interceptadas ou obtidas por meio criminoso. É exatamente isso que rezam os dispositivos a seguir:

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

“Art. 5º - omissis
LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos;”

Para além disso, não há dúvidas de que a Lei de Execução Penal (Lei 7.210/84), em seu art. 41, XV, enuncia como sendo um dos direitos do preso, sua comunicação com o mundo exterior, mediante correspondência escrita. Entretanto, o parágrafo único do mesmo artigo, alude que tal direito poderá ser restringido pela administração penitenciária, excepcionalmente. Senão vejamos tais dispositivos:

“Art. 41 - Constituem direitos do preso:
(...)
XV - contato com o mundo exterior por meio de correspondência escrita, da leitura e de outros meios de informação que não comprometam a moral e os bons costumes.
(...)
Parágrafo único. Os direitos previstos nos incisos V, X e XV poderão ser suspensos ou restringidos mediante ato motivado do diretor do estabelecimento.”

Logo, há de se observar que o Supremo Tribunal Federal se valeu do Princípio da Proporcionalidade para permitir a utilização de tais correspondências: de um lado, há norma constitucional que assegura, de maneira expressa, a inviolabilidade do sigilo de correspondência bem como a proibição de utilização de provas obtidas por meios ilícitos no processo. De outro, visou enaltecer a segurança pública, disciplina prisional e preservação da

ordem jurídica, de modo a constatar que a referida inviolabilidade não pode servir como meio de acautelar práticas ilícitas.

Como se já não bastasse os argumentos trazidos por esta Corte, esta ainda anunciou que as cartas interceptadas não foram os únicos meios de prova utilizados, pelo que apenas corroboraram com um lastro probatório já existente no processo, sendo apenas mais um dos elementos probatórios durante a persecução penal.

Assim, mais uma vez, valendo-se de maneira esplêndida do Princípio da Proporcionalidade, o Supremo Tribunal Federal entendeu ser lícita, no caso concreto, uma prova tida como violadora do texto constitucional abstrato.

3. CONCLUSÕES

O presente trabalho buscou esclarecer como a doutrina e a jurisprudência brasileira vem se comportando acerca da admissibilidade de provas ilícitas em favor da acusação, à luz do Princípio da Proporcionalidade.

Para tanto, se buscou demonstrar, num primeiro momento, a atual relevância do tema, que é alvo de discussões e debates ardentes entre nossos estudiosos do direito e entre nossos tribunais.

Conceituou-se, sem entrar em maiores minúcias e particularidades, o Princípio da Proporcionalidade, concluindo que este é um instrumento de interpretação de normas constitucionais conflituosas, que visa esclarecer, no caso concreto, qual interpretação é a mais proporcional e razoável, a fim de que se atinja os fins perseguidos pela norma e a aplicação mais justa e equânime possível para a situação fática.

Mais adiante, foi dada uma definição para prova ilícita, devendo esta ser entendida como qualquer tipo de prova que ofenda, lese ou diminua os direitos e garantias fundamentais do indivíduo. Procurou-se, também, fazer uma rápida distinção entre prova ilegal, ilegítima e ilícita, além de se conceituar prova ilícita por derivação, demonstrando os limites trazidos pelo Código de Processo Penal à sua aplicação.

À frente, discorreu-se sobre aceitação ou não da prova obtida por meio ilícito em favor do réu, concluindo-se que esta se demonstra plenamente possível, pois num Estado Democrático de Direito não interessa a condenação de um inocente e a impunidade de um

verdadeiro criminoso. Percebeu-se que o imbróglio, na verdade, está presente quando da aceitação da prova ilícita em favor da acusação.

Nesta toada, apercebeu-se que doutrina e jurisprudência oscilam no que diz respeito a sua aceitação, muito embora o pensamento mais acertado, para nós, é aquele em que se admite a prova ilícita *pro societate*, desde que a faça com base no Princípio da Proporcionalidade, tendo-se cautela e desvelo para que este não seja utilizado de maneira indiscriminada e desmedida, sob pena de criação de uma perigosa fonte aniquiladora de direitos e garantias fundamentais.

Assim, concluiu-se que não há uma fórmula pronta para solucionar o problema apresentado, na medida em que cada caso concreto deverá ser analisado detidamente, sopesando-se se é ou não plausível e viável a aceitação de uma prova ilícita em favor da acusação.

Em seguida, demonstrou-se ser inadmissível a aplicação do Princípio da Proporcionalidade na seara das provas ilícitas quando da hipótese da prática de tortura. Asseverou-se, para tanto, que o repúdio à tortura foi adotado pelo Brasil como garantia absoluta, não admitindo exceções.

Por fim, tentou-se demonstrar as hipóteses em que o Supremo Tribunal Federal admitiu, ainda que não expressamente, provas obtidas por meios ilícitos em favor da acusação. Para tanto, colacionou-se dois julgados e discorreu-se rapidamente sobre eles, analisando seus principais argumentos. No primeiro deles, o Supremo Tribunal Federal julgou constitucional provas produzidas mediante escutas ambientais instaladas durante o período noturno em um escritório de advocacia. A Suprema Corte, sabendo de grave suspeita da prática de crimes por parte do advogado investigado executado em seu ambiente de trabalho, invocou o Princípio da Proporcionalidade, fazendo com que preponderasse o interesse da ordem pública em detrimento da inviolabilidade domiciliar e da intimidade do investigado. Já no segundo, o Supremo Tribunal Federal julgou constitucional provas que foram produzidas mediante a utilização de cartas particulares de um presidiário, violadas pela Justiça. Mais uma vez, utilizando-se do Princípio da Proporcionalidade, enalteceu a segurança pública, disciplina prisional e preservação da ordem jurídica, em prejuízo da inviolabilidade do sigilo de correspondência, pelo que constatou que a referida inviolabilidade não pode servir como meio de acautelar práticas ilícitas.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**. São Paulo. Editora Landy, 2008.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina, 1987, pág. 220

ARAÚJO, Luiz Alberto David e NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 9 ed. rev. e atual. - São Paulo: Saraiva, 2005.

AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. **Processo Penal Esquematizado**, São Paulo: Ed. Método, 2ª ed., 2010

ÁVILA, Humberto, **Teoria dos Princípios**. 11ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010

BASTOS, Celso Ribeiro e MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil promulgada em 05 de outubro de 1988**, v. 2, São Paulo. Editora Saraiva, 1998.

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**, 2. ed. Martin Claret: 2008

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. 3ª reimpressão. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BRASIL, **Código de Processo Penal** - Decreto-Lei nº 3.689 de 03 de outubro de 1941.

BRASIL, **Constituição Federal do Brasil** de 05 de outubro de 1988.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**, 3. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1999

GOMES, Luiz Flávio. **Legislação criminal especial**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 414.

GRECO, Leonardo. **Instituições de Processo Civil. Processo de Conhecimento**, 2 ed. Forense: 2011.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance e GOMES Magalhães Filho. **As nulidades no processo penal**. São Paulo. Editora RT, 2006.

GRINOVER, Ada Pellegrini. “A eficácia dos atos processuais à luz da Constituição Federal”, **RPGE-SP** 37 (1992).

[HTTP://divisaoinformativos.wordpress.com/2009/02/13/escuta-ambiental-e-exploracao-de-local-escriptorio-de-advogado-e-periodo-noturno/](http://divisaoinformativos.wordpress.com/2009/02/13/escuta-ambiental-e-exploracao-de-local-escriptorio-de-advogado-e-periodo-noturno/) Publicado: 2012-05-08 10:15 -134/12/12/1. Acesso em 20 de junho de 2012.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**, 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011

LIMA, Renato Brasileiro. **Manual de Processo Penal**. Niterói. Ed. Impetus, 2011.

LOPES, Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**, Rio de Janeiro: Lumen Juris, Vol. I, 2011.

MARTINS, Ives Gandra da Silva Martins e MENDES, Gilmar Ferreira. "Sigilo bancário, direito de autodeterminação sobre informações e princípio da proporcionalidade", **Bol. IOB** 24 (1992).

MENDES, Gilmar Ferreira, “O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: novas leituras ”, **Bol. IOB** 14 (2000), p. 372, citando Hans Schneider.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais**, Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 248.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 5ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. Belo Horizonte. Editora Del Rey, 2005.

OLIVEIRA, Eugenio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 15ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

TJSP – **Correição Parcial 126.826-3** – Rel. Des. Denser de Sá – Santa Cruz das Palmeiras – RJTJSP 138/526

STF, 1ª Turma, Rel. Min. Celso de Mello, HC 70.814-5, j. 1.3.1994, DJ 24.6.94.

STF, 1ª Turma, HC nº 80.949/RJ, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 30/10/2001.

STF, 2ª Turma, RHC nº 90.376/RJ, Rel. Min. Celso de Mello, Dje-018 – 17/05/2007.

STF, Tribunal Pleno, AP nº 307/DF, Rel. Min. Ilmar Galvão, Dj 13/10/1995.

STF, Pleno, HC nº 79.512/RJ, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 16/05/2003.

STF, Inq. 2424/RJ, Tribunal Pleno, Rel. Min. Cezar Peluso, DJ 26.03.2010.

STJ, 6ª Turma, HC nº 52.995/AL, Rel. Og Fernandes, j. 16/09/2010.