

UNIVERSIDADE FEDERAL DO MARANHÃO
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS
CURSO DE DIREITO

NATÁLIA CAROLINE ANGELI NUNES

**A (IN)ADMISSIBILIDADE DA PROVA ILÍCITA NO ÂMBITO DO PROCESSO
PENAL À LUZ DA TEORIA DA PROPORCIONALIDADE**

São Luís
2016

NATÁLIA CAROLINE ANGELI NUNES

**A (IN)ADMISSIBILIDADE DA PROVA ILÍCITA NO ÂMBITO DO PROCESSO
PENAL À LUZ DA TEORIA DA PROPORCIONALIDADE**

*Monografia apresentada pela graduanda Natália
Caroline Angeli Nunes, matrícula 2011028611, à
Coordenação do Curso de Direito, visando
obtenção do Grau de Bacharel em Direito pela
Universidade Federal do Maranhão.*

Orientador: Prof. Dr. Roberto Carvalho Veloso.

São Luís

2016

Ficha gerada por meio do SIGAA/Biblioteca com dados fornecidos pelo(a) autor(a).

Núcleo Integrado de Bibliotecas/UFMA.

NUNES, NATÁLIA CAROLINE ANGELI.

A (IN)ADMISSIBILIDADE DA PROVA ILÍCITA NO ÂMBITO DO PROCESSO PENAL À LUZ DA TEORIA DA PROPORCIONALIDADE / NATÁLIA CAROLINE ANGELI NUNES. – 2016.

125 f.

Orientador: Prof. Dr. ROBERTO CARVALHO VELOSO.

Monografia (Graduação) – Curso de Direito, Universidade Federal do Maranhão, SÃO LUÍS, 2016.

1. Direito Processual Penal. 2. Inadmissibilidade. 3. Prova ilícita. 4. Prova ilícita pro reo. Prova Ilícita pro societate. 5. Teoria da Proporcionalidade. I. VELOSO, ROBERTO CARVALHO. II. Título.

NATÁLIA CAROLINE ANGELI NUNES

**A (IN)ADMISSIBILIDADE DA PROVA ILÍCITA NO ÂMBITO DO PROCESSO
PENAL À LUZ DA TEORIA DA PROPORCIONALIDADE**

*Monografia apresentada à Coordenação do Curso de
Direito, visando obtenção do Grau de Bacharel em
Direito pela Universidade Federal do Maranhão.*

Aprovada em: ____/____/2016. Nota: _____.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Roberto Carvalho Veloso (Orientador)
Universidade Federal do Maranhão - UFMA

1º Examinador (a)
Universidade Federal do Maranhão - UFMA

2º Examinador (a)
Universidade Federal do Maranhão - UFMA

À Deus, pelo dom da vida e imprescindível alicerce espiritual.

À minha família, em especial, ao meus pais, Wayner e Socorro, e às minhas irmãs, Stephanie e Clara, pelo apoio.

Ao meu grande amor, Ivo Massuete, pela cumplicidade.

Aos meus amigos, por tudo já vivido.

Ao professor Veloso e à UFMA, pelas lições propiciadas.

RESUMO

Estudo acerca da prova obtida por meios ilícitos na seara do processo penal e a questão da (in)admissibilidade da utilização daquela para fundamentar eventual sentença condenatória ou absolutória, de modo excepcional, sob o viés da Teoria da Proporcionalidade. Trata-se de estudo exploratório de caráter analítico-descritivo, com revisão da literatura, com metodologia qualitativa, cujo objetivo é perquirir a (in)constitucionalidade da (in)admissibilidade no ordenamento jurídico brasileiro da prova ilícita *pro reo* e a *pro societate* no processo penal, partindo-se da aplicação da Teoria da Proporcionalidade. A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 estabelece a garantia fundamental da inadmissibilidade no processo das provas ilícitas como limitação constitucional à atividade probatória penal quando do exercício do direito de punir pelo Estado, tutelando os direitos e garantias fundamentais dos indivíduos. Diante da premissa de que nenhum direito fundamental tem caráter absoluto, surge a teoria da proporcionalidade para resolução da colisão entre aqueles. Averigua a constitucionalidade da utilização da prova ilícita *pro reo*, como o único meio probatório de comprovar a inocência do acusado, diante da preponderância do direito da ampla defesa e de liberdade deste em face do direito de terceiro violado. Ressalta a intensa controvérsia doutrinária e jurisprudencial quanto à possibilidade ou não de admitir a prova ilícita a favor da acusação, concluindo pela inconstitucionalidade da admissibilidade desta, visto que o fim de alcançar a verdade real no processo penal não pode ser justificado através de meios que violem os direitos e garantias fundamentais, sob pena de deslegitimar todo o sistema punitivo estatal e o Estado Democrático de Direito.

Palavras-chave: Prova ilícita. Inadmissibilidade. Direito Processual Penal. Teoria da Proporcionalidade. Prova ilícita *pro reo*. Prova ilícita *pro societate*.

ABSTRACT

Study about the evidence obtained by illegal means in the harvest of the criminal proceedings and the issue of (in)admissibility of using this to support any conviction or acquittal, in an exceptional way, under the bias of the Theory of Proportionality. This is an exploratory study of analytical-descriptive, in which prioritizes the literature review, with a qualitative methodology, whose aim is to assert the (un)constitutionality of the (in)admissibility of illicit evidence in favor of the defendant and in favor of the prosecution in the Brazilian legal system in the process criminal, starting from the application of the Theory of Proportionality. The Constitution of the Federative Republic of Brazil 1988 establishes the fundamental guarantee of admissibility in the case of illegal evidence as a constitutional limitation on criminal evidential activity in the exercise of the right to punish the State, being responsible for the fundamental rights and guarantees of individuals. Given the assumption that no fundamental right has absolute character comes the proportionality theory to solve the collision between those. Ascertain the constitutionality of the use of illegal evidence in favor of the defendant, as the only evidence means to prove the innocence of the accused, on the preponderance of the right of legal defense and freedom of this in the face of the right Third breached. Highlights the intense doctrinal and jurisprudential controversy as to whether or not to admit the illicit evidence in favor of the prosecution, concluding the unconstitutionality of the admissibility of this, since in order to achieve the real truth in criminal proceedings can not be justified by means that violate the fundamental rights and guarantees, under penalty of delegitimizing all state punitive system and the Law's Democratic State.

Keywords: Illicit evidence. Inadmissible. Criminal Procedural Law. Theory of Proportionality. Illicit evidence in favor of the defendant. Illicit evidence in favor of the prosecution.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADIN	Ação direta de inconstitucionalidade
Art.	Artigo
CRFB/88	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
CPC	Código de Processo Civil
CPP	Código de Processo Penal
DJ	Diário de Justiça
DJE	Diário de Justiça Eletrônico
HC	<i>Habeas Corpus</i>
MS	Mandado de Segurança
Nº	Número
RHC	Recurso Ordinário em <i>Habeas Corpus</i>
RTJ	Revista Trimestral de Jurisprudência
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TJ	Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	9
2	A TEORIA GERAL DA PROVA NO PROCESSO PENAL	14
2.1	Conceito	14
2.1.1	Prova e elementos de informação: distinção técnica	17
2.2	Objeto da prova	19
2.3	Finalidade da prova	22
2.4	Classificação das provas	24
2.5	Sistemas de apreciação das provas e a valoração destas pelo juiz	27
2.6	Ônus da prova no processo penal	32
2.6.1	A produção de provas de ofício pelo juiz e o sistema acusatório.....	33
2.7	Princípios aplicáveis à seara probatória processual penal	35
2.7.1	Princípios constitucionais	36
2.7.2	Princípios do processo penal propriamente dito.....	39
3	PROVA ILÍCITA NO PROCESSO PENAL	43
3.1	Conceituação da prova vedada: a distinção entre prova ilícita e prova ilegítima ... 43	
3.1.1	Inadmissibilidade versus nulidade: a consequência processual do reconhecimento da ilicitude e da ilegitimidade da prova	46
3.2	O regramento constitucional da inadmissibilidade da prova ilícita pelo artigo 5º, inciso LVI, da Constituição Federal de 1988	49
3.2.1	Breve histórico da evolução no tratamento dado à ilicitude probatória	49
3.2.2	O intento da garantia constitucional da inadmissibilidade da prova ilícita	51
3.3	A disciplina infraconstitucional da prova ilícita pelo artigo 157 do Código de Processo Penal	54
3.3.1	Desentranhamento da prova ilícita e a inutilização da prova declarada inadmissível	55
3.4	Provas ilícitas por derivação e a teoria dos frutos da árvore envenenada	58
3.4.1	Temperamentos à prova ilícita por derivação: a teoria da fonte independente e a teoria da descoberta inevitável	62
3.4.2	Outras teorias não adotadas pelo ordenamento pátrio	68
3.4.3	Teoria do encontro fortuito de provas ou da serendipidade	70
4	APLICAÇÃO DA TEORIA DA PROPORCIONALIDADE E A (IN)ADMISSIBILIDADE CONSTITUCIONAL DA PROVA ILÍCITA	75
4.1	A teoria da proporcionalidade	75

4.1.1 Arcabouço histórico da teoria da proporcionalidade e sua conceituação.....	75
4.1.2 O princípio da proporcionalidade e os elementos da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito	80
4.1.3 O duplo viés justificador do princípio da proporcionalidade: a proibição do excesso e a proibição da proteção deficiente	85
4.2 A vedação constitucional à admissibilidade da prova ilícita no processo penal	88
4.2.1 A natureza principiológica da norma e o caráter não absoluto da garantia fundamental do artigo 5º, inciso LVI, da Carta Magna	89
4.2.2 A limitação à atividade probatória e a proteção aos direitos e garantias fundamentais ..	94
4.3 A (in)admissibilidade da prova ilícita no âmbito do processo penal brasileiro sob a ótica da teoria da proporcionalidade ou do interesse preponderante.....	95
4.3.1 A prova ilícita <i>pro reo</i>	97
4.3.2 A prova ilícita <i>pro societate</i>	101
5 CONCLUSÃO.....	110
REFERÊNCIAS	117

1 INTRODUÇÃO

A garantia fundamental da inadmissibilidade da prova obtida por meios ilícitos no processo é expressamente consagrada no artigo 5º, inciso LVI, da Constituição da República Federativa do Brasil, como corolário do devido processo legal, com o intento de assegurar a devida proteção aos direitos e garantias fundamentais dos indivíduos, limitando a atuação estatal na produção probatória. No âmbito probatório do processo penal brasileiro, partindo da premissa que nenhum direito e garantia fundamental detém caráter absoluto, surge a Teoria da Proporcionalidade como forma de viabilizar a admissibilidade ou não da prova ilícita no processo penal a fim de fundamentar eventual decreto condenatório ou absolutório, flexibilizando a referida garantia fundamental quando esta se apresenta, em dado caso concreto sob apreciação do julgador, em conflito com outro direito ou garantia fundamental constitucional.

É latente que o campo probatório no direito processual penal apresenta-se de suma importância, uma vez que a livre análise das provas produzidas no processo propiciará ao juiz formar o seu convencimento a respeito dos fatos apresentados à sua apreciação, consoante o sistema do livre convencimento motivado ou da persuasão racional. Destarte, perquirir sobre a (in)constitucionalidade da (in)admissibilidade da prova ilícita *pro reo* ou *pro societate* na seara do processo penal brasileiro, por intermédio da aplicação da teoria da proporcionalidade, é de fundamental relevância.

A princípio, abordar-se-á no presente trabalho sobre a teoria geral da prova no processo penal, destacando a conceituação de prova, bem como, a distinção técnica desta em face dos elementos de informação, posto que para que a casuística criminal seja resolvida com exatidão, o Estado, titular do *jus puniendi*, buscará a verdade dos fatos através da produção probatória; fatos estes a serem demonstrados que configuram o objeto da prova. De tal modo, a instrução criminal no processo penal objetiva tentar descobrir como os fatos realmente ocorreram, auxiliando na formação do convencimento do juiz quanto à existência ou não do fato apresentado à sua apreciação, de maneira que haja efetividade do *jus puniendi* do Estado em face daquele que praticou de fato o ilícito penal. Vigora assim, na doutrina processual penal, o denominado princípio da busca da verdade real ou material dos fatos.

Não obstante, a busca da verdade real para alcançar a justiça não poderia se sufragar na violação de direitos e garantias constitucionais, sobrepondo-se a qualquer custo sobre os preceitos do Estado Democrático de Direito. Diante disso, à produção da prova a ser utilizada

no processo penal aplica-se diversas garantias constitucionais, como a do devido processo legal, ampla defesa e a inadmissibilidade da prova ilícita no processo, as quais devem ser observadas sob pena de configurar ofensa à Constituição Federal.

Tais normas, as quais disciplinam o regramento, bem como, as limitações ao modo de produção, valoração e obtenção das provas, tem como destinatário, em regra, o Estado (este titular do direito de punir), com o escopo de propiciar a proteção aos direitos fundamentais do indivíduo contra o qual fora instaurada a persecução criminal. Dentre tais limitações no campo probatório, a Carta Magna, em seu artigo 5º, inciso LVI, dispõe expressamente ser inadmissível a utilização da prova ilícita no processo, consagrada como cláusula pétreia. Faz-se imprescindível traçar um breve histórico no presente estudo a respeito da inserção de tal garantia fundamental na Constituição Federal de 1988, destacando sobre o intento desta.

O Código de Processo Penal ratifica, inclusive, tal mandamento em âmbito infraconstitucional no seu artigo 157, *caput*, trazendo, como consequência processual, o desentranhamento do processo da prova obtida ilicitamente e a inutilização da prova declarada inadmissível. Assevera-se neste trabalho sobre a conceituação da prova vedada, diferenciando as provas ilícitas das ilegítimas, bem como, distinguindo as consequências processuais advindas do reconhecimento destas, vez que enquanto as primeiras se sujeitam à inadmissibilidade e conseqüente desentranhamento do processo, as segundas submetem-se ao regime de nulidades.

Outrossim, a legislação processual penal passou a prever a não utilização das provas ilícitas por derivação, consagrando a Teoria dos frutos da árvore envenenada (*Fruits of the poisonous tree*), oriunda da Suprema Corte Americana e que fora aceita no Brasil pelo Supremo Tribunal Federal. Ressalte-se, porém, que o legislador excepcionou tal previsão em algumas hipóteses, instituindo temperamento a aludida teoria através das teorias da prova absolutamente independente e a da descoberta inevitável. Interessante, ponderar também o estudo sobre as teorias da contaminação expurgada e da *good faith exception* oriundas da jurisprudência norte-americana, como formas de exclusão da ilicitude da prova derivada da ilícita.

Apesar da vedação constitucional do artigo 5º, LVI, da Constituição Federal de 1988, a doutrina e jurisprudência pátria cada vez mais vêm se posicionando a respeito da possibilidade ou não do uso da prova ilícita no âmbito do processo penal, em face do princípio da proporcionalidade, o qual condiciona a atividade estatal a não agir imoderadamente, limitando o direito de punir do Estado, bem como, obtempera a necessidade

de ponderação de interesses conflitantes, haja vista nenhum direito fundamental se revestir do caráter absoluto.

A teoria da proporcionalidade, também chamada de teoria do interesse predominante, como fundamento para se verificar a possibilidade da admissibilidade da prova ilícita no processo, ganhou espaço proeminente na doutrina alemã, flexibilizando o sistema a respeito das proibições quanto à prova. Tal teoria pauta-se em balancear os interesses constitucionais em conflito no caso concreto, de modo que prevalecerá em face do outro o que se mostrar mais relevante do que o bem outrora maculado pela obtenção ilícita da prova. Verificaria, assim, a possibilidade de utilizar ou não a prova obtida por meios ilícitos para fundamentar um decreto absolutório ou condenatório no bojo do processo penal, diante da teoria da proporcionalidade.

Mediante tal teoria, salvaguarda-se, portanto, o interesse constitucionalmente assegurado que predominar na casuística sob apreciação do julgador. Pontue-se que, diante dos direitos e garantias fundamentais não deterem caráter absoluto, através da teoria da proporcionalidade defende-se de forma excepcionalíssima a admissibilidade da prova obtida por meios ilícitos no bojo do processo penal para sufragar a possibilidade de utilizar tais provas em favor dos interesses do réu ou da acusação. A aplicação da teoria da proporcionalidade decorre da busca pela harmonia do sistema jurídico, vez que é imanente a existência de valores constitucionais os quais são contrastantes entre si.

A referida teoria é instrumento de resolução no conflito entre os valores constitucionais conflitantes, a fim de perquirir qual prepondera no caso *sub judice*, sem, todavia, implicar na extirpação daquele sacrificado do ordenamento jurídico. É imprescindível a observância dos requisitos intrínsecos da adequação, necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito, de modo que as eventuais restrições impostas aos direitos fundamentais devem ser adequadas para tutelar o bem jurídico; necessárias para tanto, revelando-se como o meio menos gravoso para alcançar o fim almejado; bem como, devem possuir proporcionalidade *stricto sensu* entre o direito fundamental sacrificado e o preponderante.

De tal modo, a teoria da proporcionalidade não veda de modo irrestrito o uso da prova ilícita, devendo haver uma ponderação no campo probatório penal entre os direitos individuais com os interesses da sociedade a fim de, excepcionalmente, possibilitar o aproveitamento da prova obtida ilicitamente. Afasta, assim, os extremismos que poderiam ocasionar as posições que peremptoriamente pugnam pela rejeição absoluta da admissibilidade no processo da prova ilícita, decorrente de uma interpretação literal da norma constitucional.

A aplicação do princípio da proporcionalidade no conflito entre direitos fundamentais, veda tanto o excesso, com o escopo de proteger o indivíduo contra o arbítrio punitivo na atuação estatal, sob o viés do garantismo negativo; como, outrossim, proíbe a proteção insuficiente pelo Estado, o qual é titular do *jus puniendi*, de modo assegurar à sociedade a aplicação da norma penal àquele indivíduo que infringiu a norma penal incriminadora, sob a faceta do garantismo positivo.

Diversos são os posicionamentos quanto à aceitação ou não desta teoria para possibilitar a admissibilidade da prova obtida por meios ilícitos para embasar um decreto condenatório ou absolutório no processo penal, vez que há aqueles que são favoráveis à sua aplicação, recalitrando resultados processuais socialmente ilegítimos, como a impunidade; enquanto do outro, há aqueles que rechaçam de modo peremptório, repugnando a teoria da proporcionalidade, em razão dos riscos advindos pela flexibilização de direitos fundamentais dos indivíduos contra o qual se instaura a persecução criminal.

No que tange à prova ilícita *pro reo*, a doutrina majoritária e a jurisprudência brasileira posicionam-se pela constitucionalidade da admissibilidade desta a fim de fundamentar um decreto absolutório, quando aquela for o único meio de provar a inocência do acusado, haja vista que o direito de ampla defesa (artigo 5º, LV, da Constituição Federal) prepondera, nesse caso, sob o direito de punir do Estado. Tal admissibilidade decorre da aplicação da teoria da proporcionalidade no campo probatório penal, vez que ao sopesar os valores constitucionais salvaguardados em conflito no caso concreto, a garantia fundamental da ampla defesa do acusado e o direito de liberdade deste terão relação de precedência em face da garantia da inadmissibilidade da prova ilícita no processo penal.

Quanto à prova ilícita *pro societate*, ou seja, em favor da sociedade, há intensa controvérsia sobre a admissibilidade do seu uso, com base no princípio da proporcionalidade, para embasar um decreto condenatório penal, em razão dos riscos que a flexibilização da norma do artigo 5º, LVI, da Constituição Federal poderia ocasionar às garantias e direitos fundamentais. Assim, parte da doutrina obtempera que o uso da prova ilícita *pro societate*, com fulcro na teoria da proporcionalidade, seria possível em casos extremíssimos, a depender da gravidade do crime, devendo-se observar o caso concreto sob apreciação judicial. Não obstante, severas críticas são feitas a tal posicionamento, posto que os fins de efetivação do direito de punir estatal não podem ser justificados por meios que violam frontalmente direitos e garantias assegurados constitucionalmente, sob pena de respaldar a atuação estatal para indiscriminadamente, com a justificava de exercer a proteção penal eficiente, violar irrestritamente os direitos fundamentais, deslegitimando o sistema punitivo estatal.

Porquanto, embasado nas melhores doutrinas na seara do Direito Processual Penal e do Direito Constitucional, bem como, no abalizado posicionamento jurisprudencial pátrio do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça, o presente trabalho monográfico versará sobre a (in)admissibilidade do uso da prova ilícita no processo penal brasileiro à luz da teoria da proporcionalidade, seja *pro reo* ou *pro societate*, a fim de fundamentar eventual decreto absolutório ou condenatório, vez que se mostra de indubitável relevância à cultura jurídica contemporânea tal debate, pois orbita em torno de conflitos entre direitos fundamentais do indivíduo e da coletividade na persecução penal.

2 A TEORIA GERAL DA PROVA NO PROCESSO PENAL

2.1 Conceito

O estudo da prova no processo penal mostra-se de suma relevância, vez que, no ordenamento jurídico brasileiro, não haverá qualquer decreto condenatório sem um conjunto probatório suficiente à comprovação da materialidade do fato e da autoria delitiva na situação fática que se apresenta ao julgamento do magistrado. Assim, conceituar prova é de magnitude ímpar na seara processual penal, haja vista que, como bem pontua Adalberto Aranha¹, o julgamento dos fatos é bem mais penoso do que o do próprio direito, pois há uma série de fatores que influem naquele primeiro.

Nos moldes das lições de Guilherme de Souza Nucci², a terminologia *prova* é oriunda do termo latim *probatio*, que deriva do verbo *probare*, o qual significa ensaio, verificação, inspeção, exame, argumento, razão, aprovação ou confirmação. Nesse sentido, leciona com maestria Mirabete ao dispor que “provar é produzir um estado de certeza, na consciência e mente do juiz, para sua convicção, a respeito da existência ou inexistência de um fato”³.

Na doutrina de Andrei Vishinski⁴ a conceituação de prova é feita através das lições de Bentham, em que leciona ser aquela “o fato supostamente autêntico, que se considera de motivo para crer na existência ou inexistência de outro fato”. Seria, portanto, por intermédio do elemento probatório que se alcançaria o conhecimento sobre os fatos.

Nesse trilhar, prova é “o conjunto de elementos produzidos pelas partes ou determinados pelo juiz visando à formação do convencimento quanto a atos, fatos e circunstâncias”⁵. Assim, para que a casuística criminal seja solucionada com exatidão, o Estado, titular do *jus puniendi*, com o escopo de aplicar legitimamente o disposto na legislação penal, buscará pela verdade dos fatos através da produção probatória, pois,

¹ ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. *Da prova no processo penal*. 7. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 6.

² NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de processo penal comentado*. 2. ed. São Paulo: RT, 2002, p. 293.

³ MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Processo penal*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 249.

⁴ VISHINSKI, Andrei. *A prova judicial no direito soviético: com o estudo crítico dos atuais sistemas probatórios na teoria e na prática*. Tradução de Roberto Pereira de Vasconcelos. Rio de Janeiro: Nacional de Direito, 1957, p. 45.

⁵ AVENA, Noberto. *Processo penal esquematizado*. 6. ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Método, 2014, p. 451.

consoante leciona Ferraz Júnior, “a decisão não emerge automaticamente da subsunção do caso à norma”.⁶

De tal modo, provar consiste em demonstrar a veracidade no mundo real a respeito da ocorrência de um determinado fato. A ratificar tal concepção, Fernando Tourinho Filho observa que provar é demonstrar a efetividade da verdade, e prossegue dispondo o seguinte:

Provar é, antes de mais nada, estabelecer a existência da verdade; e as provas são os meios pelos quais se procura estabelecê-la. Provar é, enfim, demonstrar a certeza do que se diz ou alega. Entendem-se, também, por prova, de ordinário, os elementos produzidos pelas partes ou pelo próprio Juiz visando a estabelecer, dentro do processo, a existência de certos fatos. É o instrumento de verificação do *thema probandum*, às vezes, emprega-se a palavra *prova* com o sentido de *ação de provar*. Na verdade, provar significa fazer conhecer a outros uma verdade conhecida por nós. Nós a conhecemos; os outros não. Cumpre-nos, então, se quisermos provar, isto é, se quisermos tornar conhecida de outros a verdade de que temos ciência, apresentar os necessários meios para que dela tomem conhecimento. [...] Por isso, com acerto diz Dellepiane: provar um fato é estabelecer no processo a sua existência, e demonstrar que existiu antes ou que existe na atualidade⁷.

Portanto, na toada de que provar consiste em convencer com a verdade, mister aduzir qual o significado desta última. Assim, Nicolás Malatesta reza que a “verdade é a conformidade da noção ideológica com a realidade”⁸; doutro modo, a certeza seria a crença nessa conformidade, a qual provocaria um estado subjetivo do espírito associado a um fato, mesmo que a aludida crença não se referisse à verdade objetiva. A corroborar tal ideia, Carrara ensina que “a certeza está em nós; a verdade está nos fatos”⁹.

Por conseguinte, Malatesta¹⁰ observe que a prova:

[...] é a relação concreta entre a verdade e o espírito humano nas suas especiais determinações de credibilidade, probabilidade e certeza. [...] Todo o processo penal, no que respeita o conjunto das provas, só tem importância do ponto de vista da certeza do delito, alcançada ou não. Qualquer juízo não pode resolver senão em uma condenação ou absolvição e é precisamente a certeza conquistada do delito que legitima a condenação, como é a dúvida, ou, de outra forma, a não conquistada certeza do delito, que obriga à absolvição. O objeto principal da crítica criminal é, portanto, indagar como, da prova, pode legitimamente nascer a certeza do delito; o objetivo principal de suas investigações é, em outros termos, o estudo das provas de certeza.

⁶ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo de direito: técnica, decisão, dominação*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 314.

⁷ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 32. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2010, v.3, p. 231.

⁸ MALATESTA, Nicolás F. Del. *A lógica das provas em matéria criminal*. 6. ed. Campinas: Bookseller, 2005, p. 25.

⁹ CARRARA, Francesco. *Programa del curso de derecho criminal dictado en la Real Universidad de Pisa*. Tradução por Sebastian Soler. Buenos Aires: Depalma, 1944, v. 2, p. 291.

¹⁰ MALATESTA, op. cit., p. 87.

Com a maestria que lhe é peculiar, Germano Marques da Silva¹¹ atribui três acepções ao conceito de prova, a saber, a prova como: atividade probatória, resultado e meio. Nesse mesmo diapasão, consoante leciona Gomes Filho¹², o sentido de prova como ‘atividade probatória’ e ‘meio’ refere-se à ótica objetiva, enquanto o sentido ‘resultado’ diz respeito à ótica subjetiva, decorrente da atividade probatória. A primeira diz respeito aos meios probatórios, os procedimentos investigativos, os quais propiciam ao julgador o conhecimento da verdade dos fatos alegados em juízo; enquanto aquela última ótica, subjetiva, diz respeito à convicção formada na mente do magistrado pelas provas produzidas no processo no que se refere à existência ou não da situação fática exposta à apreciação deste.

No que tange à primeira significação, a prova seria um conjunto de atividades de verificação e demonstração, através do qual se objetiva elucidar a verdade fática imprescindível ao julgamento da casuística, mediante a reconstrução do que ocorrera na época dos acontecimentos fáticos. Seria tal acepção correspondente aos meios e atos produzidos no processo com o escopo de formação do convencimento do juiz a respeito da verdade de uma alegação sobre um fato imprescindível ao deslinde da demanda, ou seja, sobre a existência ou inexistência de determinado fato. É nesse contexto da prova como atividade probatória que se pode aludir à existência do direito à prova para as partes no processo penal, o chamado *right to evidence*.

Acerca da segunda acepção da terminologia prova, ou seja, a prova como resultado, o doutrinador supramencionado obtempera que esta seria a convicção formada pelo juiz no processo quanto à existência ou não dos fatos apresentados em juízo pelas partes à sua apreciação para julgamento. Trata-se, em suma, da conclusão alcançada pelo magistrado a respeito da verdade ou não dos fatos, mediante exercício intelectual daquele, por meio da análise dos elementos probatórios colhidos no processo. Renato Brasileiro¹³ faz referência ao significado da prova como ‘resultado’ nos seguintes termos:

[...] caracteriza-se pela formação da convicção do órgão julgador no curso do processo quanto à existência (ou não) de determinada situação fática. É a convicção sobre os fatos alegados em juízo pelas partes. Por mais que não seja possível se atingir uma verdade irrefutável acerca dos acontecimentos ocorridos no passado, é possível atingir um conhecimento processualmente verdadeiro acerca dos fatos

¹¹ SILVA, Germano Marques da. *Curso de processo penal*. Lisboa: Verbo, 1993, v. 2, p. 82.

¹² GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, passim.

¹³ LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal*. 2. ed. rev. ampl. atual. Salvador: JusPODIVM, 2014, p. 550.

controversos inseridos no processo sempre que, por meio da atividade probatória desenvolvida, sejam obtidos elementos capazes de autorizar um determinado grau de certeza acerca da ocorrência daqueles mesmos fatos.

Já no tocante ao terceiro sentido, qual seja, prova como ‘meio’, esta consiste no instrumento probatório através do qual se forma a aludida convicção, a exemplificar, a prova testemunhal. Seriam os mecanismos pelos quais são inseridos no processo os informes sobre os fatos postos em xeque. São os dados objetivos que ratificam ou negam a afirmação sobre uma situação fática apreciada pelo magistrado; são, portanto, os elementos de prova. Assim, Almeida Júnior conferencia que “a soma dos meios produtores da certeza constitui a prova (em sentido restrito); mas, em sentido amplo, provas são meios pelos quais a inteligência busca firmar sua adesão ao objeto”¹⁴.

2.1.1 Prova e elementos de informação: distinção técnica

Ao conceituar o termo prova interessante se faz trazer à baila a distinção técnica feita pela renomada doutrina processualista no que se refere à prova e aos elementos de informação, vez que estes não se confundem. Ressalte-se que tal diferenciação passou a ser elucidada com as alterações advindas pela Lei nº 11.690/2008, haja vista o artigo 155, *caput*, do Código de Processo Penal estatuir expressamente sobre os elementos informativos, os quais não poderão servir de fundamento exclusivo para a convicção do juiz, por não serem produzidos mediante o contraditório.

É cediço que, em sentido estrito, prova apenas será aquela a qual fora produzida, via de regra, no curso do processo judicial, assegurado o contraditório, mesmo que este tenha sido diferido. Doutro lado, os elementos de informação são aqueles cuja colheita se dá na fase investigatória, sem a necessidade de participação das partes de modo dialético, não existindo, portanto, o contraditório.

Távora e Alencar nessa senda lecionam que a prova “pressupõe procedimento contraditório, em regra produzida no curso de processo instaurado perante magistrado, com a participação dos litigantes”¹⁵, enquanto os elementos de informação seriam “os documentos e

¹⁴ ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes de. *Direito judiciário brasileiro*. 5.ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1960, p. 404.

¹⁵ TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de direito processual penal*. 11. ed. rev. ampl. atual. Salvador: JusPODIVM, 2016, p. 826.

outros registros colhidos em procedimento diverso do processo judicial, sem a observância atinente ao contraditório”¹⁶.

O art. 5º, inciso LV, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, estampa o contraditório como sendo um dos princípios imprescindíveis ao sistema acusatório. Tal princípio, também chamado de bilateralidade da audiência, assegura o direito às partes de tomarem ciência quanto a todos os atos e fatos ocorridos durante o transcurso do processo, de modo que aquelas possam manifestar-se e produzirem as provas necessárias antes da prolação de decisão pelo magistrado. Desse modo, o contraditório objetiva manter o equilíbrio entre a pretensão punitiva estatal, consubstanciada no direito de punir, e o *jus libertatis* do réu, vez que garante a manifestação de ambas as partes sobre qualquer fato alegado ou prova produzida pela parte adversa.

Logo, observa-se que a prova *strictu sensu* para assim ser considerada exige a presença do contraditório (seja este antes, durante ou após a produção probatória) como verdadeiro critério de existência e validade da prova, haja vista que se durante a atividade instrutória não for assegurado o contraditório não há que se falar em prova na designação técnica propriamente dita. Ressalte-se que se a prova for produzida antes do processo judicial, a citar na fase investigativa, ou antes de ser dada a parte adversa a oportunidade de manifestar-se a respeito da produção daquela, será necessária a realização posterior do contraditório, chamado de diferido ou postergado, para que tal prova possa ser assim qualificada no sentido estrito.

No que se refere aos elementos de informação, como dito alhures, estes prescindem do contraditório, pois colhidos na fase de investigação preliminar, via de regra, no curso do inquérito policial. Ademais, a doutrina processualista penal é uníssona no sentido de que na fase administrativa da *persecutio criminis* não há que se falar na existência de contraditório, em regra, vez que vigora o sistema inquisitivo no inquérito policial, bem como, em outros procedimentos investigatórios, não havendo, portanto, participação dialética na produção probatória nesta fase. Daí a distinção destes em relação às provas *strictu sensu*.

Vale salientar que, não obstante a não exigência de contraditório para a produção destes, tais elementos de informação são de suma relevância para a persecução penal, vez que propiciam ao órgão acusatório a formação da *opinio delicti*, a fim de instaurar a ação penal mediante a presença de indícios suficientes de autoria e prova da materialidade do fato.

¹⁶ TÁVORA; ALENCAR, 2016, p. 827.

Ocorre que, como bem reza o art. 155, *caput*, do Código de Processo Penal, o juiz ao fundamentar um decreto condenatório não poderá embasar-se somente nos elementos colhidos durante a fase de investigação, ressalvadas as provas cautelares, antecipadas e as não repetíveis, nas quais é oportunizado o contraditório diferido. Isso porque se a sentença condenatória fosse fundamentada exclusivamente e somente por tais elementos de informação produzidos durante a fase investigativa, haveria flagrante violação ao dispositivo constitucional do art. 5º, inciso LV, o qual assegura o contraditório judicial. Entretanto, tal premissa não significa que o magistrado não poderá usar tais elementos em sua fundamentação; pelo contrário, estes podem ser utilizados de forma secundária como meios de ratificar as conclusões alcançadas durante a fase instrutória judicial sob o crivo do contraditório.

2.2 Objeto da prova

Ao se falar em objeto da prova significa elucidar sobre os fatos os quais merecem comprovação, vez que possuem o potencial de ocasionar dúvidas na mente do magistrado sobre sua existência ou não. De tal modo, Nucci explica que “o objeto da prova, primordialmente, são os fatos, que as partes pretendem demonstrar”¹⁷. Por conseguinte, tem-se que os fatos que precisam de análise do magistrado para fins de comprovar a sua existência são os objetos da prova. São assim os fatos que podem, em diversos graus, influenciar na solução da causa. Tourinho Filho¹⁸ leciona, nesta guisa, o seguinte:

O objeto de prova, diz Manzini, são todos os fatos, principais ou secundários, que reclamem apreciação judicial e exijam comprovação. Insta acentuar que a palavra *fato*, em matéria processual, principalmente no campo probatório, tem um conceito bastante amplo: compreende os diversos acontecimentos do mundo exterior, e, segundo Florian, esse conceito se estende e alcança coisas, lugares, pessoas e documentos. Tão extenso é seu conceito, do ponto de vista da prova, que Alcalá-Zamora chega a esta afirmação: é fato o que não é direito. Por isso, acrescenta o festejado mestre, a prova pode recair sobre fatos de natureza diversa: um cadáver, armas, instrumentos, substâncias nocivas, insanidade mental etc. Somente os fatos que possam dar lugar a dúvida, isto é, que exijam comprovação, é que constituem objeto de prova.

Diferentemente, Renato Brasileiro pondera que, embora seja praxe afirmar que os fatos que importam ao deslinde da controvérsia sob julgamento judicial constituam o objeto

¹⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de processo penal comentado*. 13. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 336.

¹⁸ TOURINHO FILHO, 2010, p. 233.

da prova, a rigor este “é a verdade ou falsidade de uma afirmação sobre um fato que interessa à solução do processo”¹⁹ e não os fatos em si, visto que impossível alcançar a total reconstrução do que realmente se sucedeu.

Noutro diapasão, Frederico Marques²⁰ distingue o ‘objeto da prova’ do ‘objeto *in concreto* da prova’, ao pontuar que o primeiro é a coisa, fato, acontecimento ou circunstância a qual merece ser elucidada no processo; enquanto o segundo seria os fatos relevantes para que fosse solucionada a controvérsia judicial. Há ainda a diferenciação feita por Hélio Tornaghi²¹ entre o objeto da prova em abstrato e o em concreto. Para o referido autor este seria indagar qual é o objeto da prova na casuística em concreto, enquanto aquele consiste em compreender o que pode ser objeto de prova considerando-se de modo abstrato.

Há ainda a distinção feita por Távora e Alencar²² entre ‘objeto da prova’ e ‘objeto de prova’, em que aquele consiste nos fatos relevantes, ou seja, nos acontecimentos em si os quais devem ser conhecidos pelo julgador; enquanto este último seria o que merece ser evidentemente comprovado, uma vez que há fatos que independem de prova, de modo que seria despiciendo dedicar tempo à comprovação destes. Diante disso, apenas os fatos relevantes, que ensejem dúvidas e que exijam comprovação são os que constituirão o objeto de prova.

Por conseguinte, existem fatos que independem de prova para sua comprovação, não compondo, assim, objeto de prova. Nessa senda, incluem-se os fatos notórios, também chamados de verdade sabida, aos quais se aplica a máxima *notoria vel manifesta non egent probatione*, ou seja, o que é público e notório não precisa ser demonstrado. Seriam notórios os fatos que integram, como diz Giovanni Brichetti²³, o patrimônio estável do indivíduo de cultura média em uma sociedade determinada; de modo que deve se partir do pressuposto que tais fatos são de conhecimento do juiz, já que este faz parte da mesma sociedade.

A corroborar, ressalte-se que o art. 374, inciso I, do Novo Código de Processo Civil (Lei 13.015/2015), aplicado subsidiariamente ao processo penal, dispõe que não dependem de prova os fatos notórios, como, por exemplo, os feriados nacionais. Como bem pontua Nucci, tais fatos são “nacionalmente conhecidos, não se podendo considerar os relativos a uma comunidade específica, bem como os atuais, uma vez que o tempo faz com que a notoriedade

¹⁹ LIMA, 2014, p. 559.

²⁰ MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. Campinas: Editora Bookseller, 1997, v.1, p. 254.

²¹ TORNAGHI, Hélio Bastos. *Curso de Processo penal*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 278.

²² TÁVORA; ALENCAR, 2016, p. 830-831.

²³ BRICHETTI, Giovanni. *La evidencia en el derecho procesal penal*. Tradução Santiago Sentis Melendo, Buenos Aires, 1973, p. 98.

se esmaeça, levando a parte à produção da prova”²⁴. Aduz ainda Tourinho Filho que “provar a notoriedade é tarefa de louco, já se disse; tanto a evidência como a notoriedade não podem ser postas em dúvida; ambas produzem no Juiz o sentimento da certeza em torno da existência do fato”²⁵.

Também carecem de demonstração de existência os fatos axiomáticos, também chamados de intuitivos, pois estes detêm força probatória própria, sendo indiscutíveis e evidentes. A citar, seria o caso de que a prova da morte seria dispensada pela prova da putrefação do cadáver. Outrossim, é sabido que os fatos irrelevantes, impertinentes ou inúteis não precisam de comprovação, uma vez que não são relevantes para a persecução criminal, não importando para a solução da causa.

No que tange às presunções legais, apenas as absolutas, também intituladas *jure et de jure*, não admitem prova em contrário. A exemplificar, seria a hipótese da presunção da inimputabilidade do indivíduo menor de dezoito anos, consoante se depreende da análise do art. 228 da CRFB/98 e do art. 27 do Código Penal. Porém, em relação às presunções legais relativas (*juris tantum*), estas comportam prova em sentido oposto, devendo ser demonstradas, já que provocam a inversão do ônus da prova. É o caso, por exemplo, da presunção da imputabilidade do maior de dezoito anos, a qual poderá ser elidida mediante a comprovação da insanidade mental do indivíduo por meio do laudo médico pericial.

Cumpra asseverar que, de modo diametralmente oposto à sistemática do processo civil - a qual leciona não depender de prova os fatos afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária, bem como, os admitidos no processo como incontroversos -, no processo penal a ausência de controvérsia quanto a um fato não significa que este dispense prova. De tal modo, os fatos incontroversos ou não contestados, no âmbito processual penal, também são objeto de prova.

Isso porque, caso não seja contestado os fatos imputados ao acusado na inicial acusatória não haverá a presunção da veracidade dos fatos, a chamada confissão ficta ou presumida, em virtude do princípio da presunção de inocência, basilar do processo penal, insculpido no art. 5º, inciso LVII, da Constituição Federal de 1988. Ademais, mesmo que porventura o acusado confesse a prática do delito, tal fato, por si só, não é suficiente para ensejar um decreto condenatório, cabendo ao órgão acusatório o ônus probatório de demonstrar a veracidade das imputações feitas ao réu na exordial acusatória. Isso porque, conforme se depreende do art. 197 do Código de Processo Penal, o juiz deverá apreciar o

²⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. 11. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 285.

²⁵ TOURINHO FILHO, 2010, p. 233.

valor da confissão confrontando-a com as demais provas produzidas no processo, a fim de verificar a existência de compatibilidade ou concordância no acervo probatório constante nos autos.

Por fim, mister dispor que, embora sejam os fatos o objeto da prova, bem como, vigore o princípio de que o juiz conhece o direito (*iura novit curia*), em casos excepcionais é possível que se exija a prova do direito. É a hipótese quando a causa versar a respeito de normas de caráter internacional, consuetudinário, estadual ou municipal. Ressalte-se que quanto a essas duas últimas, somente será preciso prova do direito se tratar de direito estadual ou municipal de local diverso do que o magistrado exerça a sua jurisdição. Quanto ao direito federal, este dispensa prova, já que o juiz deve o conhecer em razão do seu ofício.

2.3 Finalidade da prova

No âmbito do processo penal, a finalidade da prova consiste em auxiliar na formação do convencimento do juiz quanto à existência do fato apresentado à sua apreciação judicial para o deslinde da causa. Assim, o escopo da produção da prova é justamente, como reza Tourinho Filho, “tornar esse 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, ou, então, de que ocorreram desta ou daquela forma”²⁶.

A princípio, mister dispor que Cintra, Grinover e Dinamarco lecionam que “toda pretensão prende-se a algum fato, ou fatos, em que se fundamenta (*ex facto oritur jus*)”²⁷. Nesse diapasão, na seara penal, é cediço que ao ser realizada por alguém uma conduta tipificada na legislação penal, seja contravenção ou crime, surge para o Estado o direito de punir aquele indivíduo. É o chamado *jus puniendi*, cuja titularidade deste é exclusiva do Estado. Desse modo, ao surgir este último para o Estado-Administração, em decorrência da transgressão à norma penal por alguém, lesando bens e interesses jurídicos tutelados pelo ordenamento jurídico, é concedido também àquele o *jus perseguendi*, que significa o direito de perseguir aquele indivíduo que realizou um fato típico, ilícito e é culpável.

Lauria Tucci conceitua o *jus perseguendi* como “o poder de promover a perseguição do indigitado autor da infração penal até o momento em que lhe seja imposta,

²⁶ TOURINHO FILHO, 2010, p. 232.

²⁷ CINTRA, Antônio C. de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria geral do processo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 385

definitivamente, com o trânsito em julgado da correspondente sentença condenatória, a sanção em lei prescrita para a prática criminosa²⁸. Diante do aludido, observa-se que o *jus perseguendi* visa a propiciar a efetividade do *jus puniendi*, pois somente através da persecução penal, por meio da busca de provas que comprovem a materialidade do fato e a autoria, é que poder-se-á de fato aplicar a sanção imposta pela norma penal, alicerçados no devido processo legal.

Assim, vê-se, consoante Fernando Tourinho Filho²⁹ cita a lição de Brichetti, que o direito processual penal tem como finalidade reconhecer uma verdade jurídica, a fim de propiciar a efetividade da pretensão punitiva estatal, de modo que tal escopo se atinge mediante as provas que serão produzidas e as quais são valoradas conforme as normas dispostas na lei.

Ressalte-se que diante de tal finalidade da prova, qual seja, formar o convencimento do juiz no que tange à verdade dos fatos objetos da persecução criminal, haverá a necessidade de uma reconstrução mental pelo julgador do que provavelmente ocorrera no passado com base nos elementos probatórios produzidos nos autos. Isso porque, o processo penal alicerça-se no princípio da busca da verdade real, também chamada de verdade substancial ou material, de modo que devem ser realizadas todas as diligências imprescindíveis para se tentar atinar como de fato os acontecimentos se passaram, a fim de que a pretensão punitiva estatal seja efetivamente exercida em face do indivíduo que praticou a infração penal.

Assim, assinala com sapiência Aury Lopes Júnior³⁰ que o juiz, no processo penal, detém um complexo ritual de reconhecimento, vez que, mediante as provas produzidas, esgravata perpetrar a aproximada reconstrução de um fato pretérito, com o objetivo de construir seu convencimento quanto à veracidade dos fatos imputados na peça acusatória ao acusado para fundamentar a sentença a ser prolatada. Por isso, o ofício do julgador, nesse ponto, assemelha-se ao do historiador quando da busca da reconstrução do que provavelmente aconteceu no passado. A ratificar, o renomado doutrinador arremata:

Isso decorre do paradoxo temporal ínsito ao ritual judiciário: um juiz julgando no presente (hoje) um homem e seu fato ocorrido num passado distante (anteontem), com base na prova colhida num passado próximo (ontem) e projetando efeitos (pena) para o futuro (amanhã). Assim como o fato jamais será real, pois histórico, o homem que praticou o fato não é o mesmo que está em julgamento e, com certeza, não será o mesmo que cumprirá essa pena, e seu presente, no futuro, será um constante reviver o passado. [...] Através – essencialmente – das provas, o processo

²⁸ TUCCI, Lauria Rogério. *Teoria do direito processual penal: jurisdição, ação e processo penal* (estudo sistemático). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 166.

²⁹ BRICHETTI, 1973, p. 7 apud TOURINHO FILHO, 2010, p. 231.

³⁰ LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 390.

pretende criar condições para que o juiz exerça sua atividade recognitiva, a partir da qual se produzirá o convencimento externado na sentença. É a prova que permite a atividade recognoscitiva do juiz em relação ao fato histórico (*story of the case*) narrado na peça acusatória. O processo penal e a prova nele admitida integram o que se poderia chamar de *modos de construção do convencimento* do julgador, que formará sua convicção e legitimará o poder contido na sentença³¹.

No mesmo diapasão, Guilherme de Souza Nucci assevera que “a finalidade da prova é convencer o juiz a respeito da verdade de um fato litigioso”³². Portanto, tem-se que as provas objetivam elucidar ao magistrado o que verdadeiramente aconteceu, de modo que este possa a partir da análise daquelas, mediante sua cognição, alcançar tal verdade, formando o convencimento para proferir o decreto condenatório ou absolutório em face do acusado de forma fundamentada.

2.4 Classificação das provas

Ao falar-se em classificação das provas são utilizados diversos critérios pelos doutrinadores. A doutrina processual majoritária, como bem instado por Moacyr Amaral Santos³³, adota o sistema sedimentado por Nicolá Malatesta no que se refere à classificação das provas, o qual adota os critérios quanto ao objeto, ao sujeito e à forma da prova.

Quanto ao objeto, a prova poderá ser classificada em prova direta e prova indireta. Tal critério refere-se à relação que a prova detém com o fato a ser comprovado. Nessa senda, a prova direta, também chamada de positiva, é aquela que demonstra por si só o próprio fato principal objeto de apreciação na persecução criminal. Ademais, tal prova “permite conhecer o fato por meio de uma única operação inferencial”, como bem prega Renato Brasileiro³⁴. A exemplificar, seria a testemunha presencial uma prova direta.

Já a prova indireta, rotulada de negativa ou contrária, caracteriza-se por não demonstrar diretamente o *thema probandum*, vez que tais provas permitem comprovar os fatos principais mediante deduções trazidas por ilação a outros acontecimentos. Desse modo, na dicção de Greco Filho, “as provas indiretas são as destinadas à demonstração de fatos secundários ou circunstanciais, dos quais se pode extrair a convicção da existência do fato

³¹ LOPES JR., 2014, p. 390.

³² NUCCI, 2014 b), p. 285.

³³ SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 1977, v.2, p. 288.

³⁴ LIMA, 2014, p. 557.

principal”³⁵. A explicar, seria a hipótese do álibi, em que o indivíduo, contra o qual se instaura a persecução criminal, utiliza como argumento para comprovar a sua não autoria a demonstração de que se encontrava em lugar diverso da infração penal quando esta ocorreu, de modo que seria intuitivo a conclusão de que aquele não estava no local do delito.

Interessante pontuar que os indícios, previstos no art. 239 do Código processual penal, também são exemplos de prova indireta, vez que atuam como informação objetiva que poderá confirmar ou negar uma determinada assertiva sobre fato relevante ao caso sob apreciação judicial. Por conseguinte, Maria Thereza Rocha de Assis Moura menciona que o “indício é todo rastro, vestígio, sinal e, em geral, todo fato conhecido, devidamente provado, suscetível de conduzir ao conhecimento de um fato desconhecido, a ele relacionado, por meio de um raciocínio indutivo-dedutivo”³⁶.

No que se refere ao critério de classificação da prova quanto ao sujeito, esta poderá ser considerada como prova pessoal ou prova real. O aludido critério diz respeito ao material produzido, ou seja, a prova considerada em si. Assim, a prova pessoal seria aquela que decorre da pessoa, ou seja, do conhecimento que esta possui quanto aos fatos do processo. Como exemplo de prova pessoal temos o depoimento da testemunha, as declarações da vítima, entre outros. Já quanto à prova real, esta decorre de algo externo que constata o fato, e não diretamente da pessoa; é a prova que emerge do próprio fato, o qual é objeto da prova. A citar, seriam as coisas e objetos, como fotografias, arma do crime, cadáver, etc.

Interessante trazer a lição de Adalberto Aranha³⁷ quanto às provas reais e pessoais, consoante colecionado a seguir:

[...] todos os fatos deixam vestígios, que podem ser reais, ou morais. Os primeiros ligam-se à realidade inconsciente das coisas, enquanto os segundos resultam de impressões conscientes do espírito. A coisa atesta, inconscientemente e sem influência do espírito humano, vestígios do fato *probando*; é a prova real que, em última análise, consiste na atestação inconsciente feita por uma coisa na qual ficou impresso um sinal. As perícias, as vistorias e todas as modificações corpóreas constituem prova real. O homem testemunha, mediante uma afirmação pessoal e consciente, um fato por ele conhecido por ciência própria ou por meio de terceiros; é a prova pessoal. É a revelação consciente feita por uma pessoa das impressões mnemónicas de um fato. A prova real é a atestação inconsciente feita por uma coisa.

O critério de classificação quanto à forma, também intitulado de aparência, diz respeito à maneira que a prova se manifesta no processo criminal. Assim, classificam-se as

³⁵ GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 159.

³⁶ MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. *A prova por indícios no processo penal*. Reimpressão. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 40.

³⁷ ARANHA, 2006, p. 25.

provas, com fulcro no aludido critério, em prova testemunhal, documental e material. A prova testemunhal é a manifestação de forma oral da pessoa. É o caso das provas decorrentes do depoimento de testemunhas, das declarações da vítima, dos esclarecimentos dos peritos, do interrogatório do acusado, etc. Já a prova documental refere-se à escrita ou gravação de uma determinada afirmação; ou seja, põe-se no papel algo que confirma a (in)existência do fato probando. Como exemplo, as cartas, livros comerciais, contratos, entre outros. Ademais, a prova material é aquela que demonstra a materialidade em si do fato investigado. A citar, tais provas seriam o exame de corpo de delito, as coisas apreendidas, os instrumentos do crime, etc.

Ressalte-se, outrossim, que outros aspectos são usados pela renomada doutrina processual para classificação das provas. Nessa conjuntura, Denilson Pacheco³⁸ aponta ainda o critério de classificação da prova quanto ao valor ou efeito, no qual diz respeito à prova plena e a não plena. A primeira possibilita um juízo de certeza em relação ao fato objeto da prova, de modo que poderá ser usada na formação do convencimento do julgador como elemento principal para fundamentar um decreto condenatório. Já a prova não plena, outrossim chamada de indiciária, é aquela que propicia apenas um juízo de probabilidade, de modo que serve para corroborar a convicção do julgador quanto aos fatos juntamente com outras provas produzidas, mas as quais não podem ser utilizadas unicamente como fundamentação basilar de uma eventual condenação.

Destarte, as provas podem ser classificadas em prova irrepitível ou repitível no que tange ao critério de possibilidade de renovação em juízo. Tal critério de classificação das provas, em sentido amplo, concerne aos elementos de informação produzidos na fase administrativa da *persecutio criminis* e a possibilidade destes serem reproduzidos novamente na fase judicial quando da instrução.

A prova irrepitível, como a própria nomenclatura elucida, é aquela produzida durante a fase investigatória e que não poderá ser reproduzida novamente em juízo por impossibilidade material. Isso porque tal prova fora produzida a partir de uma fonte perecível, ou seja, cujo perecimento ou desaparecimento da prova diante do transcurso do tempo é algo patente e inevitável. Távora e Alencar elucidam que “existem provas que se exaurem rapidamente e, mesmo que possam ser renovadas, não são aptas a constatar detalhes que seriam possíveis à época do surgimento da correspondente fonte probatória”³⁹. Como

³⁸ PACHECO, Denilson Feitoza. *Direito processual penal: teoria, crítica e práxis*. 5. ed. rev. ampl. atual. Niterói, Rio de Janeiro: Impetus, 2008, p. 606.

³⁹ TÁVORA; ALENCAR, 2016, p. 834.

exemplo, tem-se o exame de corpo de delito em crimes que deixam vestígios. Cumpre ressaltar que a impossibilidade de repetição de tal prova em juízo não significa que não será oportunizado o contraditório às partes quanto à aludida produção; haverá, nesse, caso o contraditório diferido ou postergado exercido ao decorrer da ação penal.

Já a prova repetível, diferentemente daquela, poderá ser reproduzida novamente perante a fase judicial da persecução criminal, sem importar no perecimento da fonte probatória. Seria o caso da prova testemunhal, cuja testemunha foi ouvida em sede de inquérito policial e novamente será ouvida quando da audiência de instrução; salvo, os casos de testemunhas enfermas gravemente, em que haverá a colhida antecipada da prova, conhecido como depoimento *ad perpetuam rei memoriam*.

Doutro modo, as provas são classificadas pelo momento procedimental em que serão produzidas. Tem-se assim a prova cautelar preparatória e a cautelar incidental. A primeira é aquela cuja produção se dá durante o curso da investigação preliminar, em virtude do risco do perecimento da prova, bem como, com o escopo de angariar elementos para embasar o oferecimento da futura ação penal. É o caso das interceptações telefônicas. Já a segunda é produzida durante o decorrer do processo judicial instaurado, consistindo em uma antecipação probatória.

2.5 Sistemas de apreciação das provas e a valoração destas pelo juiz

As provas, diante da finalidade intrínseca a estas, tem como destinatário direto o juiz, cujo julgamento do caso *sob iudice* lhe compete. Por consectário, ao longo da história, o modo de apreciação de determinada prova pelo julgador, e a conseqüente valoração desta, sofreram bastantes mudanças, guardando peculiaridades de acordo com o sistema de avaliação da prova adotado num dado momento histórico.

Nos primórdios da história da humanidade, em razão da inerente influência religiosa, utilizavam-se de ordálios, conhecidos por Juízos de Deus, para definir se um indivíduo era inocente ou não. Mediante tais ordálios redundava a ilusória crença de que a divindade religiosa intercedia no veredicto, uma vez que a verdade dos fatos seria demonstrada de acordo com o resultado, no mundo material, das provas às quais eram submetidos os acusados. Dispunha assim o Código de Manu, no artigo 99, aquele a quem a chama não queima, a quem a água não faz sobrenadar, ao qual não sobrevém desgraça prontamente, deve ser considerado como verídico em juramento.

Era a hipótese da prova do ferro em brasa, em que o indivíduo era obrigado a andar descalço sobre uma chapa de ferro em brasas, e caso não lhe sobreviesse nenhum ferimento seria considerado inocente. É cediço, assim, que no sistema ordálico a apreciação da prova pelo juiz limitava-se à averiguação do resultado daquela, como se este desempenhasse o papel de mero mensageiro da divindade. Nessa toada, leciona Tourinho Filho⁴⁰:

[...] o Juiz assumia, *grosso modo*, o papel de fiscal do resultado delas. Ou, como diz Moacyr Amaral Santos, cabia-lhe “assistir o experimento probatório, declarando o seu resultado”. Tal sistema probatório, produto da ignorância ou da superstição, para usarmos da expressão de Toraaghi, não podia vingar. O sistema ordálico unia a incerteza da loteria à crueldade de várias de suas provas e a irracionalidade de todas elas (cf Alcalá-Zamora, *Derecho*, cit., v. 3, p. 41). Os ordálios (*ordalie*, na França; *ordeal*, na Inglaterra; *ordal*, entre os germânicos) eram denominados Juízos de Deus, sob a falsa crença de que a Divindade intervinha nos julgamentos e, num passe de mágica, deixava demonstrado se o réu era ou não culpado.

Com as mudanças de paradigmas na sociedade, em face da formação dos Estados absolutistas e consequente evolução do direito, adveio o Sistema da Prova Legal, também chamado da prova tarifada ou da certeza moral do legislador. Tal sistema, com o escopo de estabelecer um arquétipo draconiano de apreciação de provas, previa que cada prova produzida no processo detinha um determinado valor já preestabelecido pela própria legislação; bem como, somente poderiam ser utilizadas as provas constantes nos autos. Destarte, o juiz tinha limitada sua atividade cognitiva de valoração da prova pelo critério estatuído pelo legislador. A corroborar, Eugênio Pacelli de Oliveira leciona que “no sistema de provas legais, o legislador é quem procedia à valoração prévia, dando a cada uma delas um valor fixo e imutável”⁴¹.

Entretanto, uma das falhas desse sistema reside neste não possibilitar ao julgador a valoração da prova mediante a verificação das especificidades do caso sob apreço. Isso porque, como já dito, a própria lei estabelece previamente o valor de cada prova, não havendo, portanto, margem de discricionariedade pelo julgador quanto à valoração das provas apresentadas a ele quando do julgamento da lide. Destarte, com erudição exproba Carlos Bacila⁴² que “tabelar significa cercear a capacidade de o julgador fazer uma análise mais inteligente no caso concreto. É o medo da falha humana que fez com que este sistema falhasse como um todo”.

⁴⁰ TOURINHO FILHO, 2010, p. 270.

⁴¹ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 18. ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Atlas, 2014, p. 340.

⁴² BACILA, Carlos Roberto. Princípios de Avaliação das Provas no Processo Penal e as Garantias Fundamentais. In: BONATO, Gilson (Org.). *Garantias Constitucionais e Processo Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 100.

Como forma de superar o sistema completamente positivista acima dito, surgiu o Sistema da Íntima Convicção, também chamado da prova livre, da livre convicção ou da certeza moral do juiz. Este confere ao julgador liberdade integral para a formação do seu convencimento, vez que propicia àquele plena discricionariedade na valoração das provas. Ressalte-se que, no aludido sistema, é prescindível ao magistrado motivar as decisões por ele proferidas; haja vista que, em razão da lei não estabelecer valor tarifado às provas, o juiz tem margem de atuação livre para valorá-las, podendo inclusive usar de provas não constantes nos autos, bem como, dos conceitos preestabelecidos ao longo de sua vida e das suas respectivas crenças pessoais para decidir a casuística sob sua apreciação.

Percebe-se que o sistema da íntima convicção apresenta características antagônicas às do sistema da prova tarifada. Naquele primeiro o julgador não está adstrito aos critérios tarifados de valoração das provas, pois decidirá de acordo com sua convicção interna, sem necessitar aduzir os motivos da decisão prolatada. Poderá, inclusive, o julgador proferir a solução da lide com base em provas que não estejam no bojo do processo.

Todavia, esse sistema, ao conceder ao juiz ampla liberdade na apreciação das provas, gera, outrossim, inconvenientes ao controle sobre o exercício da atividade jurisdicional, vez que a ausência de fundamentação das decisões poderia ocasionar imensuráveis arbitrariedades. Por conseguinte, Aury Lopes Jr.⁴³ objurga tal sistema:

Estabelece, aqui, um rompimento com os limites estabelecidos pelo sistema anterior, caindo no outro extremo: o julgador está completamente livre para valorar a prova (íntima convicção, sem que sequer tenha de fundamentar sua decisão). Para sair do positivismo do sistema anterior, caiu-se no excesso de discricionariedade e liberdade de julgamento, em que o juiz decide sem demonstrar os argumentos e elementos que amparam e legitimam a decisão. Evidentes os graves inconvenientes que traz esse sistema. [...] julgam com plena liberdade, sem qualquer critério probatório, e sem a necessidade de motivar ou fundamentar suas decisões. A “íntima convicção”, despida de qualquer fundamentação, permite a imensa monstruosidade jurídica de ser julgado a partir de qualquer elemento, pois a supremacia do poder dos jurados chega ao extremo de permitir que eles decidam completamente fora da prova dos autos e até mesmo decidam contra a prova.

Diante dos gravames decorrentes do extremismo dos sistemas da prova tarifada e da íntima convicção, surgiu no âmbito do moderno processo penal o sistema da persuasão racional, como forma de aquilatar as benesses daqueles ambos sistemas. O referido sistema, também chamado de livre convencimento motivado, prova fundamentada ou convencimento racional, obtempera que o juiz tem liberdade na formação do seu convencimento, haja vista não estar adstrito a critério algum estabelecido previamente para valorar as provas sob sua

⁴³ LOPES JR., 2014, p. 406.

apreciação; bem como, dispõe que aquele deverá expor os fundamentos que o levaram a proferir determinada decisão.

Observa-se, nesse diapasão, que o sistema do livre convencimento motivado não limita o juiz à determinada prova, bem como, não estabelece hierarquia entre os meios de prova, como o faz o sistema da prova tarifada. Logo, não há um valor prefixado à prova pelo legislador, cabendo ao julgador atribuir valor a cada prova de acordo com as singularidades do caso sob sua apreciação, sendo, portanto, livre na formação de sua convicção. Porém, tal liberdade do julgador ao valorar as provas não é absoluta a ponto de ocasionar arbitrariedades, como ocorre no sistema da íntima convicção, uma vez que o magistrado, no sistema da persuasão racional, deve fundamentar sua decisão expondo os motivos que o levaram a conclusão do veredicto dado, sob pena de nulidade.

Ademais, ressalte-se que no sistema da persuasão racional o magistrado somente poderá utilizar na formação do seu convencimento as provas constantes nos autos, cuja produção tenha sido legal e legítima, assegurado o contraditório e ampla defesa. Isso porque vigora o princípio *id quod non est in actis non est in mundus*, o qual reza que aquilo que não está nos autos não existe.

Cumprase asseverar que na sistemática do processo penal brasileiro adotou-se, em regra, como sistema de apreciação de provas, o da persuasão racional ou livre convencimento motivado, consoante análise do disposto no artigo 93, inciso IX, da CRFB/1988, bem como, do artigo 155, *caput*, do Código de Processo Penal. O supracitado dispositivo constitucional prevê o princípio da motivação das decisões judiciais, de modo que todas as decisões proferidas nos julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário deverão ser fundamentadas, sob pena de nulidade. Noutra senda, o aludido artigo infraconstitucional estabelece que a convicção do juiz será formada mediante a livre apreciação deste das provas produzida em contraditório judicial, de modo que não poderá prolatar decisão embasando-se apenas nos elementos informativos colhidos na fase investigatória, salvo se tratando de provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.

Assim, mediante a análise de tais dispositivos do ordenamento jurídico brasileiro, notório é a adoção do sistema da persuasão racional no moderno processo penal garantista. O magistrado detém liberdade para apreciação da prova, não existindo qualquer hierarquia entre as provas produzidas nos autos. Cai por terra, assim, a antiga concepção de outrora na qual a confissão era tida como a rainha de todas as provas, como bem se depreende do art. 197 do Código de Processo Penal.

Porém, como já elucidado, tal liberdade na valoração das provas, para a formação do convencimento do julgador, não é absoluta. Na mesma conjuntura leciona Gomes Filho que “a liberdade na apreciação das provas não se confunde com uma autorização para que o juiz adote decisões arbitrárias, mas apenas lhe confere a possibilidade de estabelecer a verdade judicial com base em dados e critérios objetivos e de uma forma controlável”⁴⁴.

Desse modo, o julgador deverá formar seu convencimento com base nas provas produzidas com observância das garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa; bem como, mediante as provas existentes nos autos do processo judicial. Esse é o entendimento que se extrai do artigo 155, *caput*, do Código de Processo Penal. Outrossim, a corroborar, na Exposição de Motivos do Código de Processo Penal de 1941 o próprio legislador endossou que o juiz fica adstrito às provas constantes nos autos. Ademais, é imprescindível que a decisão seja fundamentada, de modo que o juiz deverá expor devidamente os motivos de fato e de direito que o levaram a proferir a decisão.

Por fim, mister salientar que, embora a regra, no processo penal brasileiro, seja a adoção do sistema da persuasão racional, em alguns casos excepcionais vigoram outros sistemas. É o caso dos julgamentos cotejados ao Tribunal do Júri, no qual predomina o sistema da íntima convicção, pois os jurados, os quais compõem o Conselho de Sentença, ao darem o veredicto não precisam motivar suas decisões; bem como, também, não estão vinculados às provas constantes nos autos. Isso porque, a própria Carta Magna, no inciso XXXVIII, do seu artigo 5º, assegura à instituição do júri o sigilo das votações dos jurados.

Ademais, em algumas hipóteses perdura o sistema da prova tarifada, vez que o próprio diploma processual penal exige determinadas provas para comprovar a existência de determinados fatos. A explicitar, seria o caso da inimputabilidade do réu em decorrência de doença mental, o qual é exigido pelo art. 149, *caput*, do Código de Processo Penal, a realização de exame médico-pericial; e também a hipótese de comprovação da morte do acusado para fins de extinção da punibilidade, na qual o art. 62, do referido códex, exige a apresentação da certidão de óbito daquele.

⁴⁴ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *As reformas no processo penal: as novas leis de 2008 e os projetos de reforma*. Coordenação Maria Thereza Rocha de Assis Moura. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 249.

2.6 Ônus da prova no processo penal

O ônus da prova consiste no encargo alvidrado às partes processuais de provar a veracidade das alegações aduzidas, com o escopo de formar a convicção do julgador a respeito dos fatos *sub judice*. Trata-se de assunto de suma importância no âmbito do processo penal vez que diz respeito à gestão da prova, ou seja, a quem é atribuído a incumbência de produzir as provas a fim de elucidar os acontecimentos fáticos objeto da persecução criminal.

Ressalte-se que na seara probatória tal ônus não se trata de obrigação, haja vista que se houver o descumprimento daquele não importará em ato ilícito, diferentemente do decorre com o inadimplemento desta última. Vê-se, portanto, que o ônus da prova consiste em verdadeira faculdade daquele que alega determinado fato, de modo que caso não se desincumba do encargo de prová-lo a única consequência processual será o eventual não acolhimento da pretensão pugnada em juízo. Gustavo Badaró⁴⁵, nesse contexto, dissipa que o ônus da prova consiste em:

[...] 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 o 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.

O regramento do *onus probandi*, no âmbito processual penal, é disciplinado de modo simplório pelo art. 156, do Código de Processo Penal, o qual reza que, em regra, a prova da alegação é encargo de quem a fizer. Assim, se uma parte alega determinado fato, seja a acusação ou a defesa, cabe a ela demonstrar a existência deste. Vicente Greco Filho⁴⁶ verbera a redação do códex processual penal afirmando ser esta insatisfatória, e nessa toada adota a redação do Código de Processo Civil:

A construção da teoria do ônus da prova no processo penal pode partir, então, do critério vislumbrado por Micheli e acolhido pelo Código de Processo Civil, de que à acusação cabe a prova do fato constitutivo de sua pretensão ou de seu direito, que são as elementares do tipo e a autoria. [...] Ao réu incumbe, em princípio, a prova da existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo da pretensão acusatória, ou seja, o fato que, a despeito da existência do fato constitutivo, tem, no plano do direito material, o poder de impedir, modificar ou extinguir aquela pretensão – são desse tipo as excludentes.

⁴⁵ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da prova no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 173.

⁴⁶ GRECO FILHO, 2012, p. 166.

Mister salientar que no processo penal, em regra, o ônus da prova é da acusação, em virtude do princípio da presunção de inocência, consagrado no art. 5º, LVII, da Carta Magna. Desse modo, no que tange à distribuição do ônus da prova, concerne à parte acusatória demonstrar nos autos do processo os fatos que constituem a pretensão punitiva estatal. Caberia, assim, à acusação produzir provas que evidenciem a existência da autoria e a prova da materialidade do fato, a tipicidade da conduta imputada ao agente, a presença do elemento subjetivo do tipo (dolo ou culpa do agente), bem como, outrossim, as qualificadoras e as causas de aumento de pena.

Doutra senda, quanto ao ônus probatório da defesa, excepcionalmente, se esta obtemperar a existência de algum fato extintivo, impeditivo ou modificativo da pretensão punitiva estatal terá o encargo de provar, vez que, como já dito, a prova da alegação incumbirá a quem a fizer. Assim, é ônus da defesa comprovar a eventual presença de excludentes de ilicitude (legítima defesa, estado de necessidade, etc) e de culpabilidade (coação moral irresistível, etc).

Ressalte-se, entretanto, que, em virtude do princípio do *in dubio pro reo*, mesmo que a defesa do acusado não consiga demonstrar cabalmente a existência de tais excludentes, ainda sim é possível a absolvição daquele caso haja fundada incerteza acerca da presença destas, conforme o disposto no art. 386, inciso VI, do Código de Processo Penal. Isso porque o descumprimento do ônus probatório pelo réu não ocasiona infalivelmente o acolhimento da procedência da pretensão versada na ação penal, justamente em razão do princípio do favor rei. Outrossim, é ônus da defesa provar as causas extintivas da punibilidade do agente (ressalvadas as conhecidas de ofício pelo juiz, como a prescrição) e as circunstâncias que mitiguem a pena (causas de diminuição da pena, etc).

2.6.1 A produção de provas de ofício pelo juiz e o sistema acusatório

O art. 156 do Código de Processo Penal dispõe sobre o ônus da prova aduzindo que incumbirá à parte a qual fizer a alegação a respectiva comprovação da existência desta. Desse modo, em regra, atribui-se às partes processuais tal ônus probatório. Entretanto, em expressa ressalva, o aludido artigo nos incisos I e II dispõe que é facultado ao magistrado, de ofício, antes de iniciada a ação penal, ordenar a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, desde que verificada a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida;

bem como, durante o curso da instrução ou antes da prolação da sentença, determinar a realização de diligências com o escopo de dirimir dúvida sobre ponto relevante.

A priori, cumpre asseverar que o sistema processual penal adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro no que se refere à gestão da prova é o sistema acusatório, em regra. O sistema acusatório tem como característica basilar a distinção e a separação entre os ofícios de acusar, defender e julgar, cuja atribuição compete a pessoas distintas. Desse modo, ao julgador, no sistema acusatório, não caberia produzir provas para comprovar o alegado pela acusação e defesa; este ônus pertence às estas e não àquele, em razão da necessidade de velar pela imparcialidade do juiz.

A corroborar, a adoção de tal sistema processual é constatada mediante o teor do art. 129, inciso I, da CRFB/1988, no qual estatui que a titularidade da ação penal pública é do Ministério Público, de modo que as partes processuais são os responsáveis pela produção das provas. Assim elucida Marcellus Polastri Lima que “é nesse sentido que se deve enxergar o sistema acusatório brasileiro, sendo que é acusatório no sentido de que cabe a um órgão próprio aduzir a acusação, retirando-se tal função cada vez mais do juiz”⁴⁷.

Nessa senda, muitos doutrinadores criticam os poderes instrutórios concedidos ao juiz pelo teor dos incisos I e II do art. 156, do Código Processual Penal, alegando que tal previsão consistia em violação constitucional ao sistema processual acusatório adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro, bem como, relegaria a segundo plano a tão velada imparcialidade do julgador, o qual passaria a ter um papel inquisitivo no processo penal, pois ao mesmo tempo que buscaria as provas dos fatos, julgaria estes também.

Tal entendimento é exposto por Eugênio Pacelli o qual aduz que a redação do art. 156 do Código de Processo Penal, que prevê excepcionalmente poderes instrutórios ao magistrado, consiste em “retrocesso, quase inacreditável, é também inaceitável; a inconstitucionalidade é patente”⁴⁸. Também assim objurga Aury Lopes Jr. que “sempre que se atribuem poderes instrutórios ao juiz, destrói-se a estrutura dialética do processo, o contraditório, funda-se um sistema inquisitório e sepulta-se de vez qualquer esperança de imparcialidade”⁴⁹.

Entretanto, embora respeitável o posicionamento dos aludidos doutrinadores, há que se interpretar de modo correto o teor do artigo 156, I e II, do Código do Processo Penal. A intenção do legislador ao conceder de forma excepcional tais poderes instrutórios ao juiz fora,

⁴⁷ LIMA, Marcellus Polastri. *Manual de processo penal*. 3.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 18.

⁴⁸ OLIVEIRA, 2014, p. 336.

⁴⁹ LOPES JÚNIOR, Aury. *Introdução crítica ao processo penal: fundamentos da instrumentalidade constitucional*. 4. ed. rev. atual. ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 184.

na realidade, concretizar o princípio da busca da verdade real, sem que isso incorresse em violação ao sistema acusatório e à imparcialidade do magistrado. Tanto assim o é que o juiz não poderá atuar de modo a substituir a atividade das partes, seja a acusatória, seja a da defesa. Isso, porque, a produção das aludidas provas pelo magistrado se dará de modo excepcional e em nítida complementariedade à atividade das partes, vez que o ônus da prova continua pertencente às partes.

2.7 Princípios aplicáveis à seara probatória processual penal

A moderna sistematização do processo penal brasileiro é alicerçada em diversos princípios jurídicos, estes “verdadeiros mandamentos nucleares de um sistema”⁵⁰ os quais se emaranham por todas as normas que compõem esse sistema, propiciando um norte na interpretação, integração, bem como, na aplicação do direito. Nessa senda, Tourinho Filho⁵¹ explana que “o Processo Penal é regido por uma série de princípios e regras que outra coisa não representam senão postulados fundamentais de política processual penal de um Estado”.

Saliente-se que no processo penal há princípios constitucionais, previstos seja de modo explícito ou implícito, bem como, outrossim, existem princípios processuais penais propriamente ditos. Os primeiros decorrem da normativa da Carta Magna, atuando como instrumentos de garantias dos direitos fundamentais dos indivíduos frente à atuação estatal no exercício do *jus puniendi*, consagrando o Estado Democrático de Direito proclamando pelo constituinte de 1988. Já os segundos são referentes ao estudo próprio da disciplina processual penal, sem olvidar-se, porém, da observância daqueles primeiros.

Desse modo, interessante pontuar os princípios aplicáveis à seara probatória processual penal, pois, como bem pontua Paulo Rangel, “as provas possuem princípios próprios que servirão de verdadeiras premissas de todo o sistema que se desenvolve, visando à construção de um determinado instituto ou categoria do direito”⁵².

⁵⁰ LIMA, 2014, p. 48.

⁵¹ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, v.1, p. 58.

⁵² RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 20.ed. São Paulo: Atlas, 2012, p.448.

2.7.1 Princípios constitucionais

A Constituição Federal de 1988, no artigo 5º, inciso LIV, insculpe o princípio do devido processo legal, dispondo que sem este ninguém será privado da liberdade ou de seus bens. Esse normativo trata-se de peça chave no processo penal, o qual se funda em uma visão garantista, atuando como mecanismo de proteção e efetividade dos direitos e garantias fundamentais assegurados aos indivíduos pela Carta Magna em face do exercício do *jus puniendi* pelo Estado.

O *due processo of law* pode ser analisado sob duas vertentes, a material e a processual. A primeira, relacionada ao aspecto substancial, aduz que para que haja a aplicação da pena a um indivíduo é imprescindível o processo. Assim é o teor da máxima do *nulla poena sine judicio*. Já quanto à segunda, referente ao aspecto procedimental, esta obtempera que o processo deve tramitar de acordo com o procedimento estabelecido em lei, avalizando o contraditório, a ampla defesa, a igualdade das partes, entre outras garantias. Interessante pontuar que diversos outros princípios irradiam-se do devido processo legal.

O princípio do contraditório é de suma relevância no processo penal, vez que ao propiciar às partes processuais o direito de manifestação à respeito dos fatos alegados, bem como, sobre a produção de provas feita pela parte adversa, tem por escopo equilibrar o *jus libertatis* do indivíduo e o *jus puniendi* estatal, garantindo, assim, um justo processo penal. Tal garantia, também chamada de bilateralidade da audiência, é assegurada tanto à acusação quanto à defesa no artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal de 1988. Isso porque vigora no ordenamento jurídico brasileiro o sistema acusatório, de modo que a parte contrária deve ser ouvida, participando ou impugnando os atos realizados no processo, consoante a premissa *audiatur et altera pars*.

Diretamente associado ao princípio do contraditório, há o da ampla defesa, tanto que ambos são asseverados no mesmo dispositivo constitucional. O princípio da ampla defesa garante ao acusado toda a defesa cabível contra a imputação que o Estado o faz na persecução criminal. Assim, o espírito da garantia da ampla defesa, como bem pontifica Lauria Tucci⁵³, expõe a junção de uma realidade procedimental tríplice, a saber, o direito à informação (*nemo inauditus damnari potest*), a bilateralidade da audiência e o direito à prova legalmente obtida ou produzida.

⁵³ TUCCI, 2002, passim.

Vale allear que o princípio da ampla defesa segmenta-se na autodefesa e na defesa técnica. A autodefesa consiste naquela feita pelo próprio acusado, via de regra, durante seu interrogatório judicial. Inclusive, aquela é disponível para o acusado, pois este pode não responder ao interrogatório sem que isso implique em confissão, como bem dispõe o parágrafo único do art. 186 do Código de Processo Penal, já que detém o direito ao silêncio, como se observa do art. 5º, inciso LXIII, da CFRB/98. Ademais, a autodefesa cinde-se ainda no direito de audiência, qual seja, de oportunizar a oitiva do acusado durante o processo; bem como, no direito de presença do réu aos atos processuais.

Já a defesa técnica, corolário da ampla defesa, consiste em que a defesa do indivíduo deve ser promovida mediante defensor técnico, pois, em regra, não se admite que o réu defenda-se sozinho, conforme art. 263, *caput*, do CPP. Observa-se, portanto, que a defesa técnica é indisponível, tanto para o juiz, quanto para o réu. A corroborar, o entendimento do Supremo Tribunal Federal é nesse sentido, pois o teor da Súmula nº 523 dispõe que a falta de defesa, no processo penal, constitui nulidade absoluta; porém, a deficiência desta somente ensejará anulação do processo caso demonstrado o prejuízo para o réu.

Quanto ao princípio da paridade das armas, conhecido como igualdade processual, este ganha relevo no processo penal em razão da adoção do sistema acusatório. Agasalhado no *caput* do art. 5º da Carta Maior, o qual aduz que todos são iguais perante a lei, tem-se que, no âmbito do processo penal, às partes deve-se assegurar isonomia no tratamento ao decorrer do processo. Por conseguinte, lecionam Américo Bedê Júnior e Gustavo Senna que “para a acusação e a defesa devem ser assegurados os mesmos direitos, possibilitando-lhes idênticas possibilidades de alegação, de prova e de impugnação, enfim, em condições de igualdade processual”⁵⁴.

Princípio constitucional basilar do processo penal é o da presunção da inocência do réu, certificado no inciso LVII, do art. 5º da CRFB/88. A inserção de tal garantia foi influenciada pelo art. 11 da Declaração Universal dos Direitos do Homem, dispondo que se presume inocente todo aquele acusado de um delito até que sua culpa seja apurada no decorrer de um processo público, sendo-lhe asseguradas garantias indispensáveis à sua defesa. Conhecido também por princípio da não culpabilidade, apregoa que enquanto não transitar em julgado a sentença penal condenatória ninguém será considerado culpado. Como consequência de tal normativo, cita-se a excepcionalidade da decretação da prisão preventiva.

⁵⁴ BEDÊ JÚNIOR, Américo; SENNA, Gustavo. *Princípios do processo penal: entre o garantismo e a efetividade da sanção*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 279.

Outrossim, do mesmo artigo 5º, inciso LVII, da Carta Magna, retira-se o princípio do *in dubio pro reo*, também chamado de favor rei ou da prevalência do interesse do réu, em que existindo dúvida acerca da autoria e/ou da prova de existência da materialidade do fato deve-se prevalecer o *jus libertatis* do acusado em detrimento do direito de punir do Estado. De tal modo, caso haja dúvida na interpretação de uma norma penal ou processual penal, esta deve ser interpretada de modo a favorecer a situação do réu.

Ademais, a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, inciso LVI, dispõe expressamente o princípio da vedação das provas ilícitas, no qual apregoa ser inadmissível a utilização da prova ilícita no processo, consagrando a garantia constitucional do devido processo legal. Inclusive, o Código de Processo Penal ratificou tal mandamento em âmbito infraconstitucional no seu artigo 157, *caput*, trazendo, como consequência processual, o desentranhamento do processo da prova obtida ilicitamente. Trata-se de verdadeira limitação à produção probatória penal, de modo a tutelar o indivíduo contra o arbítrio punitivo do Estado, titular do *jus puniendi*, garantindo à sociedade a aplicação da norma penal ao sujeito ativo da infração penal sem infringir os direitos e garantias fundamentais deste.

Por sua vez, o princípio da publicidade pontua que os atos praticados pelo Estado devem ser feitos publicamente, possibilitando acesso ao público para dar transparência a tais atos. É previsto esse princípio nos artigos 5º, LX, e 93, IX, ambos da CRFB/88, bem como, no art. 792, *caput*, do CPP. Ressalte-se que há mitigações a tal norma feita pela própria lei, sendo restringida a publicidade de certos atos processuais quando se tratar de defesa da intimidade ou caso o interesse social assim exija.

No que tange ao princípio da não autoincriminação, mister aquiescer que se trata de princípio constitucional implícito, vez que decorre da interpretação das garantias constitucionais processuais penais previstas. Porém, embora implícito na Carta Magna, encontra expressa previsão no art. 8º, do Pacto de São José da Costa Rica, incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro com status supralegal pelo Decreto nº 678/1992. Dito isso, o *nemo tenetur se detegere* prevê que ninguém é obrigado a produzir prova contra si mesmo. Nesse sentido, por exemplo, não pode haver imposição ao indivíduo de participar de produções probatórias que consistam em intervenções corporais, como, por exemplo, a realização de exame grafotécnico ou do bafômetro.

2.7.2 Princípios do processo penal propriamente dito

Os princípios processuais penais propriamente ditos são aqueles relacionados ao intrínseco estudo da disciplina em si; são os previstos no próprio regramento do códex processual penal. Entretanto, isso não significa que estes não guardam ligação com os princípios constitucionais acima aduzidos; pelo contrário, o operador do direito deve interpretar os institutos previstos no Código de Processo Penal à luz dos princípios insculpidos na Constituição Federal. Dentre os princípios atinentes às provas no processo penal, tem-se o princípio da comunhão da prova, o da autorresponsabilidade das partes, o da oralidade, o da concentração, o da imediatividade, o da identidade física do juiz, bem como, o da busca da verdade real.

Quanto ao princípio da comunhão da prova, também chamado de aquisição da prova, este profere que a prova, uma vez produzida, pertence ao processo, e não mais à parte que a produziu e juntou aos autos. Argui, assim, Nucci que “não há titular de uma prova, mas mero proponente”⁵⁵. Caso já tenha sido produzida, a prova poderá ser utilizada inclusive pela parte contrária, em razão daquela pertencer ao juízo a partir da sua produção, auxiliando, assim, na busca da verdade real no processo penal. Desse modo, antes da produção da prova, a parte que a requereu poderá, em tese, desistir da sua produção, consoante se observa do teor do art. 401, §2º, do Código de Processo Penal.

Já o princípio da autorresponsabilidade das partes no âmbito probatório significa que as consequências advindas da inércia, equívoco ou negligência das partes processuais, quanto à prova das alegações formuladas, serão suportadas por elas. Tal princípio está diretamente associado à ideia do ônus da prova, o qual aduz que caberá a quem alega provar o fato. Assim, a explicitar, caso a parte acusatória não logre êxito em demonstrar a existência de prova da autoria e da materialidade do fato em desfavor do acusado, não haverá outra consequência senão a da absolvição deste pelo juízo competente.

A produção probatória penal também será regida pelo princípio da oralidade, cuja premissa reza a predominância da palavra oral sob a escrita em algumas fases do processo judicial. Desse modo, as provas devem ser realizadas, preferencialmente, na presença do juiz, com o nítido escopo de permitir que este presencie os atos de obtenção da prova, a fim de auxiliar a formação do seu convencimento quanto à controvérsia sob sua apreciação.

⁵⁵ NUCCI, 2014b), p. 82.

Ademais, como decorrência de tal princípio há três subprincípios, a saber, o da concentração, da imediatidade e da identidade física do juiz.

O princípio da concentração dispõe sobre a audiência una de instrução e julgamento, aludindo que a produção da prova, bem como, o julgamento, deve concentrar-se em uma só audiência, ou então no menor número possível destas. Vislumbra-se tal princípio do teor da redação dos artigos 400, §1º e 411, §2º, ambos, do Código de Processo Penal. A intenção do legislador ao acrescentar esse princípio, com a reforma processual feita pela Lei nº 11.719/2008, reduzindo o procedimento a uma audiência única, era de diminuir o tempo decorrido entre a data do fato e a do julgamento. No mesmo trilhar, assinalou Renato Brasileiro que “afinal, quanto mais próxima do fato delituoso for proferida a decisão final, maior é a possibilidade de se atingir a verdade”⁵⁶.

Destarte, o princípio da imediatidade prevê que ao juiz deve ser assegurado o contato direto com as provas quando da sua produção, de modo a auxiliar a formação do seu convencimento. Noberto Avena⁵⁷ corrobora a importância do contato do magistrado com o ato de produção da prova “inclusive para que ele possa conservar em sua memória aspectos importantes do momento em que tenham sido aquelas provas produzidas e, desse modo, valorá-las com maior exatidão no ato da sentença”.

Como subprincípio do da oralidade, há ainda o princípio da identidade física do juiz, consagrado expressamente no Códex Processual no art. 399, §2º, o qual aduz que deverá proferir a sentença o magistrado que presidiu a instrução do processo. Também acrescido pela reforma processual de 2008, esse princípio, que guarda estrita sintonia com o da imediatidade, propicia o contato imprescindível entre o magistrado e a produção probatória, possibilitando a formação do convencimento deste de modo harmônico. Assim, em regra, o juiz que procedeu à oitiva das testemunhas, bem como, ao interrogatório do acusado, será aquele que prolatará a sentença. Mister salientar que tal princípio é mitigado quando o juiz estiver licenciado, convocado, afastado, promovido ou aposentado.

No que se refere ao princípio da busca da verdade real, também chamado de verdade material ou substancial, este preleciona que, no processo penal, todas as diligências possíveis devem ser realizadas com o objetivo de elucidar como realmente aconteceram os fatos sob apreciação judicial, de modo a garantir uma efetiva proteção penal, com a aplicação da lei àquele que praticou o delito. Isso porque, é sabido que no processo penal, quando do exercício

⁵⁶ LIMA, 2014, p. 609.

⁵⁷ AVENA, Noberto Cláudio Pâncaro. *Processo penal esquematizado*. 6. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Método, 2014, p. 455.

do *jus puniendi* em face daquele indivíduo que supostamente praticou a infração penal, prevalecem direitos indisponíveis; de um lado há o direito de liberdade do indivíduo, do outro o direito de punir do Estado. Assim, imprescindível a busca pela verdade real dos fatos no processo penal através da colheita de elementos probatórios que certifiquem a autoria e materialidade do fato.

Cumpra salientar que, embora se utilize o termo ‘verdade real’, esta não poderá ser atingida de modo pleno, pois muitas vezes torna-se inalcançável. Dessarte, a busca da verdade real ou material, na seara processual penal, não traduz necessariamente a absoluta conformidade do apurado com o que de fato ocorreu na realidade. Nesse sentido, observa Távora e Alencar que “a revitalização no seio do processo, dentro do fórum, numa sala de audiência, daquilo que ocorreu muitas vezes anos atrás, é, em verdade, a materialização formal daquilo que se imagina ter acontecido”⁵⁸. Interessante trazer à baila a lição de Guilherme de Souza Nucci⁵⁹ quanto ao conceito de verdade real. Senão vejamos:

Material ou real é a verdade que mais se aproxima da realidade. Aparentemente, trata-se de um paradoxo dizer que pode haver uma verdade mais próxima da realidade e outra menos. Entretanto, como vimos, o próprio conceito de verdade é relativo, de forma que é impossível falar em verdade absoluta ou ontológica, mormente no processo, julgado e conduzido por homens, perfeitamente falíveis em suas análises e cujos instrumentos de busca do que realmente aconteceu podem ser insuficientes. Ainda assim, falar em verdade real implica provocar no espírito do juiz um sentimento de busca, de inconformidade com o que lhe é apresentado pelas partes, enfim, um impulso contrário à passividade. Afinal, estando em jogo direitos fundamentais do homem, tais como liberdade, vida, integridade física e psicológica e até mesmo honra, que podem ser afetados seriamente por uma condenação criminal, deve o juiz sair em busca da verdade material, aquela que mais se aproxima do que realmente aconteceu.

Nessa senda, em razão de tal princípio é que o art. 156, do Código de Processo Penal possibilita ao magistrado, de modo excepcional, ordenar a produção antecipadas de provas, bem como, determinar a realização de diligências a fim de dirimir dúvida acerca de ponto relevante, não sendo o magistrado adstrito apenas às provas produzidas pelas partes, vez que excepcionalmente poderá determinar a produção de outras provas. Isso decorre de o processo penal não se coadunar com a aceitação de suposições apartadas da realidade, cabendo ao magistrado proceder à reconstrução dos fatos, com base nas provas constantes nos autos, para formar sua convicção e prolatar o provimento jurisdicional.

⁵⁸ TÁVORA; ALENCAR, 2016, p. 55

⁵⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. *O valor da confissão como meio de prova no processo penal*. 2. ed. rev. atual. com comentários à lei da tortura. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 65.

Como decorrência dos princípios do devido processo legal, do contraditório, da ampla defesa, bem como, da busca pela verdade real, é assegurado tanto à defesa quanto à acusação, no processo penal, o direito de produzir provas cuja utilização dar-se-á na formação da convicção do julgador. Tal direito à prova, implicitamente oriundo do direito de acesso ao Poder Judiciário e diretamente do devido processo legal, estes sufragados, respectivamente, nos incisos XXXV e LV do artigo 5º, da CRFB/98, fundamenta-se na busca pela prestação jurisdicional eficaz e justa, vez que através do exercício daquele será às partes possibilitada a produção das provas necessárias à comprovação dos fatos alegados por aquelas, alicerçando a sua pretensão jurisdicional.

Outrossim, mister pontuar que a busca pela verdade real não significa dizer que há uma irrestrita e ilimitada possibilidade de produção de prova, a qualquer custo, no processo penal. Ressalte-se que o aludido princípio, e por consequência o direito à prova, encontram limitações constitucionais e legais, pois a busca da verdade substancial não poderá ser utilizada para sufragar a transgressão aos direitos e garantias assegurados aos indivíduos. Garcia Pozzer, a corroborar, aduz que o julgador “busca, incansavelmente, os verdadeiros fatos, encontrando limites, somente, na moral e legalidade das provas”⁶⁰. Dentre tais limitações, o inciso LVI, do artigo 5º da CRFB/1988, estabelece a inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos.

⁶⁰ POZZER, Benedito Roberto Garcia. *Correlação entre acusação e sentença no processo penal brasileiro*. São Paulo: IBCCRIM, 2001, p. 40.

3 PROVA ILÍCITA NO PROCESSO PENAL

3.1 Conceituação da prova vedada: a distinção entre prova ilícita e prova ilegítima

A Carta Magna traz no bojo do inciso LVI, do seu artigo 5º, a previsão da garantia constitucional da inadmissibilidade no processo da utilização das provas obtidas por meios ilícitos, em nítida limitação ao direito à prova. Aprioristicamente, imprescindível se faz elucidar a significação da acepção empregada pela Constituição Federal a tais provas cujo uso é vedado, já que o constituinte não mencionou expressamente a conceituação destas. Afere-se, assim, pelo estudo da doutrina processualista penal a proposição de inúmeras terminologias no que tange à definição do conceito de provas ilícitas, a citar, as rotulações de prova proibida, prova ilegal, prova irregular, prova ilegítima, prova viciada, entre outras.

Não obstante essas diversas nomenclaturas, a doutrina processual penal brasileira apresenta relativa homogeneidade no conceito da prova ilícita. Nessa toada, é adotada majoritariamente no ordenamento jurídico pátrio a classificação prelecionada por Ada Pellegrini Grinover⁶¹, a qual, inspirada nas lições do autor italiano Pietro Nuvolone, pontifica a existência das espécies prova ilícita e prova ilegítima, as quais compõem o gênero prova vedada, também chamado por Gustavo Badoró⁶² de prova ilegal. A distinção daquelas orbita em torno da natureza do direito denegado, se material ou processual, durante a respectiva obtenção ou produção da prova.

As provas ilícitas seriam aquelas que violam as normas de direito material, de cunho constitucional ou penal, quando do momento da sua obtenção. Em obra de relevância ímpar, Grinover, Fernandes e Gomes Filho definem a prova ilícita em sentido estrito como aquela “colhida infringindo-se normas ou princípios colocados pela Constituição e pelas leis, frequentemente para a proteção das liberdades públicas e dos direitos da personalidade e daquela sua manifestação que é o direito à intimidade”⁶³.

A corroborar a conceituação da prova ilícita, sob a direção de Ada Pellegrini Grinover, foram editadas algumas súmulas sobre o assunto pelas Mesas de Processo Penal ligadas ao Departamento de Direito Processual da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

⁶¹ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Liberdades públicas e processo penal: as interceptações telefônicas*. 2. ed. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982, p. 96.

⁶² BADORÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Direito processual penal*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 67.

⁶³ GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As nulidades no processo penal*. 8. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 99.

Aduziam as súmulas de nº 48 e 49, respectivamente, que “denominam-se ilícitas as provas colhidas com infringência a normas e princípios de direito material”, bem como, “são processualmente inadmissíveis as provas ilícitas que infringem normas e princípios constitucionais, ainda quando forem relevantes e pertinentes, e mesmo sem cominação processual expressa”. No mesmo sentido, Torquato Avolio⁶⁴ assinala que:

[...] por prova ilícita, ou ilicitamente obtida, é de se entender a prova colhida com infração de normas ou princípios de direito material – sobretudo de ordem constitucional, porque [...] a problemática da prova ilícita se prende sempre à questão das liberdades públicas, onde estão assegurados os direitos e garantias atinentes à intimidade, à liberdade, à dignidade humana; mas, também, de direito penal, civil, administrativo, onde já se encontram definidos na ordem infraconstitucional outros direitos ou cominações legais que podem se contrapor às exigências de segurança social, investigação criminal e acerto da verdade, tais os de propriedade, inviolabilidade do domicílio, sigilo da correspondência, e outros.

Assim, quando a violação da regra de direito material se der quando do momento da obtenção da prova, afrontando os direitos e garantias reconhecidos constitucionalmente aos indivíduos, aquela será considerada ilícita. Ressalte-se que o direito substancial transgredido poderá estar assegurado tanto na própria Constituição quanto na lei infraconstitucional. Entretanto, tal violação somente configurará a prova como ilícita, ocasionando a inadmissibilidade do uso desta, se no âmago da sua obtenção afrontar aos direitos fundamentais consagrados constitucionalmente.

Nessa senda, com sapiência indiscutível no tema, Cesár Dario Mariano⁶⁵ discorre que a garantia constitucional da inadmissibilidade apenas será empregada quando houver a violação de direitos fundamentais materiais, haja vista a prova ilícita ser oriunda da maculação de norma constitucional que assevera direitos materiais. Logo, a mera infringência à norma legal na obtenção da prova, não decorrendo qualquer afronta constitucional, por si só, não tornará a prova ilícita e, por consequência, inadmissível.

Destarte, leciona Thiago Pierobom de Ávila⁶⁶ que:

⁶⁴ AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. *Provas ilícitas: interceptações telefônicas e gravações clandestinas*. 2. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 44.

⁶⁵ SILVA, Cesár Dario Mariano da. *Provas ilícitas*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 16.

⁶⁶ ÁVILA, Thiago André Pierobom de. *Provas ilícitas e proporcionalidade: uma análise da colisão entre os princípios da proteção penal eficiente e da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos*. 2006. 295f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade de Brasília, Brasília, 2006, p. 102-103. Disponível em: <<http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/3103/1/Disserta%C3%A7%C3%A3o%20THIAGO%20ANDR%C3%89%20PIEROBOM%20DE%20%C3%81VILA-%20Provas%20II%C3%ADcitas.pdf>>. Acesso em: 28 mai. 2016.

O problema perante o caso concreto é delimitar a linha que separa o plano da constitucionalidade e o da legalidade, haja vista o caráter analítico de nossa Constituição. [...] Assim, correspondências meramente difusas entre o texto legal e a previsão constitucional não acarretam o acionamento da garantia da inadmissibilidade da prova, sendo necessária uma correspondência específica, direta. Também será necessário que a lesão contenha uma suficiente intensidade constitucional para acionar a garantia. Portanto, ainda que se trate da violação de uma norma de direito penal, tal violação não acarretará necessariamente a garantia fundamental da inadmissibilidade da prova daí decorrente; isso apenas ocorrerá se o bem jurídico tutelado pela norma penal tiver suficiente correspondência com um direito fundamental previsto no texto constitucional e a lesão seja intensa e grave o suficiente para acionar a garantia. Assim, não necessariamente as informações oriundas de todos os ilícitos penais constituirão necessariamente prova ilícita.

Por conseguinte, oportuno despender a ideia de que a configuração da prova ilícita não está associada necessariamente quando aquela for oriunda da violação à norma penal incriminadora por quem a obteve, mas sim caso reste concebida a ofensa aos direitos fundamentais materiais e às liberdades públicas dos indivíduos. Nesse contexto, Luiz Norton Baptista de Mattos instiga que “frequentemente, a conduta perpetrada para a obtenção de uma prova ilícita vai importar a prática de uma infração penal por seu agente, [...] mas é possível a sua configuração mesmo sem ofensa à norma penal, desde que atingidas liberdades públicas”⁶⁷.

A explicitar, seria o caso de provas ilícitas, a saber, a confissão obtida por meio da tortura, a qual infringe frontalmente o disposto no art. 5º, III, da CF/88; a realização de interceptação telefônica sem autorização judicial, ao alvedrio do inciso XII, do art. 5º, da Carta Magna, bem como, do disposto no art. 10 da Lei 9.296/1996; as provas obtidas através da busca e apreensão domiciliar, sem o respectivo mandado judicial, violando o disposto no artigo 5º, inciso X, da CF/88. Também se configura prova ilícita a realização de interrogatório judicial do réu sob coação, afrontando diretamente a norma ordinária do direito ao silêncio, com notória essência de direito material fundamental – decorrente do princípio constitucional implícito da não autoincriminação.

Quanto à prova ilegítima, esta consiste na prova produzida, em regra, no curso do processo, por intermédio da violação às normas de natureza processual. Adalberto Aranha dispõe que ilegítimo seria aquilo “a que faltam qualidades ou requisitos exigidos pela lei para ser por ela reconhecido ou posto sob sua proteção”⁶⁸. Diante disso, vê-se que as provas ilegítimas são aquelas que desrespeitam os procedimentos estatuídos nas normas processuais para quando da sua produção no processo. Nestas, diferentemente das provas ilícitas, não há

⁶⁷ MATTOS, Luiz Norton Baptista de. Breves noções sobre as provas ilícitas. *Revista da Escola da Magistratura Regional Federal 2ª Região – EMARF*. Rio de Janeiro, v. 12, n. 1, p. 1-300, ago. 2009, p.58.

⁶⁸ ARANHA, 2006, p. 50.

afronta aos direitos fundamentais materiais, tratando-se em verdade de prova produzida em desacordo com o direito instrumental. A citar, constitui prova ilegítima o reconhecimento judicial do réu em inobservância do procedimento legal previsto no artigo 226 do Código de Processo Penal; a elaboração de laudo por apenas um perito não oficial, violando o artigo 159, §1º, do Códex Processual.

Interessante ainda elucidar que as provas ilícitas e ilegítimas se diferem, outrossim, quanto ao momento processual. Pierobom de Ávila⁶⁹ pontua que tal distinção decorre da não similitude entre a obtenção e a produção de prova, pois a primeira refere-se ao “acesso à prova, que pode ser fora do processo”, enquanto a segunda alude a “introduzir o meio de prova no processo, após o exame positivo de admissibilidade”.

Dito isso, a caracterização da prova como ilícita far-se-á, via de regra, quando do momento da sua colheita, relacionada aos meios e modos utilizados para tanto; sendo, portanto, geralmente extraprocessual. A corroborar, Aury Lopes Júnior⁷⁰ dispõe que na prova ilícita a violação da norma de direito material ocorre no íterim da coleta daquela, a qual será exterior ao processo, embora possa ser anterior ou concomitante ao processo. Doutra modo, a infringência da norma processual pela prova ilegítima ocorrerá dentro do processo, vez que se dá quando da sua produção em juízo; são, desse modo, endoprocessuais. Adalberto Aranha⁷¹ ratifica o entendimento exposto ao lumiar que a prova será ilegítima ao transgredir norma processual quando da produção daquela no bojo do processo.

Ademais, não se olvide que tal distinção feita pela doutrina entre a prova ilícita e a ilegítima também é entendimento sufragado pelo Supremo Tribunal Federal. No julgamento do HC nº 81.167/BA, cujo relator era o Ministro Gilmar Mendes, a Corte Suprema corroborou a diferença entre aquelas, vez que a primeira seria aquela que viola norma ou princípio de direito material, enquanto a última descumpra normas ou princípios de direito processual.

3.1.1 Inadmissibilidade versus nulidade: a consequência processual do reconhecimento da ilicitude e da ilegitimidade da prova

A garantia constitucional do inciso LVI, do artigo 5º, da Constituição Federal de 1998, alude que as provas obtidas por meios ilícitos serão inadmissíveis no processo. Interessante elucidar que, com a reforma processual advinda com a Lei 11.690/2008, o Código de

⁶⁹ ÁVILA, 2006, p. 105.

⁷⁰ LOPES Jr., 2014, p. 428.

⁷¹ ARANHA, 2006, p. 50.

Processo Penal passou a prever expressamente no *caput* do artigo 157 uma definição de provas ilícitas, aduzindo que estas seriam as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais, sendo inadmissíveis e, portanto, deveriam ser desentranhadas do processo.

Ocorre que a opção de definição de prova ilícita adotada pelo legislador pátrio possibilita interpretações diversas, revelando certa atécnia, pois como bem objurga Gomes Filho⁷² “longe de esclarecer o sentido da previsão constitucional, pode levar a equívocos e confusões, fazendo crer, por exemplo, que a violação de regras processuais implica ilicitude da prova, e em consequência, o seu desentranhamento do processo”.

Tanto assim o é que, em pese o respeitável conhecimento jurídico do doutrinador Guilherme de Souza Nucci, este, em interpretação equivocada, assevera que o Código de Processo Penal, mediante a referida reforma processual, adotou claramente a concepção de que “as provas produzidas ao arrepio da lei processual também geram ilicitudes, aptas a acarretar o desentranhamento da respectiva prova; [...]o cenário das nulidades deve ser reservado a outros vícios, longe do âmbito das provas”⁷³.

Nessa senda, o aludido autor defende que a prova ilícita abrange aquelas que são obtidas mediante a violação tanto de normas de direito material, quanto de direito processual; de modo que aquela primeira é gênero, do qual a prova ilegal e ilegítima são espécies. Todavia, tal interpretação levaria ao equívoco imensurável de que as provas ilegítimas são inadmissíveis no processo e, por consequência, deveriam ser desentranhadas do processo. Data vênua, não merece prosperar tal entendimento.

Isso porque a distinção entre as provas ilícitas e provas ilegítimas funda-se no conteúdo ínsito da norma violada quando do momento da obtenção ou produção destas; ou seja, se a transgressão se deu em face de uma norma de natureza material ou processual, como já exaustivamente exposto no tópico anterior. Destarte, a melhor interpretação do artigo 157, *caput*, do Código de Processo Penal seria a de compreender a prova ilícita como aquele obtida mediante a violação de normas de conteúdo material, relacionadas aos direitos fundamentais assegurados aos indivíduos, as quais podem estar presentes tanto na norma constitucional, quanto na norma legal que revele indiretamente as garantias constitucionais - e não um fim em si mesma, como são as normas processuais.

De tal modo, a referida distinção entre as provas ilícitas e as ilegítimas é de suma relevância para perquirir o tratamento a ser dado a estas no processo penal, se o da

⁷² GOMES FILHO, Antonio Magalhães. A inadmissibilidade das provas ilícitas no processo penal brasileiro. *Revista brasileira de ciências criminais*, v. 18, n. 85, p. 393-410, jul./ago. 2010, p. 8.

⁷³ NUCCI, 2014 b), p. 284.

inadmissibilidade ou o da nulidade. Isso porque tais sistemas de tratamento da prova vedada não se confundem, pois completamente diferente as consequências processuais dadas às provas ilícitas e ilegítimas no ordenamento jurídico pátrio.

Quanto à inadmissibilidade, esta se trata, como bem pontua César Dario Mariano⁷⁴, de uma antecedente valoração feita pelo legislador para que provas obtidas por meios ilícitos não ingressem sequer no processo; e por conseguinte, não sejam objeto para apreciação e formação da convicção do julgador quanto aos fatos investigados. De tal modo, ao verificar que a prova é ilícita, o julgador não permitirá que esta adentre nos autos; e se por acaso tal ingresso ainda sim ocorra, será posteriormente determinado o desentranhamento daquela do processo.

A inadmissibilidade é, portanto, a não aceitação da prova ilícita no processo, e não a sua nulidade. Isso porque o magistrado não poderá ser influenciado pelo teor do conteúdo revelado na prova ilícita, já que esta “trata-se de um não-ato, de não-prova, que as reduz à categoria de inexistência jurídica”⁷⁵; de modo que será determinada a exclusão daquela, caso ingresse no processo.

Já no sistema da nulidade, diametralmente oposto ao da admissibilidade, a prova ingressa no processo e em virtude da transgressão na produção daquela de normas de natureza processual, poderá o juiz considerar a prova ilegítima como nula. A nulidade é “sanção decorrente de um vício ou defeito que ela (a prova) apresente ou em virtude da metodologia empregada em sua obtenção”⁷⁶. Logo, observa-se que a prova ilegítima poderá ser considerada nula, e não inadmissível, haja vista que é cabível a renovação da produção daquela para que se amolde às normas processuais atinentes anteriormente violadas.

Isso porque, o próprio Código de Processo Penal, no *caput* do artigo 573, prevê que serão renovados ou retificados os atos cuja nulidade não tenha sido sanada. Ressalte-se ainda que o sistema das nulidades no processo penal é regido por princípios próprios, dentre os quais, o princípio do *pas de nullité sans grief*, cujo cerne consiste em que nenhuma nulidade será declarada se não advier qualquer prejuízo às partes.

Portanto, vislumbra-se a notória e importante distinção entre as sanções processuais concedidas às provas ilícitas e às ilegítimas. Nesse trilhar, enquanto a prova ilícita terá como consequência processual a sua inadmissibilidade no processo, ou posterior desentranhamento; a prova ilegítima poderá ter declarada sua nulidade absoluta ou decretada a nulidade relativa,

⁷⁴ SILVA, 2005, p. 18.

⁷⁵ GRINOVER; FERNANDES; GOMES FILHO, 2004, p. 126.

⁷⁶ SILVA, op. cit., p. 19.

com a possibilidade de serem renovadas posteriormente para se amoldarem à norma processual, o que não é cabível à prova ilícita.

3.2 O regramento constitucional da inadmissibilidade da prova ilícita pelo artigo 5º, inciso LVI, da Constituição Federal de 1988

3.2.1 Breve histórico da evolução no tratamento dado à ilicitude probatória

A positivação no ordenamento jurídico brasileiro da inadmissibilidade da prova obtida por meios ilícitos apenas se deu com o advento da Constituição Federal promulgada em 05 de outubro de 1988, vez que antes inexistia qualquer previsão normativa a respeito do tratamento dado às provas ilícitas. Assim, interessante traçar a evolução histórica da disciplina da ilicitude da prova no ordenamento processual penal brasileiro.

Observa Ricardo Cintra Torres de Carvalho⁷⁷ que antes da atual Constituição, em um primeiro momento prevalecia o denominado princípio da veracidade da prova, mediante o qual a avaliação da prova não era feita consoante a forma de obtenção desta, mas sim pela carga probatória que continha. Por conseguinte, até então o modo como a prova fora obtida em nada valia para fins de determinar sua admissibilidade no processo, vez que embora as irregularidades perpetradas para a obtenção das provas configurassem ilícitos penais ou administrativos, estes seriam apurados em esfera própria, sem qualquer consequência processual sobre a prova em si obtida com infringência normativa.

Assim, o aludido regramento da prova ilícita aproximava-se da sistemática do *male captum bene retentum*, o qual alvitrava apenas a punição daquele responsável pela produção da prova por meios ilícitos, de modo que tal prova seria plenamente admissível, ainda que obtida ilicitamente. O referido axioma pregava que aquilo que fora mal colhido no direito material, foi bem preservado em sede do direito processual.

Ao observar alguns julgados dos extintos Tribunais de Alçada de São Paulo, os quais adotavam essa posição de admissibilidade da prova obtida por meio ilícitos, Gomes⁷⁸ cita o julgamento da Apelação Criminal nº 43.797, no ano de 1964, pelo relator Azevedo

⁷⁷ CARVALHO, Ricardo Cintra Torres de. A inadmissibilidade da prova ilícita em processo penal: um estudo comparativo das posições brasileira e norte-americana. *Revista brasileira de ciências criminais*, São Paulo, v. 3, n. 12, p. 162-200, out./dez. 1995, passim.

⁷⁸ GOMES FILHO, 2010, p. 396.

Franceschini, no qual restou consignado que não se retirava o valor probante da confissão obtida mediante maus tratos impostos ao réu, vez que os demais elementos contidos nos autos demonstravam a veracidade dos fatos confessados naquela.

Ada Pelegrini⁷⁹ critica tal corrente que admitia a prova ilícita, vez que a mera responsabilização daquele que praticara a ilicitude para obter a prova compactuária com a indesculpável violação aos direitos fundamentais dos indivíduos, de modo que no Estado de Direito o *jus puniendi* não poderia se efetivar através da prática de ilicitudes. Na mesma toada, Luiz Norton Baptista de Mattos⁸⁰ cita Szanniaswski, o qual observa que “permitir-se a prática de um ato delituoso e depois punir-se um criminoso é fugir-se ao bom senso; [...] deve-se evitar o crime para não precisar punir e não contrário, favorecer o crime e punir o criminoso”.

Posteriormente, no final da década de 60, houve mudança no posicionamento dos aludidos tribunais, superando a premissa do *male captum bene retentum* pela ideia da inadmissibilidade das provas ilícitas. A 4ª Câmara do extinto Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, no julgamento da Apelação nº 275.881, em abril de 1983, cujo relator era Albano Nogueira, observou que a violação da lei pelo Estado sob o fundamento de obter elementos probatórios não poderia se sustentar, uma vez que os fins não justificariam os meios, de modo que o direito à prova, de natureza instrumental, não poderia sufragar as garantias individuais constitucionais, de natureza material. No referido caso, o aludido tribunal obtemperou que, não obstante a verdade da imputação feita pela acusação, a ilegalidade na busca e apreensão domiciliar eivava de vício a ação penal, não podendo ser utilizada tal prova para condenação.

Nesse contexto, o Supremo Tribunal Federal também sustentara a inadmissibilidade da utilização de provas ilícitas no bojo do processo, mesmo antes de expressa previsão constitucional. Em julgados referentes à matéria cível, a Corte Suprema determinou, em 1977 e 1984, o desentranhamento dos autos de gravações telefônicas obtidas ilicitamente⁸¹. Ademais, na seara processual penal, consignou o STF, em julgamento prolatado em 18 de dezembro de 1986, que provas obtidas por meios ilícitos – no caso, tratava-se de interceptação telefônica ilegal - não poderiam ser substrato para instauração de inquérito policial e posterior oferecimento de ação penal; assim, determinou-se o trancamento do inquérito policial, vez que alicerçado em prova ilícita, a qual não era admissível no processo⁸².

⁷⁹ GRINOVER, 1982, p. 150.

⁸⁰ SZANNIASWSKI, 1993, p. 106 apud MATTOS, 2009, p. 60.

⁸¹ GOMES FILHO, 2010, p. 2.

⁸² RTJ 122/47 apud GOMES FILHO, 2010, p.3.

Com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil, em 05 de outubro de 1988, a inadmissibilidade da prova obtida por meios ilícitos passou a ser prevista expressamente no rol dos direitos e garantias fundamentais, precisamente no inciso LVI, do artigo 5º da aludida Carta Magna. Ressalte-se, outrossim, que a referida garantia trata-se de cláusula pétrea, consoante o disposto no artigo 60, §4º, inciso IV, da CRFB/88. Interessante pontuar que a inserção da inadmissibilidade da prova ilícita como garantia fundamental, corolário do devido processo legal, no bojo da Constituição Federal deu-se após um período de mudanças históricas notórias. Nesse sentido, observa Ávila⁸³:

O princípio constitucional do art. 5º, LVI, da CF/88 representa a síntese de um momento político e histórico brasileiro de proscricção contra os abusos cometidos durante o regime da ditadura militar. Um sistema no qual o discurso de segurança nacional fundamentou abusos intoleráveis aos direitos humanos, tais quais torturas, prisões ilegais, execuções sumárias, violações à intimidade domiciliar e ausência de resguardo mínimo da vida privada dos cidadãos. Ao se virar uma página violenta da história brasileira, decidiu o legislador constituinte de 1988 sepultar definitivamente esse regime totalitário de supremacia absoluta do interesse público [*rectius*: dos detentores do poder político] sobre valores mínimos da dignidade humana. Como forma de estabelecer esse programa de modificação da estrutura de Estado, realizou o constituinte a opção por uma garantia que criasse condições institucionais de evitar as violações sistemáticas aos direitos fundamentais, procurando arraigar o sentimento de obrigatoriedade de obediência aos mandamentos constitucionais e criar uma nova cultura jurídica democrática.

3.2.2 O intento da garantia constitucional da inadmissibilidade da prova ilícita

É cediço na doutrina processual penal que podem ser utilizados pelas partes processuais quaisquer meios idôneos probatórios disponíveis para a formação da convicção do magistrado quanto à veracidade ou não dos fatos sob *judice*. Entretanto, o direito à prova, chamado *right to evidence*, e por consectário lógico, o princípio da liberdade probatória, no afã de possibilitarem às partes a produção das provas necessárias à formação da convicção do magistrado em face dos fatos sob sua apreciação, sofrem limitações na seara processual penal, em razão do respeito aos direitos e garantias fundamentais consagrados na Carta Magna. Vê-se que a admissibilidade das provas é regra, sendo excepcional, portanto, a sua inadmissibilidade.

Logo, à obtenção da prova a ser utilizada no processo penal aplica-se diversas garantias constitucionais, como a do devido processo legal, ampla defesa e a inadmissibilidade da prova ilícita no processo, as quais devem ser observadas sob pena de

⁸³ ÁVILA, 2006, p. 118.

configurar ofensa à Constituição Federal. Assim, tais normas, as quais disciplinam o regramento, bem como, as limitações ao modo de obtenção, produção e valoração das provas, tem como destinatário, em regra, o Estado (este titular do direito de punir), com o escopo de propiciar a proteção aos direitos fundamentais do indivíduo contra o qual fora instaurada a persecução criminal.

Quanto a tais limitações no campo probatório, a Constituição Federal de 1988, dentro do rol dos direitos e garantias individuais, em seu artigo 5º, inciso LVI, veda expressamente a utilização da prova obtida de modo ilícito no processo, como corolário da garantia constitucional do devido processo legal. Ressalte-se que o campo de abrangência da tutela desta norma tem ligação indissociável com a proteção de outros direitos e garantias fundamentais, a citar, a inviolabilidade do domicílio, o direito à privacidade e intimidade, o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, entre outros.

Pontue-se que o Estado, titular do *jus puniendi*, não poderia valer-se de manifestas violações aos direitos e garantias fundamentais dos indivíduos sob o fundamento da busca pela verdade real no processo penal, a fim de ensejar a punição do sujeito ativo da infração penal. Isso porque os fins colimados não justificam os meios na seara processual penal, consoante os ensinamentos de José Frederico Marques⁸⁴. Observa-se, portanto, que o direito à prova sofre limitações, não se revestindo de caráter absoluto, vez que, por conseguinte, deve respeitar outros direitos fundamentais tutelados pelo ordenamento jurídico.

Assim, a Carta Magna proclama a inadmissibilidade das provas obtidas por meio ilícito no processo, de modo que não poderia a busca pela verdade real, como justificativa de alcançar a eficiência processual, prevalecer a qualquer custo, relegando a tutela dada aos direitos e garantias fundamentais do indivíduo, sob pena de configurar inevitável ofensa aos ditames proclamados pelo Estado Democrático de Direito. Logo, tem-se que a aludida garantia constitucional trata-se de verdadeiro elemento profilático, como leciona Gomes Filho⁸⁵, que visa a proteção dos direitos e garantias fundamentais individuais, bem como, tem por escopo evitar condutas que atentem contra a correta administração da justiça penal. É o chamado efeito dissuasório à atuação estatal no exercício do *jus puniendi*.

Nesse sentido, com maestria Thiago A. Pierobom de Àvila⁸⁶ obtempera:

⁸⁴ MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, v. 4, 1965, p. 294.

⁸⁵ GOMES FILHO, 1997, p. 265.

⁸⁶ ÁVILA, 2006, p. 119.

A inadmissibilidade das provas ilícitas teve sua concepção e desenvolvimento como um instrumento de política criminal, preordenada a incentivar o respeito aos direitos fundamentais. Possui uma teologia de pedagogia judiciária, de forma que a sanção da violação conduza a uma progressiva obediência do regramento formal pelos seus executores. Portanto, o princípio da inadmissibilidade é uma forma de expressão do dever de proteção dos direitos fundamentais. A instrumentalidade da garantia constitucional do princípio da inadmissibilidade é sua predisposição teleológica à proteção institucional dos direitos fundamentais materiais. Essa proteção não pode estar dirigida ao passado, pois o direito fundamental do caso concreto já está violado, mas é dirigida ao futuro ao criar um sistema que inadmita as violações aos direitos fundamentais. Considerando que diariamente os órgãos de persecução penal realizam atividades investigativas, procura-se criar um padrão de atuação policial que respeite os direitos fundamentais como parâmetros de conduta (dimensão objetiva) estabelecendo um contra-incentivo para a violação: a sanção processual da inadmissibilidade. Ao transformar a violação dos direitos fundamentais em um ato inútil de investigação, procuram-se dissuadir futuras violações. [...] (a norma) está calculada para evitar, não para reparar; seu propósito é dissuadir, impor respeito pela garantia constitucional da única maneira efetivamente disponível, mediante a remoção do incentivo para ignorá-la.

Com maestria elucida Gilmar Mendes e Paulo Branco que “as regras que regulam e limitam a obtenção, a produção e a valoração das provas são direcionadas ao Estado, no intuito de proteger os direitos fundamentais do indivíduo atingido pela persecução penal”⁸⁷. Ademais, a norma constitucional da inadmissibilidade das provas ilícitas no processo apresenta não apenas um efeito dissuasório à atuação estatal quando do exercício da persecução criminal, mas também um fundamento ético ao processo. Tal substrato ético é intitulado pela doutrina de *fair trial*, como decorrência do devido processo legal, consagrando um modelo garantista de jurisdição, vez que exige uma participação justa, equânime e leal dos sujeitos processuais.

Nessa toada, Rogério Lauria Tucci⁸⁸ leciona que, sobretudo na seara criminal - a qual visa reparar a transgressão oriunda da infração penal -, não seria crível que o Estado, para exercer o direito de punir, impondo a pena, usufruísse de mecanismos os quais violassem aqueles mesmos bens jurídicos outrora tutelados pelo ordenamento jurídico. Seria verdadeiro contrassenso ao fundamento da sanção criminal, colocando em xeque o próprio sistema punitivo. Isso porque se a aplicação da pena objetiva ratificar as normas de mínimo ético impregnadas nas leis penais, tal escopo restaria fracassado se o próprio Estado, titular do *jus puniendi*, transgredisse tais normas sob o pretexto da busca da verdade real para a eficácia da proteção penal.

⁸⁷ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 602.

⁸⁸ TUCCI, Rogério Lauria. Ordem judicial de busca e apreensão e ilicitude da prova dela extrapolante. *Revista dos tribunais*, São Paulo, v. 95, n. 849, p. 457-470, jun. 2006, p. 467.

Assim, o processo penal garantista cada vez mais pauta-se na observância de regras éticas e morais, pugnando às partes processuais e todos aqueles envolvidos na persecução criminal que atuem de modo probo, com lealdade e em observância aos direitos consagrados constitucionalmente aos indivíduos. Baptista de Mattos leciona que “o processo não pode se converter em um território de guerra, no qual a utilização de todas as armas, por mais abjetas e espúrias que sejam, é tolerável, desde que conducentes a um resultado favorável à parte”⁸⁹. De tal modo, a justa tutela jurisdicional é indissociável do substrato da moralidade que deve pautar o curso processual.

Portanto, o Estado na persecução criminal deverá respeitar as garantias mínimas fundamentais dos indivíduos, não podendo pautar sua atuação em elementos probatórios colhidos ao alvedrio da lei, mediante transgressões às normas de direitos fundamentais materiais. Assim, a previsão constitucional da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos, como consectário do *due process of law*, tem por escopo evitar arbitrariedades, tutelando os direitos fundamentais consagrados constitucionalmente, bem como, propiciando a efetiva proteção à eticidade do processo penal.

3.3 A disciplina infraconstitucional da prova ilícita pelo artigo 157 do Código de Processo Penal

O regramento das provas ilícitas passou a ser disciplinado expressamente no artigo 157 Código de Processo Penal, com o advento da Lei nº 11.690/2008. A priori, o legislador pátrio no *caput* do aludido dispositivo tentou elucidar o conceito de provas ilícitas, sem guardar, entretanto, boa técnica, como já exposto alhures. Nos parágrafos seguintes, tratou-se da prova ilícita por derivação e algumas exceções à extensão dos efeitos da ilicitude da prova originária. Ademais, fora estabelecido ainda incidente para o desentranhamento dos autos da prova obtida por meios ilícitos, já que estas não poderiam ser objeto de valoração na formação da convicção do julgador.

Obtempera-se que o Projeto de Lei nº 4.205/01, o qual culminou na reforma processual feita pela Lei nº 11.690/2008, previa ainda o §4º para o artigo 157 do Códex processual. Este parágrafo aduzia que não poderia prolatar a sentença ou acórdão o julgador que detivesse conhecimento sobre o teor do conteúdo da prova ilícita e, portanto, inadmissível. Isso porque a prova ilícita infectaria também aquele julgador que a ela teve

⁸⁹ MATTOS, 2009, p. 61.

acesso. Tratava-se de verdadeira descontaminação do julgado, como pontua Lima⁹⁰, pois não haveria a imparcialidade que se impõe ao juiz para julgar o caso *sub judice* se este tivesse conhecimento do contido na prova ilícita.

Embora louvável a redação, haja vista justamente ter o escopo de refrear que o juiz, o qual teve contato com o conteúdo da prova ilícita, julgasse o caso, pois inevitavelmente esta influenciaria no convencimento daquele, o aludido dispositivo aprovado pelo Congresso Nacional fora vetado pelo Presidente da República. A fundamentação do veto alicerçou-se no fato de que tal preceito iria de encontro à celeridade e à simplicidade que se queria dar ao processo penal mediante a reforma processual, pois aquela previsão ocasionaria desarranjo ao andamento processual, como a de substituir o juiz que procedeu à toda instrução processual por outro que não conhecia sequer o caso em análise.

Aury Lopes Jr⁹¹ em fundamentada crítica observa que o veto do §4º do artigo 157 do Código de Processo Penal não era justificável, e assim objeta:

É óbvio que o juiz que conheceu a prova ilícita não pode julgar, pois está contaminado. Não basta desentranhar a prova; deve-se “desentranhar” o juiz! [...] Daí porque não basta anular o processo e desentranhar a prova ilícita: deve-se substituir o juiz do processo, na medida em que sua permanência representa um imenso prejuízo, que decorre dos “pré-juízos” (sequer é prejulgamento, mas julgamento completo!) que ele fez. Imagine-se uma escuta telefônica que posteriormente vem a ser considerada ilícita por falha de algum requisito formal e a sentença anulada em grau recursal. Basta remeter novamente ao mesmo juiz, avisando-lhe de que a prova deve ser desentranhada? Elementar que não, pois ele, ao ter contato com a prova, está contaminado e não pode julgar.

3.3.1 Desentranhamento da prova ilícita e a inutilização da prova declarada inadmissível

Com a reforma processual feita pela Lei 11.690/2008, o Código de Processo Penal passou a prever expressamente no *caput* do artigo 157 que a prova ilícita deveria ser desentranhada dos autos. Ademais, dispôs o §3º do referido artigo que após a preclusão da decisão que determinasse o desentranhamento da prova ilícita, se procederia a inutilização desta por decisão judicial, sendo facultado às partes acompanhar o incidente.

O desentranhamento significa a retirada do processo da prova obtida por meios ilícitos, com o escopo de que o conteúdo atinente nesta não sirva de influência na formação da convicção do magistrado. Assim, a prova ilícita não deve ingressar no processo, vez que inadmissível; todavia, se por ventura aquela for inserida, deverá ser extirpada daquele

⁹⁰ LIMA, 2014, p. 604.

⁹¹ LOPES JR, 2014, p. 434.

mediante decisão proferida pelo julgador. O desentranhamento, portanto, é a sanção processual obrigatória quando inserida nos autos uma prova ilícita.

Interessante frisar que, mesmo antes da redação inserida pelo §3º, do artigo 157, do CPP, a jurisprudência pátria já havia perfilhado pela possibilidade de desentranhamento dos autos da prova obtida por meios ilícitos. Depreende-se isso do Informativo nº 32 do Supremo Tribunal Federal⁹², o qual dispunha o seguinte:

Prova Ilícita: Desentranhamento. Julgando embargos declaratórios opostos ao acórdão que recebera a denúncia oferecida contra a ex-Ministra Zélia Cardoso de Mello por crime de corrupção passiva, o Tribunal os acolheu para, suprimindo a omissão apontada pelo embargante - o corréu Paulo César Farias -, **determinar o desentranhamento das provas resultantes da decodificação das informações encontradas na memória do computador apreendido nas dependências da empresa Verax, tidas por ilícitas no julgamento da Ação Penal 307** [destacou-se], em que figurava como réu, entre outros, o ex-Presidente Fernando Collor de Mello. Aplicação do disposto no art. 5º, LVI, da CF ("São inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos;"). *Inq 731-DF (EDcl), rel. Min. Néri da Silveira, 22.05.96.*

Pontue-se ainda que o §3º, do artigo 157, do Código de Processo Penal, não aduz sobre o momento processual para o reconhecimento do desentranhamento dos autos. Mister asseverar, entretanto, que embora correta a sanção processual do desentranhamento dos autos da prova ilícita, a redação do §3º do artigo 157 do CPP não apresentou a melhor solução ao prever a inutilização da prova ilícita após a preclusão da decisão de desentranhamento. Isso porque o ponto nevrálgico e fundamental é que a prova ilícita não seja utilizada pelo juiz para a formação do seu convencimento; porém, tal fato não significa que a referida prova deva ser necessariamente destruída, extirpada do mundo fático.

Assim, a obrigatoriedade da destruição da prova ilícita, como propõe o Códex Processual Penal, apresentaria alguns inconvenientes. Távora e Alencar⁹³ lecionam que tal destruição poderia ocasionar a aniquilação da materialidade de eventual infração penal praticada para obter a prova anteriormente considerada ilícita; bem como, caso a prova fosse considerada equivocadamente ilícita, eventual destruição desta eternizaria possível injustiça, como a condenação do inocente ou a absolvição do verdadeiro culpado. Assim, com maestria que lhe é peculiar, Eugênio Pacelli endossa que "é preciso ter em mente, então, que a

⁹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Informativo de jurisprudência nº 32*, Brasília, DF, 20 a 24 de maio. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo32.htm#Prova Ilícita: Desentranhamento](http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo32.htm#Prova%20Il%C3%ADcita%20Desentranhamento)>. Acesso em: 28 mai. 2016.

⁹³ TÁVORA; ALENCAR, 2016, p. 842.

inutilização da prova dependerá da existência (ou não) de possíveis consequências jurídicas ao responsável por sua produção”⁹⁴.

A corroborar, no mesmo diapasão, Gomes Filho⁹⁵ tece crítica plausível à inutilização da prova ilícita:

A impossibilidade de utilização da prova pelo juiz, no processo (rectius, em determinado processo) não implica, assim, a necessidade de destruição física da prova ou, mais precisamente, do documento que a contém. É perfeitamente viável que a prova declarada ilícita num determinado processo possa vir a ser utilizada validamente em outro. Pense-se, como exemplo, da situação em que os autores da violação de direito, da qual resultou a prova ilícita, venham a ser processados pelo crime correspondente (tortura, violação de domicílio, interceptação telefônica ilegal etc.). Nesse caso, se inutilizada a prova, como manda a lei, ficaria prejudicada a demonstração do próprio fato praticado para obtê-la. Não se pode descartar, ainda, a hipótese de usar uma prova ilícita *pro reo* em outro processo, como o de revisão criminal.

Elucide-se que o Projeto de Lei nº 4.205/2001, o qual objetiva alterar dispositivos do Código de Processo Penal relativos à prova, colecionava redação diversa da aprovada pelo Congresso Nacional ao referido §3º do art. 157, vez que propunha que “preclusa a decisão de desentranhamento da prova declarada ilícita, serão tomadas as providências para o arquivamento sigiloso em cartório”. Essa seria a opção mais viável e adequada, e não a inutilização da prova como estatuído pelo legislador, pois posteriormente a prova ilícita desentranhada poderia servir como materialidade para apuração de eventual infração penal praticada para a obtenção daquela, bem como, poderia ser utilizada para a absolvição de um inocente.

Destarte, ao prever a inutilização da prova ilícita, o artigo 157, §3º, do Código de Processo Penal merece ser interpretado de forma teleológica, e não literalmente; haja vista que ao magistrado, após preclusa a decisão do desentranhamento, deve ser facultado a determinação da destruição daquela prova ou não, vez que a aludida prova poderia ser, por exemplo, utilizada em sede recursal quando não houvesse outra forma de absolver o réu. Assim, em caso de não inutilização da prova, Noberto Avena propõe que deveria ser esta “autuada e permanecer em apartado ao processo, possibilitando sua eventual utilização, pelo juiz ou pelo tribunal (em grau de recurso)”⁹⁶.

⁹⁴ OLIVEIRA, 2014, p. 347.

⁹⁵ GOMES FILHO, 2010, p. 399.

⁹⁶ AVENA, 2014, p. 476.

3.4 Provas ilícitas por derivação e a teoria dos frutos da árvore envenenada

A extensão dos efeitos da prova obtida por meios ilícitos às outras provas no processo penal merece fundamental atenção, em razão da indagação sobre a aplicação da inadmissibilidade ou não àquelas provas que derivaram de uma originária ilícita. Ressalte-se que o referido questionamento apenas se faz nos ordenamentos jurídicos os quais adotam o posicionamento da não aceitação das provas ilícitas no processo como elemento a ser valorado pelo magistrado quando da formação do seu convencimento.

A prova ilícita por derivação é a atingida pelos vícios oriundos de uma anterior prova ilícita, embora aquela seja obtida em momento posterior a esta, não infringindo qualquer norma de natureza material – de maneira válida, portanto. O próprio termo derivação, por si só, é esclarecedor, vez que a prova derivada se torna ilícita em virtude de ter sido decorrente de outra ilícita, numa relação patente de causalidade.

Torquato Avolio, com singularidade, dispõe sobre a definição da prova ilícita por derivação aduzindo que “a prova foi obtida de forma lícita, mas a partir da informação extraída de uma prova obtida por meio ilícito”⁹⁷. No mesmo diapasão, Avena leciona que “provas ilícitas por derivação são aquelas que, embora lícitas na própria essência, decorrem exclusivamente de uma outra prova, considerada ilícita, ou de uma situação de ilegalidade, restando, portanto, contaminadas”⁹⁸.

Cumprir pontuar que o estudo da prova ilícita por derivação teve nascedouro na jurisprudência da Suprema Corte Norte Americana, em 1920, com o julgamento do caso *Silverthorne Lumber Co. vs. US*, no qual fora inadmitida a prova apresentada pela acusação pois fora utilizados documentos obtidos a partir de uma anterior busca e apreensão ilegal. Assim, notória era a contaminação da prova posterior, diante da existência de nexo de causalidade entre esta e a prova originária ilícita. Pierobom de Ávila⁹⁹ discorreu sinteticamente sobre o referido precedente jurisprudencial norteamericano:

[...] Em *Silverthorne Lumber & Co. v. United States* (1920) houve uma apreensão ilegal de documentos de uma empresa, o juiz determinou sua devolução, os agentes da investigação tiraram cópias dos materiais, os devolveram, e posteriormente utilizaram as cópias em outro procedimento de investigação. A Corte entendeu inadmissível a utilização desses documentos no novo procedimento e criou duas novas regras: a proteção da Quarta Emenda se estende também às pessoas jurídicas

⁹⁷ AVOLIO, 1999, p. 76.

⁹⁸ AVENA, 2014, p. 477.

⁹⁹ ÁVILA, 2006, p. 140.

(não apenas a *people*, mas também a *corporation*); e deu o primeiro passo em direção à construção da “teoria dos frutos da árvore envenenada” (*fruit of the poisonous tree doctrine*), já que inadmitiu a utilização do fruto da apreensão ilegal em outra investigação.

Todavia, embora já introduzida a ideia da prova ilícita por derivação na jurisprudência norte-americana, fora apenas no julgamento pelo Juiz Frankfurter do caso *Nardone vs. United States*, em 1937, que a Suprema Corte Norte-Americana consagrou expressamente a intitulada teoria *fruits of the poisonous tree* ou *taint doctrine*, chamada de Teoria dos frutos da árvore envenenada. Aury Lopes Júnior¹⁰⁰, citando majestosamente Pierobom de Ávila, observa que o histórico precedente norte-americano obtemperou que “proibir o uso direto de certos métodos, mas não por limites a seu pleno uso indireto apenas provocaria o uso daqueles mesmos meios considerados incongruentes com padrões éticos e destrutivos da liberdade pessoal”.

Mediante tal teoria pontua-se que as provas obtidas em decorrência de uma prova originária ilícita seriam todas contaminadas pelos vícios desta. Compara, assim, a prova ilícita a uma árvore venenosa, de modo que todos os frutos oriundos desta, no caso as provas derivadas, inevitavelmente, também estariam intoxicados pela ilicitude. Destarte, as provas posteriores obtidas a partir ou em virtude de uma prova anterior ilícita serão assim consideradas, haja vista que se “as raízes estão viciadas, contaminado fica tudo que delas provém”¹⁰¹.

Embora a Constituição Federal de 1988, no inciso LVI do artigo 5º não abordasse expressamente sobre as provas derivadas da ilícita, a aludida teoria dos Frutos da Árvore Envenenada, construção da jurisprudência norte-americana, também chamada de efeito à distância, já vinha sendo albergada no ordenamento jurídico brasileiro pelos posicionamentos jurisprudenciais do Supremo Tribunal Federal, antes mesmo da reforma processual feita pela Lei 11. 690/2008.

A Corte Suprema utilizava o disposto no artigo 573, §1º, do Código de Processo Penal, o qual reza que a declaração nulidade de um ato ocasionará a dos atos que dele diretamente dependam ou sejam consequência, como fundamento legal para aplicar tal teoria e inadmitir as provas ilícitas por derivação. Interessante ressaltar, entretanto, que à época detinham-se posições doutrinárias contrárias à aplicação da teoria dos frutos da árvore envenenada, uma vez que aduziam tal ressalva não ser feita pela normativa da Carta Magna.

¹⁰⁰ ÁVILA, 2007, p. 152 apud LOPES JR., 2014, p. 432.

¹⁰¹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. O processo penal norte-americano e sua influência. *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, n. 12, p. 89-100, jul./dez. 2000, p. 93.

O primeiro julgado do STF que sufragou o acolhimento da Teoria dos frutos da árvore envenenada claramente foi o Habeas Corpus nº 73.351/SP, em 1996, cujo Relator era o Ministro Ilmar Galvão. Neste julgado assentou-se o entendimento, por maioria dos votos, de que a interceptação telefônica obtida por meios ilícitos, haja vista a falta de lei à época que a disciplinasse - como previa o disposto no artigo 5º, inciso XII, da CRFB/88 -, “contamina outros elementos probatórios eventualmente coligidos, oriundos, direta ou indiretamente, das informações obtidas na escuta”¹⁰². Inclusive, a corroborar, o Informativo de Jurisprudência nº 30 do Supremo Tribunal Federal¹⁰³ observou a adoção da doutrina dos frutos da árvore envenenada, conforme se depreende abaixo:

Frutos da Árvore Envenenada. A prova ilícita contamina as provas obtidas a partir dela. Com fundamento na doutrina dos "frutos da árvore envenenada" [grifo nosso], o Tribunal determinou, por maioria de votos, o trancamento de ação penal por crime de tráfico de entorpecentes, em que o flagrante - apreensão de 80 quilos de cocaína - e demais provas só foram possíveis em virtude de interceptação de ligações telefônicas autorizada pelo juiz. Aplicação do art. 5º, LVI, da CF ("são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos;"). Necessidade da regulamentação do art. 5º, XII, da CF ("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;"). Vencidos os Ministros Octavio Gallotti, Sydney Sanches, Néri da Silveira e Moreira Alves. Precedente citado: *HC 69912-RS (DJ de 26.11.93)*. *HC 73.351-SP, rel. Min. Ilmar Galvão, 10.05.96*.

A posteriori, a jurisprudência pátria da Corte Suprema sedimentou, no julgamento do HC 72.588/PB, a premissa de que a contaminação da prova obtida por meios ilícitos estender-se-ia unicamente e apenas em face daquelas provas cuja obtenção decorreria exclusivamente daquela primeira; tornando-se, assim, inadmissíveis no processo as provas ilícitas por derivação¹⁰⁴. Por conseguinte, caso constatado que a prova ilícita não fora a única que propiciou a instauração da persecução criminal, existindo assim outras provas obtidas por meios lícitos que a embasaram, seria plenamente cabível a prolação de eventual sentença condenatória. Tal ilação dava-se justamente, por não restar presente a contaminação das

¹⁰²BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus nº 73.351 SP*, Relator: Ministro Ilmar Galvão, Primeira Turma, Brasília, DF, data de julgamento: 09/05/1996, data de publicação: DJ 19/03/1999. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/744091/habeas-corpus-hc-73351-sp>>. Acesso em: 31 mai. 2016.

¹⁰³BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Informativo de jurisprudência nº 30*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo30.htm#Frutos da Árvore Envenenada>>. Acesso em: 31 mai. 2016.

¹⁰⁴BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus nº 72588 PB*, Relator: Ministro Maurício Corrêa, Tribunal Pleno, Brasília, DF, data de julgamento: 12/06/1996, data de publicação: DJ 04/08/2000. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2881681/habeas-corpus-hc-72588-pb>>. Acesso em: 31 mai. 2016.

demais provas pela anterior prova ilícita, diante da ausência denexo de causalidade entre a obtenção daquelas posteriores com esta última.

Nessa toada, mister trazer à baila o entendimento majestoso do Ministro Celso de Mello no julgamento do RHC 90376/RJ¹⁰⁵, pela Segunda Turma do STF, quanto à inadmissibilidade das provas ilícitas por derivação:

[...] Ninguém pode ser investigado, denunciado ou condenado com base, unicamente, em provas ilícitas, quer se trate de ilicitude originária, quer se cuide de ilicitude por derivação. **Qualquer novo dado probatório, ainda que produzido, de modo válido, em momento subsequente, não pode apoiar-se, não pode ter fundamento causal nem derivar de prova comprometida pela mácula da ilicitude originária** [destacou-se]. A exclusão da prova originariamente ilícita - ou daquela afetada pelo vício da ilicitude por derivação - representa um dos meios mais expressivos destinados a conferir efetividade à garantia do "due process of law" e a tornar mais intensa, pelo banimento da prova ilicitamente obtida, a tutela constitucional que preserva os direitos e prerrogativas que assistem a qualquer acusado em sede processual penal. Doutrina. Precedentes. **A doutrina da ilicitude por derivação (teoria dos "frutos da árvore envenenada") repudia, por constitucionalmente inadmissíveis, os meios probatórios, que, não obstante produzidos, validamente, em momento ulterior, acham-se afetados, no entanto, pelo vício (gravíssimo) da ilicitude originária, que a eles se transmite, contaminando-os, por efeito de repercussão causal** [destacou-se]. Hipótese em que os novos dados probatórios somente foram conhecidos, pelo Poder Público, em razão de anterior transgressão praticada, originariamente, pelos agentes da persecução penal, que desrespeitaram a garantia constitucional da inviolabilidade domiciliar. **Revelam-se inadmissíveis, desse modo, em decorrência da ilicitude por derivação, os elementos probatórios a que os órgãos da persecução penal somente tiveram acesso em razão da prova originariamente ilícita, obtida como resultado da transgressão, por agentes estatais, de direitos e garantias constitucionais e legais, cuja eficácia condicionante, no plano do ordenamento positivo brasileiro, traduz significativa limitação de ordem jurídica ao poder do Estado em face dos cidadãos** [destacou-se].

Portanto, antes mesmo da reforma processual feita pela Lei nº 11.690/2008, a não aceitação no processo das provas ilícitas por derivação, rechaçando-as, com fulcro na teoria dos frutos da árvore envenenada, já era acolhida pela jurisprudência pátria quase de modo uníssono. Assim, a inserção do disposto no artigo 157, §1º, do Código de Processo Penal, de que são inadmissíveis no processo as provas derivadas das ilícitas, veio a ratificar expressamente a consagrada teoria do *fruits of the poisonous tree* adotada pelos Tribunais Superiores brasileiros, bem como, pela renomada doutrina processualista penal.

A garantia constitucional da inadmissibilidade da prova ilícita, prevista no artigo 5º, inciso LVI, da Carta Magna, se tornaria inócua se tal sanção não se aplicasse também às provas obtidas por derivação daquela primeira. A não admissibilidade da prova derivada da

¹⁰⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 90376 RJ*, Relator: Ministro Celso de Mello, Segunda Turma, Brasília, DF, data de julgamento: 03/04/2007, data de publicação: DJ 18/05/2007. Disponível em: < <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14729128/recurso-em-habeas-corpus-rhc-90376-rj>>. Acesso em: 31 mai. 2016.

ilícita é consequência lógica e indubitável da interpretação sistemática conferida à referida previsão constitucional. Isso porque não haveria consonância em vedar o uso direto da prova obtida por meios ilícitos, mas não estender tal proibição àquelas que desta primeira derivaram-se. Se assim não fosse, restaria configurada verdadeira burla à garantia constitucional, mascarada sob o fundamento de que se o constituinte não dispôs expressamente, não poderia o legislador ordinário fazê-lo.

De tal modo, a prova posterior, supostamente válida, decorrente de prova anterior obtida por meios ilícitos é tão prejudicial ao ordenamento jurídico quanto esta última. Por isso, a ambas se confere o mesmo tratamento da inadmissibilidade. Não há outra razão de ser, pois como bem salientado por Nucci, “de nada adiantaria preservar os direitos e garantias humanas fundamentais no nascedouro da produção da prova, permitindo-se depois, a utilização de derivações flagrantemente inconsistentes, pois calcadas em alicerces podres”¹⁰⁶.

3.4.1 Temperamentos à prova ilícita por derivação: a teoria da fonte independente e a teoria da descoberta inevitável

A aplicação da Teoria dos frutos da árvore envenenada não se dá de forma absoluta, vez que são impostas a ela temperamentos. São as chamadas exceções às regras de exclusão pela doutrina norte-americana. Há, desse modo, mitigações à extensão dos efeitos da ilicitude da prova originária à derivada, as quais foram expressamente dispostas nos artigos 157, § § 1º e 2º, do Código de Processo Penal, com a reforma processual feita pela Lei 11.690/2008.

No que tange à Teoria da Fonte Independente, também chamada de prova absolutamente independente, essa assevera que a prova não será considerada ilícita por derivação se for obtida por outra fonte autônoma e diversa daquela na qual se perpetrou a ilicitude, sem qualquer liame de causalidade entre estas. Eugênio Pacelli apregoa que esta teoria “baseia-se precisamente na ausência fática de relação de causalidade ou de dependência lógica ou temporal (prova posteriormente à ilícita); fonte de prova independente é apenas isso: prova não relacionada com os fatos que geraram a produção da prova contaminada”¹⁰⁷.

Mister frisar que a referida teoria, como exceção à configuração da ilicitude da prova por derivação, principiou-se na jurisprudência norte-americana, sob a designação *independent source limitation*, através do caso *Bynum vs. United States*, em 1960. Na casuística em

¹⁰⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. *Provas no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 32.

¹⁰⁷ OLIVEIRA, 2014, p. 364.

testilha, o acusado Bynum teve suas impressões digitais colhidas quando fora preso ilegalmente em decorrência da suposta prática do crime de roubo. Assim, por meio de tal identificação foi possível comprovar que Bynum era de fato um dos autores do delito. Todavia, em razão de tais elementos probatórios terem sido colhidos em decorrência de uma anterior ilicitude, qual seja, a prisão ilegal, entendeu a Corte Suprema Americana pela exclusão daquela prova, vez que contaminada por esta anterior.

Entretanto, em um segundo julgamento, a acusação apresentou outros registros de identificação dactiloscópica de Bynum, já existentes antes da prisão ilegal deste, os quais constavam nos arquivos do F.B.I. Diante disso, as referidas impressões digitais angariadas nos arquivos da polícia norte-americana foram utilizadas no julgamento do caso, sendo plenamente admitidas, pois a Corte Suprema Americana sustentou que estas foram obtidas mediante fonte autônoma e anterior à prova obtida ilicitamente, sem qualquer vínculo ou relação de causalidade com a prisão ilegal.

Destarte, vislumbra-se, em verdade, na teoria da fonte independente nítida ausência de nexos de causalidade entre a prova ilícita e a outra prova obtida; isso porque há duas fontes absolutamente independentes de provas, uma lícita e outra ilícita, de maneira que a primeira será plenamente admissível, enquanto a última não o será.

Portanto, há certa incongruência ao dispor que a referida teoria consiste em exceção ou mitigação à teoria dos frutos da árvore envenenada, haja vista que esta pressupõe a existência de nexos de causalidade entre a prova ilícita originária e aquela derivada desta; o que não ocorre na teoria da fonte independente, pois esta se pauta justamente na ausência de qualquer relação de causa e consequência entre as provas. Nessa toada, sobre a teoria da fonte independente Antonio Magalhães Gomes Filho¹⁰⁸ suscita precisamente que:

A rigor, [...] nem mesmo seria correto falar em exceção à regra de contaminação da prova deriva, pois na verdade o que se exclui é a própria relação de causalidade. Esse é, por sinal, o entendimento do Tribunal Supremo espanhol, que tem aplicado o conceito de fonte independente afirmando que não se dá a contaminação da prova derivada quando for possível estabelecer desconexão causal entre a prova que fundamenta a condenação e as obtidas ilicitamente. Daí porque a questão não está colocada como exceção à regra de exclusão, mas como permissão de valoração por não ocorrer derivação de prova inconstitucional.

Na teoria da fonte independente, assim, não há que se falar propriamente em exceção à contaminação da prova, simplesmente por esta não existir. Na *independent source*, metaforicamente, é como se existissem duas árvores (fontes de prova) - uma venenosa (prova

¹⁰⁸ GOMES FILHO, 2010, p. 404.

ilícita) e outra não (prova lícita) - as quais ambas dão frutos; porém, enquanto o fruto da primeira está contaminado (teoria dos frutos da árvore envenenada), o da segunda não está (teoria da prova absolutamente independente), podendo ser este devidamente usufruído no processo sem qualquer malefício. Destarte, Cecarelli cita Bloom e Brodin ao observar que “pode-se afirmar, portanto, que em aludida hipótese o fruto não deriva da árvore envenenada”¹⁰⁹.

Cumprido pontuar que, no Brasil, a jurisprudência dos Tribunais Superiores já vinha adotando tal teoria antes mesmo da positivação legal feita pela reforma processual em 2008. O Supremo Tribunal Federal no julgamento do HC nº 84.679, em 2004, asseverou que “evidenciada a existência de prova autônoma, descabe a pretensão de anular a decisão de recebimento da denúncia, sob a alegação ter sido o mandado de busca e apreensão cumprido em desacordo com a determinação judicial”¹¹⁰. Outrossim, no julgamento do RHC nº 90376¹¹¹, a Corte Suprema fez menção expressa à teoria norte-americana *independent source*, conforme se depreende de parte da ementa do julgado:

[...] Se, no entanto, 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 vinculação causal -, tais dados probatórios revelar-se-ão plenamente admissíveis, porque não contaminados pela mácula da ilicitude originária. A QUESTÃO DA FONTE AUTÔNOMA DE PROVA ("AN INDEPENDENT SOURCE") E A SUA DESVINCULAÇÃO CAUSAL DA PROVA ILICITAMENTE OBTIDA. DOUTRINA [destacou-se]. PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. JURISPRUDÊNCIA COMPARADA (A EXPERIÊNCIA DA SUPREMA CORTE AMERICANA): CASOS "SILVERTHORNE LUMBER CO. V. UNITED STATES (1920); SEGURA V. UNITED STATES (1984); NIX V. WILLIAMS (1984); MURRAY V. UNITED STATES (1988).**

De tal modo, a Lei 11.690/2008 veio ratificar a incorporação pelo ordenamento jurídico brasileiro da teoria da fonte independente, ao inserir os §§ 1º e 2º no artigo 157 do Código de Processo Penal. Quanto ao aludido § 1º, este observa que as provas derivadas das

¹⁰⁹ BLOOM; BRODIN, 2004, p.209 apud CECARELLI, Camila Franchitto. *Prova ilícita por derivação no direito processual penal brasileiro*. 2011. 174f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011, p. 141. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-31072012-085213/publico/Dissertacao_de_mestrado_versao_simplificada_Camila_Franchitto_Cecarelli.pdf>. Acesso em: 01 de jun. 2016.

¹¹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus nº 84679 RS*, Relator: Ministro Marco Aurélio, Relator(a) p/ acórdão: Min. Eros Grau, Primeira Turma, Brasília, DF, data do julgamento: 09/11/2004, data da publicação: DJ 12/08/2005. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudenciaDetalhe.asp?s1=000093484&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 02 jun. 2016.

¹¹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso ordinário em habeas corpus nº 90376 RJ*, Relator: Ministro Celso de Mello, Segunda Turma, Brasília, DF, data de julgamento: 03/04/2007, data de publicação: DJ 18-05-2007. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14729128/recurso-em-habeas-corpus-rhc-90376-rj>>. Acesso em: 02 de jun. 2016.

ilícitas também serão inadmissíveis, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras. Essa disposição é autoexplicativa, pois como bem leciona Grinover “se o vínculo não estiver evidenciado, é intuitivo que não se trata de prova derivada”¹¹².

Ocorre que o legislador pátrio, no artigo 157, §2º, do Código de Processo Penal, ao tentar elucidar o conceito de fonte independente acabou por cometer monumental deslize, vez que trouxe definição referente à teoria da descoberta inevitável e não a da prova independente. Ora, o referido dispositivo legal reza que fonte independente é considerada 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. Em verdade, não se trata de fonte independente, já que esta pressupõe a existência de fontes probatórias distintas e a ausência de nexo de causalidade entre estas. Gomes Filho¹¹³, em contundente crítica, assim objeta:

Mais grave foi o equívoco da lei ao consagrar a exceção fonte independente. Aqui o legislador afastou-se completamente da noção original fixada na jurisprudência norte-americana, que, como visto, supõe que o dado probatório possua efetivamente duas origens, uma lícita e outra ilícita, subsistindo como elemento de convicção válido, mesmo com a supressão da fonte ilegal. [...] aventurou-se o legislador a estabelecer um conceito normativo de fonte independente que subverte não só aquela ideia original, mas também coloca em risco a própria finalidade da vedação constitucional, que não é outra senão a de coibir atentados aos direitos individuais estabelecidos na Lei Maior. [...] Parece ter havido aqui uma confusão do legislador entre as exceções da fonte independente e da descoberta inevitável consagradas pela jurisprudência norte-americana.

Em relação à teoria da descoberta inevitável, também chamada de exceção da fonte hipotética independente, esta prevê que poderá ser utilizada a prova derivada de uma originária ilícita, se demonstrado no caso concreto que aquela seria obtida de qualquer forma, e em iguais condições, por atos válidos de investigação já em trâmite quando da prática da ilegalidade. De tal modo, mediante tal teoria inevitavelmente a prova derivada de uma obtida por meio ilícito seria descoberta, ainda que a prova originária viciada não existisse.

Nesse trilhar, Renato Brasileiro observa que “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”¹¹⁴. O fundamento dessa teoria, mitigando a extensão dos efeitos da ilicitude originária à prova derivada, alicerça-se no fato de não se efetuar no caso concreto um efetivo aproveitamento da violação a norma material diante inevitabilidade da descoberta da prova derivada.

¹¹² GRINOVER; GOMES FILHO; FERNANDES, 2004, p. 133.

¹¹³ GOMES FILHO, 2010, p. 402.

¹¹⁴ LIMA, 2014, p. 593.

O prelúdio da teoria da descoberta inevitável, chamada de *inevitable discovery exception*, deu-se através de construção jurisprudencial da Corte Suprema Norte-americana, no julgamento do caso *Nix vs. Williams*, em 1984. No referido precedente, ao acusado estava sendo imputada a autoria do homicídio de uma criança, cujo corpo estava desaparecido. Diante de tal fato, fora iniciada uma busca pelo cadáver nos municípios vizinhos por cerca de duzentos voluntários. Ocorre que no interstício de tal busca, obteve-se por meios ilícitos a confissão do acusado sobre o local onde se encontrava o corpo da vítima – em um buraco na margem de uma estrada. A polícia, então, dirigiu-se ao lugar aduzido na confissão e localizou o corpo da vítima, apreendendo-o.

No julgamento do caso, a Corte Suprema considerou que a referida apreensão era válida, pois, inobstante tenha sido a confissão sobre o local onde estava o corpo ter sido obtida ilicitamente, restou devidamente demonstrado, pelas circunstâncias concretas do caso, que tal descoberta era inevitável, vez que um grupo de duzentos voluntários já estavam procurando pelo cadáver e o encontrariam fatalmente mediante atividade investigatória lícita. Pontue-se, ainda, que neste precedente consignou-se que a comprovação de que a descoberta era inevitável seria ônus probatório da acusação¹¹⁵.

Na seara processual penal brasileira, cumpre destacar que tal teoria da descoberta inevitável, embora não tenha sido prevista com tal nomenclatura pelo legislador pátrio, encontra-se albergada no artigo 157, §2º do Código de Processo Penal. Isso porque, como anteriormente já objurgado, a reforma processual da Lei 11.680/90 ao fazer alusão ao conceito de fonte independente no §2º do art. 157 do CPP - como sendo 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 – fez, na verdade, o da descoberta inevitável.

Cumpre mencionar que as teorias da fonte independente e a da descoberta inevitável não se confundem. Na primeira é patente a ausência de qualquer relação de causalidade entre a prova ilícita e as demais obtidas no processo; enquanto, na última, presente esta o nexo de causalidade entre as provas, todavia este não é imprescindível para a obtenção da prova derivada, pois inevitavelmente esta seria descoberta por outros atos de investigação válidos, ainda que a prova ilícita não existisse.

Assim, lecionando sobre a teoria da descoberta inevitável, Nereu José Giacomolli¹¹⁶ afirma que esta é adotada pela legislação processual penal brasileira já que por intermédio de

¹¹⁵ ÁVILA, 2006, p. 161.

¹¹⁶ GIACOMOLLI, Nereu José. *Reformas do processo penal: considerações críticas*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2008, p. 47.

outros meios lícitos se obteria de forma inevitável igual resultado àquele angariado por uma prova ilícita. Ressalte-se que a aplicação de tal teoria, a qual elide a ilicitude da prova derivada possibilitando sua conseqüente admissibilidade no processo, não pode basear em meras especulações, devendo ser demonstrado concretamente no caso *sub judice* que tal descoberta da prova ocorreria inevitavelmente por outros meios legais.

Por fim, há quem se posicione pela inconstitucionalidade da redação do artigo 157, §2º, do Código de Processo Penal, por entender que a exegese literal de tal dispositivo ceifaria a garantia constitucional da inadmissibilidade da prova obtida por meios ilícitos. Isso porque a expressão “seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova” revela a ideia de suposição e não de concretude. Se assim interpretado “o texto legislativo examinado permite que se suponha sempre a possibilidade de obtenção da prova derivada por meios legais, o que esvazia, por completo, o sentido da garantia de inadmissibilidade da prova ilícita”¹¹⁷, ocasionando a inconstitucionalidade de tal dispositivo infraconstitucional, como bem verbera Gomes Filho.

Assim, em uma interpretação conforme à Constituição, na teoria da descoberta inevitável apenas as específicas circunstâncias da casuística é que autorizam considerar se de fato a prova seria obtida irremediavelmente por outros meios lícitos, e não simples conjecturas em abstrato, permitindo, por conseguinte, a admissibilidade no processo da prova derivada por restar afastada a extensão do efeitos da ilicitude da prova originária.

Em precisa análise, Aury Lopes Júnior¹¹⁸ aduz que tais teorias, as quais mitigam a tese dos frutos da árvore envenenada, chamada esta de princípio da contaminação, embora sejam consectários patentes desta, se mostram um tanto quanto perigosas ao depender do caso concreto e da subjetividade do julgador, diante do emprego de conceitos imprecisos e vagos. A prova derivada não seria contaminada pela originária ilícita apenas se demonstrado que esta não foi imprescindível para a descoberta daquela. Entretanto, a averiguação da presença ou não do nexo de causalidade, a fim de aplicar ou não os efeitos da prova ilícita originária à derivada, é arriscada, como afirma Marcos Zilli, “podendo levar a um alargamento da tolerância judicial das provas derivadas, desvirtuando o sentido da teoria”¹¹⁹.

¹¹⁷ GOMES FILHO, 2010, p. 402.

¹¹⁸ LOPES Jr, 2014, p. 434.

¹¹⁹ ZILLI, Marcos. O Pomar e as Pragas. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCrim)*, n. 188, p. 14-16, jul. 2008, p. 16.

3.4.2 Outras teorias não adotadas pelo ordenamento pátrio

A Teoria da Contaminação Expurgada, também chamada de nexos causal atenuado, da tinta diluída ou da mancha purgada, aquiesce que a prova derivada de uma ilícita terá o vício sanado diante da atenuação do nexos de causalidade entre estas. A contaminação da prova derivada pela ilicitude originária de outra prova seria dissipada, conforme tal teoria, em razão do transcurso de lapso temporal, da superveniência de determinadas circunstâncias na linha de desdobramento das investigações, bem como, considerando-se a gravidade da violação a norma material ou do propósito de colaboração do indivíduo com a *persecutio criminis*.

A referida teoria originou-se na jurisprudência da Corte Suprema Norte-Americana, no precedente do caso *Wong vs. United States*, em 1963, sob a denominação *purged taint limitation* ou *attenuated connection limitation*. Na referida casuística, a polícia norte-americana efetuou busca e apreensão ilegal no domicílio de Toy, apreendendo as drogas encontradas. No interrogatório de Toy, este informou que a venda dos entorpecentes fora feita a ele por um terceiro, chamado Yee. Mediante mandado judicial de busca e apreensão, os agentes policiais efetuaram a apreensão de outras drogas, agora na residência de Yee, o qual acusou Wong Sun de ser o responsável pelo repasse das drogas. Este último fora interrogado e confessou a prática do delito, sendo assim preso.

Ocorre que Wong Sun foi libertado e, posteriormente, dirigiu-se voluntariamente à delegacia e confessou de modo espontâneo a prática da infração penal, mesmo após ser advertido pela polícia sobre seus direitos, como o de ficar em silêncio. Desse modo, a Suprema Corte ao julgar o caso entendeu que as provas obtidas nos domicílios de Toy, Yee e Wong Sun, bem como, as confissões destes eram ilícitas por derivação, vez que decorreram de anterior busca e apreensão ilegal.

Entretanto, consignou a Corte Americana que a segunda confissão efetuada por Wong Sun era plenamente válida, haja vista a contaminação pela ilicitude originária, decorrente da violação dos direitos de Toy, já ter sido diluída quando se obteve as provas contra Wong Sun. Ademais, a segunda confissão de Wong Sun fora efetuada voluntariamente, de modo que restou atenuada a relação de causalidade entre a anterior prisão ilegal e a posterior confissão, diluindo o vício da primeira ilegalidade.

Interessante ainda elucidar que a jurisprudência norte-americana tentou estabelecer alguns parâmetros para a aplicação da teoria da mancha diluída, dentre os quais a análise do grau da gravidade da violação ao direito material pela obtenção da prova originária, sob o

fundamento de que “quanto mais envenenada estiver a árvore, será mais difícil que os frutos estejam sãos”¹²⁰. Outrossim, no precedente *Ceccolini vs United States*, em 1978, suscitou ainda a Corte Americana que a natureza da prova derivada deveria ser observada ao aplicar a expurgação da contaminação; isso porque a diluição do vício seria mais provável de se dar nas provas testemunhais do que nas materiais.

Assim, Renato Brasileiro obtempera que na teoria da contaminação expurgada “um vício de ilicitude originário pode ser expurgado, ou seja, removido, por meio de um ato independente superveniente, praticado pelo acusado ou por um terceiro, a determinar a interrupção da corrente causal entre a ilegalidade originária e a prova subsequente”¹²¹. Na jurisprudência brasileira não se detectou ainda nenhum posicionamento que mencione explicitamente a adoção da teoria da contaminação expurgada, com o escopo desconstituir a ilicitude da prova derivada de uma ilícita para assim utilizar aquela nos autos do processo. Há que ressaltar, porém, que parcela da doutrina entende ter sido a aludida teoria abarcada pela parte inicial do disposto no artigo 157, §1º do Código de Processo Penal, vez que este observa que as provas derivadas da ilícita serão inadmissíveis, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras.

Já quanto à teoria da exceção da boa-fé, esta pontua que caso a atuação dos agentes estatais seja pautada na boa-fé, todavia em decorrência de puro erro adveio a obtenção de uma prova por meios ilícitos, sem qualquer dolo por parte daqueles, tal prova poderia ser utilizada. Consoante esta teoria, a boa-fé do agente estatal, bem como, a indubitável crença deste de que agia completamente dentro da legalidade seriam elementos que afastariam a extensão dos efeitos da ilicitude às provas obtidas.

Também originada pela jurisprudência norte-americana, a teoria da boa-fé, chamada de *good faith exception*, é oriunda do caso *United States vs Leon*, em 1984. No referido precedente, fora realizada por policiais da Califórnia busca e apreensão mediante mandado judicial; posteriormente, a expedição de tal mandado de busca e apreensão fora considerada invalidada, pois inexistiam indícios suficientes de autoria e materialidade do fato aptos a fundamentar a determinação da diligência.

Entretanto, a Corte Suprema entendeu que, no caso em apreço, diante da evidente boa-fé na atuação dos agentes estatais quando da obtenção das provas - pois acreditavam piamente ser válido o mandado de busca e apreensão-, não seria justificável considerar que estas estariam contaminadas pela ilicitude originária do mandado. Assim, entendeu a jurisprudência

¹²⁰ ÁVILA, 2006, p. 159.

¹²¹ LIMA, 2014, p. 595.

norte-americana que como o precípua fundamento da regra de exclusão da prova ilícita seria obstar a prática contumaz de ilegalidade pelas autoridades encarregadas da investigação criminal, tal finalidade não se alcançaria nos casos da prova obtida mediante a boa-fé destes; razão pela qual plausível seria a exclusão da extensão da ilicitude à prova derivada.

A corroborar, como observa Denilson Feitoza¹²², o fundamento de tal teoria seria que “numa análise de custo-benefício, como não havia qualquer benefício com a exclusão da prova, que seria a prevenção de futuras violações, não se justificaria o custo da exclusão da prova, o qual incluiria a credibilidade das decisões judiciais”. Ocorre que apesar de tal teoria ser de suma relevância na jurisprudência norte-americana, o ordenamento pátrio brasileiro não a adotou pela reforma processual da Lei 11.680/2008, nem mesmo nos posicionamentos dos Tribunais Superiores. Logo, não importa averiguar, para fins de mitigação da teoria dos frutos da árvore envenenada no Brasil, se houve ou não boa-fé na atuação dos órgãos estatais responsáveis pela persecução criminal quando da obtenção das provas ilícitas.

3.4.3 Teoria do encontro fortuito de provas ou da serendipidade

Quando a obtenção da prova de uma determinada infração penal decorre casualmente de diligências regularmente autorizadas referentes à investigação de delito diverso daquele, há o que se convencionou chamar na doutrina de teoria do encontro fortuito de provas. Tal teoria é aplicada nos casos em que as autoridades investigatórias, ao realizarem atividades persecutórias em face de determinado fato delituoso, deparam-se fortuitamente com provas relacionadas a infração penal distinta deste.

Tal teoria do encontro fortuito também é conhecida como Teoria da Serendipidade. Nas lições de Luiz Flávio Gomes¹²³, este observa que a palavra serendipidade consiste em procurar por algo, mas casualmente encontrar coisa diversa, que pode ser até mais relevante e importante. O referido termo origina-se do inglês *serendipity*, o qual significa a descoberta de outra coisa. Num viés histórico, o referido autor aduz ainda que Serendip era o nome da ilha do Ceilão - hoje Sri Lanka-, e o vocábulo serendipidade se firmara na narrativa de Os Três Príncipes de Serendip, do escritor inglês Horace Walpole, em 1754, vez que aqueles sempre descobriam coisas as quais não buscavam.

¹²² PACHECO, 2008, p. 697.

¹²³ GOMES, Luiz Flávio; CUNHA, Rogério Sanches. *Legislação criminal especial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 474.

Ressalte-se que essa nomenclatura foi reconhecida expressamente pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do HC 282.096, julgado em 24 de abril de 2014, consoante se depreende do Informativo nº 539¹²⁴. Nessa toada, ao aduzir sobre aos temperamentos sobre a ilicitude da prova derivada da ilícita, importante trazer a baila a análise da teoria da serendipidade, com o escopo de verificar o tratamento dado às provas obtidas fortuitamente em investigações referentes à crimes diversos do objeto desta. Ou seja, saber se as provas encontradas ao acaso quando da autorização regular na investigação de outro crime serão consideradas lícitas ou não.

O encontro fortuito, como explica Lima, ocorre “quando a prova de determinada infração penal é obtida a partir de diligência regularmente autorizada para a investigação de outro crime”¹²⁵. Eugênio Pacelli¹²⁶ acrescenta ainda que para a caracterização da descoberta da prova como fortuita é imprescindível que não haja desvio de finalidade na realização da diligência pelas autoridades estatais. Exemplifica o autor que numa busca e apreensão determinada em face de crime contra animais silvestres, haverá desvio de finalidade se policiais encontrarem documentos em gavetas referentes à crime diverso, vez que incongruente proceder à busca de animais silvestres dentro de gavetas, já que jamais seriam ali encontrados. Assim, a realização da diligência com desvio de finalidade e o consequente encontro forçado de provas referentes à crime diverso do objeto do mandado configuraria notória ilicitude, não podendo tais provas encontradas serem admissíveis no processo.

A doutrina costuma aduzir ainda que a prova encontrada fortuitamente será ilícita ou não a depender da conexão entre o crime regularmente investigado e o referente àquelas provas encontradas. Diante disso, Luiz Flávio Gomes¹²⁷ destaca duas espécies de serendipidade, a saber, a de primeiro grau e a de segundo grau. Quanto à primeira, haveria o encontro fortuito de provas de infrações que apresentam conexão ou continência; enquanto a serendipidade de segundo grau caracteriza-se por inexistir tal conexão entre o delito objeto da investigação e aquele referente à prova encontrada casualmente.

Assim, há corrente doutrinária no sentido de considerar que apenas poderão ser utilizados para eventual decreto condenatório os elementos probatórios obtidos fortuitamente referentes à infração penal que guarde conexão com aquela que for objeto da investigação. Já

¹²⁴BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Informativo de jurisprudência nº 539*. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/SearchBRS?b=INFJ&tipo=informativo&livre=@COD=%270539%27>>. Acesso em: 05 jun. 2016.

¹²⁵LIMA, Renato Brasileiro de. *Legislação criminal especial comentada*. 3. ed. rev. ampl. atual. Salvador: JusPODIVM, 2015, p. 158.

¹²⁶ OLIVEIRA, 2014, p. 366.

¹²⁷ GOMES; CUNHA, 2009, p. 475.

tratando-se de serendipidade de segundo grau, tais provas obtidas por encontro fortuito não poderiam ser admitidas, já que ilícitas. Nesse sentido Lima¹²⁸ cita Luiz Flávio Gomes, o qual leciona que a prova só será válida quando houver conexão entre o fato investigado e o descoberto fortuitamente, bem como, quando se tratar do mesmo sujeito passivo da infração; de tal modo, quando o fato descoberto não tiver conexão com o investigado, os elementos probatórios colhidos somente poderão valer como *notitia criminis*, mas não como prova.

Todavia, Eugênio Pacelli Oliveira discorda de tal critério de distinção, vez que para o autor a prova obtida fortuitamente na investigação de crime diverso será lícita, desde que não haja desvio de finalidade no cumprimento da diligência. Assim, para tal corrente doutrinária, indiferente é a existência ou não de conexão entre as infrações para que se considere como lícita a prova encontrada fortuitamente, consoante objeta Oliveira¹²⁹:

Ora, não é a conexão que justifica a licitude da prova. O fato, de todo relevante, é que, uma vez franqueada a violação dos direitos à privacidade e à intimidade dos moradores da residência, não haveria razão alguma para a recusa de provas de quaisquer outros delitos, punidos ou não com reclusão. Isso porque uma coisa é a justificação para a autorização da quebra de sigilo; tratando-se de violação à intimidade, haveria mesmo de se acenar com a gravidade do crime. Entretanto, outra coisa é o aproveitamento do conteúdo da intervenção autorizada; tratando-se de material relativo à prova de crime (qualquer crime), não se pode mais argumentar com a justificação da medida (interceptação telefônica), mas, sim, com a aplicação da lei.

Na mesma esteira de pensamento, no julgamento do Habeas Corpus nº 197.044/SP, cujo relator era o Ministro Sebastião Reis Júnior, o Superior Tribunal de Justiça ao prever a possibilidade de descoberta fortuita de outros delitos não objeto da investigação, não estatuiu qualquer critério referente à existência ou não de conexão entre o crime apurado e o descoberto casualmente para fins de considerar lícita ou não a prova encontrada. A elucidar, coleciona abaixo a ementa do julgado¹³⁰:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO. FALTA DE CABIMENTO. INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS. DIÁLOGOS NÃO RELACIONADOS COM O OBJETO DA INVESTIGAÇÃO. PRETENSÃO DE DECLARAÇÃO DE ILICITUDE, DE EXCLUSÃO E DE DESTRUIÇÃO DE TAIS PROVAS. INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. POSSIBILIDADE DE DESCOBERTA FORTUITA DE DELITOS (FENÔMENO DA SERENDIPIDADE). PRECEDENTES.

¹²⁸ GOMES, 2009, p. 475 apud LIMA, 2015, p. 158.

¹²⁹ OLIVEIRA, 2014, p. 368.

¹³⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus nº 197.044/SP*, Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, Brasília, DF, data de julgamento: 04/09/2014, data de publicação: DJe 23/09/2014. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/diarios/documentos/140827942/habeas-corpus-n-197044-sp-do-stj>>. Acesso em: 08 jun. 2016.

1. O habeas corpus não deve ser utilizado como substitutivo do recurso ordinário previsto nos arts. 105, II, a, da Constituição Federal e 30 da Lei n. 8.038/1990.
2. **O fato de elementos indiciários acerca da prática de crime surgirem no decorrer da execução de medida de quebra de sigilo de dados e comunicações telefônicas devidamente autorizada judicialmente, determinada para apuração de outros crimes, não impede, por si só, que as provas daí advindas sejam utilizadas para a averiguação da suposta prática daquele delito [destacou-se].**
3. A comunicação entre advogado e cliente eventualmente alcançada pela regular escuta telefônica não implica nulidade da colheita da prova indiciária de crimes e serve para a instauração de outro procedimento apuratório.
4. **Não deve o Estado permanecer inerte ante o conhecimento da prática de outros delitos no curso de interceptação telefônica legalmente autorizada [destacou-se].** Conforme o art. 40 do Código de Processo Penal, cumpre à autoridade judicial, em casos que tais, remeter ao Ministério Público as cópias e os documentos necessários ao oferecimento da denúncia.
5. Habeas corpus não conhecido.

A aplicação da teoria do encontro fortuito de provas se vislumbra principalmente quando da realização regular de interceptações telefônicas ou em cumprimento de mandado de busca e apreensão, de modo a perquirir se as provas obtidas casualmente podem ser consideradas ilícitas ou não. No recente julgado da Ação Penal nº 690/TO, de relatoria do Ministro João Otávio Noronha, o Superior Tribunal de Justiça observou que a interceptação telefônica é considerada válida não apenas para os crimes investigados a priori, mas também para os descobertos casualmente em decorrência daquela; de modo que, desde que tal interceptação seja legal, será admitida a utilização da prova encontrada fortuitamente referente a crime distinto do investigado inicialmente, ainda que não conexos ou continentes a este¹³¹.

No caso em questão, fora autorizada judicialmente interceptação telefônica cujo objeto de investigação tratava-se de crime de moeda falsa; porém, ao longo dos diálogos, descobriu-se fortuitamente novos fatos inicialmente não investigados, os quais referiam-se à suposta prática de crime de corrupção ativa e passiva. Tais provas obtidas fortuitamente foram consideradas legais, pois a anterior diligência fora realizada dentro dos trâmites legais, de modo que não poderia as autoridades estatais ignorar as informações relevantes ao interesse da sociedade descobertas fortuitamente no decorrer de interceptações telefônicas legalmente autorizadas judicialmente.

Acertado o entendimento jurisprudencial e doutrinário no sentido de que a prova encontrada fortuitamente será lícita e, portanto, admissível, desde que não haja desvio de finalidade na diligência, não importando se há conexão ou não entre o crime objeto de

¹³¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Ação Penal nº 690 TO 2007/0170824-2*, Relator: Ministro João Otávio de Noronha, Corte Especial, Brasília, DF, data de julgamento: 15/04/2015, data de publicação: DJe 22/05/2015. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/190535334/acao-penal-apn-690-to-2007-0170824-2/relatorio-e-voto-190535335>>. Acesso em: 08 jun. 2016.

investigação e aquele descoberto de modo casual. Isso porque, consoante o fundamento do princípio da inadmissibilidade das provas ilícitas, inexistiria no caso de encontro fortuito de prova qualquer efeito desencorajador a embasar a restrição ao direito à prova. Ávila, por conseguinte, leciona que “a inadmissão dessas informações consiste numa sacralização do rito sem correspondente ganho dissuasório, em detrimento da verdade e da justiça”¹³².

¹³² ÁVILA, 2006, p. 220.

4 APLICAÇÃO DA TEORIA DA PROPORCIONALIDADE E A (IN)ADMISSIBILIDADE CONSTITUCIONAL DA PROVA ILÍCITA

4.1 A teoria da proporcionalidade

A teoria da proporcionalidade, também chamada de teoria do interesse predominante, vem ganhando destaque por diversos doutrinadores dentre as teorias que excepcionam a regra constitucional do artigo 5º, inciso LVI, da CRFB/88. Tal teoria pauta-se em balancear os interesses constitucionais em conflito no caso concreto, de modo que prevalecerá em face do outro o que se mostrar mais relevante do que o bem outrora maculado pela obtenção ilícita da prova. Verificaria, assim, a possibilidade de utilizar ou não a prova obtida por meios ilícitos para fundamentar um decreto absolutório ou condenatório no bojo do processo penal, diante da teoria da proporcionalidade.

Mediante tal teoria, salvaguarda-se, portanto, o interesse constitucionalmente assegurado que predominar na casuística sob apreciação do julgador. Pontue-se que, diante do fato de nenhum direito e garantia fundamental possuir caráter absoluto, através da teoria da proporcionalidade defende-se de forma excepcionalíssima a admissibilidade da prova obtida por meios ilícitos no bojo do processo penal para sufragar a possibilidade de utilizar tais provas em favor dos interesses do réu ou da acusação.

Cumprir pontuar que a aludida teoria visa afastar os extremismos das posições que peremptoriamente pugnam pela rejeição absoluta da admissibilidade no processo da prova ilícita, decorrente de uma interpretação literal da norma constitucional. A aplicação da teoria da proporcionalidade decorre da busca pela harmonia do sistema jurídico, vez que é imanente a existência de valores constitucionais os quais são contrastantes entre si. Ressalte-se que há grande celeuma ainda em face do tema na doutrina pátria, vez que há aqueles os quais são adeptos da adoção da aludida teoria para justificar a admissibilidade da utilização da prova ilícita, enquanto outros são contrários, consoante será demonstrado ao longo deste capítulo.

4.1.1 Arcabouço histórico da teoria da proporcionalidade e sua conceituação

No que tange ao nascedouro da teoria da proporcionalidade não há posicionamento unânime em sede doutrinária, vez que alguns aludem se tratar de conceito advindo desde a Antiguidade, enquanto outros sustentam a origem daquela quando da transição do Estado Absolutista para o Estado Liberal. Outrossim, há posicionamento no sentido de que a origem da aludida teoria decorreu da jurisprudência do ordenamento jurídico alemão.

Torquato Avolio¹³³ pondera que a noção de proporcionalidade sempre esteve diametralmente associada ao campo jurídico desde a Antiguidade, através da Lei de Talião, a qual prelecionava uma reação equânime a um ataque sofrido. No mesmo trilhar assevera Antonio Scarance Fernandes¹³⁴ que tal concepção é bastante antiga, inserida no direito desde a conhecida Lei de Talião.

Já a partir do século XVIII, a ideia da proporcionalidade surgira como forma de propiciar a limitação da atuação estatal em face da tutela das liberdades individuais, diante da transição do Estado Absolutista para o Estado Liberal. Isso porque no Estado Absolutista não havia qualquer limitação aos poderes do monarca, vez que este detinha o poder em suas mãos sem que fosse possibilitado qualquer controle sobre os atos por si praticados; de modo que, diante do colapso do absolutismo, com a transição daquele para o Estado Liberal fora possível estatuir limites à atuação do administrador público, o qual deveria pautar-se na observância da lei, respeitando as liberdades individuais.

Assim, frente à imprescindibilidade de imposição de balizas ao poder estatal, revelava-se a proporcionalidade como mecanismo de delimitar os meios a serem utilizados pelo Estado para alcançar os fins perseguidos, com o escopo de garantir a proteção das liberdades individuais diante do aparato estatal. No âmbito do direito penal, Cesare Beccaria¹³⁵ já bem agasalhava a ideia da proporcionalidade no que se referia à aplicação das penas aos crimes de acordo com a gravidade destes, limitando o *jus puniendi* estatal. Como bem leciona Suzana Barros “o germe do princípio da proporcionalidade, pois, foi a ideia de dar garantia à liberdade individual em face dos interesses da administração”¹³⁶.

Como já dito alhures, não há unanimidade em sede doutrinária quanto à origem da concepção de proporcionalidade. Entretanto, muitos autores aduzem que a gênese desta se

¹³³ AVOLIO, 1999, p. 45.

¹³⁴ FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. 7.ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 55.

¹³⁵ BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Tradução Neury Carvalho Lima. 1. ed. São Paulo: Hunter Books, 2012, p. 22.

¹³⁶ BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. 3. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003, p. 35.

princípios em verdade no direito alemão¹³⁷, sob a rotulação *Verhältnismässigkeitsprinzip*, em conferência realizada em 1791, cujo tema versava sobre o direito de polícia, na qual apresentou-se como princípio basilar do direito público que a limitação legítima da liberdade dos indivíduos apenas poderia ser efetuada pelo Estado quando aquela se revelasse necessária à liberdade e à segurança da coletividade.

Mister elucidar que o reconhecimento do princípio da proporcionalidade à categoria de princípio constitucional na doutrina alemã deu-se após o contexto histórico da Segunda Guerra Mundial, alicerçados no ideário iluminista e jusnaturalista, sob o fundamento de que somente para a proteção concreta de interesses coletivos superiores é que se perfilharia a legitimação da limitação às liberdades individuais. Consoante leciona Aziz Cretton¹³⁸, a jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão, em decisão prolatada em 1791, consagrou o princípio da proporcionalidade, aduzindo o seguinte:

O meio empregado pelo legislador deve ser adequado e necessário para alcançar o objetivo procurado. O meio é adequado quando com seu auxílio se pode alcançar o resultado desejado; é necessário, quando o legislador não poderia ter escolhido um outro meio, igualmente eficaz, mas que não limitasse ou limitasse da maneira menos sensível o direito fundamental.

Outrossim, ainda no direito alemão, em 1913, a obra de Walter Jellinek sobre a aplicação da proporcionalidade se destacara ao salientar sobre a discricionariedade no direito administrativo. Tal princípio direcionava-se ao exercício do poder de polícia pelo Estado, em que a atuação deste deveria observar a proibição de excesso. A Corte Alemã incorporou o princípio da proporcionalidade na seara constitucional, com o escopo de proteger os direitos e garantias fundamentais dos indivíduos contra o arbítrio estatal.

Steinmetz¹³⁹ pondera que tal concepção da proporcionalidade vertiginosamente ultrapassará os liames do direito alemão, sendo também introduzida em diversos países e no Tribunal Europeu dos Direitos Humanos num viés evidentemente constitucionalizado. No direito norte-americano, a explicitar, adotou-se a referida ideia sob a nomenclatura doutrina da razoabilidade, decorrente da garantia do devido processo legal.

No Brasil, a menção precursora do princípio da proporcionalidade foi apresentada por San Thiago Dantas, em 1948, quando este abordou sua preocupação diante de leis injustas e desarrazoadas, as quais, embora formalmente legais, eram contrárias ao sentimento jurídico

¹³⁷ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 370.

¹³⁸ CRETTON, Ricardo Aziz. *Os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade e sua aplicação no direito tributário*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 65.

¹³⁹ STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 146.

diante do trato aberrante ou desproporcional que impunham a determinadas situações¹⁴⁰. De tal modo, a proporcionalidade surgira para evitar ou reprimir tais abusos.

Ressalte-se que antes da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, a aplicação do princípio da proporcionalidade era empregada para auferir a constitucionalidade de determinadas leis. Ademais, apenas fora ratificado o princípio da proporcionalidade de forma expressa na jurisprudência pátria, no ano de 1993, quando do deferimento de liminar pelo Supremo Tribunal Federal da Ação Declaratória de Inconstitucionalidade (ADIN) nº 855/2, para suspender os efeitos da Lei nº 10.248/93 do Estado do Paraná.

Entrementes, obtempere-se que o fato do aludido princípio da proporcionalidade não estar expressamente estatuído na Carta Magna de 1988 não retira seu status constitucional, vez que se trata de verdadeiro princípio constitucional implícito no ordenamento jurídico brasileiro, nos moldes da lição de Buechele¹⁴¹, decorrente de múltiplos preceitos constitucionais, como o da dignidade da pessoa humana, do Estado Democrático de Direito, entre outros. A corroborar, o §2º, do art. 5º, da CRFB/88, prevê que os direitos e garantias expressos na Carta Magna não elidem outros oriundos do regime e dos princípios por esta albergados. Nessa toada apregoa Toledo Barros¹⁴²:

Ainda assinalando mudanças substanciais para dar especial proteção aos direitos fundamentais, a Constituição Federal de 1988, mantendo a garantia da eternidade (art. 60, §4º, inciso IV) e o princípio da reserva legal (art. 5º, inciso II) ampliou o princípio da proteção judiciária (art. 5º, inciso XXXV) com a criação de instrumentos processuais tendentes a coibir a omissão legislativa, como o mandado de injunção (art. 5º, inciso LXXI) e a criação direta de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, §2º), explicitou a garantia do devido processo legal para a restrição da liberdade ou da propriedade (art. 5º, inciso LIV). [...] O Princípio da proporcionalidade como uma das várias ideias jurídicas fundantes da Constituição, tem assento justamente aí, neste contexto normativo no qual estão introduzidos os direitos fundamentais e os mecanismos da respectiva proteção. Sua aparição se dá a título de garantia especial, traduzida na exigência de que toda a intervenção estatal nessa esfera se dê por necessidade, de forma adequada e na justa medida, objetivando máxima eficácia e otimização dos vários direitos fundamentais concorrentes.

O princípio da proporcionalidade apresenta-se de suma importância quando da análise dos conflitos entre direitos e garantias fundamentais, de modo a solucionar aqueles através da técnica de sopesamento, com o sacrifício de um em detrimento do outro no caso concreto,

¹⁴⁰ CAMPOS, Helena Nunes. Princípio da proporcionalidade: a ponderação dos direitos fundamentais. *Caderno de Pós-graduação em direito político e econômico - Mackenzie*. São Paulo, v.4, n. 1, p. 23-32, 2004, p. 27.

¹⁴¹ BUCHELE, Paulo Armínio Tavares. *O princípio da proporcionalidade e a interpretação da constituição*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 144.

¹⁴² BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 1996, p. 89-90.

sem importar, porém, na exclusão do direito relegado do ordenamento jurídico. O princípio da proporcionalidade propala-se como mecanismo de averiguação da relação entre os meios empregados e os fins almejados, com o espeque de solucionar a colisão entre os bens jurídicos tutelados em jogo de acordo com a prevalência de um destes.

Oliveira apregoa que o referido princípio “destina-se a permitir a aplicação, no caso concreto, da proteção mais adequada possível a um dos direitos em risco, e da maneira menos gravosa aos outros”¹⁴³. De tal modo, quando há a colisão entre direitos e garantias fundamentais em dado caso, mister se faz empregar a ponderação entre os valores em xeque de modo a tutelar aquele que se revele, naquela casuística, como preponderante, buscando o equilíbrio do sistema jurídico, como bem decorre do princípio da unidade da constituição, também chamado de princípio da concordância prática ou da harmonização.

Elucide-se que a teoria da proporcionalidade surge como forma de aquilatar a harmonização do sistema jurídico diante de normas constitucionais conflitantes entre si. Isso porque é sabido que nenhum direito ou garantia fundamental detém caráter absoluto, sendo evidente a existência de confrontações entre estes em determinadas casuísticas, de maneira que através do princípio da proporcionalidade poderá auferir-se a solução de tal conflito, para que, no caso concreto submetido à apreciação do Poder Judiciário, um prevaleça sobre o outro; sem implicar, porém, na exclusão daquele direito sacrificado do ordenamento jurídico.

Trata-se, pois, a teoria da proporcionalidade de parâmetro para equacionar o conflito advindo pelo abaloamento entre bens jurídicos contrastantes, aduzindo qual deles deverá preponderar na casuística, através da sopesamento entre os aludidos valores dos bens. Nesse diapasão, com maestria elucida Barbosa Moreira¹⁴⁴:

É bem sabido que as normas jurídicas em geral, e as normas constitucionais em particular se articulam num sistema, cujo equilíbrio impõe que em certa medida se tolere algum detrimento aos direitos por elas conferidos. Os interesses e valores que as inspiram não raro entram em conflito uns com os outros, de tal sorte que se torna impraticável dispensar a todos, ao mesmo tempo, integral proteção. Para assegurar a harmonia do conjunto, cumpre reconhecer que eles se limitam reciprocamente de modo inexorável. [...] Só a atenta ponderação comparativa dos interesses em jogo no caso concreto afigura-se capaz de permitir que se chegue à solução conforme à Justiça. É exatamente a isso que visa o recurso ao princípio da proporcionalidade.

Tal princípio revela o ideário de justa medida, de balanceamento, coadunado intrinsecamente à concepção de justiça, vez que pugna pela adequada relação entre meio e

¹⁴³ OLIVEIRA, 2014, p. 374.

¹⁴⁴ MOREIRA, José Carlos Barbosa. A constituição e as provas ilicitamente adquiridas. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, n. 205, p. 11-22, jul./set. 1996, p. 16. Disponível em: <<http://bibliotecadigi.tal.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/download/46798/46170>>. Acesso em: 08 jul. 2016.

fim, concomitantemente à existência da idoneidade do meio utilizado, com a menor restrição cabível ao bem tutelado em sede constitucional, o qual não prevalecerá em razão da predominância do outro bem também albergado. Apresenta-se, por conseguinte, como mecanismo imprescindível para a interpretação e aplicação das normas jurídicas, sendo verdadeiro postulado normativo aplicativo, consoante observam Caixeta e Nunes, aduzindo que este seria “dever estruturante da aplicação de outras normas”¹⁴⁵ e “deve ser definido como princípios dos princípios, e também como garantia e pressuposto da existência dos direitos fundamentais”¹⁴⁶.

Ademais, Barros pondera que “o princípio da proporcionalidade tem de ser entendido na estrutura dos direitos fundamentais e somente deve ser aplicado em virtude da busca da maximização da proteção constitucional”¹⁴⁷. Tal afirmação decorre justamente da imanente atuação do princípio da proporcionalidade como verdadeiro protetor dos direitos fundamentais, tanto sob a faceta de conter os excessos na atuação estatal, como, outrossim, para coibir uma proteção deficitária de tais direitos.

Pondera ainda Scarance Fernandes¹⁴⁸ que hodiernamente o que confere proeminência ao princípio da proporcionalidade é o fato deste ter adquirido status constitucional e ser designado a salvaguardar o indivíduo contra o arbítrio estatal. Apresenta-se como efetivo mecanismo de solução dos conflitos entre normas constitucionais, limitando as restrições aos direitos e garantias fundamentais; vê-se, portanto, a essencial função desempenhada pelo princípio da proporcionalidade na seara constitucional, a qual se irradia para os demais ramos do direito, como para o direito material e o processual penal.

4.1.2 O princípio da proporcionalidade e os elementos da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito

O princípio da proporcionalidade é verdadeiro instrumento para resolver as colisões entre direitos e garantias constitucionais, como meio de propiciar a harmonização do sistema jurídico. Cumpre pontuar que para que haja a aplicação do referido princípio necessário se faz

¹⁴⁵ CAIXETA, Nayara Firmes; NUNES, Joamar Gomes Vieira. Garantismo positivo: a dupla face do princípio da proporcionalidade. *Revista Perquirere*, Centro Universitário de Patos de Minas, v.1, n.11, p. 29-48, jul. 2014, p. 32.

¹⁴⁶ *Ibid.*, p. 33.

¹⁴⁷ BARROS, 1996, p. 207.

¹⁴⁸ FERNANDES, 2012, p. 55.

a observância dos seus requisitos extrínsecos e intrínsecos. Os primeiros seriam a judicialidade e a motivação, enquanto os últimos consistem na adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Quanto aos requisitos extrínsecos da proporcionalidade, Lima¹⁴⁹ observa que a judicialidade refere-se ao fato de que apenas mediante decisão judicial do órgão competente é que se poderia efetivar limitações aos direitos fundamentais, em razão da cláusula de reserva de jurisdição; e desde que, tal decisão seja devidamente motivada, de modo a se perquirir, no caso em testilha, os fundamentos fáticos e jurídicos que direcionaram o julgador à formação do seu convencimento.

No que tange aos requisitos intrínsecos, estes são também designados de subprincípios da proporcionalidade ou elementos do conteúdo deste, a saber, a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito. Interessante elucidar que Robert Alexy¹⁵⁰ pontua que estes são máximas parciais da máxima de proporcionalidade em sentido amplo, vez que este último se trata de verdadeiro mecanismo de resolução de confrontos, não o rotulando como um princípio propriamente dito sob a concepção de mandado de otimização, haja vista que não há colisão entre a proporcionalidade em si e outros princípios do ordenamento jurídico. Assim, objeta com maestria o renomado doutrinador que os elementos da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito devem ser vistos como verdadeiras regras¹⁵¹:

A máxima da proporcionalidade é com frequência denominada 'princípio da proporcionalidade'. Nesse caso, no entanto, não se trata de um princípio no sentido aqui empregado. A adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito não são sopesadas contra algo. Não se pode dizer que elas às vezes tenham precedência, e às vezes não. O que se indaga é, na verdade, se as máximas parciais foram satisfeitas ou não, e sua não-satisfação tem como consequência uma ilegalidade. As três máximas parciais devem ser, portanto, consideradas como regras.

Tais elementos devem ser analisados na ordem sucessiva em que foram propostos: primeiro se adefere a adequação do meio ao fim colimado; se adequado, passa-se à análise da necessidade do emprego daquele para tanto; por conseguinte, se adequado e necessário o meio, verifica-se os valores contrastantes entre os bens em conflito a fim de determinar qual destes prevalecerá no caso concreto em detrimento do outro, mediante a técnica de

¹⁴⁹ LIMA, 2014, p. 93.

¹⁵⁰ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução por Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. 4. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2015, p.116.

¹⁵¹ *Ibid.*, p. 117.

ponderação. A corroborar, pontua Virgílio Afonso da Silva¹⁵² que se deve analisar tais subprincípios na sequência acima exposta, posto que se por ventura a medida restritiva for rechaçada em um desses critérios, nem mesmo será preciso verificar o subsequente.

Somente seguindo essa linha ordenada se justificaria a restrição a determinado direito e garantia fundamentais por intermédio do princípio da proporcionalidade. Assim, Lima cita Willis Guerra Filho, o qual leciona que “pode-se dizer que uma medida é adequada, se atinge o fim almejado, exigível, por causar o menor prejuízo possível e finalmente, proporcional em sentido estrito, se as vantagens que trará superarem as desvantagens”¹⁵³. Observa-se, portanto, que o princípio da proporcionalidade detém estrutura normativa definida, a qual deve ser observada quando da sua aplicação para que se alcance o fito almejado por quem o aplica.

No que tange ao primeiro requisito, a adequação, também chamado da idoneidade ou da conformidade, este consiste na concepção de que deve ser idôneo o meio empregado para atingir o fim desejado, de maneira que seja a medida restritiva apta a alcançar o objetivo colimado. Destarte, trata-se de averiguar a relação entre o meio e o fim, de modo que caso aquele não seja apropriado a alcançar este, não será, portanto, possível a afronta ao direito fundamental por não ser adequada.

Ademais, sustenta ainda Lima¹⁵⁴ que a aferição da adequação deve ser feita de modo objetivo e subjetivo. No que se refere ao primeiro, há a adequação qualitativa e a quantitativa; enquanto esta estatui que a duração e a intensidade da medida restritiva precisam ser compatíveis com a finalidade almejada, aquela pontua que tal meio deve ser capaz de alcançar a referida finalidade. Quanto ao modo subjetivo, este concerne à imprescindível individualização da medida em face do sujeito contra o qual se impõe a restrição.

Pierobom de Ávila menciona os ensinamentos de Gonzalez-Cuellar Serrano aduzindo que “a adequação exige um juízo de funcionalidade, para verificar se as medidas restritivas são aptas a atingir ou fomentar os fins que se perseguem”¹⁵⁵. Logo, para averiguar a adequação mister se faz indagar se os meios utilizados são capazes de obter os resultados ansiados; se a resposta for afirmativa, presente estará o aludido requisito.

Quanto ao requisito da necessidade, também chamado de exigibilidade, intervenção mínima ou de alternativa menos gravosa, este se configura na utilização do meio adequado que seja menos restritivo. Tal requisito estabelece que se há diversos meios adequados a

¹⁵² SILVA, Luís Virgílio Afonso da Silva. O proporcional e o razoável. *Revista dos tribunais*, São Paulo, v. 91, n. 798, p. 23-50, abr. 2002, p. 35.

¹⁵³ GUERRA FILHO, 1989, p.75 apud LIMA, 2014, p. 93.

¹⁵⁴ LIMA, 2014, p. 93.

¹⁵⁵ SERRANO, 1990, p. 155, apud ÁVILA, 2006, p. 30.

atingir o fim almejado, deve-se optar por aquele que atinja com menor intensidade os direitos postos em conflitos no caso. Denota-se o subprincípio da necessidade, em suma, como a opção pela menor restrição cabível, pelo meio adequado menos gravoso. Alexy preleciona que tal requisito “exige que, dentre dois meios aproximadamente adequados, seja escolhido aquele que intervenha de modo menos intenso”¹⁵⁶, vedando, assim, despidiendos sacrifícios a direitos fundamentais.

Ressalte-se que quando da aferição da necessidade já houve a verificação da adequação, pois, como bem aduz Suzana Barros¹⁵⁷, aquele subprincípio já traz em seu âmago este; portanto, aquilo que é necessário também o é adequado, mas nem sempre o adequado será necessário. Desse modo, o questionamento feito para observar se há a necessidade consiste em inquirir se o meio empregado fora o menos nocivo para atingir o fim pretendido. Nesse sentido bem explicita Ávila¹⁵⁸ ao dispor:

Se o Estado, para realizar um princípio P1, possui à sua disposição as medidas M1 e M2, ambas adequadas para realizar P1 mas restritivas de um princípio concorrente P2, deve-se escolher a medida que menos restrinja o princípio P2; assim, se M1 restringe P2 mais que M2, então M1 não é necessária.

Superados os critérios da adequação e da necessidade, surge a análise do requisito da proporcionalidade em sentido estrito, o qual se mostra como verdadeira ponderação dos interesses em conflito no caso concreto, de modo a determinar aquele que deverá prevalecer em detrimento do outro que será sacrificado. Scarance obtempera que “o meio, adequado e necessário para determinado fim, é justificável se o valor por ele resguardado prepondera sobre o valor protegido pelo direito a ser restringido”¹⁵⁹. Há, portanto, o sopesamento entre o resultado alcançado e os danos advindos em razão da predominância de um direito fundamental em face do outro.

Vislumbra-se que mediante tal requisito haverá autêntica ponderação de interesses entre os direitos fundamentais conflitantes, em que será observado o grau de afetação do direito em colisão com o outro e a consequente realização daquele o qual compreende o fim colimado. Daniel Sarmento pontifica que “em um lado da balança devem ser postos os

¹⁵⁶ ALEXY, 2015, p. 590.

¹⁵⁷ BARROS, 2003, p. 81.

¹⁵⁸ ÁVILA, 2006, p. 31.

¹⁵⁹ FERNANDES, 2012, p. 58.

interesses protegidos com a medida, e no outro, os bens jurídicos que serão restringidos ou sacrificados por ela”¹⁶⁰.

Destarte, quando existir colisão entre princípios, a lei de sopesamento proposta por Alexy reza que “quanto maior for o grau de não-satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro”¹⁶¹. Frise-se, mais uma vez, que a preponderância de um destes no caso concreto não importara na extirpação daquele outrora sacrificado do ordenamento jurídico; haja vista que o conflito entre princípios não se resolve pela regra do tudo ou nada, mas sim pela técnica de ponderação.

Cumprе mencionar não se tratar de arbitrariedade o mecanismo da proporcionalidade em sentido estrito, uma vez que a doutrina tende a estabelecer parâmetros a serem seguidos. Nessa toada, nas lições de Robert Alexy¹⁶², este alvitra três premissas para se realizar a ponderação, a saber: a uma, determina-se o nível de não realização de um princípio – chamado de grau de afetação; a duas, corrobora-se a relevância da satisfação do princípio em conflito – chamado de grau de importância; a três, averigua-se se o valor da realização do princípio em sentido contrário legitima a não realização do outro colidente.

Outrossim, interessante reportar que a jurisprudência alemã estatuiu alguns critérios a serem checados quando da aplicação da técnica de ponderação, como bem aduz a doutrina de Suzana Barros citada por Ávila¹⁶³:

[...] Ernesto Pedraz Penalva acrescenta outros três critérios norteadores do procedimento da ponderação: a) quanto mais sensível revelar-se a intromissão da norma na posição jurídica do indivíduo, mais relevantes hão de ser os interesses da comunidade que com ele colidam; b) do mesmo modo, o maior peso e preeminência dos interesses gerais justificam um interferência mais grave; c) o diverso peso dos direitos fundamentais pode ensejar uma escala de valores em si mesmo, como ocorre na esfera jurídico-penal (o direito à vida tem preferência ao direito à propriedade).

Por conseguinte, quando da análise do requisito da proporcionalidade em sentido estrito o intérprete inquirirá se a restrição imposta a determinado direito fundamental é justificável em face da preponderância do outro direito fundamental que se almeja tutelar no caso concreto. De tal maneira, por intermédio do aludido requisito, verificará se as vantagens advindas do sacrifício de um determinado direito são prevaletentes sobre as suas desvantagens; por consectário lógico, Baptista de Mattos alude que “se as vantagens sociais

¹⁶⁰ SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na constituição federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 89.

¹⁶¹ ALEXY, 2015, p. 594.

¹⁶² ALEXY, 2002, p. 43, apud GAVIÃO, Juliana Venturella Nahas. A proibição da proteção deficiente. *Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, n. 61, p. 93-111, mai./out. 2008, p. 100.

¹⁶³ BARROS, 2003, p. 88 apud ÁVILA, 2006, p. 32.

que adviriam do resguardo do interesse sacrificado são superiores às vantagens decorrentes da defesa do interesse que foi privilegiado, a atuação estatal não é razoável, nem proporcional¹⁶⁴.

Assim, tem-se que o conflito entre os direitos fundamentais será solucionado mediante a técnica de sopesamento, de modo que prevalecerá aquele de maior importância. Portanto, a aplicação do princípio da proporcionalidade exige a observância dos requisitos intrínsecos da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito.

4.1.3 O duplo viés justificador do princípio da proporcionalidade: a proibição do excesso e a proibição da proteção deficiente

A aplicação do princípio da proporcionalidade, como forma de solucionar o conflito entre direitos fundamentais contrastantes, se apresenta sob uma dupla perspectiva justificadora, tanto da proibição do excesso quanto da proibição da proteção deficiente, decorrente de uma concepção do garantismo negativo e positivo, respectivamente. A faceta do princípio da proporcionalidade destinada a limitar a atuação estatal, evitando o arbítrio deste em face dos indivíduos, já é defendida de modo consolidado na seara doutrinária, sob a roupagem da proibição do excesso. O mesmo, todavia, não há que se falar do fundamento da proporcionalidade como proibição da proteção deficiente, entendimento o qual começa a ganhar espaço relevante no direito constitucional penal diante da ideia do garantismo positivo.

No que tange ao viés do garantismo negativo, o princípio da proporcionalidade se fundamenta para tutelar os indivíduos contra os abusos cometidos pelo Estado, de forma a salvaguardar os direitos e garantias fundamentais daqueles em face de possíveis excessos cometidos por este quando do exercício de suas atribuições. É a chamada proibição do excesso (*Übermassverbot*), de maneira que a atuação estatal deve pautar na não infringência dos limites máximos estatuídos para proteção dos direitos e garantias individuais. O excesso representa a extrapolação à órbita de tais limites.

Wolfgang Sarlet¹⁶⁵ observa que o princípio da proporcionalidade, sob a ótica da proibição de excesso, se insere na senda de controle sobre as medidas restritivas impostas aos

¹⁶⁴ MATTOS, 2009, p. 63.

¹⁶⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e proporcionalidade: notas a respeito dos limites e possibilidades de aplicação das categorias da proibição de excesso e de insuficiência em matéria criminal. *Revista da AJURIS*, Porto Alegre, v. 35, n. 109, mar./2008, p. 155.

direitos fundamentais pelo Estado quando da realização por este do seu dever de proteção, coibindo uma atuação desmensurada daquele a fim de evitar excessos notadamente arbitrários. Destarte, o princípio da proporcionalidade na vertente da proibição do excesso mostra-se como limite às restrições dos direitos fundamentais pelo Estado; há, assim, uma tutela do indivíduo contra os abusos estatais.

Já quanto ao aspecto do garantismo positivo, sob a perspectiva da vedação à proteção deficiente aos direitos fundamentais pelo Estado, o princípio da proporcionalidade apregoa a proibição de omissões estatais, a fim de elidir a falha no cumprimento do seu dever de proteção. Isso porque cabe ao Estado conferir a tutela integral aos direitos fundamentais, não apenas aos individuais, de maneira que se aquele não o faz, ou o faz de modo deficitário, impossibilita a realização dos aludidos direitos, sendo, portanto, a referida atuação estatal (melhor dizendo, omissão ou inércia) eivada de inconstitucionalidade diante da patente desproporcionalidade.

A proibição da proteção deficiente se dá quando o Estado renuncia à utilização de sanções penais ou administrativas para tutelar determinados bens jurídicos, relegando o seu dever de tutela, ficando aquém dos limites mínimos de proteção impostos pelo Constituinte. Lênio Streck dispõe que o referido viés da proporcionalidade “pode definir-se como critério estrutural para a determinação dos direitos fundamentais, com cuja aplicação pode determinar-se se um ato estatal – por antonomásia, uma omissão – viola um direito fundamental de proteção”¹⁶⁶. No mesmo diapasão leciona Gilmar Mendes¹⁶⁷:

[...] se o Estado nada faz para atingir um dado objetivo para o qual deva envidar esforços, não parece que esteja a ferir o princípio da proibição da insuficiência, mas sim um dever de atuação decorrente de dever de legislar ou de qualquer outro dever de proteção. Se se comparam, contudo, situações do âmbito das medidas protetivas, tendo em vista a análise de sua eventual insuficiência, tem-se uma operação diversa da verificada no âmbito da proibição do excesso na qual se examinam as medidas igualmente eficazes e menos invasivas. Daí concluiu que ‘a conceituação de uma conduta estatal como insuficiente (untermässig), porque ela não se revela suficiente para uma proteção adequada e eficaz, nada mais é, do ponto de vista metodológico, do que considerar referida conduta como desproporcional em sentido estrito (unverhältnismässig im engeren Sinn).

Mister pontuar que grande parte da doutrina acaba por enveredar na defesa apenas do aspecto negativo do princípio da proporcionalidade, ou seja, consideram tão somente a concepção deste como proibição de excesso, olvidando-se da vertente da proibição da

¹⁶⁶ STRECK, Lênio Luiz. *Bem jurídico e constituição: da proibição de excesso (übermassverbot) à proibição de proteção deficiente (untermassverbot) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais*. [S.l.: s.n] [20--], p.8. Disponível em: <<https://ensaiosjuridicos.files.wordpress.com/2013/04/bem-jurc3addico-e-constituic3a7c3a3o-da-proibic3a7c3a3o-de-excesso-lenio.pdf>>. Acesso em: 10 jul. 2016.

¹⁶⁷ MENDES; BRANCO, 2012, p. 260.

proteção deficiente. Porém, diante da evolução dos direitos fundamentais e do ordenamento jurídico salta aos olhos a imprescindibilidade de conferir proteção não apenas aos direitos individuais – como o faz a proibição do excesso-, mas também aos direitos de segunda e terceira dimensão, através da proibição da proteção deficiente.

Apregoa, assim, a doutrina de Luciano Feldens¹⁶⁸ pelo reconhecimento do princípio da proporcionalidade sob o duplo aspecto de tutelar os direitos fundamentais: de um lado, a proibição do excesso; do outro, a proibição da proteção deficiente. Nessa toada, a tendência de vislumbrar o princípio da proporcionalidade somente sob o ideário de proibição de excesso é objetada por Lênio Streck¹⁶⁹:

Há que se ter claro, portanto, que a estrutura do princípio da proporcionalidade não aponta apenas para a perspectiva de um garantismo negativo (proteção contra os excessos do Estado), e, sim, também para uma espécie de garantismo positivo, momento em que a preocupação do sistema jurídico será com o fato de o Estado não proteger suficientemente determinado direito fundamental, caso em que estar-se-á em face do que, a partir da doutrina alemã, passou-se a denominar de “proibição de proteção deficiente” (Untermassverbot). Este conceito, explica Bernal Pulido, refere-se à estrutura que o princípio da proporcionalidade adquire na aplicação dos direitos fundamentais de proteção. [...] Trata-se de entender, assim, que a proporcionalidade possui dupla face: de proteção positiva e de proteção de omissões estatais. [...] Esse duplo viés do princípio da proporcionalidade decorre da necessária vinculação de todos os atos estatais à materialidade da Constituição.

Logo, há de se compreender o princípio da proporcionalidade sobre uma dupla concepção de proteção aos direitos fundamentais, pois o Estado não apenas detém a incumbência de tutelar aqueles contra os excessos e abusos deste, mas também de realizá-los de forma efetiva, evitando uma proteção deficitária. Isso porque o avanço dos direitos fundamentais abarca diferentes formas de tutela pelo Estado, seja contra os próprios atos deste, seja por intermédio deste contra atos de terceiros; bem como, abrange não apenas a proteção aos direitos fundamentais individuais, como também aos direitos prestacionais. A elucidar, as lições de Alessandro Barrata são citadas por Streck¹⁷⁰ aduzindo que:

[...] a (ultra)passagem das fases anteriores do Estado implica um novo processo de proteção dos direitos, agora redimensionados a partir da complexidade social exurgente dos sucessos históricos ocorridos no século XX. É por isto que não se pode falar tão-somente de uma função de proteção negativa do Estado (garantismo negativo). Parece evidente que não, e o socorro vem de Barrata, que chama a atenção para a relevante circunstância de que esse novo modelo de Estado deverá dar a resposta para as necessidades de segurança de todos os direitos, também dos

¹⁶⁸ FELDENS, Luciano. *Direitos fundamentais e direito penal: a constituição penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 13.

¹⁶⁹ STRECK, [20--] b), p. 8.

¹⁷⁰ BARRATA, 1999, p. 10, apud STRECK, Lênio Luiz. *O princípio da proibição de proteção deficiente (untermassverbot) e o cabimento de mandado de segurança em matéria criminal: superando o ideário liberal-individualista-clássico*. [S.l: s.n], [20--]., p.13.

prestacionais por parte do Estado (direitos econômicos, sociais e culturais) e não somente daquela parte de direitos denominados de prestação de proteção, em particular contra agressões provenientes de comportamentos delitivos de determinadas pessoas.

A corroborar a premissa do duplo mecanismo de tutela dos direitos fundamentais, Streck observa que a Carta Magna obtempera duas maneiras de efetuar a referida proteção, a saber, “a uma, protege o cidadão frente ao Estado; a duas, através do Estado – e inclusive através do direito punitivo – uma vez que o cidadão também tem o direito de ver seus direitos fundamentais protegidos, em face da violência de outros indivíduos”¹⁷¹. Destarte, bem pontua Caixeta que através da faceta da proibição da proteção deficiente “o Estado deixa de ser ‘inimigo’ e passa a ser ‘amigo’ dos direitos fundamentais, estando obrigado a proteger de forma efetiva os direitos dos indivíduos”¹⁷².

Mister, portanto, superar a visão unilateral do garantismo negativo concedida ao princípio da proporcionalidade apenas sob o viés da proibição do excesso. Há, por conseguinte, que ser analisado o princípio da proporcionalidade sobre seus dois aspectos, tanto da proibição do excesso, quanto da proibição da proteção deficiente; vez que ambos decorrem da instituição do sistema de salvaguardar os direitos fundamentais dos indivíduos de forma efetiva, seja contra a atuação do próprio Estado, seja contra a atuação de terceiros.

Outrossim, interessante aduzir que embora tais facetas do princípio da proporcionalidade à primeira vista aparentem se direcionar para caminhos opostos, em verdade, tais vieses são face de uma mesma moeda. Tal afirmação decorre justamente de que o referido princípio ao ser compreendido como proibição de excesso, de um lado, e proibição de proteção deficiente, do outro, indica limites máximos e mínimos a serem observados quando da tutela dos direitos e garantias fundamentais pelo Estado Democrático de Direito, em nítida relação de complementariedade entre ambas facetas.

4.2 A vedação constitucional à admissibilidade da prova ilícita no processo penal

A Carta Magna no artigo 5º estabelece direitos e garantias fundamentais as quais merecem a devida proteção. Cumpre pontuar que as garantias fundamentais configuram-se como mecanismos de segurança para o devido respeito aos direitos fundamentais, estabelecendo limites jurídicos à atuação do poder público. Assim, enquanto estes são

¹⁷¹ STRECK, [20--] c), p. 16.

¹⁷² CAIXETA; NUNES, 2014, p. 46.

meramente declaratórios, aquelas se revelam como normas assecuratórias. Gilmar Mendes leciona que os direitos fundamentais “têm como objeto imediato um bem específico da pessoa”¹⁷³, já as garantias fundamentais são normas que “asseguram ao indivíduo a possibilidade de exigir dos Poderes Públicos o respeito ao direito que instrumentalizam”¹⁷⁴.

Cumprir pontuar que o inciso LVI, do artigo 5º, da CRFB/88, ao estatuir serem inadmissíveis no processo as provas obtidas por meios ilícitos, se trata de garantia fundamental decorrente do corolário do devido processo legal. É sabido que o campo probatório na seara penal é de relevância ímpar para fundamentar um decreto condenatório; porém, a atividade probatória do Estado no exercício do *jus puniendi* encontra limites, vez que deve respeitar os direitos e garantias fundamentais do indivíduo contra o qual se instaura a persecução criminal.

De tal modo, com o escopo de evitar violações desmensuradas aos direitos e garantias fundamentais sob o pretexto de punir o sujeito ativo da infração penal é que o constituinte de 1988 inseriu expressamente a proibição de utilização das provas ilícitas no processo, haja vista a inobservância das normas constitucionais quando da obtenção das provas no processo penal violar a garantia constitucional do devido processo legal.

4.2.1 A natureza principiológica da norma e o caráter não absoluto da garantia fundamental do artigo 5º, inciso LVI, da Carta Magna

Importante elucidar a distinção formulada das normas jurídicas entre regras e princípios para compreender a possibilidade de ponderação da garantia fundamental da inadmissibilidade da prova ilícita no processo penal em face de outros direitos e garantias fundamentais conflitantes. Cumprir salientar que tal distinção se revela necessária quando do estudo sobre as restrições aos direitos fundamentais e a solução de conflito entre estes.

As normas jurídicas podem ser classificadas como regras ou princípios. Robert Alexy¹⁷⁵ aduz que o critério crucial de diferenciação entre as regras e princípios reside no fato de que estes são normas as quais determinam que dentro das possibilidades fáticas e jurídicas existentes algo seja satisfeito na maior magnitude possível; já aquelas seriam normas as quais

¹⁷³ MENDES; BRANCO, 2012, p. 193.

¹⁷⁴ Ibid., loc. cit.

¹⁷⁵ ALEXY, 2015, p. 90.

são realizadas ou não, satisfazendo, nem além nem aquém, aquilo exatamente que a regra prescreve.

Obtempera, assim, o aludido autor que os princípios, com maior grau de abstração, caracterizam-se como verdadeiros mandamentos de otimização, posto que podem ser realizados em distintos graus, bem como, em virtude da satisfação deles conceber de possibilidade fáticas e jurídicas¹⁷⁶. Seriam, portanto, os princípios razões *prima facie*¹⁷⁷, visto que não possuem um mandamento definitivo, pois detém valores os quais podem ser afastados por outros antagônicos. Diferentemente, as regras prescrevem determinações dentro do que é possível no âmbito dos fatos e do direito, aplicando-se através da subsunção dos fatos à previsão normativa; de tal modo, se inexistir exceção estatuída a tal regra, esta valerá como razão definitiva¹⁷⁸. Trata-se, portanto, de diferenciação qualitativa.

Pontue-se ainda que a distinção entre tais normas jurídicas revela-se patente quando da análise da solução do conflito entre princípios e o entre regras. No primeiro, a solução se dá através da ponderação entre os valores contrastantes nos princípios, de modo que um prevalecerá no caso concreto em detrimento do outro, sem, todavia, importar na exclusão daquele princípio sacrificado do ordenamento jurídico pátrio. Isso porque “os princípios possuem uma dimensão que as regras não têm – a dimensão do peso ou importância”¹⁷⁹. De tal sorte, há princípios com pesos distintos, de modo que aqueles com maior peso terão precedência. Ademais, a técnica de sopesamento para resolução do abaloamento entre os princípios se dá na análise do caso concreto. Pontua assim Alexy¹⁸⁰:

[...] um princípio restringe as possibilidade jurídicas de realização do outro. Essa situação não é resolvida com a declaração de invalidade de um dos princípios e com sua consequente eliminação do ordenamento jurídico. Ela tampouco é resolvida por meio da introdução de uma exceção a um dos princípios, que seria considerado, em todos os casos futuros, como uma regra que ou é realizada, ou não é. A solução para essa colisão consiste no estabelecimento de uma relação de precedência condicionada entre os princípios, com base nas circunstâncias do caso concreto. Levando-se em consideração o caso concreto, o estabelecimento de relações de precedências condicionadas consiste na fixação de condições sob as quais um princípio tem precedência em face do outro. Sob outras condições, é possível que a questão de precedência seja resolvida de forma contrária.

¹⁷⁶ ALEXY, 2015, p. 91.

¹⁷⁷ Ibid., p. 104.

¹⁷⁸ Ibid., p. 105.

¹⁷⁹ DWORKIN, Ronald. *Levando dos direitos a sério*. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 42.

¹⁸⁰ ALEXY, op. cit., p. 96.

Já no que tange à solução do conflito entre regras, este se dá pela premissa do “tudo-ou-nada” como bem pontua Ronald Dworkin¹⁸¹, vez que uma delas será considerada válida, enquanto a outra será exterminada do ordenamento jurídico. Alexy¹⁸² faz ainda a ressalva de que se houver a previsão de outra regra que excepcione aquela primeira, ambas conviveram no ordenamento jurídico, inexistindo, portanto, conflito.

Dito isso, vislumbra-se a natureza principiológica que guarda a garantia fundamental da inadmissibilidade no processo da prova obtida por meios ilícitos, posto que diante da colisão com outros direitos e garantias fundamentais haverá uma ponderação dos valores constitucionais conflitantes, averiguando qual será o valor preponderante no caso concreto. Cita Ávila¹⁸³ o exemplo da possibilidade de admissibilidade da prova ilícita em favor do réu, em que quando da colisão entre o direito fundamental da ampla defesa e a garantia fundamental da inadmissibilidade da prova ilícita, há de prevalecer aquele, com a absolvição do inocente.

Pierobom Ávila¹⁸⁴ leciona, assim, a indubitável natureza de princípio da norma insculpida no art. 5º, LVI, da CRFB/88, visto que se revela como verdadeiro mandamento de otimização, aduzindo ser aquela um parâmetro para interpretação jurídica, de modo que não é aplicada de forma absoluta diante da premente convivência entre os diversos princípios constitucionais. Outrossim, no mesmo sentido, Pacelli Oliveira¹⁸⁵ defende que o art. 5º, LVI, da CF/88 detém a natureza de princípio jurídico.

A corroborar, a assertiva de que a norma insculpida no artigo 5º, inciso LVI, da CRFB/88 possui natureza de princípio, tem-se o caráter não absoluto a ela atribuído. No ordenamento constitucional brasileiro é sedimentada a concepção de que os direitos e garantias fundamentais não se revestem de caráter absoluto, diante do princípio da convivência das liberdades públicas, mediante o qual aqueles podem ser submetidos a limitações em face de outros direitos e garantias de igual magnitude constitucional. Isso porque a Carta Magna assegura a tutela a diversos interesses, os quais podem se apresentar conflitantes em determinado caso concreto, de modo que um prevalecerá em detrimento do outro, sem, todavia, extirpar do ordenamento jurídico aquele que fora sacrificado.

Mendes e Branco citam Sanchis, o qual observa que a inexistência de direitos absolutos se tornara praticamente “cláusula de estilo na jurisprudência de todos os tribunais

¹⁸¹ DWORKIN, 2002, p. 39.

¹⁸² ALEXY, 2015, p. 92.

¹⁸³ ÁVILA, 2006, p. 110.

¹⁸⁴ Ibid., p. 109.

¹⁸⁵ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Processo e hermenêutica na tutela penal dos direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 183.

competentes em matéria de direitos humanos”¹⁸⁶. A corroborar o dito, o Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal no julgamento do Mandado de Segurança nº 23.454/RJ, com a relatoria do Ministro Celso de Mello¹⁸⁷, em 16/09/1999, asseverou que os direitos e garantias individuais não detêm caráter absoluto, consoante se depreende de parte do julgado abaixo colecionado:

[...] Não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, mesmo porque razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, desde que respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição. O estatuto constitucional das liberdades públicas, ao delinear o regime jurídico a que estas estão sujeitas - e considerado o substrato ético que as informa - permite que sobre elas incidam limitações de ordem jurídica, destinadas, de um lado, a proteger a integridade do interesse social e, de outro, a assegurar a coexistência harmoniosa das liberdades, pois nenhum direito ou garantia pode ser exercido em detrimento da ordem pública ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros. [destacou-se]

No âmbito penal, constantemente há colisões entre o direito de punir do Estado e o direito de liberdade do acusado. Precisamente no campo probatório penal, há em face daquele o direito à prova, decorrente do direito de ação; enquanto em face deste, existe a garantia da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos. Há assim um conflito entre valores consagrados constitucionalmente, vez que de um lado encontra-se o direito fundamental à proteção estatal, por intermédio de mecanismos eficazes de persecução criminal para combater a criminalidade, e do outro, os direitos tutelados através da limitação à atividade probatória penal. Devem-se assim ser interpretados a fim de assegurar a unidade do sistema constitucional.

Nessa toada, ao se indagar se a garantia fundamental insculpida no art. 5º, inciso LVI, da Carta Magna detém caráter absoluto ou relativo, embora pareça óbvia a resposta pela segunda opção, há posicionamentos pelo caráter absoluto daquela aduzindo que se a própria Carta Magna não a excepcionou, não caberia ao intérprete o fazer. Entretanto, diante da natureza de princípio, assevere-se que a garantia fundamental da inadmissibilidade da prova ilícita não se reveste de caráter absoluto, vez que em determinadas situações a sua

¹⁸⁶ SANCHIS, 1994, p. 86 apud MENDES; BRANCO, 2012, p. 163.

¹⁸⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de segurança nº 23452/RJ*, Relator: Ministro Celso de Mello, Tribunal Pleno, Brasília, DF, data de julgamento: 16/09/1999, data de publicação: DJ 12/05/2000. Disponível em: < <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/738746/mandado-de-seguranca-ms-23452-rj>>. Acesso em: 12 de jul. 2016.

relativização é a medida que se imporá diante dos valores constitucionais conflitantes. Nesse sentido, Pierobom de Ávila¹⁸⁸ observa que a referida norma poderia assim ser entoada:

Está proibida a admissão no processo de provas obtidas por meios ilícitos, desde que estas não sejam necessárias para o cumprimento daqueles princípios opostos de nível constitucional (que podem referir-se a direitos fundamentais de terceiros ou a bens coletivos) e que, devido às circunstâncias do caso, têm precedência frente ao princípio da inadmissibilidade.

A corroborar, César Dario Mariano aduz que a garantia da vedação à utilização da prova ilícita poderá excepcionalmente ser relativizada, vez que “nenhuma garantia ou direito constitucional pode ser considerado absoluto”¹⁸⁹. Outrossim, Barbosa Moreira¹⁹⁰, no mesmo sentido, entende pelo caráter relativo da referida garantia fundamental, diante da necessidade de harmonia do sistema jurídico em face da evidente existência de conflito entre determinados valores salvaguardados em normas constitucionais contrastantes.

Inclusive, em sede jurisprudencial, o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do HC nº 3982/RJ¹⁹¹ em 05/12/1995, aduziu que o disposto no artigo 5º, inciso LVI, da Carta Magna não detinha sentido absoluto, vez que há valores maiores na construção da sociedade que orientam o intérprete na busca por eles, bem como, pelo fato da própria Constituição Federal propiciar ao juiz base para o entendimento de ser a referida garantia constitucional relativa.

Ressalte-se, porém, que a relativização dos direitos e garantias fundamentais não poderá ser efetuada de forma desmensurada, além do necessário. É nesse contexto que se insere o princípio da proporcionalidade como limitação às restrições efetuadas em face daqueles. Konrad Hesse¹⁹² assim observa que as balizas impostas aos direitos fundamentais devem ser adequadas para tutelar o bem jurídico; necessárias para tanto, vez que se revela como o meio menos gravoso para alcançar o fim almejado; bem como, devem possuir proporcionalidade *stricto sensu* entre o direito fundamental sacrificado e o preponderante.

¹⁸⁸ ÁVILA, 2006, p. 114.

¹⁸⁹ SILVA, 2005, p. 53.

¹⁹⁰ MOREIRA, 1996, p. 15.

¹⁹¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas corpus nº 3982/RJ 1995/0053161-5*, Relator: Ministro Adhemar Maciel, Sexta Turma, Brasília, DF, data de julgamento: 05/12/1995, data de publicação: DJ 26/02/1996. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/548539/habeas-corpus-hc-3982>>. Acesso em: 12 de jul. 2016.

¹⁹² HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da república federal da Alemanha*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998, p. 256.

4.2.2 A limitação à atividade probatória e a proteção aos direitos e garantias fundamentais

Como já asseverado nenhum direito e garantia fundamental se reveste de caráter absoluto, de tal sorte que o direito à prova, decorrente do direito de ação, também não o é. Assim, no Estado Democrático de Direito, é imposto ao titular do *jus puniendi* quando do exercício da persecução criminal certos limites à atividade probatória, devendo a atuação estatal ser pautada na observância dos direitos e garantias fundamentais albergadas na Carta Magna. Ressalte-se que embora o processo penal se paute na busca pela verdade real, tal escopo não poderá justificar restrições e violações desmensuradas aos direitos e garantias fundamentais em face ao sujeito ativo contra o qual se instaura a persecução criminal.

É nesse contexto que se inserem as limitações à produção de provas no âmbito do processo penal, vez que as provas obtidas serão utilizadas para fundamentar eventual decreto condenatório ou absolutório, de modo que a obtenção daquelas deverá observar as normas estatuídas no ordenamento jurídico pátrio. Isso porque os fins de alcançar a verdade na apuração dos fatos no processo não podem ser justificados através da adoção de meios que violem direitos e garantias fundamentais. Diante dessa concepção teleológica, a Constituição da República Federativa do Brasil prevê diversas limitações à produção probatória, dentre as quais, a garantia fundamental, no inciso LVI, do artigo 5º, da vedação à admissibilidade no processo das provas obtidas por meios ilícitos.

Tal garantia não apenas tutela os direitos e garantias fundamentais dos indivíduos, como também serve de fundamento ético para o processo, além de direcionar a atuação do Estado, quando do exercício da *persecutio criminis*, para que este não se valha de meios contrários às normas constitucionais para obtenção das provas para comprovar a materialidade e autoria de determinada infração penal. Hodiernamente, o processo penal é visto sob uma visão garantista, pautado na observância dos ditames constitucionais, sendo, portanto, imprescindível o equilíbrio entre o direito de punir do Estado e o direito de liberdade do indivíduo.

Assim, não poderia o próprio Estado se valer de práticas contrárias aos valores salvaguardados pelo ordenamento jurídico para obter provas sob o fundamento de alcançar a verdade dos fatos e a apuração da responsabilidade dos sujeitos ativos da infração penal. Lima bem pontua que tal atuação estatal seria completamente contraditória e incongruente, vez 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”¹⁹³.

4.3 A (in)admissibilidade da prova ilícita no âmbito do processo penal brasileiro sob a ótica da teoria da proporcionalidade ou do interesse preponderante

Hodiernamente, um dos mais controversos debates jurídicos na seara da matéria probatória no processo penal brasileiro refere-se à questão da admissibilidade ou não das provas obtidas por meios ilícitos para fundamentar eventual decreto condenatório ou absolutório. Nesse contexto merece destaque a Teoria da Proporcionalidade, a qual, diante da premissa de que nenhum direito e garantia fundamental detêm caráter absoluto, propicia a mitigação da rigidez da norma constitucional insculpida no art. 5º, inciso LVI, da CRFB/88, em casos excepcionalíssimos, a fim de evitar imensuráveis distorções que a inadmissibilidade de uma prova obtida por meios ilícitos poderia ocasionar em determinado caso concreto.

Tal teoria da proporcionalidade, também chamada de teoria da preponderância dos interesses ou do balanceamento, se insere na seara da inadmissibilidade das provas ilícitas, possibilitando, consoante leciona Torquato Avolio, que “em face de uma vedação probatória, que se proceda a uma escolha, no caso concreto, entre os valores constitucionalmente relevantes postos em confronto”¹⁹⁴. Nessa toada, diante de uma proibição probatória e o respeito a outros direitos e garantias fundamentais, a aplicação da teoria da proporcionalidade apregoa que seja eleito como prevalecente o valor constitucional de maior relevância em face do outro em conflito em dada casuística.

Outrossim, Grinover e outros¹⁹⁵ obtemperam que a referida teoria da proporcionalidade permite admitir a utilização da prova ilícita, de modo excepcional, em casos de extrema gravidade, através da ponderação entre os colidentes valores fundamentais, evitando desvirtuações que a inflexibilidade da inadmissibilidade do uso daquela poderia ocasionar. Destarte, a aludida teoria não veda de modo irrestrito o uso da prova ilícita, devendo haver uma ponderação entre os direitos individuais com os interesses da sociedade a

¹⁹³ LIMA, 2014, p. 583.

¹⁹⁴ AVOLIO, 1999, p. 64.

¹⁹⁵ GRINOVER; FERNANDES; GOMES FILHO, 2004, p. 80.

fim de, excepcionalmente, possibilitar o aproveitamento da prova obtida ilicitamente. Sobre a referida teoria, em majestoso ensinamento Camargo Aranha¹⁹⁶ pontuou:

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.

Assim, mediante a teoria da proporcionalidade, o magistrado ao julgar a casuística sob sua apreciação averiguaria qual interesse deveria prevalecer no caso concreto. Aplicar-se-ia tal teoria no conflito entre direitos fundamentais, coibindo tanto o excesso, com o escopo de proteger o indivíduo contra o arbítrio punitivo estatal; bem como, vedando a proteção penal deficitária pelo Estado, titular do *jus puniendi*, não garantindo à sociedade a aplicação da norma penal ao sujeito ativo da infração penal. Assim, na colisão entre o direito de punir do Estado, consubstanciado na proteção penal eficiente, e a garantia da inadmissibilidade da prova ilícita, deve-se haver uma ponderação entre os interesses colidentes no caso concreto.

No mesmo sentido, defende Scarance Fernandes¹⁹⁷ pela aplicação do princípio da proporcionalidade quando da análise da garantia fundamental da vedação à utilização da prova obtida por meios ilícitos no processo penal, de modo que cabe ao magistrado, nas casuísticas sob sua apreciação, ponderar se outra norma constitucional, seja material ou processual, tem ou não relação de precedência de valor em relação àquela que seria sacrificada.

A aplicação da teoria da proporcionalidade no campo probatório penal ao mesmo tempo em que ganha bastantes adeptos na doutrina, principalmente sob o viés do garantismo positivo, com o fundamento de propiciar a proteção penal eficiente e a justiça no caso concreto, também é objeto de intensa crítica, vez que os fins almejados - alcançar a verdade real dos fatos no processo - não poderiam justificar os meios utilizados – restrição a determinados direitos e garantias fundamentais salvaguardados pela Carta Magna.

Nesse diapasão, há na doutrina e jurisprudência pátria intensa celeuma quanto à admissibilidade ou não da prova ilícita no âmbito do processo penal, por meio da aplicação da teoria da proporcionalidade, para fundamentar eventual decreto condenatório ou absolutório. Oportuno observar que de um lado estão aqueles que repugnam a teoria da proporcionalidade em razão dos riscos ocasionados pela flexibilização aos direitos e garantias fundamentais,

¹⁹⁶ ARANHA, 2006, p. 56.

¹⁹⁷ FERNANDES, 2012, p. 94.

deslegitimando o sistema punitivo estatal, coibindo o excesso pelo Estado; enquanto do outro, há aqueles que recalçam resultados processuais socialmente ilegítimos, como a impunidade e, conseqüente, proteção penal ineficaz.

Há quem se posicione apenas pela admissibilidade da prova ilícita em favor do acusado, sendo assim chamada de prova ilícita *pro reo*; enquanto outros, defendem, outrossim, a utilização da prova ilícita em favor da acusação, conhecida como prova ilícita *pro societate*. Scarance Fernandes¹⁹⁸ objeta, porém, tal distinção, aduzindo que não se trata de utilizar o princípio da proporcionalidade contra ou a favor do acusado, mas, em verdade, de auferir se determinada restrição feita a direito ou garantia fundamental deste seria adequada, necessária e proporcional, no caso concreto, diante do outro valor constitucional conflitante de maior preponderância o qual se almeja tutelar.

Porquanto, versar sobre a (in)admissibilidade do uso da prova ilícita no processo penal brasileiro à luz da teoria da proporcionalidade, seja *pro reo* ou *pro societate*, a fim de fundamentar eventual decreto absolutório ou condenatório, se mostra de indubitável importância ao estudo jurídico contemporâneo, vez que orbita em torno de colisões entre direitos e garantias fundamentais do indivíduo e da coletividade na persecução penal.

4.3.1 A prova ilícita *pro reo*

A admissibilidade da utilização da prova ilícita no processo penal em favor do acusado, quando este for o único meio de provar a inocência deste, é praticamente entendimento uníssono na doutrina e jurisprudência pátria. Tal admissibilidade decorre da aplicação da teoria da proporcionalidade no campo probatório penal, vez que ao sopesar os valores constitucionais salvaguardados em conflito no caso concreto, a saber, de um lado a garantia fundamental da inadmissibilidade da prova obtida por meios ilícitos, e do outro a garantia fundamental da ampla defesa do acusado e o direito de liberdade deste, tem-se que estes últimos apresentam relação de precedência em face daquela primeira, devendo prevalecer.

Assim, por intermédio da teoria da proporcionalidade se justifica a relativização da garantia do art. 5º, LVI, da CRFB/88 para comprovar a inocência daquele contra a qual fora instaurada a persecução criminal, servindo a referida prova ilícita como fundamento para uma

¹⁹⁸ FERNANDES, 2012, p. 95.

sentença absolutória. Ressalte-se que se a referida vedação probatória fora estatuída para tutelar os direitos e garantias fundamentais do indivíduo, de modo que não poderia ser ela utilizada para prejudicar este, ainda mais em se tratando de comprovar sua inocência. A exemplificar, tem-se a hipótese de alguém, que está sendo acusado injustamente pela prática de determinada infração penal a qual não praticara, obter uma prova de sua inocência através da violação a algum direito de outrem, como a inviolabilidade do domicílio, das comunicações, da intimidade, entre outros.

Grinover¹⁹⁹ pontua que na seara do direito de defesa, a aceitação da admissibilidade da prova ilícita em favor do acusado no processo penal decorre justamente da aplicação do princípio da proporcionalidade e do princípio do favor rei. Vê-se, portanto, que a hipótese de aceitação da prova ilícita *pro reo* fundamenta-se na preponderância da garantia da ampla defesa do réu em face da garantia de inadmissibilidade da prova obtida por meios ilícitos, como bem pontua Ávila²⁰⁰:

No caso da utilização da prova *pro reo*, o valor em ponderação é diretamente a dignidade da pessoa do réu, injustamente acusado de um delito, com o risco de pagar com sua liberdade, perdendo alguns anos de sua vida, pela má apreciação dos fatos na atividade jurisdicional. Em favor da admissão da prova ilícita *pro reo* coloca-se em ponderação a garantia constitucional da ampla defesa e a consideração da situação de estado de necessidade do acusado.

Frise-se que seria completamente incompatível e incongruente com o Estado Democrático de Direito e com a política criminal estatal a condenação de alguém inocente em razão da prova de sua inocência ter sido obtida exclusivamente por meios ilícitos. Ora, não há qualquer interesse estatal em condenar aquele que não praticara a infração penal; pelo contrário, o erro judiciário é veemente rechaçado pelo ordenamento jurídico pátrio, consoante artigo 5º, inciso LXXV, da CRFB/88. Outrossim, frise-se que condenação de um inocente importaria em verdadeira impunidade daquele que de fato violou a norma penal incriminadora, o qual praticara fato típico, ilícito e culpável; de modo que ao Estado, titular do *jus puniendi*, não importa uma condenação completamente errônea, equivocada e injusta.

A corroborar, Scarance Fernandes objeta que “não se conseguiria justificar a condenação, até mesmo a pena elevada, de uma pessoa quando há nos autos prova de sua inocência, ainda que tenha sido obtida por meios ilícitos”²⁰¹. Por sua vez, Aury Lopes Jr. retorque ser despidendo arguir que “a condenação de um inocente fere de morte o valor

¹⁹⁹ GRINOVER; FERNANDES; GOMES FILHO, 2004, p. 163.

²⁰⁰ ÁVILA, 2006, p. 203.

²⁰¹ FERNANDES, 2012, p. 94.

‘justiça’, pois o princípio supremo é o da proteção dos inocentes no processo penal”²⁰². Nucci²⁰³ bem observa, assim, que há de ser admitida a prova obtida por meios ilícitos a favor do acusado, visto que forçoso esquivar-se da aberração do erro judiciário na condenação de um inocente.

Ressalte-se que a Súmula nº 50, da Mesa de Processo Penal da Universidade de São Paulo pontua que as provas ilicitamente colhidas que beneficiem a defesa podem ser usadas no processo penal. Isso porque entre o conflito entre a garantia fundamental da vedação à prova ilícita no processo e o direito de ampla defesa do acusado, este último possui valor preponderante em face daquela quando da técnica de sopesamento. O *jus libertatis* do indivíduo preponderaria, nesse caso, em face do direito violado na obtenção da prova de inocência do acusado, bem como, em relação ao direito de punir estatal. Assim, Tourinho Filho com maestria que lhe é peculiar observa que:

[...] se a proibição da admissão das provas ilícitas está no capítulo destinado aos direitos fundamentais do homem, parece claro que o princípio visa a resguardar o réu. Sendo assim, se a prova obtida por meio ilícito é favorável à Defesa, seria um não senso sua inadmissibilidade. É que nos pratos afilados da balança estão dois interesses em jogo: a liberdade e o direito de terceiro sacrificado, e entre os dois, obviamente, deve pesar o bem maior, no caso a liberdade, pelo menos como decorrência do princípio do *favor libertatis*.

Mister ponderar que Grinover e outros²⁰⁴ lecionam que quando o próprio acusado obtém a prova supostamente ilícita para comprovar sua inocência, a ilicitude na obtenção da referida prova é expurgada diante de fundamentos legais que excluem aquela, como no caso da legítima defesa ou até mesmo do estado de necessidade. Exemplificam os aludidos autores com a gravação clandestina realizada pelo acusado com outrem para fins de comprovar a inocência daquele. Ressalte-se que o Supremo Tribunal Federal no julgamento do HC nº 74.678-1/SP, em 10 de junho de 2007, sob a relatoria do Ministro Moreira Alves, consignou a configuração de excludente de ilicitude na gravação de conversa telefônica feita por terceiro com a autorização de um dos interlocutores.

Cumprir pontuar que há quem²⁰⁵ sustente, todavia, que não se trata de aplicação da teoria da proporcionalidade ao admitir uma prova ilícita em favor do acusado, posto que este, ao produzir ou se valer de uma prova obtida por meio da violação a outros direitos assegurados em normas constitucionais para comprovar sua inocência, estaria acobertado por

²⁰² LOPES JR., 2014, p. 431.

²⁰³ NUCCI, 2014a), p. 344.

²⁰⁴ GRINOVER; FERNANDES; GOMES FILHO, 2004, p. 162.

²⁰⁵ SARMENTO, 2000, p. 180 apud ÁVILA, 2006, p. 203.

excludentes da ilicitude, como a legítima defesa ou estado de necessidade, de modo que a prova não poderia assim ser considerada como ilícita.

Porém, não merece prosperar tal alegação, visto que a admissibilidade de tal prova em favor do acusado decorre justamente da aplicação da teoria da proporcionalidade no caso concreto, vez que será verificado se a prova obtida através da restrição a determinado direito fundamental de outrem é adequada para provar a inocência do acusado, se é necessária para tanto (não havia outro meio menos gravoso), bem como, se o direito de ampla defesa do acusado preponderaria em face dos direitos e garantias fundamentais violados na obtenção da referida prova. Nesse sentido, Ávila objeta que “afirmar que se trata de legítima defesa ou estado de necessidade não exclui a constatação de que dentro desse processo há a ponderação de interesses própria da proporcionalidade”²⁰⁶.

Frise-se, portanto, que a admissibilidade da prova ilícita *pro reo* deve pautar-se na observância dos subprincípios da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito. Isso porque tal uso da prova ilícita para comprovar a inocência do acusado deve ser feita de modo excepcional, sem conceder a este um passaporte para transgressão aos direitos fundamentais de terceiros. Como bem aduz Luiz Norton Baptista de Mattos²⁰⁷:

O direito à liberdade tem o mesmo ou maior valor do que o direito à intimidade, e deve predominar sobre esse quando a prova obtida ilicitamente for o único meio para demonstrar a inocência do réu. [...] Contudo, a admissibilidade da prova ilícita em favor do sujeito passivo da ação penal condenatória deve ser excepcional, e não lhe deve ser outorgado um salvo-conduto para violações da intimidade alheia. Se o princípio da proporcionalidade requer inevitavelmente a exigibilidade de meio gravoso ao direito alheio, a prova ilícita também só pode ser tolerada quando ela for o único meio disponível ao réu para demonstrar a sua inocência, que não poderá ser aferida por outros meios probatórios.

Outrossim, cumpre pontuar que embora cabível a utilização de prova ilícita em favor do réu, esta não poderá ser utilizada para punir terceiros em outro ou no mesmo processo criminal. Vê-se que os efeitos da utilização de tal prova se restringem à aferição da inocência do réu, de modo que não podem sufragar a condenação de outrem, seja no mesmo processo ou em outro. Isso porque os valores em conflito são distintos nas ambas hipóteses: ao se utilizar a prova ilícita para fundamentar um decreto absolutório em favor do réu, o valor preponderante é o direito de ampla defesa deste; já na utilização da mesma prova para condenar um terceiro, merece preponderar a garantia fundamental de inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos.

²⁰⁶ ÁVILA, 2006, p. 204-205.

²⁰⁷ MATTOS, 2009, p. 64-65.

Em contundente crítica, Aury Lopes Jr.²⁰⁸ dispõe que a mesma prova obtida por meios ilícitos que servirá para embasar a absolvição do acusado inocente não poderá ser utilizada para prejudicar um terceiro, posto que aquela não se tornaria admissível para todos os efeitos, mas tão somente para evitar o imensurável equívoco de condenar alguém que não praticara a infração penal apurada pelo titular do *jus puniendi*. Assim, pontua o aludido autor que “ela segue sendo ilícita e, portanto, não pode ser utilizada em outro processo para condenar alguém, sob pena de, por via indireta, admitirmos a prova ilícita contra o réu (sim, porque ele era ‘terceiro’ no processo originário, mas assume agora a posição de réu)”²⁰⁹.

Destarte, no que tange à prova ilícita *pro reo*, sob a ótica da teoria da proporcionalidade, posiciona-se pela constitucionalidade da admissibilidade desta a fim de fundamentar um decreto absolutório, haja vista que o direito de ampla defesa (artigo 5º, LV, da Constituição Federal) prepondera, nesse caso, sob a garantia fundamental da vedação à utilização da prova ilícita no processo penal. Ora, é imprescindível que se averigüe, na colisão entre direitos e garantias fundamentais assegurados constitucionalmente, o peso destes e a preponderância de um deles no caso sob apreciação do julgador, para que se admita ou não a prova obtida por meios ilícitos. No conflito entre o direito de ampla defesa e da liberdade do réu e o da garantia da inadmissibilidade da prova ilícita, hão de prevalecer aqueles primeiros.

Outrossim, como já salientado, se o Estado punisse o inocente por não admitir a prova ilícita em seu favor, estaria em verdade cometendo imensurável equívoco, contribuindo para a impunidade daquele que de fato violara a norma penal incriminadora e deslegitimando o sistema estatal punitivo. Seria, portanto, completamente incongruente e incompatível com a proteção penal eficiente, bem como com o princípio da dignidade da pessoa humana e do Estado Democrático de Direito alguém ser condenado em razão da sua inocência ter sido comprovada tão somente através de uma prova obtida ilicitamente.

4.3.2 A prova ilícita *pro societate*

Como visto, a admissibilidade da prova ilícita em favor do acusado é entendimento praticamente uníssono na doutrina e jurisprudência pátria. Não obstante, quando se envereda na questão da utilização daquela em favor da acusação no processo penal, chamada de prova ilícita *pro societate*, para fundamentar eventual decreto condenatório, através da aplicação da

²⁰⁸ LOPES JR., 2014, p. 431.

²⁰⁹ Ibid., p. 432.

teoria da proporcionalidade, vigorosa controvérsia se instaura. Cinge-se tal celeuma em aduzir se é constitucional ou não a admissibilidade da prova ilícita quando os interesses da coletividade se relevem prevaletentes, em dado caso concreto, em face de certos direitos fundamentais do acusado.

De um lado há aqueles que repugnam peremptoriamente a admissibilidade no processo da prova ilícita *pro societate*, diante do perigoso terreno de subjetivismos que a aplicação da proporcionalidade ensejaria e dos riscos advindos pela flexibilização dos direitos fundamentais dos indivíduos sob o manto de proteção aos interesses da sociedade; enquanto outros, sob o pálio de evitar uma proteção penal deficiente, recalcitram resultados processuais socialmente ilegítimos, como a impunidade do sujeito ativo da infração penal, principalmente nas hipóteses que envolvem a macrocriminalidade.

A ideia da aceitação da utilização das provas ilícitas a favor da acusação, em caso excepcionais e de extrema gravidade, através da aplicação da teoria da proporcionalidade, vem ganhando adeptos hodiernamente, embora grande parte da doutrina e da jurisprudência pátria, ainda relutantes, a rechacem de modo peremptório quando servir de embasamento para determinada condenação no âmbito do processo penal. Parte-se da premissa que nenhum direito fundamental detém caráter absoluto, de modo que, na persecução criminal, onde há latente colisão entre o direito de punir do Estado e os direitos fundamentais assegurados constitucionalmente ao indivíduo, deve-se, em dado caso concreto, determinar qual destes prevaleceria através da técnica de ponderação.

Tal admissibilidade da prova ilícita no processo penal para fundamentar um decreto condenatório, com base na teoria da proporcionalidade, se justificaria em razão do escopo de corrigir “possíveis distorções a que a rigidez da exclusão poderia levar em casos de excepcional gravidade”²¹⁰, como bem pontua Grinover, Fernandes e Gomes Filho. Nesse sentido, referindo-se ao contexto histórico em que fora inserida a garantia fundamental da vedação às provas ilícitas na Carta Magna de 1988, após as imensuráveis violações aos direitos e garantias individuais pelo regime militar, Barbosa Moreira²¹¹ observa que “a melhor forma de coibir um excesso e de evitar que se repita não consiste em santificar o excesso oposto”, defendendo, assim, a possibilidade excepcional de admissibilidade da prova ilícita em favor da acusação pela teoria da proporcionalidade.

²¹⁰ GRINOVER; FERNANDES; GOMES FILHO, 2004, p. 75.

²¹¹ MOREIRA, 1996, p. 22.

Nos moldes dos ensinamentos de Antônio Magalhães²¹², por intermédio da teoria da proporcionalidade, o Estado, como titular do direito de punir e do consequente dever da proteção penal eficiente, poderia, em certos casos, sacrificar determinados direitos individuais, em razão de preponderar, naquela hipótese, a prevenção e repressão da criminalidade mais grave. Nesse diapasão, também acolhendo a aplicação da teoria da proporcionalidade em favor da acusação para admitir uma prova obtida por meios ilícitos, em situações de extrema gravidade, explicita César Dario Mariano²¹³ o seguinte:

Ora, se tivermos, de um lado, o direito à intimidade de um traficante de drogas, e, de outro, o direito à vida, segurança e saúde da sociedade, certamente estes últimos deverão prevalecer, pois são bem mais importantes. Não há como aceitar que um criminoso venha acobertar-se em normas constitucionais para praticar crimes extremamente graves. Não pretendemos fazer apologia da violação de direitos e garantias individuais, que nos são muito caros. Porém, utilizar-se deles para a prática de atividades ilícitas, com certeza não é o espírito da Constituição. De tal modo, havendo confronto entre o direito à intimidade de um traficante (p. ex) e o direito da sociedade de se ver livre de pessoas perniciosas como ele, através do devido processo legal, este último há de preponderar.

Interessante ressaltar que o Supremo Tribunal Federal, em decisão isolada e pontual, no julgamento do Habeas Corpus nº 70.814-5/SP²¹⁴, cuja relatoria era do Ministro Celso de Mello, observou que, excepcionalmente, poderia admitir-se a interceptação das correspondências remetidas pelos sentenciados, por motivos de segurança pública, resguardo da ordem jurídica e disciplina na administração penitenciária, posto que o direito fundamental da inviolabilidade do sigilo epistolar assegurado na Carta Magna no art. 5º, inciso XII, não poderia configurar mecanismo de salvo-conduto de práticas ilícitas. Nessa toada, vê-se que fora aplicada a teoria da proporcionalidade, posto que, no caso sob apreciação judicial, no conflito de interesses entre o direito à segurança pública e o direito de sigilo das cartas do indivíduo, entendeu o julgador por dar prevalência àquele primeiro.

Barbosa Moreira²¹⁵ observa que o princípio da proporcionalidade embasaria a utilização da prova ilícita em favor da sociedade, nos casos de criminalidade organizada, nas hipóteses em que esta se apresentasse superior ao aparato da polícia judiciária e dos órgãos estatais responsáveis pela persecução penal, restabelecendo, assim, a paridade de armas e a

²¹² GOMES FILHO, 1997, p. 28.

²¹³ SILVA, 2005, p. 53.

²¹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus nº 70814-5/SP*, Relator: Ministro Celso de Mello, Primeira Turma, Brasília, DF, data de julgamento: 01/03/1994, data de publicação: DJ 24/06/1994. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=72703>>. Acesso em: 13 de jul. 2016.

²¹⁵ MOREIRA, 1996, p.15.

igualdade substancial nesta última. No mesmo trilhar, Sérgio Demoro Hamilton²¹⁶ alude a possibilidade de se admitir a prova ilícita de modo excepcional a favor da acusação quando envolver crimes de extrema gravidade, como os hediondos. Por sua vez, Walter Nunes²¹⁷ leciona que caberia ao juiz aplicar, de modo excepcional, a teoria da proporcionalidade para admitir a utilização da prova ilícita em favor da sociedade, considerando as circunstâncias do caso concreto, e desde que em hipótese de necessidade inadiável e incontornável.

Mister salientar, ademais, que os adeptos da prova ilícita *pro societate* objetam a adoção da proporcionalidade apenas para a admissibilidade da prova ilícita *pro reo*, visto que importaria em verdadeira afronta à isonomia das partes no processo penal. Tal princípio, também chamado de paridade das armas, observa que devem ser garantidos tanto para a defesa quanto para a acusação os mesmos direitos, permitindo “idênticas possibilidades de alegação, de prova e de impugnação, enfim, em condições de igualdade processual”²¹⁸. Assim, indagam se a vedação da utilização da prova ilícita para beneficiar a acusação não importaria em tratamento discrepante, o qual violaria o princípio da igualdade das partes, já que à defesa caberia valer-se da utilização de uma prova ilícita em favor do réu.

Barbosa Moreira²¹⁹ sustenta que à primeira vista favorecer a defesa na seara probatória consistiria justamente na recomposição das desigualdades existentes entre a superioridade dos órgãos de persecução criminal e a inferioridade do arsenal probatório da defesa, realizando, portanto, a igualdade substancial entre estas. Todavia, pondera o autor que em algumas hipóteses a premissa de superioridade do órgão acusatório cairia por terra, como por exemplo, diante do crescimento da criminalidade organizada, de modo que a vedação à utilização da prova ilícita a favor da acusação configuraria tratamento desigual entre esta e a defesa, o que violaria a paridade de armas. Nesse diapasão, Marcos Rauber²²⁰ observa:

[...] no caso de haver equilíbrio de forças entre os órgãos de repressão estatal e o criminoso, ou mesmo vantagem deste último face ao aparato organizacional e tecnológico à sua disposição, não mais se sustenta a outorga dessa regalia probatória para a defesa. Ao contrário, constatando o julgador a objetiva predominância do interesse público e a inferioridade de forças do Estado em relação ao poderio dos grupos criminosos, deve afastar, na medida estritamente necessária, a incidência da norma constitucional que veda a valoração da prova ilícita, se esta for a única forma

²¹⁶ HAMILTON, Sergio Demoro. As provas ilícitas, a teoria da proporcionalidade e a autofagia do direito. *Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro*, n. 11, p.253-266, jan./jun. 2000, p. 262.

²¹⁷ SILVA JÚNIOR, Walter Nunes. *Curso de direito processual penal: teoria (constitucional) do processo penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 519.

²¹⁸ BEDÊ JÚNIOR; SENNA, 2009, p. 279.

²¹⁹ MOREIRA, 1996, p.15.

²²⁰ RAUBER, Marcos Eduardo. A admissibilidade processual da prova ilícita *pro societate* com base na aplicação do princípio da proporcionalidade. *Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul*, p. 181-202, n° 49, [20--], p. 199.

de se alcançar a Justiça no caso concreto e efetivar a tutela dos interesses da sociedade, verdadeira vítima da criminalidade.

Por sua vez, Pierobom de Ávila²²¹ inquire:

Se o princípio admite uma ponderação de interesses ao menos com o direito à prova de defesa, decorrente do princípio da ampla defesa, cumpre definir se é possível a ponderação com outros princípios constitucionais, em especial o direito à prova da acusação, decorrente do direito de ação e requisito essencial para a realização do dever de proteção penal eficiente.

Ademais, outro argumento favorável à utilização da prova ilícita *pro societate* consiste em evitar a proteção penal deficitária por parte do Estado, tutelando os direitos fundamentais da coletividade quando da infringência das normas penais incriminadoras pelos indivíduos. Vislumbrar-se-ia, assim, a proporcionalidade não apenas sob o viés da proteção do indivíduo pela proibição do excesso da atuação estatal quando da persecução criminal, mas também devendo ser albergada a proteção da coletividade pela faceta da proibição da proteção penal deficiente, posto que outros bens jurídicos tutelados pelo ordenamento jurídico são violados frontalmente pela prática de infrações penais.

Silva Neto²²², em interessante estudo, pontua que o aplicador do direito não deve empregar a ideia do garantismo apenas sob o seu aspecto negativo (da proibição do excesso estatal) de modo a possibilitar a impunidade dos criminosos, posto que não fora esse o cerne daquele, mas sim o de coibir abusos por parte do Estado, no exercício do *jus puniendi*, e o de evitar o crescimento exacerbado da punição. Com o refinamento da criminalidade, o garantismo individualista vem paulatinamente cedendo espaço ao neogantismo, de modo que seja este analisado sob duplo aspecto: o negativo (vedando a atuação desmensurada estatal) e o positivo (coibindo a proteção penal deficitária, através da punição daqueles que violem os bens jurídicos salvaguardados pelo ordenamento); de modo que a admissibilidade da prova ilícita *pro societate* se fundamentaria justamente na concepção de que o Estado deveria garantir a proteção penal eficiente, punindo o criminoso e tutelando os interesses da coletividade.

Entretanto, a maioria doutrinária e a jurisprudência brasileira não são tendentes à aceitação da admissibilidade da prova ilícita *pro societate*, alicerçada na teoria da

²²¹ ÁVILA, 2006, p. 110.

²²² SILVA NETO, Aldemar Monteiro. A violação dos direitos fundamentais pelas decisões que autorizam a busca e apreensão coletivas. *Revista magister de direito penal e processo penal*. Ano XI, nº 64, p.25-35, fevereiro, 2015, p. 30.

proporcionalidade. Observa Renato Brasileiro²²³ que possibilitar a prevalência do direito à prova em face das liberdades públicas, de modo indiscriminado, com fulcro na busca pela verdade real e no combate à criminalidade, seria originar um precedente consideravelmente perigoso em prejuízo da tutela dos direitos e garantias individuais.

Távora e Alencar²²⁴ ao se posicionarem pela inadmissibilidade da prova ilícita *pro societate* observam que o combate à criminalidade pelo titular do *jus puniendi* não deve se pautar em violações desmensuradas aos direitos e garantias fundamentais. Isso porque, a busca pela verdade dos fatos no processo penal, bem como, a punição daqueles indivíduos os quais praticaram infrações penais não podem ser efetuadas a qualquer custo, o que configuraria um verdadeiro Estado fora da lei. Tanto assim o é que a Carta Magna estatui limitações à atividade probatória, estabelecendo a garantia fundamental da inadmissibilidade da prova ilícita, como forma de coibir as arbitrariedades estatais em face dos direitos e garantias individuais na persecução criminal. Os fins almejados não podem ser justificados pelos meios empregados.

Outrossim, em contundente objeção, Aury Lopes Júnior²²⁵, ao sustentar a constitucionalização do processo penal, opõe-se à admissibilidade da prova ilícita em favor da acusação com base na aplicação da teoria da proporcionalidade, aduzindo ser esta bastante arriscada posto que o “próprio conceito de proporcionalidade é constantemente manipulado e serve a qualquer senhor”, não podendo se permitir imposições aos direitos e garantias fundamentais sob o escopo de prevalecer o interesse da sociedade.

Ressalte-se que Guilherme de Souza Nucci também defende a inadmissibilidade da prova ilícita em favor da acusação no processo penal brasileiro, posto que o ordenamento pátrio ainda se revela verdoengo em salvaguardar os direitos e garantias individuais, advertindo, por conseguinte, que “não se pode conceder carta branca a quem não se educou, sob a era da democrática Constituição de 1988”²²⁶.

Assevere-se que a justiça das decisões no processo penal se alicerça no respeito às garantias do devido processo legal, e por consectário lógico, da garantia fundamental da vedação da utilização das provas obtidas por meios ilícitos no âmbito processual penal para fundamentar eventual sentença condenatória. Desse modo, como bem objeta Silva Correia²²⁷,

²²³ LIMA, 2014, p. 607.

²²⁴ ALENCAR; TÁVORA, 2016, p. 852.

²²⁵ LOPES JR, 2014, p. 430.

²²⁶ NUCCI, 2014 a), p. 345.

²²⁷ CORRÊA, Sílvia Leme. *A prova processual penal ilícita e a teoria da proporcionalidade*. 2006. 144f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2006, p. 88. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp009453.pdf>>. Acesso em: 14 jul. 2016.

não se deve transformar a bandeira da luta do Estado contra as infrações penais em verdadeiro terrorismo penal, exortando a violência estatal na persecução criminal, a qual poderia atingir inocentes. Pondera assim a referida autora²²⁸:

[...] O processo penal e as garantias que o regem não são dirigidas aos criminosos, podendo ser alterados conforme o grau de perversidade destes. A tutela se dirige à sociedade como um todo e a cada indivíduo em particular, que pode, a qualquer momento, se transformar em suspeito ou acusado, ficando sujeito a abusos injustificáveis e a injustiças irreparáveis se não cercado das garantias constitucionais que lhe asseguram o devido processo legal. A gravidade do crime em investigação ou em julgamento não pode autorizar a adoção de meios repressivos que repugnam a consciência de país democrático, violando a dignidade da pessoa humana, reduzindo o valor da liberdade e da igualdade, e levando o Estado à imoral competição com os criminosos na prática de violência, em atos de desumanidade.

Nesse diapasão, ao vislumbrar a realidade política e institucional na qual se insere o Brasil, em majestosa lição, Luis Roberto Barroso²²⁹ pondera que, diante da inexistência de um sentimento sedimentado de respeito à Carta Magna, bem como, em razão da tendência de tudo o que é excepcionado virar regra, o abrandamento da referida garantia constitucional para fins de admitir a prova ilícita em prol dos interesses da sociedade, através da aplicação da teoria da proporcionalidade, embora aparente ser instigante e sedutor, revela-se completamente impertinente. Interessante trazer à guisa as preciosas palavras do aludido autor²³⁰:

[...] 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. Não se deve perder de vista que, nos dias obscuros e prepotentes do regime militar, boa parte dos que manipulavam e tredestinavam as informações ideológicas e pessoais dos adversários da ditadura faziam-no em nome de valores que reputavam superiores. A comparação tem sua razão de ser e apenas revela os riscos de se sacrificarem os princípios em favor de voluntarismos variados. Em seguida virão os vingadores mascarados. Não percorremos, ainda, os ciclos de amadurecimento e da civilização. Impõe-se, por esta razão, algum radicalismo principiológico. Os temperamentos e atenuações terão de vir depois. Precisamos nos libertar, primeiro, do estigma da doutrina de exceção: na sala a retórica humanista, nos fundos o pau de arara.

Saliente-se que a maioria da jurisprudência pátria veda a utilização da prova ilícita *pro societate*. A corroborar, no julgamento do HC nº 80.949-9/RJ, em 30/10/2001, cuja relatoria era do Ministro Sepúlveda Pertence, o Supremo Tribunal Federal rechaçou a ideia de admitir a prova ilícita em favor da acusação, através do princípio da proporcionalidade, em casos

²²⁸ CORRÊA, 2006, p. 88.

²²⁹ BARROSO, Luís Roberto. A viagem redonda: habeas data, direitos constitucionais e as provas ilícitas. *Revista de direito administrativo*, Rio de Janeiro, n. 213, p. 149-163, jul./set. 1998, p. 162.

²³⁰ *Ibid*, p. 163.

excepcionais, de acordo com a gravidade da infração penal investigada. Sustentara a Corte Suprema²³¹ que a busca pela verdade real no processo não poderia se dar a qualquer custo, de modo que prevaleceria a vedação à utilização da prova ilícita no processo penal em detrimento daquela, sem qualquer discrepância em relação ao tipo de infração penal objeto da persecução criminal.

Outrossim, mister pontuar que o efeito dissuasório da garantia fundamental da vedação à utilização da prova ilícita seria completamente fragilizado, vez que os órgãos da persecução criminal não hesitariam em atuar de forma arbitrária na produção probatória, violando os direitos e garantias fundamentais dos indivíduos, quando vislumbrasse a possibilidade da prova obtida por meios ilícitos ser utilizada no processo penal contra o suposto sujeito ativo da infração penal. Ao se admitir a prova ilícita *pro societate* haveria, em verdade, fomento às práticas ilícitas pelo próprio Estado na atividade persecutória penal, desvirtuando o seu papel de salvaguardar os direitos e garantias dos indivíduos.

Ressalte-se que a tutela dos interesses da coletividade estará de fato albergada quando se preservarem os direitos e garantias fundamentais dos indivíduos como um todo, não se justificando flexibilizações arriscadas. De tal modo, o Estado, titular do *jus puniendi*, na atividade persecutória criminal não pode se valer da violação desenfreada dos direitos e garantias fundamentais com o escopo de alcançar a verdade dos fatos e punir o infrator da norma penal incriminadora, sob pena de deslegitimar todo o sistema punitivo. Se assim o fizesse, aquele primeiro se equipararia à figura do transgressor, afrontando o Estado Democrático de Direito e o princípio da dignidade da pessoa humana, este viga mestra daquele. A proteção penal será eficiente na medida em que observe o devido respeito às garantias e direitos fundamentais albergados na Carta Magna de 1988.

Nessa toada, merece guarida o posicionamento daqueles que defendem, no ordenamento jurídico pátrio, a inadmissibilidade no processo penal da prova obtida por meios ilícitos para fundamentar eventual decreto condenatório, utilizando-a em favor da acusação, visto que a garantia da inadmissibilidade da prova ilícita, como corolário do devido processo legal, nessa hipótese, detém relação de prevalência em face ao direito de punir do Estado, não se admitindo que este se valha de meios espúrios para justificar a efetivação do seu direito de punir sob uma suposta roupagem de evitar uma proteção penal eficiente. Destarte, diante da aplicação da teoria da proporcionalidade, vê-se que a admissibilidade da prova ilícita *pro*

²³¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus nº 80949/RJ*, Relator: Ministro Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, Brasília, DF, data de julgamento: 30/10/2001, data de publicação: DJ 14/12/2001. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/776137/habeas-corpus-hc-80949-rj>>. Acesso em: 15 de jul. 2016.

societate no processo penal é eivada de inconstitucionalidade, não guardando compatibilidade com os valores superiores da dignidade da pessoa humana, da presunção de inocência e do Estado Democrático de Direito.

5 CONCLUSÃO

No processo penal, a indagação sobre a (in)admissibilidade da prova obtida por meios ilícitos no ordenamento jurídico pátrio, com base na teoria da proporcionalidade, de modo a fundamentar a absolvição ou condenação de alguém em face do qual determinada infração penal é imputada pelo titular do *jus puniendi*, trata-se de ponto de intenso debate na doutrina jurídica hodierna. Nesse sentido, deve-se perquirir sobre a (in)constitucionalidade de tal admissibilidade, em virtude da Carta Magna, em seu artigo 5º, inciso LVI, vedar expressamente a utilização da prova obtida de modo ilícito no processo, como corolário da garantia ao devido processo legal.

No campo probatório penal, a terminologia *prova* deriva do termo latim *probatio*, significando ensaio, verificação, inspeção, exame, argumento, razão, aprovação ou confirmação; de modo que provar refere-se a produzir determinado estado de certeza na convicção do magistrado, que julgará o caso, no que se refere a existência ou não dos fatos a serem apurados para deslinde do feito. De tal modo, a prova no processo penal tem relação indissociável com o princípio da busca da verdade real, o qual visa alcançar o mais próximo de como os fatos realmente ocorreram, já que no processo penal entra em cheque direitos indisponíveis, como a liberdade do indivíduo em face do qual fora instaurada a persecução criminal.

Não obstante, deve-se advertir que a busca pela verdade real nem sempre será alcançada de modo absoluto, posto que a reconstrução no processo daquilo que ocorrerá quando do tempo da infração penal é em verdade aquilo que se imagina ter ocorrido. A prova no processo penal, por conseguinte, tem a finalidade de formar a convicção do juiz no caso concreto, vez que não poderá haver condenação sem provas suficientes, em razão do princípio do *in dubio pro reo*, esculpido no artigo 5º, LVII, da Constituição Federal. Outrossim, mister pontuar que a busca pela verdade real não significa dizer que há uma irrestrita e ilimitada possibilidade de produção de prova, a qualquer custo, no processo penal.

O ordenamento jurídico brasileiro, no que se refere ao sistema de apreciação de provas, adotou, como regra, o sistema do livre convencimento motivado, consoante se depreende do artigo 155, *caput*, do Código de Processo Penal, também chamado de persuasão racional. Tal sistema consiste na liberdade que o juiz detém na formação do seu convencimento, não havendo qualquer critério prévio de valoração da prova ao qual estaria submetido, sendo livre na escolha daquela prova que se apresente mais convincente; sem,

entretanto, furtar-se da devida fundamentação quanto às razões que o levaram ao veredicto prolatado, nos moldes do princípio da motivação das decisões insculpido no artigo 93, IX, da Constituição Federal de 1988.

Ocorre que a esse sistema da persuasão racional, bem como, ao direito à prova e à busca pela verdade real no processo penal se aplicam limitações de viés constitucional, como a inadmissibilidade das provas ilícitas no âmbito do processo criminal, com o escopo de tutelar o indivíduo contra os arbítrios na atuação estatal quando do exercício da persecução criminal.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 dentro do rol dos direitos e garantias individuais prevê expressamente, em seu artigo 5º, inciso LVI, a inadmissibilidade da prova ilícita no processo, como corolário da garantia constitucional do devido processo legal. Ressalte-se que o campo de abrangência da tutela desta norma tem ligação indissociável com a proteção de outros direitos e garantias fundamentais, a citar, a inviolabilidade do domicílio, o direito à privacidade e intimidade, o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, entre outros.

Observa-se, portanto, que o direito à prova sofre limitações, não se revestindo de caráter absoluto, vez que, por conseguinte, deve respeitar outros direitos fundamentais tutelados pelo ordenamento jurídico. Assim, a Carta Magna proclama a inadmissibilidade das provas obtidas por meio ilícito no processo, de modo que não poderia a busca pela verdade real, como justificativa de buscar uma eficiência processual, prevalecer a qualquer custo, relegando a tutela dada aos direitos e garantias fundamentais do indivíduo, sob pena de configurar inevitável ofensa aos ditames proclamados pelo Estado Democrático de Direito.

Logo, além de propiciar um substrato ético ao processo, intitulado pela doutrina de *fair trial*, tem-se que a aludida garantia constitucional visa à proteção dos direitos e garantias individuais. É o chamado efeito dissuasório à atuação estatal no exercício do *jus puniendi*, vez que, com o escopo de inibir práticas atentatórias pelos órgãos de persecução penal aos direitos e garantias fundamentais dos indivíduos, se prevê que tais provas obtidas em violação a estes não poderão ser admitidas no processo penal.

Tem-se que as normas que regulam, bem como, estatuem limites à obtenção, à produção e à valoração das provas são direcionadas ao titular do *jus puniendi*, a fim de tutelar os direitos fundamentais do indivíduo atingido pela persecução penal. Desse modo, a norma constitucional da inadmissibilidade das provas ilícitas no processo apresenta-se não apenas como um fundamento ético ao processo (*fair trial*); mas também apresenta um efeito dissuasório à atuação estatal quando do exercício da persecução criminal.

Ademais, a corroborar o conteúdo material do artigo 5º, LVI, da Carta Magna, tal garantia fora ratificada na legislação infraconstitucional, vez que o Código de Processo Penal, com a reforma trazida pela Lei 11.690/2008, passou a prever no seu artigo 157, *caput*, que as provas ilícitas são inadmissíveis. Ademais, foi além a legislação processual penal ao estatuir o desentranhamento destas do processo, bem como, ao aludir que provas ilícitas seriam aquelas obtidas mediante violação às normas constitucionais e às legais.

Pontifica a doutrina processual penal brasileira a existência das espécies prova ilícita e prova ilegítima, as quais compõem o gênero prova vedada; de modo que a distinção daquelas orbita em torno da natureza do direito denegado, se material ou processual, durante a respectiva obtenção ou produção da prova. As provas ilícitas seriam aquelas que violam as normas de direito material, de cunho constitucional ou penal, quando do momento da sua obtenção, afrontando os direitos e garantias reconhecidos constitucionalmente aos indivíduos, ocasionando, como consequência processual, a inadmissibilidade do uso daquela no processo penal. Quanto à prova ilegítima, esta consiste na prova produzida, em regra, no curso do processo, por intermédio da violação às normas de natureza processual, aplicando-se a tal prova o regime de nulidades e não da inadmissibilidade.

Importante assim a distinção entre as sanções processuais concedidas às provas ilícitas e às ilegítimas. Nesse trilhar, enquanto a prova ilícita terá como consequência processual a sua inadmissibilidade no processo, ou posterior desentranhamento; a prova ilegítima poderá ter declarada sua nulidade absoluta ou decretada a nulidade relativa, com a possibilidade de serem renovadas posteriormente para se amoldarem à norma processual, o que não é cabível à prova ilícita.

O artigo 157, §1º, do Código de Processo Penal, reza a inadmissibilidade, também, das provas ilícitas por derivação, as quais são aquelas provas que, embora produzidas de modo aparentemente válido posteriormente, são afetadas pelo vício da ilicitude da prova originária, que as demais se transmite, contaminando-as, por efeito de causa e efeito. Tal preceito normativo no ordenamento jurídico brasileiro é consagrado como a Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada (*Fruits of the poisonous tree*), construída pela jurisprudência norte americana e a qual estava sendo adotada há tempos pela jurisprudência brasileira do Supremo Tribunal Federal. Tal teoria, também chamada pela doutrina de Teoria do efeito à distancia, aduz que o defeito existente na árvore envenenada contamina todos os seus frutos.

O legislador excepcionou a prova ilícita por derivação em algumas hipóteses, consoante se depreende do §1º, do aludido artigo, instituindo temperamentos à teoria dos frutos da árvore envenenada. Logo, nem sempre a existência de uma prova ilícita ocasionará a

ilicitude das demais provas existentes, de modo que deve ser observado se realmente houve a contaminação das provas subsequentes.

Dentre essas mitigações, tem-se a Teoria da Prova Absolutamente Independente, a qual assevera que a prova não será considerada ilícita por derivação se for obtida por outra fonte autônoma e diversa daquela na qual se perpetrou a ilicitude, sem qualquer liame de causalidade entre estas; bem como, a Teoria da Descoberta Inevitável, chamada de exceção da fonte hipotética independente, a qual aduz pela utilização da prova derivada de uma originária ilícita, se demonstrado no caso concreto que aquela seria obtida de qualquer forma, e em iguais condições, por atos válidos de investigação já em trâmite quando da prática da ilegalidade. Há diversas outras teorias que impõem temperamentos à Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada, como a da Contaminação Expurgada, a da Teoria da Boa-fé, adotadas pela jurisprudência da Suprema Corte Norte Americana, mas as quais não possuem previsão expressa no ordenamento jurídico brasileiro.

Nesse diapasão, no que tange à (in)admissibilidade da prova ilícita no processo penal, com indubitável relevância apresenta-se a aplicação da Teoria da Proporcionalidade, também chamada de teoria do interesse preponderante, cuja construção originou-se na doutrina alemã (*Verhältnismäßigkeitsgrundsatz*), ganhando destaque por diversos doutrinadores dentre as teorias que excepcionam a regra constitucional do artigo 5º, inciso LVI, da CRFB/88. Tal teoria não veda de modo irrestrito o uso da prova ilícita, visa afastar os extremismos das posições que peremptoriamente pugnam pela rejeição absoluta da admissibilidade no processo da prova ilícita, decorrente de uma interpretação literal da norma constitucional, aduzindo que deve haver uma ponderação entre os direitos individuais com os interesses da sociedade a fim de, excepcionalmente, possibilitar o aproveitamento da prova obtida ilicitamente, seja a favor do réu ou da acusação.

Tal teoria pauta-se em balancear os interesses constitucionais em conflito no caso concreto, de modo que prevalecerá em face do outro o que se mostrar mais relevante do que o bem outrora maculado pela obtenção ilícita da prova. Verificaria, assim, a possibilidade de utilizar ou não a prova obtida por meios ilícitos para fundamentar um decreto absolutório ou condenatório no bojo do processo penal, diante da teoria da proporcionalidade. Mediante tal teoria, salvaguarda-se, portanto, o interesse constitucionalmente assegurado que predominar na casuística sob apreciação do julgador.

Pontue-se que, diante do fato de nenhum direito e garantia fundamental possuir caráter absoluto, através da teoria da proporcionalidade defende-se de forma excepcionalíssima a admissibilidade da prova obtida por meios ilícitos no bojo do processo penal para sufragar a

possibilidade de utilizar tais provas em favor dos interesses do réu ou da acusação. A aplicação da teoria da proporcionalidade decorre da busca pela harmonia do sistema jurídico, vez que é imanente a existência de valores constitucionais os quais são contrastantes entre si.

Exige-se quando da aplicação da teoria da proporcionalidade, a observância dos requisitos intrínsecos da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito, vez que as balizas impostas aos direitos fundamentais devem ser adequadas para tutelar o bem jurídico; necessárias para tanto, revelando-se como o meio menos gravoso para alcançar o fim almejado; bem como, devem possuir proporcionalidade *stricto sensu* entre o direito fundamental sacrificado e o preponderante.

A aplicação do princípio da proporcionalidade, como forma de solucionar o conflito entre direitos fundamentais contrastantes, se apresenta sob uma dupla perspectiva justificadora, tanto da proibição do excesso quanto da proibição da proteção deficiente, decorrente de uma concepção do garantismo negativo e positivo, respectivamente. A faceta do princípio da proporcionalidade destinada a limitar a atuação estatal, evitando o arbítrio deste em face dos indivíduos, já é defendida de modo consolidado na seara doutrinária, sob a roupagem da proibição do excesso. O mesmo, todavia, não há que se falar do fundamento da proporcionalidade como proibição da proteção deficiente, entendimento o qual começa a ganhar espaço relevante no direito constitucional penal diante da ideia do garantismo positivo.

No âmbito penal, constantemente há colisões entre o direito de punir do Estado e o direito de liberdade do acusado. Precisamente no campo probatório penal, há em face daquele o direito à prova, decorrente do direito de ação; enquanto em face deste, existe a garantia da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos. Há assim um conflito entre valores consagrados constitucionalmente, vez que de um lado encontra-se o direito fundamental à proteção estatal, por intermédio de mecanismos eficazes de persecução criminal para combater a criminalidade, e do outro, os direitos tutelados através da limitação à atividade probatória penal. Devem-se assim ser interpretados a fim de assegurar a unidade do sistema constitucional.

Assim, um dos mais controversos debates jurídicos na seara da matéria probatória no processo penal brasileiro refere-se à questão da admissibilidade ou não das provas obtidas por meios ilícitos para fundamentar eventual decreto condenatório ou absolutório. Ressalte-se que há grande celeuma ainda em face do tema na doutrina pátria, vez que há aqueles os quais são adeptos da adoção da aludida teoria para justificar a admissibilidade da utilização da prova ilícita, enquanto outros são contrários.

Mediante a teoria da proporcionalidade, o magistrado ao julgar a casuística sob sua apreciação averiguaria qual interesse deveria prevalecer no caso concreto. Aplicar-se-ia tal teoria no conflito entre direitos fundamentais, coibindo tanto o excesso, com o escopo de proteger o indivíduo contra o arbítrio punitivo estatal; bem como, vedando a proteção penal deficitária pelo Estado, titular do *jus puniendi*, não garantindo à sociedade a aplicação da norma penal ao sujeito ativo da infração penal. Assim, na colisão entre o direito de punir do Estado, consubstanciado na proteção penal eficiente, e a garantia da inadmissibilidade da prova ilícita, deve-se haver uma ponderação entre os interesses colidentes no caso concreto.

Cumprе salientar que a admissibilidade da utilização da prova ilícita no processo penal em favor do acusado, chamada de prova ilícita *pro reo*, quando este for o único meio de provar a inocência deste, é praticamente entendimento uníssono na doutrina e jurisprudência pátria. Tal admissibilidade decorre da aplicação da teoria da proporcionalidade no campo probatório penal, vez que ao sopesar os valores constitucionais salvaguardados em conflito no caso concreto, a saber, de um lado a garantia fundamental da inadmissibilidade da prova obtida por meios ilícitos, e do outro a garantia fundamental da ampla defesa do acusado e o direito de liberdade deste, tem-se que estes últimos apresentam relação de precedência em face daquela primeira, devendo prevalecer.

Assim, no que tange à prova ilícita *pro reo*, sob a ótica da teoria da proporcionalidade, posiciona-se pela constitucionalidade da admissibilidade desta a fim de fundamentar um decreto absolutório, haja vista que o direito de ampla defesa (artigo 5º, LV, da Constituição Federal) prepondera, nesse caso, sob a garantia fundamental da vedação à utilização da prova ilícita no processo penal. É imprescindível que se averigue, na colisão entre direitos e garantias fundamentais assegurados constitucionalmente, o peso destes e a preponderância de um deles no caso sob apreciação do julgador, para que se admita ou não a prova obtida por meios ilícitos. No conflito entre o direito de ampla defesa e da liberdade do réu e o da garantia da inadmissibilidade da prova ilícita, hão de prevalecer aqueles primeiros.

Quanto à prova ilícita *pro societate*, ou seja, a favor da sociedade, o debate se torna acirrado. Cinge-se tal celeuma em aduzir se é constitucional ou não a admissibilidade da prova ilícita quando os interesses da coletividade se revelem prevalecentes, em dado caso concreto, em face de certos direitos fundamentais do acusado. De um lado há aqueles que repugnam peremptoriamente a admissibilidade no processo da prova ilícita *pro societate*, diante do perigoso terreno de subjetivismos que a aplicação da proporcionalidade ensejaria e dos riscos advindos pela flexibilização dos direitos fundamentais dos indivíduos, sob o manto de proteção aos interesses da sociedade; enquanto outros, sob o pálio de evitar uma proteção

penal deficiente, recalcitram resultados processuais socialmente ilegítimos, como a impunidade do sujeito ativo da infração penal, principalmente nas hipóteses que envolvem a macrocriminalidade.

Não obstante os argumentos a favor da prova ilícita *pro societate*, merece guarida o posicionamento daqueles que defendem, no ordenamento jurídico pátrio, a inadmissibilidade no processo penal da prova obtida por meios ilícitos para fundamentar eventual decreto condenatório, utilizando-a em favor da acusação, visto que a garantia da inadmissibilidade da prova ilícita, como corolário do devido processo legal, nessa hipótese, detém relação de prevalência em face ao direito de punir do Estado, não se admitindo que este se valha de meios espúrios para justificar a efetivação do seu direito de punir sob uma suposta roupagem de evitar uma proteção penal eficiente.

O Estado, titular do *jus puniendi*, na atividade persecutória criminal não pode se valer da violação desenfreada dos direitos e garantias fundamentais com o escopo de alcançar a verdade dos fatos e punir o infrator da norma penal incriminadora, sob pena de deslegitimar todo o sistema punitivo. Destarte, diante da aplicação da teoria da proporcionalidade, vê-se que a admissibilidade da prova ilícita *pro societate* no processo penal é eivada de inconstitucionalidade, não guardando compatibilidade com os valores superiores da dignidade da pessoa humana, da presunção de inocência e do Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução por Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. 4. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2015.

_____. Direito constitucional e de direito ordinário – jurisdição constitucional e jurisdição especializada. Tradução Luís Afonso Heck. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 91 n. 799, p. 33-51, mai. 2002.

ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes de. **Direito judiciário brasileiro**. 5. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1960.

ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. **Da prova no processo penal**. 7. ed. 3 tir. São Paulo: Saraiva, 2008.

ARAÚJO, Fábio Roque da Silva. **O princípio da proporcionalidade aplicado ao direito penal**: fundamentação constitucional da legitimidade e limitação do poder de punir. *Revista dos Tribunais*, n. 882, p. 355, 2009.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. **NBR 14724**: Informação e documentação, trabalhos acadêmicos, apresentação. Rio de Janeiro: ABNT, 2011. 15 p.

_____. **NBR 6023**: informação e documentação, referências, elaboração. Rio de Janeiro: ABNT, 2003. 24 p.

_____. **NBR 6028**: informação e documentação, resumo, apresentação. Rio de Janeiro: ABNT, 2003. 2 p.

_____. **NBR 10520**: informação e documentação, citações em documentos, apresentação. Rio de Janeiro: ABNT, 2002. 7 p.

_____. **NBR 6027**: informação e documentação, sumário, apresentação. Rio de Janeiro: ABNT, 2013. 3 p.

_____. **NBR 6024**: informação e documentação, numeração progressiva das seções de um documento, apresentação. Rio de Janeiro: ABNT, 2012. 8 p.

AVENA, Noberto Cláudio Pâncaro. **Processo penal esquematizado**. 6. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Método, 2014.

ÁVILA, Thiago André Pierobom de. **Provas ilícitas e proporcionalidade**: uma análise da colisão entre os princípios da proteção penal eficiente e da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos. 2006. 295f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade de Brasília, Brasília, 2006. Disponível em: < <http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/3103/1/Disserta%C3%A7%C3%A3o%20%20THIAGO%20ANDR%C3%89%20PIEROBOM%20D E%20%20C3%81VILA-%20Provas%20Il%C3%ADcitas.pdf>>. Acesso em: 28 mai. 2016.

AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas ilícitas**: interceptações telefônicas e gravações clandestinas. 2. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

AZEVEDO, Bernardo Montalvão Varjão de; BÔAS, Marcos de Aguiar Villas. Reflexões sobre a proporcionalidade e suas repercussões nas ciências criminais. **Revista de Estudos Criminais**, n. 33, p. 88-89, 2009.

BACILA, Carlos Roberto. Princípios de Avaliação das Provas no Processo Penal e as Garantias Fundamentais. In: BONATO, Gilson (Org.). **Garantias Constitucionais e Processo Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

BADARÓ, Gustavo H. R. Ivahy. **Direito processual penal**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

_____. **Ônus da prova no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BARROS, Marco Antonio de. **A busca da verdade no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 1996.

_____. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. 3. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. A viagem redonda: habeas data, direitos constitucionais e as provas ilícitas. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 213, p. 149-163, jul./set. 1998.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução Neury Carvalho Lima. 1. ed. São Paulo: Hunter Books, 2012.

BEDÊ JÚNIOR, Américo; SENNA, Gustavo. **Princípios do processo penal: entre o garantismo e a efetividade da sanção**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Diário Oficial, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 29 abr. 2016.

_____. **Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941**. Institui o Código de Processo Penal. Brasília, DF: [Diário Oficial da União], 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 29 abr. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Ação Penal nº 690 TO 2007/0170824-2**, Relator: Ministro João Otávio de Noronha, Corte Especial, Brasília, DF, data de julgamento: 15/04/2015, data de publicação: DJe 22/05/2015. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/190535334/acao-penal-apn-690-to-2007-0170824-2/relatorio-e-voto-190535335>>. Acesso em: 08 jun. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Informativo de jurisprudência nº 539**. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/SearchBRS?b=INFJ&tipo=informativo&livre=@COD=%270539%27>>. Acesso em: 05 jun. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas corpus nº 3.982/RJ 1995/0053161-5**, Relator: Ministro Adhemar Maciel, Sexta Turma, Brasília, DF, data de julgamento: 05/12/1995, data de publicação: DJ 26/02/1996. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/548539/habeas-corporus-hc-3982>>. Acesso em: 12 de jul. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas corpus nº 197.044/SP**, Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, Brasília, DF, data de julgamento: 04/09/2014, data de publicação: DJe 23/09/2014. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/diarios/documentos/140827942/habeas-corporus-n-197044-sp-do-stj>>. Acesso em: 08 jun. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus nº 70.814-5/SP**, Relator: Ministro Celso de Mello, Primeira Turma, Brasília, DF, data de julgamento: 01/03/1994, data de publicação: DJ 24/06/1994. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=72703>>. Acesso em: 13 de jul. 2016

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus nº 72.588/PB**, Relator: Ministro Maurício Corrêa, Tribunal Pleno, Brasília, DF, data de julgamento: 12/06/1996, data de publicação: DJ 04/08/2000. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2881681/habeas-corporus-hc-72588-pb>>. Acesso em: 31 mai. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus nº 73.351/SP**, Relator: Ministro Ilmar Galvão, Primeira Turma, Brasília, DF, data de julgamento: 09/05/1996, data de publicação: DJ 19/03/1999. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/744091/habeas-corporus-hc-73351-sp>>. Acesso em: 31 mai. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus nº 80.949/RJ**, Relator: Ministro Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, Brasília, DF, data de julgamento: 30/10/2001, data de publicação: DJ 14/12/2001. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/776137/habeas-corporus-hc-80949-rj>>. Acesso em: 15 de jul. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus nº 84.679/RS**, Relator: Ministro Marco Aurélio, Relator(a) p/ acórdão: Min. Eros Grau, Primeira Turma, Brasília, DF, data do julgamento: 09/11/2004, data da publicação: DJ 12/08/2005. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudenciaDetalhe.asp?s1=000093484&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 02 jun. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Informativo de jurisprudência nº 30**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo30.htm#Frutos da Árvore Envenenada>>. Acesso em: 31 mai. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Informativo de jurisprudência nº 32**, Brasília, DF, 20 a 24 de maio. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo32.htm#Prova Ilícita: Desentranhamento>>. Acesso em: 28 mai. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de segurança nº 23.452/RJ**, Relator: Ministro Celso de Mello, Tribunal Pleno, Brasília, DF, data de julgamento: 16/09/1999, data de publicação: DJ 12/05/2000. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/738746/mandado-de-seguranca-ms-23452-rj>>. Acesso em: 12 de jul. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso ordinário em habeas corpus nº 90.376/RJ**, Relator: Ministro Celso de Mello, Segunda Turma, Brasília, DF, data de julgamento: 03/04/2007, data de publicação: DJ 18/05/2007. Disponível em: < <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14729128/recurso-em-habeas-corpus-rhc-90376-rj>>. Acesso em: 31 mai. 2016.

BRICHETTI, Giovanni. **La evidencia en el derecho procesal penal**. Tradução Santiago Sentis Melendo, Buenos Aires, 1973.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

BUECHELE, Paulo Armínio Tavares. **O princípio da proporcionalidade e a interpretação da constituição**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

CAIXETA, Nayara Firmes; NUNES, Joamar Gomes Vieira. Garantismo positivo: a dupla face do princípio da proporcionalidade. **Revista Perquirere**. Centro Universitário de Patos de Minas, v.1, n.11, p.29-48, jul. 2014.

CAMPOS, Helena Nunes. Princípio da proporcionalidade: a ponderação dos direitos fundamentais. **Caderno de Pós-graduação em direito político e econômico**. Mackenzie. São Paulo, v.4, n. 1, p. 23-32, 2004.

CARRARA, Francesco. **Programa del curso de derecho criminal dictado en la Real Universidad de Pisa**. Tradução por Sebastian Soler. Buenos Aires: Depalma, 1944, v. 2.

CARVALHO, Ricardo Cintra Torres de. A inadmissibilidade da prova ilícita em processo penal: um estudo comparativo das posições brasileira e norte-americana. **Revista brasileira de ciências criminais**, São Paulo, v. 3, n. 12, p. 162-200, out./dez. 1995.

CECARELLI, Camila Franchitto. **Prova ilícita por derivação no direito processual penal brasileiro**. 2011. 174f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011, p. 141. Disponível em: < http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-31072012-085213/publico/Dissertacao_de_mestrado_versao_simplificada_Camila_Franchitto_Cecarelli.pdf>. Acesso em: 01 de jun. 2016.

CHAVES, João Freitas de Castro; CUNHA, Clarissa Marques da. Princípio da proporcionalidade *pro societate* na gestão da prova ilícita: dilemas teóricos e usos cotidianos. **Revista IOB**, n.41, p. 67-70, 2007.

CHIMENTI, Francisco. **O processo penal e a verdade material: (teoria da prova)**. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

CINTRA, Antônio C. de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria geral do processo**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

CORRÊA, Sílvia Leme. **A prova processual penal ilícita e a teoria da proporcionalidade**. 2006. 144f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2006. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp009453.pdf>>. Acesso em: 14 jul. 2016.

CORREIA, Belize Câmara. **O controle de constitucionalidade dos tipos penais incriminadores à luz da proporcionalidade.** Porto Alegre: Sérgio Antonio Faris Editor, 2009.

CRETTON, Ricardo Aziz. **Os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade e sua aplicação no direito tributário.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério.** Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

ESSADO, Tiago Cintra. **O princípio da proporcionalidade no direito penal.** Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2008.

FELDENS, Luciano. **A constituição penal: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

_____. **Direitos fundamentais e direito penal: a constituição penal.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo de direito: técnica, decisão, dominação.** 3. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional.** 7. ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

GAVIÃO, Juliana Venturella Nahas. A proibição da proteção deficiente. **Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, n. 61, p. 93-111, mai./out. 2008.

GIACOMOLLI, Nereu José. **Reformas do processo penal: considerações críticas.** Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2008.

GOMES, Luiz Flávio; CUNHA, Rogério Sanches. **Legislação criminal especial.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

GOMES, Mariangela Gama de Magalhaes. **O princípio da proporcionalidade no direito penal.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As reformas no processo penal: as novas leis de 2008 e os projetos de reforma.** Coordenação Maria Thereza Rocha de Assis Moura. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

_____. **Direito à prova no processo penal.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

_____. A inadmissibilidade das provas ilícitas no processo penal brasileiro. **Revista brasileira de ciências criminais**, v. 18, n. 85, p. 393-410, jul./ago. 2010.

GRECO FILHO, Vicente. **Manual de processo penal.** 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Liberdades públicas e processo penal**: as interceptações telefônicas. 2. ed. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As nulidades no processo penal**. 8. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

HASSEMER, Winfried. **Processo penal e direitos fundamentais**. In: PALMA, Maria Fernanda. Jornadas de direito processual penal e direitos fundamentais. Coimbra: Editora Almedina, 2004.

HAMILTON, Sergio Demoro. As provas ilícitas, a teoria da proporcionalidade e a autofagia do direito. **Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro**, n. 11, p.253-266, jan./jun. 2000, p. 262.

HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da república federal da Alemanha**. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.

JESUS, Damásio de. **Código de processo penal anotado**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

LIMA, Marcellus Polastri. **Manual de processo penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**. 2. ed. rev. ampl. atual. Salvador: JusPODIVM, 2014.

_____. **Legislação criminal especial comentada**. 3. ed. rev. ampl. atual. Salvador: JusPODIVM, 2015.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Introdução crítica ao processo penal**: fundamentos da instrumentalidade constitucional. 4. ed. rev. atual. ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

_____. **Direito processual penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MALATESTA, Nicolás F. Del. **A lógica das provas em matéria criminal**. 6. ed. Campinas: Bookseller, 2005.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, v. 4, 1965.

MATTOS, Luiz Norton Baptista de. Breves noções sobre as provas ilícitas. **Revista da Escola da Magistratura Regional Federal 2ª Região – EMARF**. Rio de Janeiro, v. 12, n. 1, p. 1-300, ago. 2009.

MELLO, Rodrigo Pereira de. **Provas ilícitas e sua interpretação constitucional**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo penal**. 18 ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. A constituição e as provas ilicitamente adquiridas. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, n. 205, p. 11-22, jul./set. 1996, p. 16. Disponível em: <<http://bibliotecadigi.tal.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/download/46798/46170>>. Acesso em: 08 jul. 2016.

_____. O processo penal norte-americano e sua influência. **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, n. 12, p. 89-100, jul./dez. 2000.

MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. **A prova por indícios no processo penal**. Reimpressão. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**. 13. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

_____. **Manual de processo penal e execução penal**. 11. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. **O valor da confissão como meio de prova no processo penal**. 2. ed. rev. atual. com comentários à lei da tortura. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

_____. **Provas no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 18. ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Atlas, 2014.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Processo e hermenêutica na tutela penal dos direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

PACHECO, Denilson Feitoza. **Direito processual penal: teoria, crítica e práxis**. 5. ed. rev. ampl. atual. Niterói, Rio de Janeiro: Impetus, 2008.

POZZER, Benedito Roberto Garcia. **Correlação entre acusação e sentença no processo penal brasileiro**. São Paulo: IBCCRIM, 2001.

QUEIJO, Maria Elizabeth. O tratamento da prova ilícita na reforma processual penal. **Boletim Instituto Brasileiro de Ciências Criminas (IBCCrim)**, n.188, p.18-19, 2008.

RABONEZE, Ricardo. **Provas obtidas por meios ilícitos**. 3. ed. Porto Alegre: Síntese, 2000.

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

RAUBER, Marcos Eduardo. A admissibilidade processual da prova ilícita pro societate com base na aplicação do princípio da proporcionalidade. **Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul**, p. 181-202, nº 49, [20--].

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**. São Paulo: Saraiva, 1977, v.2.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10. ed. rev. atual.e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e proporcionalidade: notas a respeito dos limites e possibilidades de aplicação das categorias da proibição de excesso e de insuficiência em matéria criminal. **Revista da AJURIS**, Porto Alegre, v. 35, n. 109, mar./2008.

SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na constituição federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

SILVA, César Dario Mariano da. **Das provas obtidas por meios ilícitos e seus reflexos no âmbito do direito processual penal**. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 1999.

_____. **Provas ilícitas**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

SILVA, Germano Marques da. **Curso de processo penal**. Lisboa: Verbo, 1993, v. 2.

SILVA, Luís Virgílio Afonso da Silva. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 91, n. 798, p. 23-50, abr. 2002.

SILVA JÚNIOR, Walter Nunes. **Curso de direito processual penal: teoria (constitucional) do processo penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

SILVA NETO, Aldemar Monteiro. A violação dos direitos fundamentais pelas decisões que autorizam a busca e apreensão coletivas. **Revista magister de direito penal e processo penal**. Ano XI, nº 64, p.25-35, fev-mar, 2015.

SOUZA, Alexander Araújo de. A inadmissibilidade no processo penal das provas obtidas por meios ilícitos: uma garantia absoluta?. **Revista da EMERJ**, v.7, n. 27, 2004.

STEINMETZ, Wilson Antônio. **Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

STRECK, Lênio Luiz. A dupla face do princípio da proporcionalidade: da proibição de excesso (*Übermassverbot*) à proibição de proteção deficiente (*Untermassverbot*) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. **Revista da AJURIS**, Porto Alegre, ano XXXII, n. 97, p. 171-202, mar. 2005.

_____. **Bem jurídico e constituição: da proibição de excesso (übermassverbot) à proibição de proteção deficiente (untermassverbot) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais**. [S.l: s.n] [20--]. Disponível em: <<https://ensaiosjuridicos.files.wordpress.com/2013/04/bem-jurc3addico-e-constituic3a7c3a3o-da-proibic3a7c3a3o-de-excesso-lenio.pdf>>. Acesso em: 10 jul. 2016.

_____. **O princípio da proibição de proteção deficiente (untermassverbot) e o cabimento de mandado de segurança em matéria criminal: superando o ideário liberal-individualista-clássico**. [S.l: s.n] [20--].

TAKAYANAGI, Fabiano Yuji. O risco da proporcionalidade nas provas ilícitas do processo penal. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, v.104, p.841-874, jan/dez 2009.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. 11. ed. rev. ampl. atual. Salvador: JusPODIVM, 2016.

TORNAGHI, Hélio Bastos. **Curso de Processo penal**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1989.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, v.1, 2012.

_____. **Processo penal**. 32. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, v.3, 2010.

TUCCI, Rogério Lauria. Ordem judicial de busca e apreensão e ilicitude da prova dela extrapolante. **Revista dos tribunais**, São Paulo, v. 95, n. 849, p. 457-470, jun. 2006.

_____. **Teoria do direito processual penal**: jurisdição, ação e processo penal (estudo sistemático). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

VISHINSKI, Andrei. **A prova judicial no direito soviético**: com o estudo crítico dos atuais sistemas probatórios na teoria e na prática. Tradução de Roberto Pereira de Vasconcelos. Rio de Janeiro: Nacional de Direito, 1957.

ZILLI, Marcos. O Pomar e as Pragas. **Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCrim)**, n. 188, p. 14-16, jul. 2008.