



**UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
FACULDADE DE DIREITO
CURSO DE DIREITO**

VICENTE LEITE BARBOSA ARAÚJO DOS SANTOS

**A ADMISSIBILIDADE DAS PROVAS ILÍCITAS – ESTUDO SOB O PRISMA DA
PROPORCIONALIDADE**

**FORTALEZA
2013**

VICENTE LEITE BARBOSA ARAÚJO DOS SANTOS

**A ADMISSIBILIDADE DAS PROVAS ILÍCITAS – ESTUDO SOB O PRISMA DA
PROPORCIONALIDADE**

Monografia apresentada à Faculdade de
Direito da Universidade Federal do Ceará
como requisito parcial para a obtenção do
Título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Samuel Miranda
Arruda

FORTALEZA
2013

VICENTE LEITE BARBOSA ARAÚJO DOS SANTOS

**A ADMISSIBILIDADE DAS PROVAS ILÍCITAS – ESTUDO SOB O PRISMA DA
PROPORCIONALIDADE**

Monografia apresentada à Faculdade de
Direito da Universidade Federal do Ceará
como requisito parcial para a obtenção do
Título de Bacharel em Direito.

Aprovada em: ____/____/____

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Samuel Miranda Arruda (Orientador)
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Victor Augusto Lima de Paula (Mestrando)
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Rômulo Moreira Conrado (Mestrando)
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação
Universidade Federal do Ceará
Biblioteca Setorial da Faculdade de Direito

S237a Santos, Vicente Leite Barbosa Araújo dos.
A admissibilidade das provas ilícitas: estudo sob o prisma da proporcionalidade /
Vicente Leite Barbosa Araújo dos Santos. – 2013.
85 f. : enc. ; 30 cm.

Monografia (graduação) – Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito,
Curso de Direito, Fortaleza, 2013.

Área de Concentração: Direito Processual Penal.

Orientação: Prof. Dr. Samuel Miranda Arruda.

1. Prova (Direito) - Brasil. 2. Prova ilícita - Brasil. 3. Proporcionalidade (Direito) -
Brasil. I. Arruda, Samuel Miranda (orient.). II. Universidade Federal do Ceará –
Graduação em Direito. III. Título.

CDD 343.94

Dedico este trabalho aos meus pais, Jorge César e Lilia Freitas, por seu amor, carinho, dedicação, incentivo e sacrifícios que tornaram possível o sonho de me formar no curso de Direito da Universidade Federal do Ceará

AGRADECIMENTOS

Ao professor Samuel Miranda Arruda, pela orientação e por todo o apoio conferido, tanto na graduação quanto no Ministério Público da União, no qual eu tive o prazer de estagiar por 1 ano e 8 meses. Sem dúvida é modelo de profissional e pessoa que eu tentarei perseguir no percorrer da minha carreira jurídica.

Ao mestrando Victor Augusto Lima de Paula, por se disponibilizar a avaliar meu trabalho e servir como exemplo de excelência acadêmica imediata.

Ao Procurador da República Rômulo Moreira Conrado, por disponibilizar seu corrido tempo para avaliar essa monografia de final de curso e tecer suas críticas.

Aos meus pais, Jorge César Leite Barbosa dos Santos e Lilia Freitas Araújo dos Santos, pelo apoio que me deram durante toda a vida para perseguir meus sonhos. A graduação em direito na Universidade Federal do Ceará não seria possível sem a colaboração de vocês.

A minha irmã Tatiana Leite, por servir de exemplo de evolução e humanidade que eu tento alcançar.

As minhas avós Maria de Lourdes e Carmem Leite, por servirem de estrutura da família e exemplo de amor.

Ao meu primo Bruno Araújo Massoud, por sempre me incentivar durante a faculdade. Nenhuma vitória será realmente completa sem a sua conquista e companheirismo. Toda a vitória que conquistar terá de alguma forma sua participação, a graduação na Universidade não é diferente.

A minha tia Raimara Araújo, pelo carinho especial com que sempre me tratou.

A minha namorada Ticianne Fortaleza, por me apoiar em todos os momentos difíceis. Por ser extremamente importante na minha vida estudantil e pessoal.

Aos amigos do “EPA”, por estarem presentes do ABC até a OAB.

Aos amigos da Faculdade, por fazerem esse experiência muito mais prazerosa e engradecedora do que simples 5 anos de estudo jurídico.

Ao gabinete mais eficiente da Procuradoria da República, por tornar o estágio um lugar de amizade e aprendizado.

A Deus e a São Jorge, por serem meus protetores e guardiões de todas as horas.

“Em todas as coisas, e especialmente nas mais difíceis, não devemos esperar semear e colher ao mesmo tempo, mas é necessária uma lenta preparação para que elas amadureçam gradativamente.”

BACON, Francis

RESUMO

O presente trabalho visa examinar analisar as provas ilícitas e sua admissibilidade no caso concreto. Para tanto, faz-se uma análise do conceito de prova, de prova ilícita, bem como de seus aspectos constitucionais e a construção da teoria das provas no ordenamento jurídico ocidental. A teoria da proporcionalidade também será objeto de estudo do presente trabalho, uma vez que servirá como parâmetro para a adoção da técnica do sopesamento de princípios no caso concreto. Serão citados e examinados academicamente casos concretos, tais como o caso dos Inhames e o caso dos irmãos Naves, sempre no intuito de compreendermos o atual posicionamento da doutrina processual penal e com o escopo de tecermos críticas fundamentadas. Em conclusão, afirma-mos que a inadmissibilidade do meio probatório ilicitamente obtido, positivado expressamente pelo constituinte originário no art. 5º, LVI da CRFB/88, deve ser tratado como norma-princípio a ser ponderada no caso concreto.

Palavras-chave: Direito à prova. Provas ilícitas. Proporcionalidade. Sopesamento de princípios. Admissibilidade das provas ilícitas. Aspectos penais e processuais.

ABSTRACT

This paper has as its objectives to examine the illegal evidences and its admissibility in the concrete case. To both, makes-if an analysis of concept of proof, illicit proof, well as of its constitutional aspects and the construction of the theory of proofs in spatial Western legal. The theory of proportionality also will be object of study of the present work, once that will serve as parameter to the adoption the technique of 'sopesamento' of principles in the concrete case. Will be refer and examined academically concrete cases, such as the case of "Inhames" and the case of Naves' brothers, always aiming at understand the current positioning of procedural doctrine criminal and with scope to we may weave criticisms substantiated. In conclusion, we understand that the inadmissibility of evidential means illicitly obtained, positivised expressly by constituent originating in art. 5^o, LVI of CRFB/88, should be treated as norm-principle to be weighted in the case concrete.

Keywords: Right of proof. Illegal evidence. Proportionality. "Sopesamento" principles. Admissibility of illegal evidence. Criminal and procedural aspects.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
2 INTRODUÇÃO À TEORIA GERAL DA PENA E DO PROCESSO PENAL	12
2.1 Evolução da teoria da pena segundo conceito iluminista	12
2.2 Princípios da sanção penal	13
2.3 Aspectos iniciais do processo penal	15
2.3.1 Sistema inquisitivo	15
2.3.2 Sistema acusatório	16
2.3.2.1 – Presunção de não culpabilidade do réu	17
2.3.2.2 Princípio do contraditório	18
2.3.2.3 Princípio da ampla defesa e da dignidade da pessoa humana	19
3 INTRODUÇÃO À TEORIA GERAL DA PROVA	23
3.1 Conceito	23
3.2 Sistemas de avaliação da prova	26
3.3 O Direito à Prova	30
3.4 Ônus da Prova	34
4 DAS PROVAS ILÍCITAS	38
4.1 Considerações iniciais	38
4.2 Conceito	39
4.3 Contexto histórico	47
4.3.1 – Da Provas ilícitas por derivação	50
5 DA ADMISSIBILIDADE DA PROVA ILÍCITA	52
5.1– Da vedação das provas ilícitas como norma-princípio	52
5.2- Do princípio da proporcionalidade	55
5.2.1 - Subprincípios da proporcionalidade	57
5.3 – Da admissibilidade das provas ilícitas a favor do réu	62
5.3.1 – Argumentos para aplicar o princípio da proporcionalidade a favor do réu	67
5.4 – Da admissibilidade das provas ilícitas a favor da acusação	70
5.4.1 – Argumentos pela inadmissibilidade	71

5.4.2 – Argumento pela admissibilidade	73
5.4.3 – Caso dos Inhames	76
6. CONCLUSÃO	79
REFERÊNCIAS	80

1 – INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo essencial tratar das provas ilícitas em seu aspecto constitucional, atribuindo seus efeitos de norma-princípio para realizar um sopesamento no caso concreto.

A evolução do processo penal pátrio culminou na adoção da teoria norte-americana de vedação às provas ilícitas e as delas decorrentes.

Assim, em virtude dessa evolução, o legislador constituinte originário positivou como cláusula pétrea o direito fundamental do cidadão em participar de um processo livre de máculas legais.

A doutrina dos direitos fundamentais de Robert Alexy, contudo, mostra-nos que o conceito de norma-princípio envolve a sua submissão à técnica do sopesamento no caso concreto, tendo como vetor básico da resolução de conflitos o princípio da proporcionalidade em suas várias facetas.

A doutrina penalista evoluiu no sentido de permitir a apreciação das provas vedadas quando acarretar na comprovação da inocência do acusado.

Ao utilizar o princípio da proporcionalidade, aferiu-se que a condenação de um cidadão inocente é medida mais perniciosa à sociedade do que o desrespeito a um processo legal imaculado de vícios.

Demonstrada a utilização da teoria de Alexy, resta-nos indagar sobre a possibilidade da aplicação da técnica a favor da acusação, especialmente em virtude da sofisticação atual das organizações criminosas.

Ab initio, esclarecemos que se trata de tese bastante refutada pela doutrina nacional, apesar de amplamente debatida no campo jurídico e social.

Temos como objetivo principal analisar os motivos da ojeriza da proposta, confrontando a realidade do Brasil com a necessidade de aplicação da técnica.

Em suma, objetivamos analisar as provas ilícitas sob a ótica de norma-princípio e mandado de otimização, atribuindo ao dispositivo as particularidades da tese dos direitos fundamentais de Virgílio Afonso da Silva e Robert Alexy.

2 - INTRODUÇÃO À TEORIA GERAL DA PENA E DO PROCESSO PENAL

2.1 Evolução da teoria da pena segundo conceito iluminista

Abordaremos no presente trabalho princípios basilares do processo penal erigido no nosso ordenamento jurídico atual. Partimos do conceito básico de que a ciência processual penal visa garantir um meio hígido, respeitando os princípios do contraditório, da ampla defesa e da presunção de não culpabilidade do acusado para se chegar à verdade forense dos fatos, culminando-se na aplicação ou não de uma pena sobre o indivíduo que foi objeto do “ius persquendi” do Estado.

O Estado, segundo concepção rousseauiana¹, configura a soma de liberdades sacrificadas por cada cidadão com o intuito de garantir um governo soberano que vise assegurar o bem comum. Esse Governo é legítimo depositário e administrador das vontades de seus cidadãos e tem como função defender cada homem individualmente considerado do retorno ao estado em que vivíamos antes de firmar o contrato social.

Trata-se de fato natural, segundo Cesare Beccaria (1998, pg. 10), que o cidadão tente usurpar a sua liberdade sacrificada em favor do Estado, bem como a parcela da liberdade por outros sacrificada. Assim, para evitar a tendência natural do ser humano, que é hodiernamente compelido a retornar ao seu estado de barbárie, é estabelecida a pena ou a sanção penal.

Em seu livro intitulado “Dos Delitos e das Penas”, o Marquês de Beccaria (1998, pg.41) nos ensina que “faziam-se necessários motivos sensíveis suficientes para dissuadir o espírito despótico de cada homem de novamente mergulhar as leis da sociedade no antigo caos. Esses motivos sensíveis são as penas estabelecidas contra os infratores da lei”.

A pena, segundo a teoria iluminista, portanto, é pressuposto intrínseco do Estado e visa impedir que os particulares subtraíam a liberdade natural a que todos abnegaram no momento em que compactuaram pela vida em sociedade.

¹ ROUSSEAU, Jean-Jacques; O Contrato Social. Traduzido por: Ciro Mioranza. 2ª edição. São Paulo: Escala, 2008.

A teoria da pena evoluiu consideravelmente nos anos subsequentes, adquirindo contornos repressivos e preventivos.

Para a teoria absoluta ou repressiva, a sanção penal teria como fim próprio o mero castigo do infrator. O criminoso deveria, então, sofrer um mal imposto pelo Estado, uma vez que causou um mal injusto à sociedade. O mal justo que é a pena, portanto, visa essencialmente compensar o mal injusto que o crime causou ao pacto social. Pune-se o infrator para reparar o dano que causou à coletividade (“punitur quia peccatum est”).

Para a teoria preventiva, por outro lado, a sanção tem como finalidade precípua desencorajar que outros cidadãos violem o ordenamento jurídico e servir como contra-estímulo ao próprio infrator. A sanção penal, nessa monta, serve como elemento para prevenção de novos crimes (“punitur ne peccetur”).

A despeito da evolução da teoria da pena, não nos afastamos do conceito do grande mestre Beccaria, segundo o qual a pena tem como finalidade essencial permitir o convívio em sociedade.

2.2– Princípios da sanção penal

A sanção penal, consoante inicialmente previsto na Magna Charta Libertatum de 1215, redigida por João Sem Terra, decorre diretamente da Lei, sem a qual não é possível punir os cidadãos que vivem sob o constante império do Estado.

O princípio da legalidade penal garante aos indivíduos a tranquilidade para viver sem temor de restrições arbitrárias do Governo. Assim, a máxima erigida por Feuerbach de que “nullum crimen, nulla poena sine praevia lege”, ou seja, não há crime, nem pena sem lei anterior que os defina, expressamente previsto na Constituição Federal e no Código Penal, é, além de direito fundamental do cidadão, garantia e incentivo para que os indivíduos vivam em sociedade sob a soberania do Estado.

Intrinsecamente aliado à reserva legal está o princípio da anterioridade. Não poderá o Poder Público, a seu bel prazer, cominar sanções a fatos anteriores à positivação da norma penal. O princípio da anterioridade visa garantir a segurança jurídica aos cidadãos, assegurando-lhes que as condutas atualmente praticadas não poderão ser objeto de punição estatal posteriormente.

Não é suficiente, no entanto, que o Poder Público se limite a positivizar normas jurídicas prévias estabelecendo em seu preceito secundário sanções penais a determinados fatos tidos como típicos, ilícitos e culpáveis. Deverá ele resguardar proporção entre o fato da vida considerado e a punição estatal prevista na norma. Resta-se configurado, assim, a proporcionalidade entre a sanção e a infração penal praticada pelo indivíduo.

Cesare Beccaria (1998, pg. 52), uma vez mais, trata o assunto de forma brilhante em seu compêndio “Dos Delitos e das Penas”, que acabaria revolucionando a forma pela qual a sociedade enxergaria a sanção penal nos séculos subsequentes. Em transcrição literal de seu raciocínio, o marquês leciona:

“Se uma pena igual é destinada a dois delitos que ofendem desigualmente a sociedade, os homens não encontrarão um obstáculo forte o suficiente para não cometer um delito maior, se dele resultar uma vantagem maior.”

A proporcionalidade da pena, dessa forma, não é só uma garantia aos cidadãos que praticam infrações de menor potencial ofensivo, mas também uma forma de salvaguardar a sociedade daqueles que, se não houvesse o escalonamento da sanção, praticariam crimes mais graves cientes de que teriam a mesma punição daqueles que lesaram em menor escala o pacto social.

Conclui-se, assim, que o delito deverá ser sancionado na medida em que causa dano à sociedade, devendo o legislador levar em consideração o grau de lesão no momento de positivizar a Lei e o julgador considerá-lo na ocasião em que for aplicar a norma, apreciando as circunstâncias não abstratamente, mas de acordo com o caso apresentado.

A sanção penal deve, ainda, ser certa. A esperança da impunidade diante de um delito cometido impulsiona e incentiva o ser humano a cometê-lo, de tal forma que é mais salutar para os fins da pena punir de forma moderada todos os cidadãos que delinquem do que sancionar severamente, porém ocasionalmente, aqueles que são objetos de fortuito “ius puniendi” estatal.

A pena, segundo a teoria preventiva geral positiva de Günther Jakobs, tem a finalidade de fortalecer o ordenamento jurídico e garantir a sua eficácia. A impunidade, por sua vez, causa a descrença dos cidadãos no pacto social e os incentiva a resgatar a parcela da liberdade a que abnegaram.

Assim sendo, mostra-se mais hígido ao pacto social a tipificação de poucas condutas proporcionalmente punidas, porém com a garantia de retribuição, do que a previsão de vários delitos com penas capitais, que, contudo, não são devidamente fiscalizados pelo Governo administrador.

2.3 – Aspectos iniciais do processo penal

Para a imposição da pena nos moldes acima considerados, foi necessário erigir uma teoria processual penal escorreita, em que os meios para se chegar à sanção do indivíduo não fossem mais gravosos do que a própria sanção penal em si.

Para a imposição da pena, portanto, o Poder Público necessitará de um processo no qual sejam respeitados os direitos fundamentais do indivíduo. Não é essa, contudo, a única finalidade do procedimento criminal. Ele visará também garantir o atingimento de um sistema penal mais operante e eficiente, conforme Renato Brasileiro (2012, pg. 3) -, ou seja, um sistema em que o ordenamento jurídico repressivo seja efetivamente imposto aos cidadãos que delinquem. Será nessa tênue balança de princípios que se estabelecerão os moldes do processo penal constitucional atualmente em vigor.

2.3.1 – Sistema inquisitivo

Em momento anterior à construção iluminista da persecução penal, o sujeito investigado era tratado no processo como mero objeto para se chegar a uma pretensa verdade absoluta dos fatos. Buscava-se uma reconstrução precisa da realidade fática, culminando em uma epifania do juiz para a aplicação ou não de uma pena ao indivíduo.

Nesse modelo de procedimento, o investigado não era sujeito de direitos, não era necessário garantir a sua integridade física ou sequer lhe conferir um mínimo de dignidade enquanto perdurava a persecução estatal. A verdade dos fatos era o único fim almejado pelo magistrado, o que era perseguido à margem da sociedade, sigilosamente.

O juiz, então, ocupava a figura de acusador, defensor e magistrado concomitantemente. Caberia exclusivamente a ele desvendar por meio do investigado as particularidades da situação fática que lhe foi apresentada. Nesse sentido, Marquês de Beccaria (1998, pg. 32) demonstra o modelo vigente à época:

“O juiz torna-se inimigo do réu, desse homem acorrentado, à mercê dos tormentos, da desolação, e do mais terrível porvir; não busca a verdade do fato, mas busca no prisioneiro o delito, e o insidia, e se considera perdedor se não consegue, e crê estar falhando naquela infalibilidade que o homem se arroga em todas as coisas. Os indícios para a captura estão em poder do juiz; para que alguém seja provado inocente deve antes ser considerado culpado; chama-se isso processo ofensivo, e são esses, quase por toda a Europa ilustrada do século dezoito, os procedimentos criminais.

O sistema inquisitivo do processo penal, como ficou posteriormente conhecido, não contém em seu elemento básico a manutenção da dignidade do acusado ou a imparcialidade do juiz. Não havia a necessidade de contraditório e de ampla defesa, uma vez que o magistrado, dotado de todos os meios que fossem necessários, elucidaria a verdade absoluta e proferiria uma sentença que seria o perfeito retrato do mundo numênico.

2.3.2 – Sistema acusatório

As ideias iluministas e a ascensão da teoria dos direitos humanos, contudo, não permitiram que esse sistema perdurasse nos séculos subsequentes. O cidadão não mais poderá ser visto como mero objeto para se chegar à realidade do caso concreto. A verdade absoluta, então, não será mais o fim a ser alcançado, tampouco o processo poderá ser erigido de maneira absolutamente sigilosa.

A persecução penal deverá ter como fim não a mera imposição de uma sanção penal, mas também a preservação da dignidade do investigado enquanto durar o “ius persquendi” estatal.

O magistrado não mais se valerá de todos os meios necessários para elucidar a realidade fática, sendo, assim, vedada a tortura para se alcançar a confissão do réu.

Ele também não irá mais concentrar as funções de acusador, defensor e julgador. O processo se caracterizará como verdadeiro “actum trium personarum”, ou

seja, haverá invariavelmente a presença de 3 (três) polos no julgamento, quais sejam, o promotor, o defensor e o magistrado investido na função.

O juiz terá como função essencial preservar sua imparcialidade para garantir uma persecução penal que resguarde o indivíduo como sujeito de direito e alcance o fim almejado pela sociedade, seja a absolvição do inocente ou a condenação do acusado.

O sistema acusatório, tal como ficou conhecido, é o modelo de persecução penal que deriva do atual ordenamento jurídico constitucional, devendo-se interpretar o Código de Processo Penal de 1941 nos moldes por ele estabelecidos. Vejamos algumas de suas características.

2.3.2.1 – Presunção de não culpabilidade do réu

Inicialmente, o sistema estabelece a presunção de não culpabilidade do indivíduo enquanto não houver sido proferida sentença penal transitada em julgado. Do princípio em tela inferem-se algumas consequências a respeito do tratamento que o Estado deverá manter com o denunciado.

Pressuposto intrínseco da presunção de inocência é a impossibilidade de se aplicar, em regra, medidas cautelares restritivas de liberdade durante a fase de processo ou inquérito policial. Enquanto não sobrevier a condenação e o réu não for inscrito no rol de culpados, ele deverá ser tratado como se inocente fosse, cabendo ao Estado provar a materialidade do delito e a sua autoria.

As hipóteses de prisão cautelar devem ser excepcionais e obedecerem ao exposto procedimento legal. Ademais, não se pode impedir que o réu transite livremente caso não se demonstre o “periculum in libertatis”.

Assim sendo, o princípio da presunção de inocência alberga em seu conteúdo duas facetas, quais sejam, o modelo de tratamento que o Estado deve conferir ao indivíduo enquanto não sobrevier sua condenação e o ônus do Ministério Público ou do querelante em provar a materialidade da conduta ilícita e a sua autoria. Abordaremos o tema mais apropriadamente em momento posterior do trabalho.

2.3.2.2 – Princípio do contraditório

A principal inovação do sistema acusatório, contudo, foi o estabelecimento do respeito ao contraditório e da ampla defesa em todas as suas particularidades.

O réu não é mais mero objeto da investigação penal. Ele detém o direito subjetivo de ser parte ativa no processo, contrarazoando, quando entender necessário, todos os elementos de prova apresentadas pela acusação e inclusive requeridas pelo juiz.

Com base nesse princípio que se impedirá que o Ministério Público leia documentos ou exiba objetos ao tribunal do júri se não as tiver juntado aos autos com antecedência mínima de 3 (três) dias úteis, dando-se ciência ao pronunciado (art. 479, CPP).

Não estamos lidando com um princípio meramente formal, em que resta atendido pela mera oportunidade que se dá ao investigado de ter acesso às provas e se manifestar sobre os atos do processo.

A ciência penal lida com a liberdade ambulatorial do indivíduo, o bem mais intangível que o Estado pode legitimamente restringir por meio de sua soberania. O princípio do contraditório, dessa forma, deve ser visto em toda sua amplitude, permitindo que o processado se manifeste nos autos sob as mesmas condições materiais que a acusação.

O contraditório, conforme demonstrado, deve ser também atendido em seu sentido material, resguardando a possibilidade de o réu se manifestar no processo em efetiva *par conditio*, ou seja, em paridade de tratamento com o órgão acusador.

O princípio em análise foi elevado a status de cláusula pétrea pelo artigo 5º, LV da Constituição Federal e constitui verdadeiro pressuposto de julgamento na esfera penal. Nesse sentido, positiva o artigo 155 do CPP:

Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipada.

Não há sequer prova, portanto, se não for colhida sob a discussão dialética do princípio do contraditório. O inquérito policial, segundo a doutrina tradicional, é estritamente inquisitorial, significando que a ele não se aplicam o contraditório e a ampla defesa. Assim sendo, pode-se chegar à conclusão de que a investigação

preliminar produz somente “elementos de informação”, uma vez que para haver prova deve-se passar pelo crivo do contraditório.

Ainda nos casos das provas cautelares, não repetíveis e antecipadas entende-se que tal princípio não é totalmente restringido. Por motivos excepcionais, permite-se que ele seja exercido de forma diferida, ou seja, em um momento oportuno o réu poderá se manifestar sobre aqueles elementos de informação colhidos em sede de inquérito policial. Somente após a apreciação do investigado que estaremos lidando com efetiva prova cautelar.

2.3.2.3 – Princípio da ampla defesa e da dignidade da pessoa humana

Consectário indissociável do contraditório é a ampla defesa. Os dois princípios analisados são frequentemente confundidos e, por vezes, tratados como sinônimos pela jurisprudência e doutrina pátrias. Não há que se enleiar, no entanto, as características essenciais das normas constitucionais em análise.

O contraditório, conforme exposto, decorre da possibilidade de participação no processo como meio de permitir a contribuição das partes para a formação do convencimento do juiz e, assim, para o provimento final almejado, consoante Eugênio Pacelli (2012, pg. 45). A doutrina moderna, especialmente após a contribuição do italiano Elio Fazzalari, inclui no conceito do contraditório a paridades de armas que deve existir entre os polos do processo. Entende-se, portanto, que estamos lidando com princípio eminentemente processual, que pode ser invocado igualmente pela acusação e pelo réu.

A ampla defesa, por sua vez, deve ser entendida como direito e garantia do réu. Segundo o artigo 8º, 2, d da Convenção Americana de Direitos Humanos², conhecido como Pacto de São José da Costa Rica, o acusado terá direito de se defender pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha.

² Artigo 8º - Garantias judiciais (...) 2. Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: (...) d) direito do acusado de defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha e de comunicar-se, livremente e em particular, com seu defensor;

A conjunção alternativa em questão deve ser entendida no sentido aditivo. Assim, baseado na literalidade do dispositivo, a doutrina divide o princípio da ampla defesa em duas subespécies, quais sejam, a defesa técnica e a autodefesa.

A defesa técnica será aquela exercida por advogado regularmente inscrito nos quadros da Ordem dos Advogados do Brasil. A Constituição Federal, em seu artigo 133, prevê que a advocacia é profissão indispensável à administração da justiça.

A norma positivada na Lei Maior alcança especial sentido em sede de processo penal. Segundo sedimentado na doutrina nacional, a defesa técnica do acusado é irrenunciável e indisponível. O réu, assim sendo, não poderá ser processado sem a presença de um defensor, mesmo se assim desejar. Nesse sentido está positivado o artigo 261 do CPP, segundo o qual:

Art. 261. Nenhum acusado, ainda que ausente ou foragido, será processado ou julgado sem defensor.

Parágrafo único. A defesa técnica, quando realizada por defensor público ou dativo, será sempre exercida através de manifestação fundamentada.

Pode-se aferir ainda do próprio texto legal que a defesa técnica do réu deve ser efetiva, ou seja, o defensor deve atuar no sentido de garantir a melhor representação possível ao acusado durante o processo.

Não será suficiente, como é comum na prática atual, o mero cumprimento formal dos atos processuais, em que o defensor se limita a requerer por justiça ou asseverar que o transcorrer da ação demonstrará a verdades dos fatos.

O respeito ao princípio da defesa técnica deve, ainda, ser fiscalizado pelo Ministério Público e pelo Magistrado. Entende a jurisprudência pátria que a falta de defesa efetiva acarreta na nulidade do processo, o que prejudica a aplicabilidade do sistema penal.

Nesse sentido, restou positivado na súmula 523 do Supremo Tribunal Federal que “no processo penal, a falta de defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só anulará se houver prejuízo para o réu”.

Assim sendo, será dever do membro do *Parquet* dar ciência ao juiz caso entenda que o acusado não está sendo devidamente representado nos autos. De posse dessa informação, o magistrado deverá destituir o defensor constituído,

representando a OAB se for o caso, e conceder prazo para que o réu nomeie um novo mandatário.

Observa-se que deverá, preferencialmente, recair sobre o réu a escolha de seu defensor. Somente em casos excepcionais o juiz deve se imiscuir nessa relação processual. O direito de escolha da representação é aspecto da ampla defesa e deverá ser resguardado enquanto não se verifique má-fé da parte ou a desídia do advogado constituído.

A necessidade de defesa técnica está presente em todas as etapas da persecução penal. Após a edição da súmula vinculante nº 5 do Supremo Tribunal Federal, contudo, surgiu celeuma doutrinária acerca da necessidade da presença de defensor no procedimento administrativo disciplinar que aprecia a regressão de regime do condenado em virtude do cometimento de falta grave. A mencionada súmula aduz que “a falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a constituição”.

Assim, diante de um procedimento tipicamente administrativo disciplinar, indagou-se se era necessário aplicar a literalidade do enunciado vinculante ou dar primazia ao preceito fundamental positivado da ampla defesa na vertente da defesa técnica.

As cortes superiores logo sanaram os questionamentos mencionados. Asseverou-se de forma peremptória que a realização de audiência de justificação em processo administrativo disciplinar para imposição de regime mais gravoso ao condenado deve necessariamente contar com a presença de defensor, sob pena de nulidade do ato.

Posto isso, percebe-se o caráter diferenciado da ampla defesa no âmbito processual penal.

Prosseguindo, observamos ser vertente do princípio constitucional em análise a possibilidade de o réu se defender pessoalmente em juízo. Ele terá direito de audiência com o magistrado natural da causa e de presença física em todos os atos processuais.

O direito de audiência se manifestará no momento do interrogatório, no qual o investigado poderá expor a sua versão dos fatos ou até exercer o seu direito constitucional de permanecer em silêncio. Posto isso, pode-se entender que o

interrogatório do réu, atualmente, é considerado como meio de defesa, e somente subsidiariamente como meio de prova, tendo em vista, especialmente, ser vertente da ampla defesa.

O direito de presença, por sua vez, permite que o réu participe de todos os atos processuais, mesmo se estiver preso.

Os mencionados princípios, porém, somente terão efetividade prática se respeitada a identidade física do juiz, segundo a qual o magistrado que conduziu a produção de provas deverá ser necessariamente o mesmo que profere a sentença.

Não há dúvida que o contato direto entre acusado e o órgão-julgador tem alto grau de relevância na formação do “opinio delicti”. Diante disso, o legislador ordinário, atendendo aos reclamos doutrinários, positivou o princípio da identidade física do julgador expressamente no art. 399, §2º do CPP³. Resta ali positivado que o juiz que presidiu a instrução deverá proferir a sentença.

Aplicar-se-á para o caso em análise, por analogia, o artigo 132 do Código de Processo Civil, que permite o descumprimento do princípio da identidade física quando o magistrado se encontrar em certas situações excepcionais, numeradas nesse dispositivo.

Devemos asseverar, por fim, que em todas as fases do processo se deve resguardar integral respeito à dignidade da pessoa humana, em todos os seus aspectos.

O sistema acusatório atual não concede margem à atuação arbitrária do Estado sobre o indivíduo. A persecução penal tem como fim precípua analisar a autoria e materialidade do delito, condenando o investigado que seja comprovadamente o agente do crime. A despeito disso, o processo deverá sempre resguardar a dignidade do acusado, viabilizando um julgamento célere, respeitando o devido processo legal e, especialmente, preservando a sua honra e integridade física.

Ademais do exposto, não se pode cogitar uma persecução penal sem meios de prova. A prova é consectário indissociável do processo e merece análise detalhada em capítulo destacado.

³ Art. 399 (*omissis...*) § 2º O juiz que presidiu a instrução deverá proferir a sentença. ([Incluído pela Lei nº 11.719, de 2008](#)).

Superada perfunctória explanação histórica acerca da formação do processo penal, poder-se-á, assim, adentrar no mérito do trabalho, analisando especificamente os meios de prova e sua evolução no direito pátrio.

Capítulo 3 – Introdução à teoria Geral da Prova

3.1 - Conceito

As provas, como dito, devem ser inferidas como consectário lógico do processo penal. Elas terão como função precípua permitir que o magistrado alcance o conhecimento pleno dos fatos, permitindo que se profira uma sentença associada com a verdade forense.

Os meios de prova não devem ser entendidos como um fim em si mesmo, ou seja, eles não devem infligir quaisquer dos aspectos da pena ao réu de forma preventiva. Dessa forma, não há que se cogitar no sistema atual qualquer elemento probatório que acarrete restrição à liberdade ambulatorial do indivíduo, como a prisão para averiguações, ou que implique em restrição de sua dignidade humana ou afete a sua integridade física e moral de forma desnecessária, tal como ocorre no caso de tortura ou de interceptação telefônica sem autorização judicial.

Devemos traçar, nesse ponto, o conceito de prova, assim considerada pelo processo civil e penal. Para a melhor doutrina, o meio de prova deve ser compreendido como qualquer forma apta a se alcançar a realidade dos fatos, atos, ou até mesmo do próprio direito alegado.

Assume-se, nessa toada, uma vertente libertária no momento da produção probatória. Poder-se-á demonstrar a verdade dos fatos por qualquer meio de prova previsto no Código de Processo Penal ou, ainda, que se afigure adequado no caso concreto, não havendo a necessidade de previsão legal.

Tal liberdade probatória tem como marco limitador a teoria das provas ilícitas e as delas decorrentes, segundo demonstraremos de forma detalhada posteriormente.

O termo prova em seu sentido vulgar traz em seu bojo a noção de algo que atesta a veracidade de alguma coisa. Nesse sentido, positiva o dicionário⁴ eletrônico que provar significa “o ato de demonstrar um fato”.

O termo em questão não tem o significado profundamente alterado no campo jurídico. Segundo o professor Paulo Rangel (2009, pg. 419) pode-se conceituar prova “como sendo o meio instrumental de que se valem os sujeitos processuais (autor, juiz e réu) de comprovar os fatos da causa, ou seja, os fatos deduzidos pelas partes como fundamento do exercício dos direitos de ação e defesa”.

O doutrinador Luiz Francisco Torquato Avolio (2012, pg. 27), por sua vez, elabora o conceito de prova como “o elemento integrador da convicção do juiz com os fatos da causa”.

Fernando Capez (2011, pg. 223), de forma semelhante, definiu prova como sendo Curso de Processo penal:

“Do latim *probatio*, é o conjunto de atos praticados pelas partes, pelo Juiz (CPP, arts. 156 2ª parte, 209 e 234) e por terceiros (por exemplo, peritos), destinados a levar ao magistrado a convicção acerca da existência ou inexistência de um fato, da falsidade ou de veracidade de uma afirmação. Ou seja, as provas visam estabelecer, dentro do processo, a existência de certos fatos”.

Por fim, Émerson Castelo Branco Mendes (2005, pg.16) nos ensina que:

“A ação de provar consiste essencialmente em disponibilizar os meios eficazes para fazer conhecer algo que se pretende apresentar. A prova não é propriamente aquilo que se leva a conhecimento, senão os instrumentos que ensejam esse conhecimento. Desse modo, provar significa estabelecer o processo de existência de algo.”

O ato de provar algo, portanto, implica em permitir que o magistrado e as partes obtenham um juízo de certeza, probabilidade ou credibilidade acerca dos fatos elencados na ação penal, conforme leciona Malatesta (2009, pg. 101). As provas, assim, detêm um aspecto essencial no que diz respeito ao efeito que produz nas partes, podendo induzi-las a graus de certeza variados.

O filósofo Jeremy Bentham – Fredie Didier (2009, pg. 18) – ressaltava que “a arte do processo não é essencialmente outra coisa senão a arte de administrar as provas”.

⁴ Disponível em <<http://pt.thefreedictionary.com/prova>>. Acesso em 12 de maio de 2013.

A frase em questão demonstra a importância da produção e da valoração das provas no âmbito processual. Não há que se cogitar o estudo de um processo penal dissociado com o conceito de provas e suas ramificações.

Como visto, a finalidade essencial do meio de prova é a de convencer o magistrado da fidedignidade dos argumentos exarados na ação. Nesse sentido, ensina Greco Filho (2010, pg. 78):

“A finalidade da prova é o convencimento do juiz, que é o seu destinatário. No processo, a prova não tem um fim em si mesmo ou um fim moral ou filosófico; sua finalidade é prática, qual seja convencer o juiz. Não se busca a verdade absoluta, a qual aliás, é sempre impossível, mas a certeza relativa suficiente da convicção do Magistrado”.

Os meios de prova, portanto, visam demonstrar a realidade asseverada nos autos, que não necessariamente corresponde à verdade absoluta dos fatos.

Podemos inferir, em suma, que os meios de prova têm como finalidade essencial demonstrar ao juiz a veracidade dos argumentos exortados no processo penal. A prova, assim, pode ser compreendida como instrumento a ser utilizado na persecução penal.

Conforme afirmado, o sistema processual pátrio confere uma ampla liberdade probatória às partes. Poderemos utilizar todos os meios de prova elencados exemplificadamente no Código de Processo Penal, tal como a confissão e a acareação, exemplos de provas nominadas.

Confere-se, ainda, a possibilidade aos envolvidos produzirem os meios de prova não previstos na legislação adjetiva. Trata-se das provas inominadas, que são tranquilamente aceitas pelo nosso ordenamento jurídico.

Podemos ainda usar provas diretas, que permitem “conhecer o fato por meio de uma única operação inferencial” - Renato Brasileiro (2012, pg. 829), ou as provas indiretas, que nos induzem a vislumbrar a veracidade dos fatos apresentados por meio de elementos dedutivos.

O limite para a elaboração de provas será o ordenamento jurídico, tanto em sua vertente material quanto processual. A busca da verdade material deve se coadunar com os princípios do direito, dando-se primazia à dignidade do acusado em detrimento de um processo maculado de vícios legais, que vise demonstrar uma

verdade “absoluta” dos fatos. Os fins da persecução penal, portanto, não mais justificarão os meios a alcançá-lo.

3.2 – Sistemas de avaliação das provas

Historicamente, podemos traçar três sistemas distintos quanto à apreciação da prova pelo juiz.

O primeiro sistema a ter plena vigência no processo penal foi a da certeza moral do juiz ou íntima convicção. O modelo em questão deriva do estudado sistema inquisitivo, no qual a convicção do julgador para a prolação da decisão de mérito era suficiente em si, não se podendo questionar os motivos os quais levaram ao Estado-julgador a decidir daquela forma específica no caso concreto apresentado.

A certeza íntima do magistrado era suficiente para levar à condenação do indivíduo, não se perfazendo medida razoável a inquirição da convicção do julgador, uma vez que a sua decisão seria o perfeito retrato da realidade absoluta dos fatos, uma reprodução do mundo numênico kantiano.

O sistema em questão, apesar de tender ao arbítrio em certas causas, continua até certo ponto em vigor na instituição do júri popular. O jurado investido para apreciar os crimes dolosos contra a vida pode apreciar a causa imbuído de suas crenças pessoais, pré-conceitos e interesses privados. Não há que se questionar a motivação do júri, resguardando a intangibilidade do julgamento por meio da soberania dos seus veredictos.

O modelo exposto resultava em demasiada liberdade ao magistrado, tendendo-se ao puro arbítrio. Não se poderia sequer questionar a motivação do juiz, uma vez que ele não era obrigado a manifestá-la.

Assim, com o fito de combater os abusos praticados, elucubrou-se a teoria da certeza moral do legislador ou da prova tarifada. Tratava-se de época em que a atividade jurídica era essencialmente exegética. Destinava-se excessiva reverência à Lei, acreditando-se ser verdadeira expressão da vontade popular.

O Estado-julgador, nesse modelo, não detinha qualquer margem de discricionariedade. Caberia a ele tão somente apreciar as provas que continham nos autos e subsumi-las a tabela positivada pelo legislador.

Caso a soma puramente aritmética dos meios de prova apresentados favorecesse o réu, deveria ele ser inocentado, caso favorecesse a acusação deveria ele ser condenado.

Não importava, então, a apreciação do julgador. Não caberia perquirir em quais condições foram produzidos os elementos probatórios ou a sua veracidade. O magistrado deveria, em função meramente mecânica e como verdadeiro escravo da Lei, atribuir a pontuação prevista pelo legislador para proferir a sua sentença.

O sistema, portanto, pressupõe a hierarquia entre as provas e vincula o julgador a uma operação aritmética previamente estabelecida no ordenamento jurídico.

Em tempo, ainda é possível perceber vestígios do sistema mencionado no atual modelo processual penal. No art. 158 do CPP, prevê o *codex* que nos crimes vestigiais se deve necessariamente produzir exame de corpo e delito, não podendo supri-lo a mera confissão do acusado.

Afere-se, então, a hierarquia no caso em tela. O exame de corpo e delito representa prova de substancial valor e virtualmente inafastável nos crimes vestigiais, enquanto a confissão não poderá, de forma alguma, ser valorada no caso concreto, mesmo que o juiz entenda conveniente e formule seu convencimento nesse sentido.

A norma em questão detém um sentido lógico-histórico que merece breve explanação através da narração resumida do caso dos irmãos Naves, que ficou conhecido como o maior erro da história do Judiciário Brasileiro.

O caso dos irmãos Naves ocorreu em meados de 1937 na cidade de Araguari⁵ - interior de Minas Gerais. Em linhas gerais, os irmãos Sebastião e Joaquim Naves eram parceiros comerciais do agricultor Benedito Caetano, com quem travaram ríspida discussão na noite de 29 de novembro do referido ano.

Benedito Caetano desapareceu após a discussão. Atribui-se, então, o caso para apreciação do Delegado de Polícia e tenente Francisco Vieira dos Santos, que logo formou sua convicção acerca da consumação de homicídio pelos irmãos Naves, apesar da total ausência de prova vestigial.

⁵ Disponível em <<http://josecaldas.wordpress.com/2009/04/06/caso-dos-irmaos-naves-o-maior-erro-judiciario-do-brasil-por-enquanto/>>. Acesso em 14 de maio de 2013.

O Delegado resolveu então utilizar todos os subterfúgios ao seu alcance para demonstrar a autoria do delito, especialmente por meio da prática de incessante e degradante tortura contra os investigados.

Segundo relatos históricos, a tortura se estendeu inclusive à família dos irmãos. Em certo ponto, as vítimas cederam à pressão policial e confessaram o crime que na verdade nunca haviam cometido.

O caso foi destinado ao tribunal do júri tendo como única e exclusiva prova da acusação a confissão extraída dos suspeitos. Em julgamento plenário, os jurados absolveram os réus por 6 (seis) votos a 1 (um). Posterior apelação da acusação, contudo, levou a condenação dos irmãos no Tribunal de Justiça, que impôs a pena de 25 anos e 6 meses de reclusão.

Cumpridos 8 anos e 3 meses de prisão, Sebastião Naves faleceu em virtude de doença contraída no cárcere. Em 1952, 4 (quatro anos) após a morte de Sebastião, Benedito Caetano, suposta vítima, retornou a sua casa, alegando que nada sabia do processo e que simplesmente resolvera viajar sem avisar aos seus parentes.

Resumido o caso, pode-se perceber que a mera aplicação do artigo 158 do CPP implicaria na absolvição dos acusados. Os atuais juristas, portanto, não incorreriam no histórico erro narrado. A bem da verdade, os réus sequer seriam pronunciados. A confissão, conforme demonstrado, pode facilmente ser extraída dos acusados mediante tortura, o que justifica a imposição da lei da necessidade de elaboração de exame de corpo de delito, podendo este ser suprido somente por meio de prova testemunhal (art. 167, CPP)⁶.

Prosseguindo a evolução do sistema, a doutrina processual penal aferiu que o sistema da prova tarifada ou da certeza moral do legislador causava uma série de inconvenientes à persecução penal, restringindo demasiadamente o magistrado de sua função essencial de apreciar o caso concreto.

Assim, erigiu-se a teoria do livre convencimento motivado ou da persuasão racional do magistrado. O Estado-julgador poderá prolatar a decisão de acordo com os autos, apreciando os meios de provas que entende válidos e que formam seu “opinio delicti” no caso apresentado.

⁶ Art. 167. Não sendo possível o exame de corpo de delito, por haverem desaparecido os vestígios, a prova testemunhal poderá suprir-lhe a falta.

O magistrado deverá, a partir da adoção desse modelo, explicar de forma pormenorizada os motivos que o levaram a decidir daquela forma para o caso concreto.

Não há qualquer escalonamento entre os meios probatórios, porém será dever do juiz se manifestar acerca das provas que considerou e das que desconsiderou no caso analisado para condenar ou inocentar o réu daquele processo.

A motivação das decisões é o modelo característico do sistema, permitindo que a sociedade faça um controle de legitimidade sobre as decisões emanadas do Estado, podendo, finalmente, irresignar-se diante de uma injustiça ou se conformar perante uma decisão que se coaduna com a realidade aparente dos fatos.

Somente dessa forma se poderá essencialmente alcançar os fins precípuos da pena. A sanção penal só poderá atingir seu fim preventivo caso a sociedade compreenda verdadeiramente os motivos de sua imposição e, vislumbrando a justiça imposta pelo Estado, tema a restrição caso cometa infração semelhante.

O professor Luiz Francisco Torquato Avólio (2012, pg.37) esclarece perfeitamente a essência do sistema em tela, segundo ele “o juiz deve basear seu convencimento na prova dos autos, mas atribuirá à prova o valor que, a seu critério, melhor entender”.

Adota-se o modelo em questão no ordenamento jurídico nacional, mesmo que não de forma pura, conforme demonstrado. O legislador constituinte originário positivou norma (Art. 93, IX)⁷ segundo a qual todas as decisões emanadas do Judiciário devem ser necessariamente fundamentadas. Afere-se, dessa forma, a nítida escolha do legislador pelo sistema da livre convicção motivada.

O Código de Processo Penal é perfeitamente compatível com a Constituição Federal nesse ponto. A Lei adjetiva assevera, inclusive, que o magistrado não ficará sequer adstrito ao laudo do perito, podendo, a seu critério, afastá-lo em todo ou em parte (art. 182, CPP)⁸. Aponta-se, contudo, que para o juiz desconsiderar laudo

⁷ Art. 93, IX, CRFB/88 – (...) Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique interesse público à informação;

⁸ Art. 182. O juiz não ficará adstrito ao laudo, podendo aceitá-lo ou rejeitá-lo, no todo ou em parte.

pericial deverá demonstrar de forma factível e detalhada na decisão os seus motivos, sob pena de reforma pelo tribunal a qual é vinculado.

O magistrado, em suma, estará livre para firmar sua convicção, porém deverá fazê-lo fundamentadamente, sob pena de nulidade e inconstitucionalidade de sua decisão.

3. 3 – Do Direito à prova

Segundo a doutrina tradicional – Renato Brasileiro (2012, pg. 819), a palavra “prova” possui diversas acepções distintas.

A prova pode ser entendida, inicialmente, como o resultado que produz no juízo de convicção do magistrado no que se refere à ocorrência dos fatos alegados pelas partes. Conforme dito, Malatesta assevera que os meios de prova têm o condão de conferir juízos distintos acerca da caracterização do fato, podendo ele ser de certeza, probabilidade ou credibilidade.

A prova pode ser compreendida, principalmente, como a atividade probatória que as partes desenvolvem durante o processo. Segundo Cândido Rangel Dinamarco (2010, pg. 43), prova “consiste no conjunto de atividades de verificação e demonstração, mediante as quais se procura chegar à verdade dos fatos relevantes para o julgamento”. O conceito exposto nos permite inferir que as provas, assim consideradas, dizem respeito ao meio utilizado pelas partes durante o processo capaz de influenciar o grau de convicção do Estado-julgador no momento da prolação de sua decisão.

A referida acepção nos permite concluir que a atividade probatória não é somente um aspecto procedimental da persecução penal, mas um direito em si mesmo.

O princípio da inafastabilidade do Judiciário, previsto no art. 5º, XXXV da Constituição Federal⁹, e o próprio direito de ação restariam inócuos caso a atividade probatória fosse reduzida a mero instrumento processual.

⁹ Art. 5º (omissis...) XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

De fato resta consolidado na doutrina atual que existe um efetivo direito subjetivo das partes a produção probatória, acarretando em violação a direito fundamental o indeferimento imotivado dessa atividade.

A assertiva exposta é o resultado de décadas de debates travados acerca da natureza jurídica da prova e suas limitações.

A noção de prova como direito subjetivo foi inicialmente erigida pelas cortes norte-americanas em sede de julgamentos que serviriam como base doutrinária para os países ocidentais e para posterior positivação do Código de Processo Penal Italiano de 1988, legislação que marca a evolução da teoria.

O modelo quase puro do “adversary” adotado pelos Estados Unidos influenciou substancialmente para a construção da doutrina da prova. Antônio Magalhães Gomes Filho (1996, pg. 59) resume perfeitamente o modelo em questão:

“... a iniciativa da atividade probatória incumbe preponderantemente aos próprios litigantes, que devem obter, selecionar e apresentar o material probatório ao júri, para convencer os jurados sobre a ocorrência dos fatos que fundamentam as respectivas pretensões; disso decorre o papel de mero moderador atribuído ao juiz que preside o julgamento, que raramente utiliza sua faculdade de convocar e interrogar testemunhas, bem como a posição absolutamente passiva dos integrantes do corpo de jurados durante a audiência”

Pode-se notar que a incumbência de demonstrar os fatos e provar suas alegações no modelo citado recaem quase que exclusivamente sobre os litigantes. O magistrado ocupa uma posição de parcial submissão, restringindo-se à atividade de apreciar os meios de prova que as partes angariaram e levaram a juízo.

Posto isso, a atividade probatória realizada pelos litigantes extrapola o mero processo, configurando direito intrínseco das partes a demonstração da fidedignidade das afirmações prolatadas em juízo.

O caso *Washington X Texas* ganhou notoriedade entre os estudiosos da teoria da prova, uma vez que configura o primeiro precedente em que a Suprema Corte dos Estados Unidos reconheceu que o direito à atividade probatória encontra guarida constitucional.

Trata-se, em suma, de ação penal movida pelo Estado do Texas em face de indivíduo acusado de homicídio. O investigado em questão requereu ao magistrado *a quo* a oitiva de pretense co-autor do delito na condição de testemunha em seu

juízo. A Lei texana, contudo, proibia peremptoriamente a colheita de informações de quem era acusado de participação no crime em análise. Com base estritamente legal, o juiz indeferiu o pedido do réu e, posteriormente, condenou-o pela prática do homicídio.

Levado o caso para apreciação da Suprema Corte do País, os ministros consideraram que a Lei que serviu de fundamento para a decisão de indeferimento da oitiva do co-autor era inconstitucional, anulando o julgamento. Asseveraram os ministros da Corte Superior que o direito à produção probatória encontrava respaldo na Constituição dos Estados Unidos e deveria, assim, permear os processos em trâmite.

A teoria da prova adquiriu contornos rígidos após o julgamento em questão. A consolidação da noção de prova como direito subjetivo da parte foi solidificada, contudo, somente no ano de 1988 por meio do Código de Processo Penal Italiano.

O legislador italiano, seguindo recomendação de sua *legge-delega*, incluiu diversos artigos no corpo do estatuto processual demonstrando a adoção da teoria exposta.

A norma do artigo 190, 1 do código em mencionado corrobora a assertiva mencionada. O dispositivo em questão aduz “le prove sono ammesse a richiesta di parte”, que, em livre tradução, significa que a prova é admitida a pedido das partes. O Código prossegue asseverando que, mais uma vez em livre tradução, o magistrado deverá conceder o direito de prova das partes, indeferindo as vedadas, as supérfluas ou irrelevantes¹⁰. O direito a produção probatória, contudo, não ficou restrito às normas internas dos países ocidentais, alçando-se ao status de direito internacional por meio de positivação do Pacto de São José da Costa Rica e do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos.

Os dois documentos trazem em seu bojo regras extremamente semelhantes, em que se confere o direito ao acusado de se defender provando. O art. 2, f da Convenção Americana de Direitos Humanos estabelece a regra segundo a qual é direito da defesa “*inquirir as testemunhas presentes no tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos*”.

¹⁰ “ Il giudice provvede senza ritardo con ordinanza escludendo Le prove vietate dalla legge e quelle che manifestamente sono superflue o irrilevante”.

O texto em questão positiva a noção de que é direito subjetivo do réu se defender das acusações impostas através de efetiva atividade probatória, tal como a inquirição direta das testemunhas e convocação de outras pessoas que possam demonstrar a veracidade de suas declarações. Positiva-se, assim, o direito da parte de se defender provando.

Apesar de a norma internacional se referir somente da atividade probatória como direito do réu, a doutrina uníssona entende ele se estende ao Ministério Público e ao querelante, mister por estar o direito de prova associado com o direito de ação. Ademais, trata-se de poder implícito da acusação, uma vez que configura consectário lógico da persecução penal a atividade de produção de provas. Nesse sentido, leciona Antônio Magalhães Filho (1996, pg. 84):

“Tratando-se, pois, de um aspecto dos próprios direitos de ação e de defesa, seus titulares não de ser os mesmos aos quais o ordenamento reconhece tais direitos: assim, embora os textos internacionais antes mencionados se refiram a um direito à prova *do acusado*, não vemos porque negá-los aos titulares da ação penal pública ou privativa do ofendido, pois se a Constituição (art. 129, I) ou a lei (art. 30, CPP) lhes confere a iniciativa da persecução, obviamente também está lhes atribuindo os poderes de participação em todas as atividades processuais, sobretudo aquelas destinadas à demonstração dos fatos em que se funda a acusação; outra coisa não se deduz dos princípios constitucionais da *igualdade e do contraditório*”

O legislador constituinte originário não positivou de forma expressa o direito das partes à atividade probatória. Podemos, contudo, inferir que se trata de princípio constitucional implícito. A bem da verdade, os princípios do devido processo legal (art. 5º, LIV), do contraditório e da ampla defesa (Art. 5º, LV) e da presunção de não-culpabilidade do réu trazem em seu bojo o direito da parte de se defender provando e do Ministério Público de produzir os meios de prova necessários para a condenação do acusado.

Por fim, percebe-se que o mencionado direito à prova foi incorporado explicitamente na Carta Magna após a edição da Emenda Constitucional 45/2004, que introduziu o artigo 5º, §3º em nossa Lei Fundamental.

Em interpretação sistêmica com o artigo 5º, §2º, CRFB/88, parte da doutrina conclui que o Pacto de São José da Costa Rica foi incorporado ao ordenamento jurídico nacional sob o status de norma constitucional, introduzindo, assim, o direito

à atividade probatória de forma expressa no texto da Constituição cidadã. Trata-se da noção de bloco de constitucionalidade idealizado por Jorge Miranda.

3.4 – Do ônus da prova

O ônus da prova consiste, em seu aspecto subjetivo, no poder-dever que recai sobre as partes acerca da necessidade de comprovar a veracidade dos fatos que são alegados durante o processo.

Em brilhante lição, Malatesta (2009, pg. 154) nos informa em que ponto deve surgir a atividade probatória. Segundo ele, as atividades ordinárias e corriqueiras se presumem, uma vez que somos propensos a acreditar que os atos diários têm a tendência de ser repetir no mundo fático. Assim sendo, não há a necessidade de provar os atos ordinários.

Os atos extraordinários, por sua vez, fogem da esfera da normalidade e devem ser necessariamente comprovados durante o processo. Segundo o professor, “se o ordinário se presume, o extraordinário se prova: eis o princípio supremo para o ônus da prova”.

O Código de Processo Penal, por sua vez, sedimentando o ensinamento do professor Malatesta, estabelece que a prova da alegação incumbirá a quem a fizer, uma vez que o ordinário e natural pode ser presumido.

Segundo a doutrina tradicional, o ônus da prova possui duas facetas distintas. Inicialmente, o ônus da atividade probatória recai sobre a figura do magistrado, identificando-se como regra de julgamento. Em seguida, o ônus afeta as partes no que se refere à necessidade de produção probatória, conceituando-se como regra de conduta.

Não nos olvidemos que o princípio de não-culpabilidade do acusado permeará todo o campo de atuação da atividade probatória. Como visto, o princípio da presunção do estado de inocência abrange em seu conteúdo duas facetas distintas. A primeira diz respeito ao modelo de tratamento que o Estado deve conferir ao indivíduo enquanto não sobrevier sua condenação. A segunda, e mais importante no momento, refere-se ao ônus do Ministério Público e do querelante em provar a materialidade da conduta típica e a sua autoria. Caso no final restem

dúvidas acerca dos fatos, o magistrado deverá se valer do princípio do “in dubio pro reo” para inocentar o acusado.

Demonstrada a importância do princípio da presunção de inocência, passemos a analisar o ônus da prova e seus efeitos no que tange à figura do magistrado.

Como é de conhecimento comum, não é permitido ao Estado-julgador deixar de apreciar o caso sob o fundamento de que não sabe como decidir o que lhe foi apresentado. A alegação do “non liquet”, ou seja, a manifestação do magistrado acerca da incapacidade de apreciar os fatos é atualmente vedada pelo ordenamento jurídico, pressupondo-se que o direito não possui lacunas e que o Judiciário deve solucionar os conflitos que lhe são apresentados.

Dessa forma, mostrou-se necessário erigir regra de julgamento a qual os juízes deveriam se submeter caso a incerteza persistisse durante o processo. Assim, elucubrou-se a teoria processual penal do “in dubio pro reo”.

A evolução da teoria da pena e seus fins essenciais permitiram que a sociedade concluísse que é mais pernicioso ao pacto social a condenação de um inocente do que a absolvição de um culpado. De fato, o Estado não foi criado para punir os cidadãos indiscriminadamente, devendo resguardar a liberdade de seus súditos enquanto não for comprovada a prática de um fato típico, ilícito e culpável pelo indivíduo.

Diante disso, criou-se a regra de julgamento do “in dubio pro reo”, que é decorrência lógica do princípio da presunção do estado de inocência. Os magistrados, assim, têm como regra de julgamento a necessidade de absolvição do acusado caso o *Parquet* falhe em sua tarefa de provar a materialidade e autoria do fato. Caso o juízo de convicção do magistrado não tenha sido totalmente formado a favor da acusação, deverá ele inocentar o réu. Trata-se do ônus da prova objetivo, que recai sobre o magistrado no momento de proferir a sua decisão.

O ônus da prova subjetivo, por sua vez, é o que recairá sobre as partes durante a persecução penal. Como dito, o Código de Processo Penal, em seu artigo 156, aduz de forma simplista que “a prova da alegação incumbirá a quem a fizer”.

Assim, diante de uma interpretação literal do dispositivo, poder-se-á concluir que o ordenamento jurídico positiva uma efetiva distribuição do ônus das provas entre as partes do processo.

Caberá ao *Parquet* e ao querelante provar a existência do fato típico, a autoria e participação dos envolvidos, o nexos causal entre a conduta dos acusados e o resultado naturalístico e, por fim, o elemento subjetivo necessário para se fazer a subsunção do fato à norma.

Será dever da acusação comprovar a subsunção da conduta do agente em todos os elementos integrantes do tipo penal. A tipicidade criminal, convém aduzir, não mais se restringe a formal adequação do fato naturalístico com o elemento da norma. A criação da teoria da tipicidade conglobante acarretou em maior ônus ao Ministério Público para alcançar a condenação do acusado, uma vez que ele terá o dever de demonstrar também a tipicidade material da conduta perpetrada pelo agente. Posto isso, pode-se entender que será incumbência da acusação provar a inaplicabilidade do princípio da insignificância, entre outros elementos integrantes do tipo.

Prosseguindo, a doutrina majoritária aduz que será dever do réu se desincumbir do ônus da prova da excludente de ilicitude e culpabilidade. Os mencionados fatos são, em regra, alegados pela acusado, atribuindo-se a ele, assim, a necessidade de demonstrar a veracidade do alegado ou, pelo menos, causar fundada dúvida no juízo de convicção do magistrado.

Nesse sentido, leciona Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar (2012, pg. 364):

“A prova da alegação é incumbida a quem a fizer (art. 156, 1ª parte, CPP), e se tem indicado que a divisão do ônus da prova entre acusação e defesa levaria a que a primeira demonstrasse a autoria; materialidade (existência de infração); dolo ou culpa e eventuais circunstâncias que influam na exasperação da pena. **Já a defesa estaria preocupada na demonstração de eventuais excludentes de ilicitude; de culpabilidade;** causas de extinção de punibilidade e circunstâncias que venham mitigar a pena”

Nesse mesmo diapasão, doutrina autorizada de Fernando Capez (2010, pg 380):

“A prova da alegação (*onus probandi*) incumbe a quem a fizer (CPP, art. 156, 1º parte). Exemplo: cabe ao Ministério Público provar a existência do fato criminoso, da sua realização pelo acusado e também a prova dos elementos subjetivos do crime (dolo ou culpa); **em contrapartida cabe ao acusado provar as excludentes da antijuridicidade, da culpabilidade** e da punibilidade, bem como as circunstâncias atenuantes da pena ou concessão de benefícios legais.”

Devemos, contudo, aplicar o princípio da presunção da não-culpabilidade na teoria da distribuição do ônus da prova. Como demonstrado, pode-se inferir que há um efetivo dever do réu em comprovar os fatos por ele alegados, mister as excludentes de ilicitude e culpabilidade. O ônus que recairá sobre o acusado, contudo, será distinto qualitativamente do ônus da acusação.

O *Parquet* terá a obrigação de demonstrar a veracidade “indubitável” dos fatos por ele alegados. Assim sendo, para uma condenação válida de um réu no processo penal, o Ministério Público deverá influir no juízo de convicção do magistrado de forma que ele não tenha dúvidas acerca da materialidade do fato e de sua autoria.

O réu, por sua vez, poderá se limitar a causar uma fundada dúvida acerca dos fatos que alega. Assim, ele não terá o ônus de provar de forma indefectível a ocorrência do estado de necessidade ou a inexigibilidade de conduta diversa, *exempli gratia*, será suficiente para a defesa causar fundada dúvida acerca da ocorrência do que alegou.

Caso consiga se desincumbir desse ônus qualitativamente inferior, a necessidade de comprovação da inocorrência das excludentes recairá sobre a acusação, que deverá afastar o juízo de dúvida que a defesa conseguiu suscitar.

Capítulo 4 – Das provas ilícitas

4.1 – Considerações iniciais

A atividade probatória, como visto, deve ser compreendida como direito subjetivo da parte. A Constituição Federal, ao incorporar o Pacto de São José da Costa Rica em sua estrutura, positiva expressamente que o direito à prova é garantia fundamental do cidadão.

O direito de atividade probatória, contudo, não é absoluto. Passemos, então, a analisar os marcos limitadores a sua fruição.

Conforme alhures exposto, elemento característico da teoria da prova no processo penal é a liberdade das partes em produzir os elementos probatórios que entendam necessários para demonstrar a fidedignidade das informações exortadas na demanda.

A liberdade probatória, contudo, não é ilimitada. A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 positivou no art. 5º, LVI¹¹ norma que prevê a inadmissibilidade, no processo, das provas obtidas por meios ilícitos.

O art. 60, §4º, IV¹² da Lei Maior, por sua vez, estabelece que os direitos e garantias individuais previstos em seu texto são cláusulas pétreas e não poderão ser objeto de deliberação de emenda tendente a abolí-los.

Diante disso, uníssono é o entendimento de que a inadmissibilidade das provas ilícitas no processo é garantia individual do cidadão e configura cláusula pétrea que deve ser observada e imposta pelo Estado em todas as oportunidades.

A teoria da vedação das provas ilícitas decorre da adoção do sistema acusatório do processo penal. A base do sistema inquisitivo, conforme adrede exposto, consistia na busca da verdade absoluta dos fatos pelo magistrado investido na função. Tal verdade, portanto, poderia ser perseguida de qualquer forma pelo Estado-julgador, podendo-se, inclusive, ser extraída do acusado mediante tortura.

¹¹ Art. 5º (omissis...) LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos;

¹² Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:(...) § 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:(...) IV - os direitos e garantias individuais.

O modelo então vigente dava primazia à realidade dos fatos em detrimento da dignidade do acusado. Adotava-se a concepção maquiavélica de que a descoberta da verdade absoluta justificaria os meios utilizados para alcançá-la.

A evolução da humanidade e posterior adoção do modelo acusatório não permitiram que tal sistema perdurasse. O processo penal deixou de ser um fim em si mesmo e passou a ser meio hábil para se apreciar os elementos probatórios que induzem o magistrado a um desfecho amparado pelo ordenamento jurídico.

Na lição de Paulo Rangel (2009, pg. 35), “a vedação da prova ilícita é inerente ao Estado Democrático de Direito que não admite a prova do fato e, conseqüentemente, punição do indivíduo a qualquer preço, custe o que custar”.

A vedação da utilização das provas ilícitas decorre diretamente do devido processo legal, previsto no art. 5, LIV¹³ da CRFB/88, e é indiretamente inferido da Declaração dos Direitos Humanos da ONU, de 1948. Resta positivado no art. XI do mencionado documento o seguinte:

“Toda pessoa acusada de um ato delituoso tem o direito de ser presumida inocente até que a sua culpabilidade tenha sido **provada de acordo com a lei**, em julgamento público no qual tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa.” (grifo nosso).

A prova, portanto, deve estar de acordo com a lei, assim como a sanção e o processo penal. Constatada a realidade de que a utilização das provas obtidas por meios ilegais não é consentânea à doutrina dos direitos humanos, ao sistema constitucional vigente e, especialmente, à dignidade da pessoa humana, restou então necessário precisar o conceito de prova ilícita.

4.2 – Provas ilícitas e ilegítimas

Observamos que os textos da Constituição Federal e da Declaração dos Direitos Humanos em nada nos auxiliam a elaborar um conceito preciso acerca do que deve ser entendido como prova ilícita.

¹³ Art. 5ª (omissis...) LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

A doutrina pátria, então, ocupou-se a analisar o tema, baseando seus conceitos precipuamente no ensinamento do jurista italiano Pietro Nuvolone – (Renato Brasileiro, 2012 pg. 868). Segundo ele, o conceito de prova ilícita deve ser compreendido como espécie do gênero prova ilegal.

O gênero prova ilegal abrange todas as violações às normas legais ou de princípios gerais do ordenamento jurídico, tanto de natureza material quanto de natureza processual.

A espécie prova ilícita está contida naquele e compreende os meios que violam as normas de caráter material. Há, portanto, uma infração direta ao direito individual do cidadão, tal como o seu direito à honra, à intimidade ou à integridade física. Trata-se grave violação, uma vez que atinge, entre outros, direitos constitucionalmente previstos. *Exempli gratia*, colaciona-se o art. 5º, III e X da Carta Magna, que positivam respectivamente o respeito à integridade física e a privacidade do indivíduo, vejamos:

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

III – Ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante.

X – São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito de indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

O conceito de prova ilícita, portanto, está intrinsecamente relacionado com violação a um direito material do ser humano, não importando se ele está previsto na Constituição Federal, no Código Penal, do Direito Tributário ou Administrativo.

Em perfeito resumo do tema, leciona Avólio (2012, pg 43):

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

A prova ilícita, além de estabelecer uma conduta que afronta direito material do réu ou de terceiro, também se caracteriza pelo momento em que é colhida. Em regra, afere-se que elas são angariadas antes da ação penal, momento no qual a polícia judiciária está exercendo a sua atribuição de apuração do delito e consequente auxílio à formação do *opinio delicti* do *Parquet*.

Exemplo emblemático de tal situação ocorreu no já referido adrede caso dos Irmãos Naves, em que a tortura praticada antes da ação judicial contra os réus resultou na colheita de um meio de prova insanavelmente viciado pela violação à dignidade (art. 1º, III, CRFB/88) e integridade dos investigados (art. 5º, III, CRFB/88).

Podemos também citar o caso dos “inhames”, no qual, consoante será a seguir demonstrado, o magistrado entendeu que a interceptação telefônica realizada sem autorização judicial pela polícia era ilícita, atingindo, assim, o direito à intimidade (art. 5º, X, CF/88) dos eventuais traficantes.

Nada impede, no entanto que tais provas sejam produzidas em juízo, de forma endoprocessual. A prova deverá, v.g, ser considerada ilícita quando o magistrado, no momento de colher o depoimento do réu, olvidar de realizar a formal advertência quanto ao seu direito ao silêncio (art. 5º, LXIII da CRFB¹⁴), decorrente do princípio do *nemo tenetur se detegere*.

As provas serão ilegítimas, por sua vez, quando violarem normas de caráter processual, ou seja, quando incorrerem em descumprimento a regras de direito processual, estejam elas na Lei Maior ou no código de processo penal.

A título de ilustração, suponha-se que em procedimento de caráter ordinário sejam arroladas 9 (nove) testemunhas de defesa e que todas sejam, efetivamente, ouvidas durante a instrução penal. Estar-se-á, nesse caso, descumprindo regra processual do art. 401 do CPP, que positiva o número máximo de 8 testemunhas no procedimento ordinário.

A prova também será considerada ilegítima quando, por exemplo, for colhido depoimento de profissional obrigado pela legislação a resguardar silêncio quantos aos fatos que teve conhecimento em virtude da profissão, ofício ou magistério (art. 207, CPP). Assim, será considerado ilegítimo o meio de prova obtido em virtude de

¹⁴ Art. 5ª (omissis...) LXIII - o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado;

declarações de padre que teve conhecimento dos fatos no confessionário, tendo em vista ser vedado o seu depoimento pelo direito canônico.

Semelhantemente à prova ilícita, a prova ilegítima também pode se caracterizar quanto ao momento de sua produção. Hodiernamente, a violação ao ordenamento ocorre no curso da ação penal, ou seja, ela se será intraprocessual, como exposto.

Para o professor Paulo Rangel, teríamos, além das espécies de provas vedadas acima descritas, as provas irregulares, que seriam “aquelas permitidas pela legislação processual, mas na sua produção, as formalidades legais não são atendidas” – Néstor Távora (2012, pg.363). Em seus termos, são irregulares as provas que - Paulo Rangel (2009, pg. 431):

“...não obstante admitidas pela norma processual, foram colhidas com infringência das formalidades legais existentes. Quer-se dizer, embora a lei processual admita (não proibida) um determinado tipo de prova, ela exige, para a sua validade, o cumprimento de determinadas formalidades não cumpridas”.

Ao exemplificar o conceito, o professor cita o caso de um mandado de busca e apreensão, previsto nos artigos 5º, XI, da CRFB/88 c/c art. 240 do CPP, regularmente expedido pelo magistrado para a apreensão de uma arma. Os agentes policiais ao efetuarem a diligência, contudo, recolhem além do objeto especificado uma blusa coberta de sangue. Para ele, a colheita da blusa consistiria em prova irregular, uma vez que as formalidades previstas no mandado de busca e apreensão não foram observadas pelos policiais, quais sejam, a vinculação da busca ao objeto individualizado na ordem judicial.

Para ele, a prova ilegítima é aquela que “é proibida pelo direito processual”, enquanto a prova irregular seria a que foi “colhida com desrespeito às formalidades legais existentes, não obstante ser permitida em lei”.

A parte majoritária da doutrina, contudo, refuta a utilidade da classificação criada por Paulo Rangel. Assevera-se que há uma simples violação a dispositivo processual, o que se enquadra na espécie prova ilegítima.

Nesse sentido, leciona o professor Néstor Távora (2012, pg. 363), para o qual não há “utilidade dessa terceira classificação, afinal, as provas ditas irregulares

estariam, em última análise, violando normas de caráter processual, e logo seriam ilegítimas”.

Há parcela da doutrina, por fim, que aponta existir uma quarta espécie de classificação das provas vedadas, a saber, as provas ilícitas e ilegítimas simultaneamente.

Seria o caso em que o meio utilizado para a obtenção da prova viola tanto normas de caráter material e processual, concomitantemente. Como exemplo, pode-se citar a situação em que é realizado mandado de busca e apreensão com invasão de domicílio de investigado sem a autorização judicial ou sem haver caso de flagrante delito.

A inexistência de autorização judicial configuraria descumprimento ao texto processual penal (art. 250, CPP) e a invasão sem os requisitos do art. 5º, XI da Constituição Federal acarretaria lesão à norma de direito material.

Entendemos que se trata de classificação despicienda, uma vez que o enquadramento da prova na condição de ilícita acabará norteando o sistema de sua exclusão no processo, ficando ele restrita a teoria da inadmissibilidade e não da nulidade.

Adotaremos no trabalho, assim sendo, a classificação clássica da doutrina, segundo a qual as provas vedadas se dividem somente em provas ilícitas e ilegítimas. Nesse sentido, expressiva é a súmula nº 48 das Mesas de Processo Penal dirigidas por Ada Pellegrini Grinover, vinculada à Universidade de São Paulo. Aduz o enunciado que “denominam-se ilícitas as provas colhidas com infringência a normas e princípios de direito material”.

Assente o posicionamento doutrinário, a Lei 11.690/2008 introduziu no Código de Processo Penal em seu artigo 157 dicção legal do que deveria ser entendido como prova ilícita.

O dispositivo preceitua o tema da seguinte forma: “São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais e legais”.

O texto legal, como se pode inferir, em nada colaborou para arrefecer os embates doutrinários.

Ante a positivação do legislador, parte da doutrina se filiou ao entendimento de que a omissão da lei quanto ao termo “material” significa que o legislador preferiu conceituar prova ilícita como aquela que viola qualquer norma, seja de caráter material ou processual. Estar-se-ia, assim, equiparando o conceito de prova vedada à prova ilícita.

A doutrina de Pietro Nuvolone estaria superada por vontade do legislador, restando extinta a necessidade de distinção entre provas ilícitas *strictu senso* e as provas ilegítimas.

Essa é a linha defendida pelo professor Guilherme de Souza Nucci (2011, pg. 31), segundo ele “defendemos lastreados no disposto no art. 157, caput, do CPP, serem ilícitas todas as provas obtidas com violação a normas constitucionais ou legais (normas penais ou processuais penais)”.

Outra parcela da doutrina, por sua vez, entende que a norma foi omissa, devendo-se interpretá-la de forma restritiva, incluindo em seu âmbito de atuação somente a violação das normas materiais. As provas ilegítimas, segundo eles, devem ser mantidas sob o regime jurídico das nulidades.

O dilema retratado terá substanciais reflexos práticos, uma vez que o regramento das provas ilícitas e ilegítimas será diametralmente distinto.

O regramento das provas ilegítimas, conforme dito, estará incluído na teoria das nulidades do processo penal. A prova, então, será declarada nula somente se atender a alguns requisitos legais.

O primeiro requisito trata da não declaração de nulidade quando não houver demonstração de prejuízo à parte. Trata-se do princípio regente da teoria das nulidades do *pás de nullité sans grief*, previsto expressamente no artigo 563 do Código de Processo Penal. Resta ali disposto que “nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa”.

Nesse sentido, a súmula 523 do Supremo Tribunal Federal positiva que “no processo penal, a falta de defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova do prejuízo do réu”.

Assim sendo, o magistrado deverá analisar dentro do princípio da ampla defesa em sua vertente da defesa efetiva se o réu sofreu efetivo prejuízo com a precariedade de sua defesa.

Ademais, o juiz analisará se a prova ilegitimamente inserida no processo teve o condão de influenciar de alguma forma o prosseguimento da demanda, gerando prejuízo às partes. Caso entenda em sentido positivo, ele simplesmente declarará a nulidade da atividade probatória e a renovará.

Prosseguindo, o segundo requisito trata do *venire contra factum proprium*, segundo o qual ninguém poderá alegar nulidade a que deu causa (art. 565). Trata-se de vertente da boa-fé e da lealdade inserida no bojo do processo penal.

O terceiro requisito diz respeito à impossibilidade das partes em arguir a nulidade da Prova cuja observância somente à parte contrária interesse.

Por fim, o artigo 566 do Código de Processo Penal positiva o último requisito para a declaração da nulidade da prova. Segundo inteligência do dispositivo, também não será declarada a nulidade de “ato processual que não houver influído na apuração da verdade substancial ou na decisão da causa”.

Afere-se que o tratamento destinado às provas ilegítimas é bem mais brando do que o destinado às provas ilícitas, que será a seguir demonstrado. A produção de uma prova ilegítima não acarreta em violação ao direito material do acusado, tampouco tem o condão de comprometer a imparcialidade do julgador.

Dessa forma, a teoria das nulidades regerá perfeitamente essa espécie de prova vedada, uma vez que a sua inadmissibilidade não está inserida no rol de direitos fundamentais do cidadão.

As provas ilícitas, por sua vez, terão um tratamento consideravelmente mais severo. Ela será tratada como verdadeira mácula do processo, devendo ser extirpada dos autos assim que forem reveladas.

O próprio texto normativo do artigo 155 do CPP regula o fim a ser destinado às provas ilícitas. Segundo ele, as provas obtidas em violação a normas constitucionais ou legais deverão ser imediatamente desentranhadas do processo.

Revelada a existência da prova vedada, será direito da parte requerer a sua exclusão. Segundo leciona Antônio Magalhães Filho (1996, pg. 93), “ao direito à prova corresponde, como verso da medalha, um direito à exclusão das provas que contrariem o ordenamento”.

Exsurge, no momento, a teoria norte-americana da *exclusionary rule*, elucubrada em meados do século XIX no emblemático caso Boyd X USA, que será analisado adiante.

Tais provas, assim, não se submeterão aos requisitos expostos da teoria da nulidade. Não haverá de se perquirir se o meio probatório introduzido no processo causou prejuízo às partes, restando assim afastado o *pás de nullité sans grief*. Haverá uma presunção *juri et de jure* de que a prova viciada influencia o processo, devendo ela ser imediatamente desentranhada dos autos.

O princípio segundo o qual ninguém poderá arguir a nulidade a que deu causa também não se aplica ao presente caso. Não há que se cogitar que o Ministério Público fique impossibilitado de requerer o reconhecimento da ilicitude da prova pelo simples fato de que foi produzida pelo Estado ou sob o fundamento de que só interessa à parte contrária.

Por fim, também não será aplicado o último requisito da teoria da nulidade, para o qual não será declarada a nulidade de ato processual que não houver influído na apuração da verdade ou na decisão da causa.

A vedação a prova ilícita, como visto, encontra guarida constitucional, sendo direito fundamental do cidadão participar de um processo livre de máculas legais.

Assim, não se pode cogitar que um processo siga viciado sob o argumento de que a confissão extraída mediante tortura, *v. g.*, não causou prejuízo ao processo ou não influiu na apuração da verdade da causa.

O desentranhamento dos autos de tais provas constitui finalidade em si mesma do processo penal. O legislador constituinte pátrio positivou de forma expressa tal norma de conduta aos juízes no texto da Constituição Federal. Trata-se, ainda, de comando dirigido às autoridades investigativas. A finalidade teleológica da norma é demonstrar à autoridade policial que a produção da prova ilícita de nada valerá no processo, servindo, dessa forma, como desestímulo à atividade probatória vedada ao Estado.

A violação a direito material em virtude de atividade probatória é totalmente ojerizada pelo ordenamento jurídico, constituindo a inexistência do ato praticado. Sobre a diferença entre a prova ilícita e ilegítima, leciona Antônio Magalhães Filho (1996, pg. 94):

“Sob um outro ângulo, a declaração de nulidade não é automática e o ato praticado irregularmente pode mesmo vir a ser considerado válido e eficaz, se não ocorrentes determinados pressupostos legais para a sua invalidação (v.g a inexistência de prejuízo, a ocorrência de alguma causa de convalidação); já a inadmissibilidade, por operar em momento anterior à prática ou ao ingresso do ato no processo, impede a produção de qualquer efeito válido, aproximando-se mais da idéia de *inexistência* (jurídica) do ato vedado pela lei processual”

A sanção para a prova ilícita, conforme exposto, é a sua inadmissibilidade nos autos e posterior destruição. Após o desentranhamento do meio probatório do processo, será instaurado incidente processual amparado pela discussão dialética do contraditório para se discutir a ilicitude da prova.

Caso o juiz entenda que a prova é efetivamente ilícita, o próprio *Codex* disciplina o procedimento a ser seguido. Segundo o seu artigo 157, §3º, “preclusa a decisão de desentranhamento da prova declarada inadmissível, esta será inutilizada por decisão judicial, facultando às partes acompanhar o incidente”.

Os meios de provas ilícitos, portanto, não podem ingressar no processo e, se incorporados, não poderão ser valorados pelo magistrado – Magalhães (1996, pg. 108), implicando em sua inadmissibilidade e posterior destruição, resguardada o mínimo essencial para responsabilização penal de quem a produziu.

Há, portanto, notória distinção entre os efeitos da prova ilícita e da ilegítima no processo.

Seguiremos a linha da doutrina majoritária no presente trabalho, para a qual não restou extinta a distinção das espécies de provas vedadas, devendo o seu tratamento ser regido pela teoria das nulidades, no caso das provas ilegítimas, e na disciplina da inadmissibilidade do ato no caso das provas ilícitas.

4.3 – Contexto histórico

A teoria da inadmissibilidade das provas ilícitas foi idealizada de forma inédita no emblemático caso *Boyd X USA*, em 1886. A Suprema Corte norte-americana sedimentou então o entendimento de que a imprestabilidade das provas vedadas no

processo decorria diretamente da Constituição, notadamente da 4ª Emenda¹⁵, sendo verdadeiro direito fundamental do indivíduo a participação de processos livres de máculas legais.

A Corte entendeu ser ilícito o mandado de busca e apreensão expedido sem justa causa, devendo essa prova ser excluída do processo. Obtemperaram que a 4ª Emenda protege os cidadãos de atividades probatórias constritivas do Estado que não apresentam justa causa para sua produção.

Conforme adrede exposto, antigamente vigorava o entendimento de que a verdade dos fatos deveria prevalecer sobre eventual direito individual do investigado. Essa mentalidade vigorou no Brasil por muito tempo.

Já em 1951, passados mais de 50 anos do precedente estadunidense, o Ministro do Supremo Tribunal Federal Cordeiro Guerra – Avólio (2012, pg. 43) – afirmava ainda não crer “que entre os direitos humanos se encontre o direito de assegurar a impunidade dos próprios crimes, ainda que provados por outros modos nos autos, só porque o agente da autoridade se excedeu no cumprimento do dever e deva ser responsabilizado”.

No mesmo sentido, o Ministro Raphael de Barros Monteiro sustentava que:

“os Tribunais têm de julgar conforme as provas que lhe são apresentadas e não lhes compete investigar se elas foram bem ou mal adquiridas pelo respectivo litigante. Essa investigação é estranha ao processo e o juiz que a fizer exorbitará de suas atribuições processuais”

A teoria da inadmissibilidade, assim, não encontrava total respaldo entre os magistrados brasileiros.

A evolução da jurisprudência pátria ocorreu, a bem da verdade, antes mesmo da Constituição Federal de 1988. A despeito de vivermos sob regime de exceção, já muito se discutia em meados dos anos 70 acerca da aplicabilidade da teoria alienígena ao direito pátrio.

¹⁵ “the right of the people to be secure in their persons, houses, papers, and effects, against unreasonable searches and seizures, shall not be violated, and no warrant shall issue, but upon probable cause, supported by oath or affirmation, and particularly describing the place to be searched and the person or thing to be seized”

Assim, ainda em 1977, o Supremo Tribunal Federal proferiu o primeiro acórdão de que se notícia no direito nacional aplicando a teoria das provas ilícitas, elucubrada quase 100 (cem) anos antes nos Estados Unidos.

Tratou-se de, conforme Pedro Molla, pg. 138¹⁶, demanda civil, em que o STF determinou o desentranhamento de fitas gravadas, objeto de interceptação telefônica feita pelo consorte, a fim de comprovar o adultério de sua esposa nos autos da então existente ação de separação judicial.

Em paradigmático julgamento, o relator Ministro Xavier de Albuquerque decidiu:

“PROVA. PROVA CIVIL. GRAVAÇÃO CLANDESTINA DE LIGAÇÕES TELEFÔNICAS. AÇÃO DE DESQUITE. Prova civil. Gravação magnética, feita clandestinamente pelo marido, de ligações telefônicas da mulher. Inadmissibilidade de sua utilização em processo judicial, por não ser meio legal nem moralmente legítimo (art. 332, CPC). Recurso extraordinário conhecido e provido (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Processual Civil. RE 85439/RJ, Rel. Min. Xavier de Albuquerque, j. em 11.11.1977, Órgão julgador: Segunda Turma, Publicação: DJ DATA-02-12-77 PG-RJT VOL-00084-02 PP-00609 Indexação da Revista Trimestral do STF).”

Apesar do precedente exposto, a doutrina ainda se divide a respeito da aplicabilidade da teoria da inadmissibilidade das provas ilícitas. Muitos pugnavam, ainda, pela primazia da verdade real, asseverando que o vício processual não poderia se sobrepor ao interesse do Estado de punir.

O constituinte originário de 1988, contudo, alterou a cultura brasileira e sedimentou a teoria das provas ilícitas no ordenamento jurídico pátrio, impondo expressamente no texto legal a impossibilidade de apreciação dos meios de provas obtidos por meio vedado.

O constituinte originário demonstrou assim ser adepto radical da tese que inadmite a produção e o ingresso da prova ilícita nos autos do processo. A dicção legal, aparentemente, veda toda e qualquer apreciação da prova proibida, o que, conforme será analisado, não se coaduna com a atual realidade do País.

¹⁶ Disponível em: <http://www.sapientia.pucsp.br//tde_busca/arquivo.php?codArquivo=12665>. Acesso em 19 de abril de 2013.

4.3.1 – Das provas ilícitas por derivação

A experiência norte-americana demonstrou que, para resguardar os direitos previstos na 4ª Emenda, não era suficiente meramente proibir o ingresso e apreciação das provas vedadas no processo.

A autoridade investigadora já havia incorporada a teoria elucubrada no caso *Boyd X US* e criado subterfúgios para contorná-la ainda violando os direitos iminentes do homem previsto na Constituição.

Dessa forma, vislumbrou-se que de nada adiantaria inadmitir as provas vedadas caso as dela derivadas permanecessem sob o crivo de apreciação dos magistrados.

Em tempo, trata-se de verdadeiro estímulo ao policial saber que a confissão extraída da tortura do investigado não teria validade judicial, contudo os frutos decorrentes daquele ato poderiam ser aceitos tranquilamente em juízo.

Assim, para coibir os excessos do Estado, erigiu-se a teoria dos frutos da árvore envenenada, para a qual os meios de prova que derivam diretamente de uma prova ilícita também não podem ser admitidos, sob pena de se violar de forma indireta os direitos fundamentais do cidadão.

O julgamento paradigma para a construção da mencionada teoria está ligado à emblemática lide *Silverthorne Lumber Co X US*, de 1920. Trata-se de caso em que a Suprema Corte estadunidense proclamou, de forma inédita, ser inválida a intimação que derivou estritamente de uma busca e apreensão ilegalmente realizada pela polícia.

Assim, pela primeira vez, além de excluir a prova diretamente inválida, qual seja, a busca e apreensão ilegal, a corte americana inadmitiu no processo o meio probatório – intimação – que derivou do ato ilícito.

A denominação “fruits of the poisonous tree”, em tradução livre, os frutos da árvore envenenada, contudo, foi elaborada somente em 1939, na demanda que ficaria conhecida como *Nardone X US*.

A teoria alcançou seu auge na jurisprudência no inesquecível caso *MIRANDA X ARIZONA*, de 1966. O caso serviu para estabelecer as bases do que ficaria posteriormente conhecido como o princípio do *nemo tenetur se detegere*.

Para a Corte Suprema dos EUA, todas as declarações que o suspeito desse sem que fossem informados seus direitos estariam maculados pelo vício de ilegalidade do ato, restando manchadas devido ao contato com a atitude ilícita da polícia.

Após o emblemático caso, os policiais americanos passaram a ser obrigados a informar ao preso em flagrante que teria o direito de ficar em silêncio, que suas declarações poderiam ser utilizadas contra ele no tribunal e, por fim, que tinha direito a constituir um advogado.

A jurisprudência brasileira, por sua vez, permaneceu vacilante por muito tempo no que se refere ao tema.

Como visto, a teoria das provas ilícitas só veio a ser efetivamente aplicada no Brasil após a manifestação do poder constituinte originário de 1988, que a positivou no corpo da Lei Maior o artigo 5º LVI.

O entendimento do Supremo Tribunal Federal era, inicialmente, no sentido de que a Constituição Federal somente proibia as provas ilícitas propriamente ditas, nada dispondo acerca das delas decorrentes. Nesse sentido, a Ação penal 307/DF, relatada por Ilmar Galvão, incorporando entendimento de Moreira Alves.

A jurisprudência da Suprema Corte, no entanto, evoluiu nos anos subsequentes, chegando, ainda em 1999, a admitir que a adoção da teoria dos frutos da árvore envenenada derivava do próprio devido processo legal e constitui consectário lógico da inadmissibilidade das provas ilícitas. Nesse sentido, foram os HC nº 74.116/SP e HC nº 76.641/SP.

A Lei 11.690/08 veio, enfim, positivar a jurisprudência que já era dominante nos tribunais brasileiros. Restou, então, expressamente previsto no *Codex* a teoria do *tainted fruit*, nos seguintes termos: “São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas”.

5 – Da Admissibilidade da Prova Ilícita

5.1 – Da vedação das provas ilícitas como norma-princípio

A Lei 11.690/08 e a Constituição Federal, conforme alhures demonstrado, positivaram de forma expressa a vedação das provas ilícitas e as delas decorrentes. Aparentemente, poder-se-ia cogitar que o Brasil adotou a teoria radical da vedação das provas ilícitas, segundo a qual nenhuma prova vedada poderia integrar o processo.

A bem da verdade, seguindo a expressa dicção de lei, o princípio em análise poderia assumir caráter de norma constitucional de eficácia plena. Para José Afonso da Silva (Gilmar Mendes, 2010, pg.47), tais normas não podem sofrer quaisquer limitações por parte do juiz ou do legislador infraconstitucional.

Adotamos, no entanto, o entendimento de que a teoria sobre a eficácia das normas constitucionais do ilustre constitucionalista foi parcialmente superada pela atual doutrina¹⁷.

A norma de vedação às provas ilícitas reveste-se de caráter de princípio e deve ser assim tratada no caso concreto.

Classicamente, os princípios e regras diferenciam-se entre si quanto à abrangência que possuem dentro do ordenamento jurídico.

Os princípios seriam os normalmente definidos como normas que integram o núcleo fundamental do ordenamento, tratar-se-iam de mandamentos nucleares ou ainda de “núcleo de condensações”¹⁸. - As regras, por sua vez, possuem um grau menor de abstração, contendo dispositivos de aplicação imediata pelo juiz.

Desta feita, entende-se que os princípios são hierarquicamente superiores às regras, uma vez que servem de fundamento para todo o direito pátrio. Pode-se facilmente resumir as distinções essenciais elencadas pela doutrina clássica da seguinte forma,(Virgílio Afonso, pg. 612):

¹⁷ Para saber mais acesse o texto crítico de Virgílio Afonso da Silva. Disponível em: <http://static.atualidadesdodireito.com.br/marcelonovelino/files/2012/04/VAS-Conteudo_essencial.pdf>. Acesso em 22 de abril de 2013.

¹⁸ Disponível em: <<http://xa.yimg.com/kq/groups/19604888/1457260705/name/Virg%C3%ADlio%20Afonso%20da%20Silva%20-%20Princ%C3%ADpios.pdf>>. Acesso em 22 de abril de 2013.

“princípios seriam as normas mais fundamentais do sistema, enquanto que as regras costumam ser definidas como uma concretização desses princípios e teriam, por isso, caráter mais instrumental e menos fundamental”

Preferimos adotar no presente trabalho, contudo, a distinção entre princípios e regras elucubradas por Robert Alexy.

Para ele, as normas se distinguem essencialmente no momento em que se encontram em colisão com outros dispositivos da legislação pátria. A forma de resolução de conflitos, assim, norteará a natureza jurídica do dispositivo em análise.

Os métodos utilizados que servem para afastar a aplicação de normas-regras são essencialmente distintos dos que utilizamos no caso de conflito de normas-princípios.

As regras, ou mandados de regulamentação, podem se excluir abstratamente no Direito Pátrio, uma vez que elas se contradizem ainda no plano legislativo.

Assim, utilizaremos dos clássicos métodos de solução de antinomia para resolver o conflito apresentado.

Inicialmente, aferiremos qual a regra de maior hierarquia. Caso o primeiro critério não seja suficiente, pois, *exempli gratia*, as duas normas estão previstas no Código Penal, passaremos, então, ao critério da antiguidade e posteriormente da especialidade.

Aplica-se a regra do *all or nothing*, ou seja, tudo ou nada. Não se pode aplicar concomitantemente duas regras a um determinado caso, uma vez que a aplicação de uma implica necessariamente no total desprezo a outra.

As regras se submetem ao método simples da subsunção. Analisa-se se o fato da vida proposto se amolda ao quadro legal previsto no dispositivo.

As normas-princípios, a seu turno, não se submeterão ao mencionado processo, visto que ele servirá somente para dirimir conflitos abstratamente apreciados.

Surgiu, pois, a necessidade da criação de novo método hermenêutico para a resolução de conflitos surgidos na aplicação desse tipo de norma, dotada de baixa densidade normativa, porém que norteia a aplicação do direito após a adoção da teoria do pós-positivismo.

Como se sabe, os princípios foram alçados ao status de norma após a deflagração da 2ª Guerra Mundial. Em fase anterior, eles estavam relegados ao intangível Direito Natural, para o qual haveria uma série de normas perenes e eternas as quais os homens estariam submetidos implicitamente.

A experiência nazifascista e aplicação da teoria pura do direito de Hans Kelsen serviram para demonstrar que o direito não pode estar dissociado do valor intrínseco à norma, tampouco poderá permanecer na obscuridade do campo do jusnaturalismo.

Assim, os constituintes pós 1945 elevaram os princípios a mais do que simples normas, alçando-os ao patamar de direito constitucional e servindo como meio de interpretar todo o ordenamento jurídico nacional.

Surge, no entanto, o dilema acerca do modo adequado para se afastar a aplicação de um mandado de otimização quando em conflito com outro no caso concreto.

Criou-se, então, o método de sopesamento dos princípios, buscando-se sempre a máxima efetividade dos direitos garantidos através das normas estabelecidas em tal formato. Resumindo o método em análise, Virgílio Afonso da Silva dispõe (pg. 622):

“Segundo Alexy, princípios são normas que estabelecem que algo deve ser realizado na maior medida do possível, diante das possibilidades fáticas e jurídicas presentes. **Por isso eles são chamados de mandados de otimização.** Importante, nesse ponto, é a ideia de que a realização completa de um determinado princípio pode ser – e frequentemente é – obstada pela realização de outro princípio. Essa ideia é traduzida pela metáfora da *colisão* entre princípios, que deve ser resolvida por meio de um sopesamento, para se chegar a um resultado ótimo. Esse resultado ótimo vai sempre depender das variáveis do caso concreto e é por isso que não se pode falar que um princípio P1 sempre prevalecerá sobre o princípio P2 – (P1 P P2) – devendo-se sempre falar em prevalência sobre o princípio P2 diante das condições C – (P1 P P2) C.” (grifo nosso)

Assim posto, observa-se que os princípios não se restringem a regra do tudo ou nada. Eles não se contradizem no plano abstrato e a colisão no caso concreto deve ser dirimida através do método da máxima efetividade.

Os princípios, em suma, são “normas que obrigam que algo seja realizado na maior medida possível, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas”¹⁹, conforme leciona Virgílio Afonso da Silva em seu texto “O Proporcional e o Razoável”.

A vedação das provas ilícitas, conforme dito, submete-se ao procedimento especialmente destinados aos princípios. Assim, o direito fundamental em análise pode sofrer mitigação no caso concreto para que seja aplicado, *exempli gratia*, o direito à produção de provas, o interesse social ou, ainda, a preservação da dignidade do réu diante de uma persecução penal injusta. Sobre a colisão de direitos fundamentais, leciona magistralmente o professor George Marmelstein (2012, pg. 367) da seguinte forma:

“Esse fenômeno – a colisão de direitos fundamentais – decorre da natureza principiológica dos direitos fundamentais, que são enunciados quase sempre através de princípios. Como se sabe, os princípios, ao contrário das regras, em vez de emitirem comandos definitivos, na base do ‘tudo ou nada’, estabelecem diversas obrigações (dever de respeito, proteção e promoção) que são cumpridas em diferentes graus.”

Diante da colisão de direitos fundamentais no caso concreto, deveremos então usar como parâmetro da técnica do sopesamento o princípio da proporcionalidade.

5.2 – Do Princípio da Proporcionalidade

O princípio da proporcionalidade norteará o estudo restante do trabalho. Deve-se, assim, conceituá-la de forma precisa para melhor compreensão do tema proposto.

O sobredito princípio servirá como parâmetro de controle das atividades legislativas, executivas e para a fundamentação de sentenças pelo Estado-julgador.

¹⁹

Disponível em:

<http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0CC4QFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.revistas.unifacs.br%2Findex.php%2Ffredu%2Farticle%2Fdownload%2F1495%2F1179&ei=SRJ4UeFkxNLSAbKxgXA&usq=AFQjCNGGcGqo1J4cL7Wdti8RHjN9anzzx0A&sig2=sWiGUW3xsG6xU4CJrO6tjw&bvm=bv.45580626,bs.1,d.eWU>>. Acesso em 23 de abril de 2013.

Inicialmente, observa-se que a jurisprudência e a doutrina pátria constantemente confundem os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, tratando-os como se sinônimos fossem.

Não há, contudo, que se enleiar a normas em análise. Nesse sentido, leciona Virgílio Afonso da Silva em “O Proporcional e o Razoável” (pg. 28):

“...quando se fala, em um discurso jurídico, em *princípio* da razoabilidade ou em *princípio* ou *regra da proporcionalidade*, é evidente que os termos estão revestidos de uma conotação técnico-jurídica e não são mais sinônimos, pois expressam construções jurídicas diversas. Pode-se admitir que tenham objetivos semelhantes, mas isso não autoriza tratamento de ambos como sinônimos. Ainda que se queira, por intermédio de ambos, controlar as atividades legislativa ou executiva, limitando-as para que não restrinjam mais do que o necessário os direitos dos cidadãos, esse controle é levado a cabo de forma diversa, caso seja aplicado um ou outro critério”

Assim sendo, podemos apontar, essencialmente, três marcantes distinções entre os sobreditos princípios.

Primus, a sua origem histórica é distinta. O conceito de razoabilidade foi inicialmente aplicado no âmbito de atuação dos magistrados norte-americanos, resultando de aplicação lógica do *due processes of law*.

O conceito de proporcionalidade, por sua feita, foi elucubrado pela Corte Alemã meio século após a construção teoria da razoabilidade na América, servindo como método para se analisar os atos do Estado concretamente considerados pelo Judiciário.

Secundus, a forma de aplicação das normas é distinta. O princípio da proporcionalidade servirá como vetor para aplicação da teoria do sopesamento dos direitos fundamentais, caracterizando-se em se subdividir em três subprincípios que serão a seguir analisados.

A aplicação da razoabilidade se pode caracterizar como sendo a vedação dos atos que fujam o bom-senso, ao razoável.

Tertius, a estrutura dos princípios é notoriamente diversa. A razoabilidade figura-se como preceito a ser analisado dentro do conceito comum. Serve como parâmetro para analisar se determinado ato estatal foi “justo”, uma vez que a medida seria “razoável” para o os súditos. Trata-se de controle do padrão de comportamento do ente estatal a ser analisado pelos cidadãos.

O princípio da razoabilidade adquire notória importância no controle da legitimidade das decisões judiciais. A necessidade de fundamentação, prevista no artigo 93, IX da Constituição Federal²⁰, e a publicidade dos atos judiciais permitem que o povo analise se determinada sentença se coaduna com os preceitos éticos da sociedade.

O princípio da proporcionalidade, por sua vez, tem uma estrutura juridicamente definida, servindo como método hermenêutico para a solução de conflitos concretos.

Ele está apoiado em três dimensões que norteiam a sua forma de aplicação, quais sejam, a adequação, a necessidade ou vedação de excesso e de insuficiência e a proporcionalidade em sentido estrito.

5.2.1 – Subprincípios da proporcionalidade

O primeiro desses aspectos diz respeito à necessidade de adequação entre o fim que se busca e o meio utilizado para alcançá-lo. Melhor explicando, deve existir uma pertinência entre a finalidade almejada e o meio selecionado.

Gilmar Ferreira Mendes, citando jurisprudência do Tribunal Alemão (2010, pg. 404), explica da seguinte forma o conceito em análise: "os meios utilizados pelo legislador devem ser adequados e necessários à consecução dos fins visados. O meio é adequado se, com a sua utilização, o evento pretendido pode ser alcançado...".

Renato Brasileiro (2012, pg. 1134), de sua feita, explicita o conceito da seguinte forma:

“Por força da adequação, a medida restritiva será considerada adequada quando for apta a atingir o fim proposto. Não se deve permitir, portanto, o ataque a um direito fundamental se o meio adotado não se mostrar apropriado à consecução do resultado pretendido”

²⁰ Art. 93 (omissis...) IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação; ([Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004](#)).

Será nesse momento, portanto, que o aplicador da norma indagará se “o meio escolhido foi o adequado e pertinente para atingir o resultado almejado” – George Marlmestein (2012, pg. 376).

Para melhor compreensão do tema, com base nos ensinamentos expostos, cogitar-se-á o seguinte caso citado pela doutrina: A autoridade policial é informada por meio de “notitia criminis” sobre eventual estupro cometido por determinado indivíduo. Para aferir a materialidade e a autoria do delito, a autoridade requer a quebra do sigilo fiscal do suspeito.

Nota-se que a medida requerida pelo órgão investigador não se coaduna com os fins por ela pretendidos. A medida será desproporcional, pois restringe o direito à privacidade financeira do investigado sem que o fim de preservar a ordem jurídica seja alcançado. A quebra de sigilo não será adequada, uma vez não contribui para a formação do “opinio delicti” no caso apresentado.

O professor George Marmelstein (2012, pg. 377) faz uma analogia do princípio da proporcionalidade com a atividade de um médico. Segundo ele, o médico no momento em que constata a doença do paciente – a colisão de princípios – procura o remédio que efetivamente cure o paciente, ou seja, o remédio “adequado” para o caso concreto.

A decretação da quebra de sigilo fiscal não será o “remédio” adequado a aplicar no caso concreto, visto que não terá o condão de “curar” o paciente submetido a exame, ou seja, não será capaz de desvendar os requisitos necessários à formação do “opinio delicti”.

Podemos, ainda, citar a título de ilustração exemplo idealizado por Renato Brasileiro (2012, pg. 1134). Segundo o ilustre membro do *Parquet*, não é adequada a aplicação da prisão preventiva a alguém que esteja respondendo por crime punido exclusivamente com multa ou pena privativa de liberdade que será suspensa nos termos do artigo 89 da Lei 9.099/95.

De fato, é desproporcional na modalidade inadequação a decretação de prisão preventiva a quem não será encarcerado ao fim do processo. Como exposto adrede, o processo penal não é instrumento punitivo do Estado, não lhe sendo lícito, assim, imputar ao cidadão uns dos fins precípuos da pena.

Citamos casos extremos para facilitar a visualização da aplicação do método em análise. Pode-se tranquilamente aferir que a quebra de sigilo fiscal do investigado e a decretação da prisão preventiva são medidas inadequadas a serem realizadas pelo Estado, uma vez que não alcançam a finalidade colimada para cada caso.

A segunda dimensão do princípio da proporcionalidade traz a noção de que a medida a ser adotada deve ser a menos danosa entre as opções existentes e, concomitantemente, deve ser suficiente para atingir os fins propostos.

Trata-se do subprincípio da intervenção mínima, da menor ingerência possível, da alternativa menos gravosa, da subsidiariedade, da escolha da medida mais suave, ou, ainda, da proibição do excesso.

“Não se abatem pássaros com canhões”. A frase de Jellinek (George Marmelstein, 2012, pg. 376) é costumeiramente utilizada pelos doutrinadores para demonstrar o modo de aplicação desse subprincípio.

De fato, é intrínseco à proporcionalidade a noção de que as medidas adotadas não devem restringir demasiadamente o direitos sopesados no caso concreto.

Indagar-se-á se entre os meios a serem adotados, o que foi escolhido é o mais suave entre eles e, ao mesmo tempo, o que melhor alcança o fim desejado.

Observa-se que há duas vertentes na dimensão em análise, quais sejam, a proibição do excesso e a vedação a proteção insuficiente. O aplicar da norma deve indagar no caso concreto qual dos atos melhor alcança o fim proposto sem causar excessiva restrição a direitos fundamentais

Uma vez mais, utilizamos a inteligência de Virgílio Afonso da Silva em “O Proporcional e o Razoável” (pg.24) para demonstrar a forma como a “necessidade” deve ser aplicada segundo a doutrina pátria.

“Um ato estatal que limite um direito fundamental é somente necessário caso a realização do objetivo perseguido não possa ser promovida, com a mesma intensidade, por meio de outro ato que limite, em menor medida, o direito fundamental atingido”

Pode-se observar a aplicação dessa vertente da proporcionalidade na própria literalidade do Código de Processo Penal. Preceitua o art. 282, §6º da Lei Adjetiva

que “a prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar”.

O legislador aferiu que existiam dois meios adequados para se garantir a ordem pública, a ordem econômica, a conveniência da instrução criminal e a aplicação da Lei Penal.

Entre as duas formas, concluiu-se que a imposição de medida restritiva ao suspeito era o método que melhor alcançava o fim proposto sem restringir demasiadamente o princípio da presunção de não culpabilidade e a liberdade locomoção. A prisão preventiva só será aplicada subsidiariamente se a medida restritiva imposta não atingir o fim colimado pelo magistrado.

O Supremo Tribunal Federal, também com base nesse dispositivo, elaborou a súmula vinculante nº 11, que dispõe o seguinte:

“Só é lícito o uso de algemas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente.”

O raciocínio da Corte Suprema, a despeito das fundadas críticas ao enunciado, encontra certo respaldo no subprincípio em análise.

O órgão máximo do Poder Judiciário aferiu que existiam dois métodos adequados de para a condução de presos, quais sejam, com algemas e sem elas.

Em verdadeiro exercício mental, chegou-se a conclusão de que a prática desmedida de algemar os presos era medida excessiva em vários casos e resultava em violação a dignidade dos conduzidos.

Prosseguindo a analogia do professor George Marmelstein (2012, pg. 377), ele assevera que, após o médico encontrar os tratamentos adequados para curar o paciente, ele deverá selecionar aquele que melhor combate a doença ao mesmo que tempo que causa menos sofrimento ao enfermo.

Diante disso, pode-se inferir que a condução de presos sem a utilização de algemas, para o Supremo, é a medida que menos causa gravame ao conduzido ao mesmo tempo que é a mais eficiente para o Estado.

Por fim, a proporcionalidade se subdivide no vetor da proporcionalidade em sentido estrito. Levanta-se à tona, no momento, o questionamento se o sacrifício a

determinado direito fundamental em detrimento de outro trouxe mais benefícios do que malefícios.

Para Virgílio Afonso da Silva em “O Proporcional e o Razoável”, tal subprincípio consiste em “um sopesamento da intensidade da restrição ao direito fundamental atingido a importância da realização do direito fundamental que com ele colide e que fundamenta a adoção da medida restritiva”.

Trata-se, portanto, de uma análise qualitativa da decisão tomada. Caso as desvantagens se sobreponham aos ganhos, a medida adotada é desproporcional em sentido estrito e, conseqüentemente, em sentido lato.

Para que se possa proceder a essa análise, mostra-se imprescindível “realizar um exercício de balanceamento ou ponderação, através do qual o jurista deverá levar em conta todos os interesses em jogo a fim de encontrar uma solução constitucionalmente adequada” (George Marlmestein – 2012, pg. 385).

O médico, então, escolhido o tratamento adequado e o remédio necessário, apreciará se ministrar aquele medicamento acarretará mais benefícios do que malefícios ao paciente.

Assim, caso o remédio salve a vida do enfermo, porém implique na perda do movimento de uma das pernas, a medida será proporcional em sentido estrito, uma vez que sobreleva o valor vida em detrimento da integridade física.

Exemplo jurídico debatido pela doutrina e jurisprudência é a Lei do Abate, Lei 9614/98. Resta ali disposto que a força aérea brasileira poderá destruir as aeronaves consideradas hostis, depois de adotados os procedimentos acautelatórios.

A norma em questão é perfeitamente adequada ao fim que almeja, qual seja, combater o tráfico internacional de drogas no Brasil.

Ela também será necessária, visto que, entre as duas opções existentes – abater o avião e permitir que a droga seja comercializada no comércio local – a destruição da aeronave não se mostra excessiva, tampouco protege insuficientemente a saúde pública.

Resta, então, analisar a constitucionalidade da Lei sob o prisma da proporcionalidade em sentido estrito.

Estamos, no momento, colidindo no caso concreto dois direitos fundamentais distintos, a saber: a vida dos tripulantes e a saúde pública da população brasileira. Deveremos aplicar os vetores expostos no caso concreto para saber se a medida autorizada por lei será proporcional.

Caso estejamos em uma situação em que a aeronave transporta uma grande quantidade de drogas e os tripulantes que estão ali a bordo são exclusivamente notórios traficantes, a medida, em certa feita, pode aparentar ser proporcional.

Caso a quantidade de drogas seja ínfima e o transportador seja um mero “laranja”, não há dúvidas de que a opção do abate não pode ser instrumentalizada.

A aplicação desse subprincípio, indubitavelmente, demonstra-se ser um trabalho extremamente árduo de sopesamento e retórica. Assim, emprega-se a técnica da Ponderação como ferramenta de auxílio ao aplicador da norma.

Diante de uma colisão de direitos fundamentais no caso concreto, é certo que um dos princípios será, ainda que parcialmente, mitigado para a efetivação de outro mais importante na situação analisada.

A técnica da ponderação trata, essencialmente, do dever de expor pormenorizadamente as razões que levaram o aplicador do direito a decidir pela submissão de um valor ao outro.

A bem da verdade, primeiramente se intenciona harmonizar os direitos fundamentais em vias de colisão, garantindo-se, na medida do possível, a sua máxima efetividade no caso *sub judice*.

Somente quando tal quadro ideal não puder ocorrer que se mostrará necessário o sopesamento de valores, mitigando-se um princípio para que o outro alcance sua finalidade.

5.3 – Da admissibilidade das provas ilícitas a favor do réu

Demonstramos que a vedação das provas ilícitas, além de direito fundamental do cidadão, reveste-se da natureza jurídica de norma-princípio, seguindo classificação exposta de Robert Alexy.

Posto isso, poderemos concluir que, por vezes, o direito fundamental da vedação das provas ilícitas pode sofrer no caso concreto mitigação a fim de que se

sobrelevem valores mais fundamentais à sociedade, tais como a justiça, a ampla defesa e a prova de inocência do acusado.

A doutrina nacional entende de forma uníssona que as provas ilícitas a favor do réu podem ser admitidas no caso concreto, sob o paradigma da aplicação hermenêutica da proporcionalidade.

Não é esse, contudo, o único enfoque dado pelos doutrinadores sobre o tema. A bem da verdade, parte considerável dos juristas aplicam de forma analógica a teoria geral do crime para excluir a ilicitude da produção probatória.

Como se sabe, o conceito analítico tripartido divide o crime em três elementos fundamentais, quais sejam, a tipicidade, ilicitude e culpabilidade.

Para Hans Welzel (Cléber Masson, 2012, pg. 365), criador da teoria finalista, o fato típico abrange em seu conteúdo a conduta dolosa ou culposa do agente, o resulta naturalístico, a relação de causalidade e a tipicidade propriamente dita, que, por sua vez, divide-se em formal e material.

A ilicitude pode ser definida como “a contrariedade entre o fato típico praticado por alguém e o ordenamento jurídico, capaz de lesionar ou expor a perigo lesão de bens penalmente tutelados” – Cléber Masson (2012, pg. 365).

Ela pode, ainda, ser bipartida em ilicitude formal, que pressupõe a mera violação ao ordenamento jurídico vigente, e a ilicitude material, que contém o injusto do fato segundo os valores hodiernos de ordem, paz e convívio social.

O juízo de ilicitude do fato típico pode ser rompido por meio das excludentes de antijuridicidade, entre elas a legítima defesa e o estado de necessidade.

A teoria tripartite do delito, por fim, estabelece como elemento integrante do crime a culpabilidade. A culpabilidade pode ser definida, em suma, como o juízo de reprovabilidade da conduta praticada pelo agente, integrando em seu corpo a imputabilidade do agente, a potencial consciência sobre a ilicitude e a inexigibilidade de conduta diversa.

Para os fins do presente trabalho, será suficiente a mera exposição perfunctória dos elementos integrantes do crime, uma vez que a utilizaremos somente para efeitos de aplicação analógica à teoria geral da prova.

A produção de provas vedadas restaria, assim, albergada pela excludente de ilicitude do fato, uma vez que, apesar de se amoldar ao fato típico previsto na Lei material, estaria contemplada pela excludente de ilicitude do estado necessidade.

Melhor explicando, entende-se que o magistrado sequer deverá passar pelo crivo da proporcionalidade para admitir que a prova integre os autos, uma vez que a produção probatória não estaria inquinada de vício de ilicitude. Nesse sentido, leciona Eugênio Pacelli (2012, pg. 360):

“... O que importa, todavia, é que, nessas situações (o estado de necessidade, a legítima defesa, o estrito cumprimento do dever legal e o exercício regular do direito), a ação típica realizada estará justificada aos olhos do Direito, não havendo de se falar em crime.

Assim, quando o agente, atuando movido por algumas das motivações anteriormente mencionadas (causas de justificação), atinge determinada inviolabilidade alheia para o fim de obter prova da inocência, sua ou de terceiros, estará afastada a ilicitude da ação.

Em consequência, estará também afastada a ilicitude da obtenção da prova, podendo ela ser regularmente introduzida e valorada no processo penal”

Para o ilustre mestre, portanto, rompida a antijuridicidade do fato que resultou na produção probatória, fica afastada, igualmente, a ilicitude da prova.

De fato, trata-se de criatividade jurídica que afasta eventuais discussões acerca da admissibilidade da prova ilícita no processo a favor do réu.

Imagine o seguinte exemplo elucubrado pela doutrina (Nestor Távora - 2012, pg. 374), um réu em processo criminal acusado de homicídio, ciente de que a prova de sua inocência se encontra no interior da residência do efetivo assassino, resolve, por conta própria, cometer o fato típico de invasão de domicílio para colher o material probatório.

O agente, então, teria cometido o fato típico em observância do estado de necessidade em que se encontrava, excluindo, dessa forma, o delito. De fato, estava ele respondendo por crime de grave monta e cometeu o fato típico a fim de se salvar de perigo atual, que não provocou por sua vontade, qual seja, a persecução penal a que ele estava submetido.

Excluída a ilicitude do delito que resultou na produção da prova, esta estaria também livre do vício da antijuridicidade.

Parte da doutrina entende, no entanto, que o acusado estaria agindo sob a excludente da legítima defesa, uma vez que estaria repelindo injusta agressão. Nesse sentido, leciona Émerson Castelo Branco (2007, pg. 203):

“...desenvolvendo raciocínio neste sentido, entende serem admitidas as provas ilícitas quando forem acolhidas pelo próprio acusado, agindo em situação de legítima defesa. Esta excluiria a antijuridicidade. Assim, na jurisprudência e doutrina estrangeira, tem sido vista como lícita e aceitável a conduta da pessoa que grava sub-repticiamente sua conversa com terceiro para demonstrar a própria inocência.”

Entendemos, contudo, data máxima vênia, que o agente estará atuando sob a excludente de antijuridicidade do estado de necessidade. O perigo a que o agente está submetido é uma ação penal que poderá resultar em erro Judiciário, culminando pena a quem é efetivamente inocente.

Não podemos classificar os “ius persquendi” estatal, mesmo que instaurado em face de quem é inocente, de “mal injusto”.

Como visto nas linhas introdutórias do presente trabalho, o Estado foi erigido no intuito de permitir, por meio de aplicação da pena, o convívio em sociedade dos indivíduos.

Conforme demonstrado, para evitar a tendência natural do ser humano, que é hodiernamente compelido a retornar ao seu estado de barbárie, é estabelecida a pena ou a sanção penal, que deve ser executada pelo Estado formalizado através do contrato social.

Assim, pressupõe-se que o Estado desenvolva a atividade que lhe é inerente, garantindo a investigação e a aplicação da lei penal aos fatos criminosos.

A persecução penal não é um mal injusto a que o indivíduo se submete. Trata-se tão somente de concretização do dever incumbido ao Estado de preservar a ordem social e investigar a materialidade e autoria dos delitos.

Assim sendo, no momento em que o réu repele a persecução penal, estará ele tão somente se defendendo de um ato igualmente amparado pelo ordenamento jurídico.

Estabelecida tal premissa, insta asseverar que para afastar totalmente a antijuridicidade do fato por meio do estado de necessidade, o Código Penal, adotando a teoria do estado de necessidade justificante, estabelece o vetor da

“razoabilidade”. O agente, assim sendo, só estará livre da persecução penal caso o sacrifício do bem não seja razoável exigir. A razoabilidade aqui exposta pode ser entendida nos moldes do exposto nesse trabalho.

Prevê o artigo 24, §2º que o agente que sacrificar irrazoavelmente o bem jurídico de terceiro terá sua pena reduzida de 1/3 a 2/3. O agente continuará cometendo o crime, contudo terá, por “prêmio” legal, a sua pena diminuída.

Assim, a ilicitude continua intrínseca ao ato, comunicando-se necessariamente às provas que resultaram do delito.

Cogitemos a seguinte situação: O indivíduo, respondendo por crime de menor potencial ofensivo, no intuito de provar sua inocência, invade domicílio de terceiro destruindo ou rompendo obstáculos e subtrai prova que possui considerável valor econômico ao proprietário.

Nesse caso, pode-se entender que não era razoável sacrificar o patrimônio e a incolumidade de terceiro alheio aos fatos a fim de impedir a persecução penal que teria como pena a aplicação de uma multa, ou, ainda, teria a pena privativa de liberdade substituída por medidas restritivas de direito.

O fato típico, assim, continuará inquinado do vício de ilegalidade e a antijuridicidade, de acordo com a teoria exposta, se comunicará necessariamente com a prova resultante do delito.

Impõe-se, no momento, aplicar o princípio da proporcionalidade para admitir que a prova efetivamente ilícita seja apreciada pelo Estado-Juiz.

5.3.1 – Argumentos para aplicar o princípio da proporcionalidade a favor do réu

Como visto, impende-se aplicar o princípio da proporcionalidade a fim de que o réu inocente em um processo penal não seja condenado em virtude de uma falha na prestação jurisdicional do Estado.

Deveremos, no momento em questão, sopesar alguns princípios no intuito de aferir se as provas ilicitamente adquiridas devem ser apreciadas pelo magistrado no caso concreto.

Como visto, o princípio da vedação das provas ilícitas encontra guarida constitucional e constitui direito fundamental do cidadão em face do Estado.

Ocorre que não se pode invocar um direito fundamental estabelecido pelo constituinte originário contra o próprio cidadão destinatário da norma. Melhor explicando, os direitos e garantias fundamentais elencados na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 têm como função, entre outras, proteger o cidadão de eventual atividade arbitrária do Estado. Conforme noção doutrinária (George Marmelstein – 2012, pg. 22), os direitos fundamentais positivados na Lei Maior têm como função precípua a limitação do poder do Estado em face dos indivíduos. Assim sendo, a vedação das provas ilícitas constitui norma direcionada mais à própria atividade investigatória do Estado do que ao réu e deve ser mitigada quando aplicada contra o cidadão.

Conforme discorrido no trabalho, a vedação das provas ilícitas constitui consectário lógico do devido processo legal, que não admite que o processo seja inquinado de vícios de ordem legal. Trata-se, portanto, de elemento a ser considerado no sopesamento dos princípios.

Por outro lado, podemos argumentar que não é razoável que o Estado condene réu inocente pelo simples fato de que a sua absolvição decorre da necessidade de apreciação de uma prova ilicitamente obtida.

Lembramos que o processo penal não é um fim em si mesmo. Ele servirá tão somente como instrumento para a aplicação do direito material. Posto isso, não se pode cogitar que em nome de um processo imaculado uma pessoa inocente seja condenada. Trata-se de contradição da própria jurisdição, que visa assegurar a aplicação de um direito materialmente justo.

O direito à ampla defesa também exsurge no momento em questão. Conforme exposto, o réu pode se valer dos meios necessários a garantir a sua defesa no caso concreto. Caso o meio necessário seja a produção de uma prova ilícita, a sua não apreciação implica em violação ao direito fundamental do réu de se defender.

Ademais, como visto, o direito à prova também é direito fundamental do cidadão, devendo-se levá-lo em consideração no momento do sopesamento.

O primeiro precedente para aplicação da proporcionalidade a favor do réu surgiu na Suprema Corte norte-americana (Antônio Magalhães Filho – 1996, pg. 61) ainda no ano de 1974. Restou ali estabelecido que:

“uma coisa é dizer que tal prova é excluída quando apresentada pela Coroa para demonstrar a culpabilidade, mas outra é dizer que é excluída quando oferecida pelo acusado para afastar a própria culpa. Não vemos razão política ou de equidade que justifique a exclusão de prova relevante para demonstrar a inocência de qualquer acusado.”

Após o paradigma mencionado, a doutrina nacional evoluiu de forma uníssona para adotar a teoria positivada no emblemático julgado. De acordo com Antônio Magalhães Filho (1996, pg. 105):

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

No mesmo diapasão, leciona César Dário Mariano da Silva (2007, pg. 22):

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

Em tempo, por fim, leciona Émerson Castelo Branco (2007, pg. 200):

“Consiste na orientação jurídica segundo a qual a prova obtida por meio de atividades ilícitas deverá sempre ser aceita na hipótese de favorecer o acusado. Não se poderia jamais aceitar o princípio da vedação de provas se sobrepondo ao *status libertatis* do acusado. O direito à liberdade, nestas situações, deveria se sobrepor à vedação de provas ilícitas, impondo-se diante do direito individual à intimidade”.

Nossa corte suprema também se manifestou nesse sentido nos julgamentos do HC 74.678, RE 212. 081, HC 74.356 e no informativo 250.

Por fim, a Mesa de Processo Penal vinculada ao Departamento de Direito Processual da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo já sumulou o seguinte entendimento: “Podem ser utilizadas no processo penal as provas ilicitamente colhidas, que beneficiem a defesa”.

Não se pode, contudo, determinar *a priori* a admissibilidade das provas ilícitas a favor do réu. A admissibilidade em tal caso deve ser excepcional e só ser efetivada quando se demonstrar que é o único meio hábil a provar a inocência do réu.

Imaginemos a situação a seguinte. Um réu em um processo penal, a fim de provar sua inocência, realiza o “grampo” do telefone do real criminoso. Afigura-se, portanto, violação da intimidade de terceiro.

Cogitemos a situação “um” em que a prova ilicitamente obtida é o único meio possível para demonstrar a inocência do acusado. Utilizando o princípio da proporcionalidade, poderemos concluir que a apreciação da prova ilícita é meio adequado para garantir a absolvição do acusado. Ela será também meio necessário no processo, uma vez que não é medida excessiva tampouco insuficiente. Por fim, ele implica em mais benefícios do que malefícios, tendo em vista que, apesar de afetar a intimidade de uma pessoa, impede que o Estado-juiz profira uma pena injusta e condene cidadão inocente.

Na situação “dois”, agora, imaginemos que a inocência do réu já se encontra amplamente demonstrada nos autos. O acusado, contudo, temerário de eventual condenação realiza o “grampo” no telefone de terceiro. Segundo o princípio da proporcionalidade, a apreciação da prova ilícita é meio adequado para demonstrar a inocência do réu. Ele poderá ser considerada necessária, uma vez que entre os meios possíveis para a obtenção da prova, a interceptação telefônica poderia ser considerada a forma mais suave de obtê-la. Em uma análise da proporcionalidade em sentido estrito, contudo, a admissibilidade da prova ilícita se mostra desproporcional. Em um sopesamento entre o direito à ampla defesa, o direito à prova contra a vedação das provas ilícitas e o devido processo legal, esses últimos devem prevalecer.

Em tempo, não se pode tolerar de forma leviana a inserção no processo de uma prova ilícita mesmo a favor do réu quando esta não for indelevelmente necessária para provar a inocência do acusado.

Assim, entendemos ser temerária a edição de uma súmula geral e abstrata permitindo a admissibilidade da prova ilícita a favor do réu, uma vez que essa análise sempre deverá ser realizada no caso concreto, tendo em vista os parâmetros da proporcionalidade.

Por vezes, o direito à intimidade de terceiros deve prevalecer sobre a ampla defesa do réu, especialmente quando a sua inocência já restar sobejamente demonstrada nos autos.

A exclusão da prova vedada serve de lição ao acusado, que atingiu direito de terceiro de forma desproporcional, e garante a higidez de um processo que garantirá a aplicação de um direito justo, que, no caso, é a absolvição do réu.

5.4 – Da admissibilidade das provas ilícitas a favor da acusação

Tema extremamente tormentoso na doutrina e jurisprudência pátria é a possibilidade de se admitir no caso concreto o afastamento da vedação das provas ilícitas a fim de que se comprove a culpa do réu.

De fato, o processo penal evoluiu no sentido de restringir a atuação violenta do Estado em face dos indivíduos. A proibição de que as provas vedadas integrem o processo é norma que visa garantir a higidez da ação penal e, especialmente, impede que a atividade investigativa ultrapasse a esfera da legalidade.

Em tempo, o método da inadmissibilidade do meio probatório ilicitamente adquirido é muito mais eficiente para garantir a incolumidade do cidadão do que simplesmente prever penas severas aos investigadores responsáveis por promover o inquérito policial.

Por vezes, o investigador prefere assumir o risco de eventual sanção administrativa, penal e civil desde que consiga demonstrar a autoria e materialidade de determinada infração penal.

Assim sendo, o artigo 5º, LVI da Constituição Federal adquire contorno muito mais preventivo do que repressivo, garantindo que o cidadão não sofra arbitrariedades por parte do Estado.

A linha de raciocínio do presente trabalho, contudo, trabalha com a aplicação do princípio da proporcionalidade no caso concreto. Posto isso, não se pode afastar de forma abstrata a possibilidade de se mitigar o princípio da vedação das provas ilícitas com outros princípios que também encontram guarida constitucional.

A hermenêutica constitucional, conforme demonstrado, evoluiu de tal forma que não permite a interpretação estanque do ordenamento jurídico. Os direitos e

garantias fundamentais não mais podem ser vistos de maneira absoluta, podendo ser relativizado no caso concreto.

Dito isso, impende-nos analisar a possibilidade de se equivaler os princípios a fim de apreciarmos as provas ilícitas no caso concreto a favor da acusação.

5.4.1 – Argumentos pela inadmissibilidade

Observamos que, quando se trata de provas ilícitas a favor da acusação, invariavelmente a atividade investigativa do Estado atinge a esfera pessoal do indivíduo. Por vezes, é afetada a sua integridade física, no caso da tortura, e, em outras, a sua intimidade e privacidade, como no caso do grampo telefônico.

O Estado brasileiro por muito tempo consagrou a odiosa prática da tortura como meio legítimo para extrair informações de seus suspeitos.

Trata-se de atividade que não ficou restrita à época de exceções que o Brasil viveu. Apesar de ter ficado consagrada por figuras como Filinto Muller na Ditadura Vargas e Sérgio Fleury durante o regime militar, a prática da tortura era aceita em várias investigações policiais.

O mencionado caso dos irmãos Naves reflete perfeitamente o asseverado. Era de notório conhecimento de todos que a tortura a eles imposta foi o meio utilizado para a extração da viciada confissão. Ainda assim, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais apreciou a confissão e condenou injustamente os irmãos, no que viria a se tornar o maior erro da história do Judiciário do País.

A prática da tortura, indubitavelmente, é extremamente odiosa e acarreta em confissões e provas de duvidosa veracidade. Em tempo, o suspeito torturado pode confessar inúmeras atrocidades que nunca cometeu a fim de simplesmente se livrar da dor incessante que lhe é imposta. Nesse sentido, já lecionava o grande mestre Beccaria (1998, pg. 69) ainda no século XVIII:

“Assim, a impressão da dor pode chegar a tal ponto que, ocupando a sensibilidade inteira do torturado, não lhe deixe outra liberdade que a não a de escolher o caminho mais curto, momentaneamente, para se subtrair à pena. Então, a resposta do réu é tão inevitável quanto o seriam as impressões de fogo e da água. Então, o inocente sensível se declarará culpado quando achar que dessa forma porá fim ao tormento.”

A tortura, portanto, além de violar a dignidade do ser humano, configura em meio de se extrair provas de duvidosa eficácia, uma vez que compele o inocente a confessar inveridicamente a fim de que a dor imposta cesse imediatamente.

Não por outro motivo o constituinte originário destinou especial papel da vedação à prática da tortura na Constituição Federal. Resta previsto já no artigo 5º, III da CRFB que “ninguém será submetido a tortura nem a tratamento cruel ou degradante”.

Podemos, também, visualizar como impeditivo à produção das provas ilícitas a favor da acusação a intimidade que se deve resguardar dos suspeitos.

Prevê o artigo 5º, X da CF/88 que “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurados o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

A intimidade assume especial relevância a partir do momento em que se positiva que “é inviolável o sigilo das correspondências 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”.

O direito à intimidade, dessa forma, assume formato de direito constitucional e implica em observância obrigatória por parte do legislador ordinário e das autoridades investigativas.

Em tempo, a Lei 9.296/96 veio estabelecer os paradigmas para se proceder a legal restrição da intimidade dos indivíduos a fim de desvendar a autoria e materialidade de ilícitos penais.

Não há dúvida que a intimidade e a privacidade configuram direitos imanescentes do ser humano, sem os quais não seria possível a vida em sociedade.

Não se pode cogitar, nos tempos atuais a implementação de sistema similar ao livro “1984” de George Orwell. Não há dúvida de que a intimidade do ser humano pode ser, por vezes, mais importante que a sua própria vida, conforme perfeitamente demonstrado no mencionado livro

Posto isso, a intimidade é um bem jurídico de relevante monta a ser considerado no momento em que formos cogitar a possibilidade de afastar a norma que veda as provas ilícitas no processo.

Ademais, o Estado possui inúmeros meios legais para angariar provas que podem levar à condenação do indivíduo.

Por exemplo, a Lei 9.296/1996 permite a interceptação das comunicações telefônicas, a Lei 9.034/1995 permite a inserção de agentes infiltrados em organizações criminosas, o Código de Processo Penal permite em seu artigo 243 a expedição de mandado de busca e apreensão a fim de colacionar meios de prova que se encontram no interior da casa de indivíduos, ente outros.

O Estado, portanto, poderá se valer de inúmeros meios contemplados pelo ordenamento jurídico no intuito de dar prosseguimento à persecução penal. Ele, teoricamente, não precisaria se valer de meios espúrios para angariar provas.

5.4.2 – Argumento pela admissibilidade

A despeito dos argumentos expostos, podemos concluir que, por vezes, as organizações criminosas se encontram de tal forma estruturada que impedem que o Estado aja dentro da legalidade.

Podemos indagar se a busca da verdade não deve, esporadicamente, prevalecer sobre a intimidade dos acusados.

O princípio da busca da verdade permite ampla atividade probatória do Estado, permitindo, inclusive, que o magistrado mitigue o processo acusatório para, pessoalmente, angariar provas e requerer diligências.

O processo penal lida com a liberdade ambulatorial dos indivíduos, um dos bem mais intangíveis do ser humano. Ele lida também, contudo, com o direito da sociedade de fazer prevalecer o ordenamento jurídico com que todos pactuaram.

A busca da verdade, dessa forma, poderá prevalecer dependendo da periculosidade do indivíduo e da reprovabilidade do crime cometido.

Em tempo, devemos sopesar a reprovabilidade do crime cometido no momento da aferição da ponderação. Não se está lidando tão somente com a liberdade ambulatorial de um indivíduo, mas da saúde pública de toda sociedade e sua integridade física.

Trata-se, de fato, de conceitos jurídicos demasiadamente abertos, que merecerão especial análise do magistrado no momento do sopesamento e extensa

fundamentação para que se possa fazer prevalecer o artigo 93, IX da Constituição Federal.

Levemos em consideração também que o direito à prova, como visto, não se restringe à ampla defesa e ao contraditório. Ele é pressuposto do direito de ação e encontra, igualmente, guarida constitucional. Apesar de se tratar de direito de somenos importância em relação à intimidade do indivíduo, ele deverá ser levado em consideração na balança de princípios do caso concreto.

Por fim, observamos que o próprio Projeto de lei nº 166/2010, que tem por finalidade instituir um novo Código de Processo Civil, prevê em seu corpo a possibilidade do juiz, no caso concreto, mitigar o princípio da vedação das provas ilícitas. De acordo com o parágrafo único do art. 257 do Projeto de Código:

“Art. 257 – (...) Parágrafo único. A inadmissibilidade das provas obtidas por meio ilícito será apreciada pelo juiz à luz da ponderação dos princípios e dos direitos fundamentais envolvidos;”

O processo civil, que lida essencialmente com direitos disponíveis do ser humano, prevê de forma inédita o sopesamento dos princípios de forma expressa em seu texto. Não se trata de posição isolada na doutrina processual civil. O professor Luiz Guilherme Marinoni (2005, pg. 365) leciona o seguinte:

“Ora, ninguém pretende negar que o art. 5º, LVI da CF realizou uma ponderação entre o direito à descoberta da verdade. Porém, tratando-se de processo civil, é incontestável a necessidade de uma segunda ponderação, a ser feita pelo juiz diante do caso concreto. Através dessa ponderação, o juiz, mediante a aplicação da regra da proporcionalidade, poderá admitir eficácia à prova ilícita.”

Por mais razões o sopesamento deve ser realizado no processo penal. Como se sabe, a verdade em âmbito de ação penal é qualificada em relação ao processo civil. Trata-se de ação que lida com a liberdade ambulatorial do indivíduo e o direito da sociedade em ver a pena aplicada no caso concreto.

Apesar de se tratar de tema extremamente tortuoso, podemos afirmar que já encontrou após a Constituição Federal de 1988 algum respaldo na jurisprudência nacional. O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, por exemplo, já teve a

oportunidade de se manifestar da seguinte forma: (Ap Criminal nº 185.901-3 – Indaiatuba – 3ª Câmara Criminal – Relator Segurado Braz - 30.10.95)

“Prova criminal – Interceptação telefônica – Inviolabilidade do sigilo que não tem caráter absoluto – Aplicação do princípio da proporcionalidade – Hipótese em que a polícia tendo suspeita razoável sobre o envolvimento no comércio de drogas, obteve autorização judicial – Recurso provido. Havendo conflitância entre o direito à intimidade e o direito à prova (*due process of law*), deve prevalecer o que atenda ao interesse maior, vale dizer ao interesse da sociedade”

O Superior Tribunal de Justiça, de forma semelhante, já se manifestou a favor da admissibilidade da prova ilícita a favor da acusação no paradigmático julgamento do HC nº 3982/RJ, de 26.02.96:

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

Nesse sentido, leciona a também balizada doutrina de Marco Antônio de Barros (2011, pg. 86):

“Destarte, a prudência recomendada ao juiz no âmbito do direito material se repete no direito processual. A ele compete, no enfoque do caso concreto, examinar o cabimento da aplicação da teoria da proporcionalidade ou razoabilidade para temperar o rigor da inadmissibilidade da prova ilícita, mesmo porque, pelo sistema constitucional vigente, não há falar-se em garantia absoluta, extremada e isenta de restrição decorrente do respeito que se deva a outras garantias de igual ou superior relevância”.

Posto isso, podemos afirmar que não se pode pugnar pela inadmissibilidade em abstrato das provas ilícitas a favor da acusação. Apesar de lidarmos com bem iminentes do ser humano, a busca da verdade e o direito de punir do Estado e da sociedade, por vezes, devem prevalecer sobre o paradigma exposto.

5.4.3 – Caso dos Inhames²¹

Diante das premissas estabelecidas, podemos analisar de forma perfunctória e com interesse meramente acadêmico o famoso caso dos Inhames.

Em meados de 1991, a Polícia Federal, partindo de uma escuta telefônica não autorizada judicialmente, conseguiu realizar a apreensão de 646 quilos de cocaína, camuflados como se fossem “inhames” no interior de um caminhão que transportava a droga para fora do País.

A ordem para a realização do grampo havia partido de Romeu Tuma, secretário da Polícia Federal no Governo Collor, e resultou na então maior apreensão de entorpecentes já feita no Brasil.

A ação penal posteriormente ajuizada pelo Ministério Público foi distribuída para o emblemático magistrado Agapito Machado, da 4ª Vara Federal da Seção Judiciária de Fortaleza.

Ao apreciar o caso, ele aferiu que a única prova que poderia acarretar na condenação de 8 dos 9 acusados pelo crime de tráfico de drogas se encontrava na interceptação da conversa telefônica realizada ilegalmente na residência do réu José Ribeiro Viana, notório traficante na época.

Posto isso, em uma interpretação “limpa e seca” do artigo 5º, LVI da Constituição Federal, o magistrado inadmitiu a prova ilicitamente adquirida e absolveu os réus. O único condenado foi o motorista do caminhão, uma vez que o juízo de convicção de sua participação no delito foi formada no momento da sua prisão em flagrante.

Diante do caso apresentado, impende analisar a decisão do magistrado sob o prisma da proporcionalidade.

Indaga-se, inicialmente, se a interceptação telefônica ilegalmente realizada era meio adequado para se chegar a autoria do delito. De fato, a escuta realizada demonstrou de forma cabal que os 8 (oito) réus absolvidos eram responsáveis pelo delito do tráfico de drogas e de todas as suas consequências perniciosas.

²¹ Disponível em: <<http://intocaveis.com.br/406-1CollorDefendeTumaDeOmissao.html>>. Acesso em: 30 de abril de 2013.

Assim, restou demonstrado que o “remédio” adequado para se chegar a materialidade e autoria do delito era a interceptação telefônica.

Passemos, então, a analisar a necessidade do meio de prova ilicitamente obtido. Lembramos que se trata do vetor da proporcionalidade que veda o excesso e a insuficiência do meio analisado. Não se matam pássaros com tiros de canhão, conforme leciona Jellinek.

A interceptação das conversas telefônicas pode, nesse quesito, ser considerado necessário para aferição do delito em questão. Entre vários meios gravosos a se chegar a autoria do delito, a autoridade policial escolheu uma que, apesar de violar a intimidade dos acusados, preservava a sua integridade física, bem que deve prevalecer do ser humano.

Posto isso, infere-se que a prova ilícita era proporcional no sentido da necessidade para a condenação dos acusados.

Por fim, devemos indagar se a apreciação da interceptação telefônica causa mais prejuízos do que benefícios à sociedade e aos indivíduos investigados. Trata-se da vertente da proporcionalidade em sentido estrito, na qual deveremos realizar um sopesamento entre os princípios conflitantes.

A favor da inadmissibilidade, conforme exposto, está a intimidade dos acusados, que não poderiam ter suas conversas interceptadas sem a autorização de um magistrado competente. Os princípios do devido processo legal e da própria vedação das provas ilícitas, já exaustivamente trabalhados, também se fazem presentes como argumentos para não admitirmos a prova ilícita.

Por outro lado, podemos invocar a busca da verdade real, o direito à prova e o direito da sociedade na punição para admitirmos a apreciação da prova ilícita.

No caso concreto, acreditamos que a vedação das provas ilícitas deve ser mitigada para prevalecer a apreciação da interceptação telefônica e posterior condenação dos suspeitos.

Em tempo, estamos lidando com delito extremamente grave, qual seja, o tráfico internacional de droga, que tem o condão de afetar seriamente a saúde pública e alimenta a violência nas favelas da zona urbana.

Os acusados, ademais, demonstraram extrema periculosidade em sua ação. De fato, os réus eram notórios traficantes, que viviam a margem do Estado e

aufferiam sua renda a partir do comércio ilegal de entorpecentes. Prova de tal assertiva é a enorme quantidade de drogas apreendidas, a maior da história do País até aquele ponto.

O indivíduo que comete crimes não pode, levemente, utilizar o escudo da proteção à intimidade a fim de sair impune de suas práticas criminosas.

Por fim, vislumbramos que à época dos fatos não havia ainda regulamentação legal sobre a interceptação telefônica. A autoridade policial não possuía um texto legal disciplinando a forma correta para se proceder no caso concreto. Diante da ausência de regulamentação, há, inclusive, quem defendia que o “grampo” não poderia ser realizado sequer com a autorização do magistrado. Nesse sentido, Élio Wanderley Siqueira Filho²²:

“...Enquanto, a rigor, não se editar a lei reclamada pelo dispositivo da “Lex Mater”, concernente ao sigilo nas telecomunicações, restará inviável a elucidação de certos crimes, em prejuízo da sociedade. É bem verdade que o Código das Telecomunicações (Lei nº 4.117/62), em seu artigo 57, II, “c”, já dispunha sobre a questão, embora não tenha sido considerada recepcionada pela nova ordem constitucional, em virtude do fato, em primeiro lugar, do comando da Lei Maior reclamar a indicação, na norma legal, das situações e da forma por meio da qual se processaria a quebra do sigilo das comunicações, tendo o Código das Telecomunicações se apresentado de modo bastante genérico, não se desincumbindo de tal exigência a contento. Em segundo lugar, como bem lembra AGAPITO MACHADO, no texto retro-citado, a lei em tela não faculta dita quebra aos agentes da Polícia Judiciária, mas, tão-somente, aos servidores das empresas de telecomunicações...”.

Indaga-se, então, a proporcionalidade de lesar de tal forma a sociedade em virtude da omissão do Congresso Nacional. A não punição de crimes de tal importância acarreta em descrença na sociedade na capacidade de império do Estado e gera sensação de revolta, que contraria a necessidade de estabilização do pacto social.

Impende ressaltar que não se está argumentando pela impunidade dos policiais que agiram em confronto com o ordenamento jurídico. A admissibilidade da prova obtida por meio ilícito, a nossa ver, não tem o condão de justificar a conduta dos policiais. Asseveramos, tão somente, que, no caso concreto, a periculosidade dos indivíduos e a gravidade do crime deverão prevalecer sobre a intimidade de

²² Disponível em < <http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=161> >. Acesso em 30 de maio de 2013.

traficantes que agem a margem do Estado e utilizando de suas regras para se manter impunes.

6 – Conclusão

O princípio da vedação das provas ilícitas tem como função precípua resguardar a incolumidade dos indivíduos diante de uma persecução arbitrária do Estado.

Não se trata, contudo, de princípio absoluto. Como visto, a doutrina de José Afonso da Silva acerca da aplicabilidade das normas constitucionais já resta superada. Não existem princípios absolutos no ordenamento jurídico.

Assim sendo, não podemos tratar a vedação das provas ilícitas como sobrenorma em detrimento dos demais princípios constitucionais.

Trata-se de prática bastante temerária inadmitir abstratamente o sopesamento de princípios, pressupondo-se que a vedação das provas proibidas sempre deverá prevalecer.

Como vimos, a admissibilidade da prova a favor do réu já encontra, por motivos extremamente proporcionais, assente na doutrina pátria. Demonstrou-se, portanto, que a norma do artigo 5º, LVI da Constituição da República Federativa do Brasil deve ser tratada como princípio, respeitada a sua forma de aplicação no caso concreto e a liberdade que confere o dispositivo ao magistrado no caso concreto.

REFERÊNCIAS

_____. **Pacto internacional sobre direitos civis e políticos** . Decreto nº 592 - de 6 de julho de 1992. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/pacto_dir_politicos.htm > Acesso em 22 abril. 2013.

_____.BRASIL. **Código de Processo Civil**. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869compilada.htm >. Acesso em 22 abril. 2013.

_____.BRASIL. **Código de Processo Penal**. Decreto - Lei nº 3689, de 3 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm > Acesso em 22 abril. 2013.

_____.BRASIL. **Código Penal**. Decreto - Lei nº 2848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm> Acesso em 22 abril. 2013.

_____.BRASIL. **Lei da Interceptação telefônica**. Lei nº 9296, de 24 de julho de 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9296.htm> Acesso em 22 abril. 2013.

_____.BRASIL. **Lei da organizações criminosas**. Lei nº 9034, de 3 de maio de 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9034.htm> Acesso em 22 abril. 2013.

_____.BRASIL. **Lei do “Abate”**. Lei nº 9614, de 5 de março de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9614.htm> Acesso em 22 abril. 2013.

_____.BRASIL. **Projeto de Lei do novo Código de Processo Civil**. Projeto de Lei 166/2010. Disponível em:

<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=97249>
Acesso em 22 abril. 2013.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 13 fev. 2013.

_____. **Constituição dos Estados Unidos da América**. 1787. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/constituicao-dos-estados-unidos-da-america-1787.html>>. Acesso em 22 de abril 2013.

_____. **Convenção Americana de Direitos Humanos – Pacto de São José da Costa Rica**. Decreto 678, de 6 de novembro de 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/anexo/and678-92.pdf >
Acesso em 22 abril. 2013.

ARRUDA, Samuel Miranda. **Os direitos e garantias fundamentais como limitadores da investigação criminal e da proa no processo penal**. 1998. Dissertação (Graduação em Direito) – Faculdade de Direito – Universidade Federal do Ceará, Fortaleza/CE. 1998

AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas ilícitas – Interceptações Telefônicas, ambientais e gravações clandestinas**. 5ª edição. São Paulo/SP: Revista dos Tribunais, 2012.

BARROS, Marco Antônio de; **Elementos do Direito – Processo Penal – vol. 8**. 10ª edição. São Paulo: RT, 2011.

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. 2ª edição; 3ª tiragem. São Paulo/SP: Martins Fontes, 1998.

CAPEZ, Fernando; **Curso de Processo Penal**. 18ª edição. São Paulo: Saraiva, 2010.

Caso dos Inhames. Disponível em: <<http://intocaveis.com.br/406-1CollorDefendeTumaDeOmissao.html>>. Acesso em: 30 de abril de 2013.

Caso dos irmãos Naves. Disponível em:
<<http://josecaldas.wordpress.com/2009/04/06/caso-dos-irmaos-naves-o-maior-erro-judiciario-do-brasil-por-enquanto/>>. Acesso em 14 de abril de 2013.

DE LIMA, Renato Brasileiro. **Manual de Processo Penal. Vol. 1.** 1ª edição. Rio de Janeiro: Impetus, 2012

Dicionário eletrônico Aurélio. Disponível em:
<<http://pt.thefreedictionary.com/prova>>. Acesso em 12 de abril de 2013.

DIDIER JR., Fredie; **Curso de Direito Processual Civil – Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento, vol. 1.** 9ª edição. Salvador: JusPODIVM, 2009.

DINAMARCO, Cândido Rangel; **Instituições de Direito Processual Civil – vol. 1.** 4ª edição. São Paulo: Saraiva, 2010.

FILHO, Antônio Magalhães Gomes. **Direito à prova no processo penal.** 1ª edição. São Paulo/SP: RT, 1996.

FILHO, Élio Wanderley Siqueira; **Aspectos Relevantes da Escuta Telefônica.** Publicado no Portal Boletim Jurídico. Disponível em <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=161>>. Acesso em 30 de maio de 2013.

FILHO, Vicente Greco; **Manual do Processo Penal.** 7ª edição. São Paulo: Saraiva, 2010.

MALATESTA, Nicola Framarino Dei. **A Lógica das provas em matéria criminal.** 1ª edição. Campinas/São Paulo: Servanda, 2009

MARINONI, Luiz Guilherme; **Manual do Processo de Conhecimento**. 4ª edição. São Paulo: RT, 2005.

MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 2ª edição. Salvador/BA: Juspodivm, 2012.

MASSON, Cleber; **Direito Penal – vol. 1**. 6ª edição. São Paulo: MÉTODO, 2012.

MENDES, Émerson Castelo Branco. **Provas ilícitas no Processo Penal – Uma abordagem sob a perspectiva dos Direitos e Garantias Individuais**. 1ª edição. ABC editora. Fortaleza/CE, 2007.

MENDES, Émerson Castelo Branco. **Provas ilícitas no Processo Penal – Uma abordagem sob a perspectiva dos Direitos e Garantias Fundamentais**. 2005. Dissertação (mestrado em direito) – Faculdade de Direito – Universidade Federal do Ceará, Fortaleza/CE. 2005

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2010.

MOLLA, Pedro de. **Provas ilícitas constitucionais**. Dissertação para obtenção de título de mestre na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Disponível em: <http://www.sapientia.pucsp.br//tde_busca/arquivo.php?codArquivo=12665>. Acesso em 19 de abril de 2013.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo e execução penal**. 8ª edição. rev., atual e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2012

NUCCI, Guilherme de Souza; **Provas no Processo Penal**. 2ª edição. São Paulo: RT 2011.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Curso de processo penal**. 16ª edição. atual. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Júris, 2012.

ORWELL, George; **1984**. 1ª edição. Tradução: Alexandre Hubner e Eloísa Jahn. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 16ª edição. Rio de Janeiro/RJ: Lumen Juris, 2009.

ROUSSEAU, Jean-Jacques; **O Contrato Social**. Traduzido por: Ciro Mioranza. 2ª edição. São Paulo: Escala, 2008.

SILVA, César Dario Mariano. **Provas ilícitas**. 5ª edição. Rio de Janeiro/RJ: Forense, 2007.

SILVA, Virgílio Afonso da. Artigo publicado pela Revista de Direito do Estado 4: 23-51. **O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais**.

Disponível: <http://static.atualidadesdodireito.com.br/marcelonovelino/files/2012/04/VAS-Conteudo_essencial.pdf>. Acesso em 22 de abril de 2013.

SILVA, Virgílio Afonso da. Artigo publicado pela Revista dos Tribunais 798 (2002): 23 – 50. Disponível em: <<http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0CC4QFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.revistas.unifacs.br%2Findex.php%2Fedu%2Farticle%2Fdownload%2F1495%2F1179&ei=SRJ4UeFkxNLSAbKxgXA&usg=AFQjCNGgCgo1J4cL7Wdti8RHjN9anzzx0A&sig2=sWiGUW3xsG6xU4CJrO6tjw&bvm=bv.45580626,bs.1,d.eWU>>. Acesso em 23 de abril de 2013.

SILVA, Virgílio Afonso da. Artigo publicado pela Revista Latino-Americana de Direito Constitucional 1: 607-630. Disponível em: <<http://xa.yimg.com/kq/groups/19604888/1457260705/name/Virg%C3%ADlio%20Afonso%20da%20Silva%20-%20Princ%C3%ADpios.pdf>>. Acesso em 22 de abril de 2013.

TÁVORA, Néstor e ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 6ª edição. Salvador/BA, 2012

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal. Vols. 1 a 4.** 32ª edição.
São Paulo: Saraiva, 2010