



UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ – UFC  
FACULDADE DE DIREITO

GERALDO DE FRANÇA JÚNIOR

O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE  
E A ILICITUDE DAS PROVAS

FORTALEZA  
2011

GERALDO DE FRANÇA JÚNIOR

O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE  
E A ILICITUDE DAS PROVAS

Monografia apresentada ao Curso de Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará, como requisito para obtenção do grau de Bacharel.

Orientador: Prof. Ms. Victor Hugo Medeiros Alencar.

FORTALEZA  
2011

À família principal e eterno pilar de sustentação dos valores que nos tornam melhores a cada dia.

## AGRADECIMENTOS

Ao Arquiteto do Universo que nos trouxe até aqui, abençoando-nos e dando força para nunca desistir.

Ao Professor Victor Hugo, pela confiança, pela paciência, compreensão, compromisso e serenidade na orientação do presente trabalho.

“Uma atitude positiva pode não resolver todos os seus problemas, mas ela irá incomodar uma quantidade suficiente de pessoas para valer o esforço”.

Herm Albright

## RESUMO

A prova se apresenta como essencial para o Processo Penal. A compreensão do seu campo conceitual e do grau de importância que se reveste na seara processual possibilita o esclarecimento de seu papel fundamental para a elaboração da sentença. Assim, a presente monografia tem por objetivo conhecer o tratamento jurídico incidente sobre as provas ilícitas no contexto do Processo Penal, elucidando o campo conceitual, principiológico e legal que envolve o julgamento de admissibilidade de tais elementos probatórios. A partir do acesso, seleção e leitura de bibliografia temática, procurou-se uma primeira aproximação do objeto de estudo. Há um entendimento convergente entre os autores pesquisados sobre a polissemia de significados do termo prova. Contudo, são unânimes em atribuir importância capital ao tema das provas na seara penal. Além disso, os princípios constitucionais surgem como fontes capazes de dirimir as dúvidas dos atores da relação processual acerca da validade da prova produzida. A convicção do juiz, desse modo, além de se ater aos fatos alegados no processo, tem nestes princípios critérios para valorar as provas produzidas. Consolidou-se ainda o entendimento acerca das provas defesas no processo penal. As provas inadmissíveis são o gênero dos quais as provas ilícitas são espécies. As provas ilícitas são aquelas viciadas pela ilegalidade da obtenção, pois ferem algum dos Princípios de Direito Material, especialmente os de cunho Constitucional. Para que a prova seja banhada pela ilicitude, o seu meio de obtenção deve estar expresso na legislação como tal. Tais provas não são aceitas pelo ordenamento jurídico, portanto, não podem ser inseridas nos autos do Processo Penal. Contudo, ficou evidente que esse entendimento não é rígido, pois contempla a excepcionalidade do caso em que o interessado consente com a violação de seus direitos. Essa excepcionalidade tem fundamento no denominado Princípio da Proporcionalidade cuja finalidade é dotar o ordenamento jurídico de um mecanismo de harmonização do conflito entre Direitos Fundamentais igualmente vilipendiados. Tendo por fundamento esse Princípio, a admissibilidade das provas ilícitas no Processo Penal pode se desdobrar para inocentar o acusado (*pro reo*) ou para embasar a condenação do réu (*pro societate*).

**Palavras-chave:** Prova. Admissibilidade da prova ilícita. Princípio da Proporcionalidade. Processo Penal.

## ABSTRACT

The evidence is presented as essential to the prosecution. The conceptual understanding of their field and the degree of importance that takes on the likes of procedure allows the lightening of its central role in the development of the sentence. Thus, this thesis aims to understand the legal treatment incident on the illegal evidence in the context of criminal proceedings, explaining the concepts, principles, and legal trial involving the admissibility of such evidence. From the access, selection and reading of literature theme, it was a first approximation of the object of study. There is an understanding among the authors surveyed converged on several meanings of the term evidence. However, they are unanimous in attributing importance to the issue of evidence in criminal harvest. Moreover, the constitutional principles emerge as sources able to settle all matters of procedural relationships of the actors on the validity of evidence. The conviction of the judge, thereby, in addition to sticking to the facts alleged in the process, these principles have criteria to appraise the evidence. Consolidated is also the understanding of defense evidence in criminal proceedings. The inadmissible evidence are the genus of which species are the illegal evidence. Evidences are those addicted to illicit the illegality of the taking, because they hurt some of the principles of substantive law, especially of a constitutional nature. For the evidence is washed by illegality, his means of production must be expressed in the legislation as such. Such evidences are not accepted by the legal system, therefore, can't be inserted in the record of the proceedings. However, it was evident that this understanding is not rigid, it contemplates the exceptional case in which the person consents to the violation of their rights. This exceptionality is founded on so-called principle of proportionality whose purpose is to provide a legal mechanism to harmonize the conflict between fundamental rights equally reviled. Having founded on this principle, the admissibility of illegal evidence in criminal proceedings can be deploy to acquit the accused (*pro reo*) or to base the conviction of the defendant (*pro societate*).

**Key-words:** Evidence. Admissibility of illegal evidence. Principle of proportionality. Criminal proceedings.

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	08
<b>1 AS PROVAS NO PROCESSO PENAL.....</b>	<b>10</b>
1.1. Conceito e importância da prova.....	10
1.2. A finalidade da prova para o processo penal.....	16
1.3. Classificação da prova.....	17
1.4. Objeto da prova.....	19
1.5. Sistemas de avaliação da prova.....	21
1.6. O sistema acusatório como modelo Processual Penal.....	25
1.7. O direito à prova no processo penal brasileiro.....	26
<b>2. AS PROVAS SOB O ENFOQUE PRINCÍPIOLÓGICO.....</b>	<b>30</b>
2.1. Princípios do processo penal.....	30
2.2. Princípios constitucionais da prova.....	35
<b>3. PROVAS ILÍCITAS FRENTE AO PRINCÍPIO DA</b> <b>PROPORCIONALIDADE.....</b>	<b>45</b>
3.1. As provas inadmissíveis.....	45
3.2. Pressupostos da prova ilícita.....	47
3.3. Liberdade probatória.....	48
3.4. O princípio da proporcionalidade.....	53
3.5. As provas ilícitas e o princípio da proporcionalidade.....	56
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>	<b>66</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....</b>	<b>69</b>



## INTRODUÇÃO

A disciplina da prova no processo penal se reveste de valor capital para o entendimento das decisões judiciais. Dessa forma, a presente monografia tem por objetivo conhecer o tratamento jurídico incidente sobre as provas ilícitas no contexto do processo penal, elucidando o campo conceitual, principiológico, jurisprudencial e legal que envolve o julgamento de admissibilidade de tais elementos probatórios.

Busca-se, inicialmente, delimitar o campo semântico em que a prova se estende, bem como sua importância para a processualística penal. O processo penal, por lidar com a liberdade dos indivíduos, deve ser dotado de mecanismos que garantam o alcance da verdade real dos fatos, permitindo que o juízo formulado sobre os fatos alegados seja embasado em elementos embebidos da legalidade.

Contudo, há que se reconhecer que o próprio ordenamento jurídico encontra-se dotado de mecanismos de flexibilização que possam evitar que injustiças sejam perpetradas. Neste trabalho, a questão da inadmissibilidade da prova ilícita no direito brasileiro é analisada sob o enfoque do princípio da proporcionalidade.

A despeito da inadmissibilidade das provas ilícitas por força de regras constitucionais e infraconstitucionais, esta regra pode ser abrandada por meio da proporcionalidade. Essa flexibilização tem ampla aceitação jurisprudencial e doutrinária quando usada para a defesa do acusado. Por outro lado, este mesmo princípio não tem sido utilizado com a mesma frequência em defesa da sociedade. O Supremo Tribunal Federal tem se manifestado contrário a esse entendimento, embora haja doutrinadores que defendam essa posição.

Para que se possa utilizar a proporcionalidade *pro societate* se deve dispor de regras bem definidas, para que o Estado-Juiz não se torne um tirano em nome da própria sociedade. Entretanto, por outro lado, a sociedade não pode deixar de ser defendida em casos em que somente o emprego de uma prova considerada ilícita possa ser mobilizada. É necessário que seja feita a melhor justiça para o caso

concreto. Nesse sentido, desbaratar uma quadrilha ou prender um grande chefe do tráfico, mesmo que por meio da obtenção de provas ilícitas, resta socialmente mais relevante que deixá-los solto por que abrigados por Direitos Fundamentais em conflito.

Desse modo, propõe-se uma reflexão acerca do mandamento constitucional contido no artigo 5º, inciso LVI, da Constituição Federal, que versa sobre a inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos no Processo Penal tendo por parâmetro de sustentação dos argumentos em defesa do abrandamento dessa regra o Princípio da Proporcionalidade.

A partir de uma abordagem qualitativa, seguiu-se os passos da pesquisa bibliográfica. Utilizaram-se autores que se destacam no debate das questões processuais penais, tais como Barros (2008), Dezem (2008), Nucci (2008) e Souza (2008), Gomes Filho (1997), Pacheco (2008), Ávila (2008) e Aranha (1999).

O trabalho está dividido em três capítulos em que se abordam os temas basilares para a discussão, além dessa introdução e das considerações finais, que fecham o estudo.

No primeiro capítulo se buscou apresentar o conceito de prova, sua importância e finalidade. A tipologia, o objeto e os sistemas de avaliação da prova também são tratados nesse capítulo. O segundo capítulo trata dos princípios que norteiam o processo penal e incidem diretamente sobre o instituto da prova. Por fim, trata-se no capítulo seguinte das provas ilícitas frente ao Princípio da Proporcionalidade.

Constata-se por esse estudo que as provas ilícitas são inadmissíveis no processo penal, em regra. Contudo, podem ser utilizadas excepcionalmente nos autos processuais, desde que as condições legais sejam observadas. Quando utilizadas para a defesa, recebe ampla aceitação; contudo, há restrições doutrinárias e jurisprudenciais de seu uso em favor da sociedade.

## 1 AS PROVAS NO PROCESSO PENAL

### 1.1 Conceito e importância da prova

O termo prova deriva do latim *probatio* e pode ser entendido como um conjunto de atos destinados a levar ao magistrado a convicção acerca da existência ou inexistência de um fato, da falsidade ou veracidade de uma afirmação (ARANHA, 1999; SOUZA, 2008). Esses atos podem ser praticados pelas partes, pelo juiz e por terceiros. Assim, a prova no processo penal visa robustecer a convicção do juiz a respeito da existência positiva ou negativa de um fato avaliado pelas partes como perturbador ou violador de direitos.

Para Aranha (1999), prova é tudo aquilo que pode levar ao conhecimento de um fato, de uma qualidade, da existência ou exatidão de uma coisa. Esse seria o sentido comum ou vulgar de aplicação do termo, porque para o autor há vários sentidos de aplicação. Já na seara jurídica, a prova pode ser entendida como sendo os atos e os meios utilizados pelas partes e valorados pelo julgador para demonstrar a verdade dos fatos alegados. Em suma, qualquer que seja o significado manuseado, a prova representa o instrumento para demonstração da verdade que, segundo Aranha (1999), chega à inteligência humana através de um meio de percepção. Destarte, a prova pode ser entendida como todo o meio usado pela inteligência do homem para a percepção de uma verdade.

A prova, no entendimento de Aranha (1999), tem amplo espectro conceitual, como se pode depreender de suas palavras. Vislumbra-se, nesse contexto, a admissibilidade de todos os meios possíveis para o reconhecimento da verdade ou a aproximação mais verossímil da verdade, pois que seria esta a finalidade da prova. Assim, o aludido autor vincula a prova à verdade, pois entende que este é seu desígnio.

Divergindo de Aranha (1999), Gomes Filho (1997) compreende que a prova possui uma dimensão social que não pode ser esquecida. O referido autor

acredita que o objetivo da prova está para além do tão somente propalado livre convencimento do magistrado. Dentre outros aspectos, ela visa congrega o consenso do grupo em nome do qual foi produzida, valorada e acolhida no processo, pois a decisão judicial tem como destinatários os membros desse mesmo grupo.

Em outras palavras, a atuação do juiz alcança uma função de interesse social inegável, pois deve se revestir da satisfatividade de justiça ansiada pelo grupo social. Assim, as decisões formuladas no processo probatório passam a ser reconhecidas como válidas já que repousam sobre o sentimento de justiça adotado pelo grupo. Neste mesmo sentido, o autor nutre outro entendimento:

A prova judiciária não se destina ao estabelecimento de uma verdade circunscrita ao processo, até porque este não é um fim em si mesmo, mas um instrumento de solução de conflitos sociais; e, para que essa finalidade última seja alcançada, a produção do convencimento judicial deve obedecer a determinados padrões e rituais, através dos quais a coletividade possa reconhecer-se. (GOMES FILHO, 1997, p. 18)

Sob o influxo do magistério de Gomes Filho (1997) a processualística não é vista como um rito isolado do corpo social, mas como uma relação de dupla via entre o processo e a sociedade. Nessa relação, o instrumento probatório além de desempenhar a função de convencimento do julgador, deve ser capaz de justificar as decisões tomadas por este perante a sociedade. A prova, para esse doutrinador, tem como peculiaridade ser a alma do processo, isto porque, dentro do rito processual, visa esclarecer os fatos perante a autoridade julgadora. No contexto social a atividade processual se encontra carregada de valores e símbolos presentes na sociedade, fazendo com que, em última análise, a decisão tomada em juízo não seja apenas do julgador, mas de todo o grupo social.

Por sua vez, Marques (2000) entende como sendo prova o elemento instrumental para que as partes influam na convicção do juiz, e o meio de que este se serve para averiguar sobre os fatos em que as partes fundamentam suas alegações. A prova pode ser utilizada tanto pelo réu como pelo autor da acusação para levar elementos aos autos que irão fornecer subsídios ao magistrado para

formular sua convicção sobre o fato alegado. O juiz, apesar de se restringir às provas apresentadas no processo, poderá se necessário, determinar a produção de outros meios probatórios para que possa chegar à verdade dos fatos alegados.

Postado em perspectiva diferente dos autores já mencionados, Pacheco (2008) apresenta vários sentidos para o termo em estudo, apresentando uma abordagem mais ampla, tornando, assim, mais clara as múltiplas facetas do conceito de prova. Inicialmente ele se aproxima do posicionamento de Aranha (1999), que fraciona o conceito de prova em dois sentidos, a saber: comum e jurídico. Pacheco (2008) afirma que a prova, em sentido comum, se caracteriza por todo e qualquer elemento capaz de levar o conhecimento de um fato a alguém que esteja interessado em elucidar as circunstâncias que o envolvem. Em sentido jurídico, a prova seria o conjunto de atos e meios utilizados pelas partes, pelo juiz e por terceiros e reconhecidos pelo juiz como a verdade dos fatos alegados, conforme Pacheco (2008). Apesar da similitude de pensamento entre os doutrinadores citados, Pacheco (2008) aprofunda a discussão se inclinando sobre o âmbito jurídico da prova. Segundo ele, a polissemia do termo pode se estender pelas seguintes acepções, a partir do sentido jurídico:

- Prova como fonte;
- Prova como manifestação da fonte;
- Prova como meio de atividade probatória;
- Prova como resultado;
- Prova como meio de prova; e,
- Prova como meio de obtenção de prova.

A prova como fonte faz alusão às pessoas e às coisas utilizadas como instrumento probatório. Em outras palavras, são as fontes de estímulo sensorial levadas à percepção do magistrado sobre um fato alegado.

A prova como manifestação da fonte emerge da prova de caráter pessoal. Aqui se faz necessário ressaltar a distinção entre a pessoa da testemunha e as suas declarações. A pessoa se distancia do testemunho, que é a manifestação da prova produzida, ou seja, é o resultado das declarações da testemunha. Assim, o testemunho expressa e manifesta a prova.

A prova como meio de atividade probatória deve ser entendida como os atos ou conjunto de atos que tem o objetivo de demonstrar a existência ou inexistência de um fato para que o julgador formule sua decisão.

A prova como resultado é a convicção formada pelo julgador mediante as provas a ele apresentadas durante o processo. Nesse sentido, pode-se dizer que a prova como resultado se aproxima da valoração que o juiz atribui às provas produzidas ao longo do processo e que permanecem nos autos.

A prova como meio de prova é o conjunto de todos os instrumentos probatórios levados ao processo e tem como escopo produzir o estímulo sensório à percepção do julgador para que este formule sua convicção. Tem-se como exemplos dessa acepção as declarações feitas ao julgador, bem como os documentos apresentados.

A prova como meio de obtenção de prova engloba todas as vias pelas quais se obtêm os instrumentos probatórios. Por exemplo, a apresentação de coisas ou a declaração de pessoas são meios de prova. É imperioso ressaltar que a forma de obtenção das provas deve estar de acordo com os mandamentos constitucionais para que seja privilegiado o devido processo legal. Desta forma, como regra, não se admitem os instrumentos probatórios obtidos de forma contrária à lei.

Souza (2008) se alinha aos demais doutrinados que atribuem múltiplos sentidos para o termo prova ao declarar que o conceito não é único. Para ele, o termo prova tanto pode se referir ao produto dos atos para comprovação ou não de um fato investigado quanto aos próprios atos realizados na busca da elucidação do fato. Esta última acepção abrange as testemunhas, as perícias, os documentos, enfim todos os meios de prova aceitos em direito. É necessário, frise-se novamente, que sejam observados todos os elementos do devido processo legal. O autor refere-

se à prova como sendo o resultado extraído das investigações realizadas pelas atividades processuais com relevância probatória sob o qual se assenta a livre convicção do órgão julgador.

O conceito de prova no aspecto processual não é unívoco, porque ora designa o resultado buscado para a comprovação do fato investigado, ora se refere à atividade desenvolvida no processo, para a demonstração daquele fato, como as perícias os documentos, a confissão etc., também chamados meios probatórios. Provar significa formar a convicção do juiz sobre a existência, ou não dos fatos investigados no processo e dentro dessa perspectiva, pensamos que o melhor conceito deve referir-se ao resultado e não, ao meio ou à atividade de que se vale o processo para alcançar o conteúdo buscado, pois o magistrado não forma a sua convicção através da “prova pericial”, “prova testemunhal” ou outro meio, mas sim, do conteúdo extraído desses meios de prova (laudo, depoimento etc.). Assim, ousamos sugerir que a prova vem a ser o resultado da pesquisa acerca dos fatos com relevância processual, desenvolvida com observância do devido processo legal, cujo conteúdo seja útil na formação da livre convicção do órgão julgador. (SOUZA, 2008, p. 28)

Das lições de Souza (2008) ainda se extrai que o termo prova se vincula a outros conceitos, quer sejam derivados ou acessórios, que ajudam a compreender o amplo significado da prova. Para esse autor a prova é o sentido de toda a processualística, principalmente em se tratando do processo penal cujo conteúdo decisório trata da liberdade do indivíduo, direito fundamental inscrito no texto constitucional brasileiro. Assim, para que fique compreendido, em todas as suas nuances, o magistério de Souza (2008) sobre o conceito de prova, veja-se o que o autor acrescenta:

Não se pode olvidar que se acha vinculada ao conceito de prova uma série de conceitos derivados ou acessórios que, se bem apreendidos, ajudam a compreender o seu significado e servem mesmo para complementá-lo e para evitar confusão conceitual: a) elemento de prova é o dado, evidência ou sinal, contido em um meio de prova já realizado, que conduz, direta ou indiretamente, a um conhecimento certo ou provável do objeto do procedimento, confundindo-se com a própria idéia final de prova; b) objeto de prova vem a ser o tema probatório, ou seja, aquilo que se pretende conhecer através de um meio de prova, a matéria ou fatos sobre os quais recai a prova, que, no procedimento, deve ter uma relação direta ou indireta com o objeto do processo (pertinência); c) meio de prova é o meio processual através do qual se introduz nos autos do processo um elemento de prova (a declaração da testemunha, o exame pericial, o documento);

d)órgão de prova vincula-se à pessoa que proporciona em um procedimento um elemento de prova (a testemunha, o perito, a vítima). (SOUZA, 2008, p. 29)

A partir dos textos compulsados, o autor dessa investigação percebeu que o conceito jurídico de prova se vincula à três aspectos capitais: o primeiro deles se refere ao meios de prova; o segundo diz respeito às atividades para sua obtenção; por fim, a multidimensionalidade da prova que tangencia o campo social.

Os meios de prova devem ser utilizados de modo a produzirem estímulos sensoriais junto ao campo perceptual do magistrado para que este venha a formar a sua convicção sobre a existência ou inexistência dos fatos. As provas podem ser utilizadas tanto pela parte autora quanto pela parte acusada na demonstração de sua pretensão.

As atividades desenvolvidas no rito processual para que se chegue à verdade real devem ser albergadas pela legitimação do devido processo legal sob pena de não se produzir o resultado esperado. A prova produzida e incorporada ao processo necessita ser acompanhada da certeza judicial de que os passos para obtenção estão protegidos pela legislação. No mais, o direito brasileiro, em regra, rejeita as provas colhidas de forma ilícita, sem a observância das garantias previstas na ordem constitucional, conforme Mendes (2008).

O terceiro aspecto repousa sobre o aspecto social da prova. O direito ao devido processo penal, que traz consigo a ampla defesa, só se realiza através do direito à prova, ou seja, é somente por meio do elemento probatório que o indivíduo poderá exercer o direito ao devido processo legal e à ampla defesa. O direito à prova justifica para o corpo social o resultado da decisão final que o magistrado adotou diante dos instrumentos probatórios que lhe foram apresentados. Sendo assim, sua decisão deixa de ser individual e passa a ter uma conotação coletiva, pois, sob um enfoque sociológico, deve estar de acordo com o que a sociedade espera, satisfazendo, desse modo, o clamor social por justiça.



## 1.2 A finalidade da prova para o processo penal

A prova é para o processo penal a mola mestra de toda a atividade processual. É ela que abastece todo o processo penal com o fito de esclarecer a existência ou inexistência de um fato criminoso imputado ao sujeito (réu) ou inocentá-lo desse mesmo fato. Assim, a prova poderá absolver ou condenar. Daí sua importância, como bem anuncia Dezem (2008):

O tema prova é essencial para a ciência processual. Isto porque, entre outros motivos, as conseqüências da atividade probatória projetam-se de maneira inexorável na vida das pessoas, o que a torna fundamental para a busca da decisão mais justa possível dentro do processo, seja condenatório, seja absolutório, ligando-se, assim à própria punição do crime.

O reconhecimento do valor da prova para o processo penal é de fundamental importância, pois assim ela se torna os olhos do processo. Caso o modo de produção se afaste do processo ou resulte inválido ou ilegal, a prova não poderá servir como elemento significativo para subsidiar a decisão do órgão julgador. Em outras palavras, a prova formulada de maneira *contra legem* torna seu efeito nulo, visto que não haverá objeto probatório constituído. Souza (2008), em seus ensinamentos, nos esclarece que:

Enquanto o processo penal pode ser entendido de forma simplificada como sendo o meio através do qual o Estado, através de uma série ordenada de atos, procede à reconstrução dialética dos fatos propostos na inicial acusatória, com vistas a determinar qual a viabilidade, ou não, de aplicação do jus puniendi, pode-se dizer que a prova se constitui no elemento mais importante dessa almejada reconstrução e da própria atividade processual, pois é através dela que se recria na mente do julgador como tais fatos ocorreram, dando-lhe os indispensáveis subsídios para o julgamento, funcionando como a verdadeira “alma do processo” cujo objetivo maior é alcançar uma verdade processual que assegure ao julgador a certeza da decisão, principalmente quando condenatória. (Souza, 2008, p.19)

A prova é o instrumento pelo qual se ergue toda a dialética processual, notadamente a penal. É por intermédio do instrumento probatório que os fatos alegados causam impressões na autoridade julgadora para que esta venha a formular sua convicção acerca do ocorrido, produzindo assim a justiça desejada pela sociedade diante do fato criminoso. Depreende-se daí que a prova tem a função primordial de carrear aos autos a certeza processual sobre os fatos e a forma com que se desenrolaram. A partir disso, subsidiam a decisão do magistrado.

Perfilhando do mesmo pensamento, Marques (2000) elucida que a prova, na esfera penal, é elemento constitutivo do processo porque nele é que tem de ser demonstrada a procedência da pretensão punitiva, ou a sua improcedência, com o conseqüente reconhecimento, na última hipótese, de estar o réu inocente da acusação contida na denúncia. Então, pode-se afirmar que o que estiver à margem do processo, estará contido no mundo dos fatos, portanto, inexistente para os autos.

### **1.3 Classificação da prova**

Para Aranha (1999), das inúmeras classificações de prova encontradas na doutrina, baseadas em critérios diferenciados, a tipologia formulada por Malatesta tem amplo acolhimento de outros doutrinadores, além de ser bastante prestigiada pela jurisprudência. Ainda segundo Aranha (1999), Malatesta desenvolveu uma perfeita classificação doutrinária no que tange a tipologia das provas, sendo que as decisões judiciais têm buscado amparo doutrinário no referido mestre. Dessa forma, torna-se imperioso conhecer a classificação de Malatesta, ainda que por via indireta, tendo a interlocução de outros doutrinadores, como Aranha (1999), para quem há três critérios classificadores, a saber: o objeto, o sujeito e a forma:

O ilustre doutrinador assentou sua classificação em três critérios: o do objeto, o do sujeito e o da forma da prova e explica. Para ele, a prova classifica-se: a) quanto ao objeto, em direta ou indireta; b) quanto ao sujeito, em pessoal ou real; e, c) quanto à forma, em testemunhal, documental e material. (ARANHA, 1999, p.22)

Demonstrando entendimento similar, Souza (2008) reconhece as qualidades intrínsecas da tipologia em comento, uma vez que a seleciona dentre as diferentes correntes contempladas na doutrina:

[...] pode-se concluir que Malatesta apresentou uma classificação para as provas que se lastreia basicamente em três critérios: o do conteúdo ou objeto, o do sujeito de que emana e o da forma como se apresenta a prova, onde, quanto ao objeto, a prova classifica-se em direta ou indireta; quanto ao sujeito, em pessoal ou real; e quanto à forma como se apresenta, em testemunhal, documental e material. (SOUZA, 2008, p. 31)

Para produzir a compreensão meticulosa dos ensinamentos de Malatesta, Souza (2008) tece comentários apropriados sobre a classificação, expandindo o entendimento acerca das palavras do mestre italiano:

Dentro da concepção de Malatesta, tem-se que, quanto ao aspecto relacionado com o conteúdo ou objeto, a prova pode ser direta – quando diz respeito diretamente com o que se está apurando, ou seja, ao fato probando – ou indireta – dizendo respeito a uma coisa ou fato probando diverso daquele que está sendo apurado, mas que com ele mantém relação e permite uma dedução lógica acerca de sua ocorrência, apresentando-se como exemplos da primeira classificação, a testemunha presencial e o exame de corpo de delito direto, ao passo que exemplificam a segunda, o álbi e os indícios. (SOUZA, 2008, p. 30)

Assim, a partir do que Souza (2008) enuncia, pode-se dizer que objeto da prova é o fato que se deseja demonstrar a existência. Esse objeto se divide em direto quando trata imediatamente do fato probando. Por exemplo, quando uma testemunha diz em seu depoimento que viu o acusado limpando a faca suja de sangue, logo após ter desferido profundos golpes na vítima cujo corpo se encontra maculado, tem-se uma prova direta da conduta ilícita do agressor. Por sua vez, o objeto indireto é aquele pelo qual se alcança por intermédio de um processo de indução, ou seja, o conhecimento de um outro fato permite se chegar ao fato que se deseja provar. Dessa forma, usa-se o raciocínio indutivo para se chegar ao fato

probando. Por exemplo, a testemunha diz ter ouvido o acusado ser preso sujo de sangue horas após o homicídio da vítima.

Quanto ao sujeito a prova pode ser real ou pessoal. A primeira diz respeito a coisas e documentos enquanto a segunda consiste nas declarações e reconhecimentos. Por meio da prova real se tem um elemento exterior, distinto da pessoa, que serve de meio para corroborar as alegações da parte. A prova pessoal tem origem na pessoa que tece declarações sobre os fatos que observou. Em resumo, do primeiro tipo fazem parte aquelas que aderem à coisa, como uma impressão digital numa arma. Já as pessoais, referem-se ao que se gravou no espírito humano acerca do fato, como o testemunho do crime, de acordo com Prado (2006).

Pelo critério da forma, a prova pode ser classificada como testemunhal ou documental. Entende-se por testemunhal o depoimento prestado por terceiros sobre os fatos da lide em julgamento. A prova documental consiste nos elementos probatórios obtidos por meio de documentos, podendo ser ainda denominada material.

#### **1.4 Objeto da prova**

O objeto da prova é compreendido como sendo a coisa ou o fato, o acontecimento ou a circunstancia que deverá ser apurado dentro do processo. É, portanto, tudo o que se deve fazer conhecido pelo magistrado, para que este de posse do conhecimento dos fatos possa elaborar seu julgamento. Ensina Marques (2000) que o objeto da prova, ou *thema probandum*, é a coisa, fato, acontecimento ou circunstancia que deva ser demonstrado no processo.

No mesmo sentido, Mirabete (2008) se expressa trazendo uma contribuição relevante para compreensão das variadas nuances que o tema apresenta. Segundo o autor, o objeto não é somente o fato, mas todas as circunstâncias subjetivas e objetivas que possam contribuir para esclarecer o caso e

que contribuam para que se possa obter a responsabilidade penal, bem como também se chegue à aplicação da sanção penal, ou seja, que se encontre subsídios para fixar a pena ou a medida de segurança:

Objeto da prova é o que se deve demonstrar, ou seja, aquilo sobre o que o juiz deve adquirir o conhecimento necessário para resolver o litígio. Abrange, portanto, não só o fato criminoso e sua autoria, como todas as circunstâncias objetivas e subjetivas que possam influir na responsabilidade penal e na fixação da pena ou na imposição de medida de segurança. Refere-se, pois, aos fatos relevantes para a decisão da causa, devendo ser excluídos aqueles que não apresentam qualquer relação com o que é discutido e que, assim, nenhuma influência podem ter na solução do litígio. São irrelevantes, por exemplo, as roupas vestidas pelo autor, suas convicções religiosas ou seu estado civil quando tais circunstâncias não são elementos do crime, não influem na fixação da pena ou não trazem qualquer subsídio à apuração da verdade buscada no processo. (MIRABETE, 2008, p.250)

O objeto da prova pode ser dividido em direto e indireto. Diz-se o primeiro quando o meio da prova refere-se imediatamente ao fato que se deseja provar; quando indireto, parte-se de um fato conexo ao posto diante do julgador para que se possa chegar ao fato que se deseja provar. Assim, ensina Aranha (1999), quanto ao meio de prova:

Pode ser direta, se referir-se imediatamente ao fato probando, ao fato cuja prova é desejada, ou indireta, caso afirme outro fato do qual, por via do raciocínio, se chega ao que se deseja provar, necessitando, destarte, para sua apreciação, um trabalho de raciocínio indutivo. (ARANHA, 1999, p.23)

Tendo por fundamento o raciocínio indutivo, o julgador caminha no sentido de conhecer a verdade processual acerca do desenrolar dos fatos. A partir disso, tem-se como consequência a construção da convicção do magistrado que julgará as condutas com fundamento nesse entendimento, mesmo que tenha sido elaborado por intermédio de um raciocínio indutivo. Isso não fragiliza a sentença judicial.

## 1.5 Sistemas de avaliação das provas

O sistema probatório europeu-continental tem como fundamento a crise da sociedade feudal e a expansão do poder político das primeiras monarquias ocidentais. Sob o ocaso dessa sociedade enfraquecida, onde se buscava reprimir os delitos com o objetivo de manter a autoridade monárquica e prevalecer sobre os senhores feudais, os meios de provas utilizados, que eram extraídos dos costumes judiciários germânicos, colocavam as partes numa situação em que a solução do conflito posto diante do julgador passa obrigatoriamente pela interferência divina. Invocava-se um julgamento divino, através do sistema ordálico, ou seja, o sistema religioso, onde a obtenção da prova era marcada pela crueldade da tortura e, porque não dizer, pela irracionalidade. Nesse contexto, o acusado era submetido a suplícios dolorosos e se conseguisse superar a provação física que lhe era imposta, então seria reconhecida a veracidade de sua pretensão. Para a sociedade de outrora, o indivíduo estaria inocentado das condutas desaprovadas, de acordo com Gomes Filho (1997).

Para Gomes Filho (1997), superada essa fase, surge uma nova racionalidade probatória cuja solução dos conflitos deixa de ser atribuída a Deus para dar lugar ao homem. Essa transição foi marcada pelo aparecimento do inquérito.

Passa a existir na cultura medieval o inquérito como instrumento que vem se adaptar às novas exigências, tornando possível trazer para o presente por meio do artifício da reconstituição os fatos passados. Segundo Coutinho (2002), o sistema inquisitório tem como característica fundamental o fato do juiz ser o gestor da prova, tornando o seu domínio único e onipotente no processo em qualquer de suas fases. Sendo assim, na Idade Média o acusado era o objeto e o meio de prova, não lhe cabendo saber se era acusado e nem mesmo participar da colheita das provas que seriam usadas em seu desfavor.

A partir do século XVIII, ficou à cargo do processo penal a evolução processual da jurisdição. Com o escopo direcionado exclusivamente para buscar a satisfação dos interesses de uma suposta segurança jurídica ora voltada para a proteção dos interesses dos acusados ora voltada para proteção da sociedade, o réu do processo criminal passou a ocupar a condição de sujeito de direitos no interior do processo e não foi mais visto como um simples objeto do processo ou dos meios de produção da prova.

A apreciação das provas, a partir desse breve relato histórico, passou por diferentes fases. Dentre os fatores responsáveis por essa metamorfose do elemento probatório, pode-se citar: as conveniências pessoais, o misticismo do povo, a convicção de se realizar a justiça e costumes sociais.

Com os tempos modernos, a legislação estabeleceu distintamente três sistemas de avaliação da prova, a saber: sistema da prova legal ou tarifado; sistema da íntima convicção e sistema da persuasão racional. Cada um desses sistemas será comentado a seguir porque são os pilares sob os quais se assenta o modelo adotado no Brasil.

O sistema legal ou tarifado tem como característica o valor absoluto dado à confissão, visto que se tratava de um sistema onde não era conhecida pelo Estado a jurisdição ordenada burocraticamente. O corpo de funcionários que compunha o Poder Judiciário era formado por pessoas com prerrogativas funcionais, detentoras de parco conhecimento técnico para que pudessem fazer uma avaliação das provas, sendo necessária a existência de regras claras, anteriormente definidas, e de experiências que fossem consideradas seguras para estabelecer quais as provas que poderia ser ou não aceitas. Vale ressaltar que, diante desse quadro, a confissão se tornava uma verdade real, a exemplo do que ocorria nos processos canônicos do período medieval, em que a confissão era considerada a “rainha das provas”, por ser dotada de maior valoração, enquanto que a prova testemunhal é tida como a “prostituta das provas”, de menor valor.

Vejam-se os ensinamentos de Souza (2008) a este respeito:

Este sistema tarifado tem suas origens em épocas onde os Estados não conheciam uma estrutura judicial burocratizada e constituída por profissionais com prerrogativas funcionais. Ao contrário, a jurisdição era então exercida pelo rei, através de seus agentes ou delegados ou por integrantes do Clero e, de qualquer sorte, os juizes não eram técnicos, sendo justificável então que houvesse receio de erros judiciais na avaliação da prova, levando a que então fosse comum a exigência de prescrição de regras de experiência que tradicionalmente eram consideradas seguras, através das quais se estabelecia quais as provas aceitas, além de criar uma hierarquia entre os diversos meios de prova aceitos, de acordo com a confiabilidade que atribuíam a cada um. Atribui-se a isso o exacerbado valor que era dado à confissão no processo canônico medieval, considerando-a rainha das provas, já que as regras de experiência indicavam que, quando uma pessoa afirma ter feito algo ilícito, em regra era verdade, assim como também, no mesmo processo canônico medieval, a testemunha era tida como a “prostituta das provas”, gerando regras como a de que uma única testemunha não serve como prova (*testis unus, testis nullus*).

Já o sistema da íntima convicção possui como característica basilar a irrestrita liberdade do julgador para apreciar as provas que lhe são apresentadas acerca de um determinado fato. Nesse sistema, o julgador prescinde de manifestar os fundamentos de sua decisão, ou seja, a motivação para a formulação da convicção do magistrado é desconhecida das partes, notadamente da acusada.

O sistema da íntima convicção, também conhecido como sistema da certeza moral do juiz ou ainda, por sistema da livre apreciação, caracteriza-se por reconhecer uma ampla liberdade de apreciação da prova pelo órgão julgador, o qual não precisa justificar a opção pelas decisões que tomar a partir dessas provas. Nesse sistema o julgamento pode não refletir necessariamente o contexto probatório e inclusive não há como saber se a convicção foi com base nas provas existentes nos autos, pois não há necessidade de objetivar a decisão através da fundamentação vinculada à prova. Trata-se de sistema que permite, portanto, que as decisões tenham caráter eminentemente subjetivo e por isso mesmo sujeito a críticas veementes já eu do mesmo modo, a livre ou íntima convicção do juiz, de que se fala a este proposto, não poderá ser uma convicção puramente subjetiva, emocional e, portanto, imotivável. (SOUZA, 2008, p.111)

Por fim, o sistema da persuasão racional é o modelo contemporâneo adotado pelos países que comungam da tradição romano-germânico. A origem de



seu desenvolvimento se vincula ao surgimento do Estado Moderno, com fundamento nas impressões iluministas que se estenderam ao constitucionalismo e à tripartição do Estado. Neste mesmo sentido, Gomes Filho (1997) discorre que:

Historicamente, o dever de motivação das decisões judiciais tem duas matrizes distintas, que bem esclarecem seu significado e conteúdo: a primeira aparece nos estados de despotismo esclarecido e atende às exigências de um sistema centralizador, que se serve da fundamentação como instrumento de controle sobre a atividade dos magistrados; através da exteriorização dos motivos das decisões, viabilizam-se as impugnações pelas partes e, por esse meio, os órgãos superiores podem corrigir eventuais desvios na atividade jurisdicional inferior. A segunda está ligada à ideologia democrática afluída com a Revolução Francesa, que percebe na motivação um instrumento de fiscalização popular sobre a forma pela qual é administrada a justiça.

Segundo Gomes Filho (1997), a motivação obrigatória das decisões pronunciadas pelo órgão julgador tem duas funções, sendo uma processual e a outra extra-processo, permitindo a inserção da sociedade no contexto da realização da justiça:

Atualmente, com a progressiva tendência de constitucionalização das garantias processuais, a obrigatoriedade de fundamentação dos pronunciamentos jurisdicionais cumpre tanto funções processuais – como, v. g., a referente às impugnações –, como extraprocessuais ou políticas, relacionadas ao controle popular sobre a atuação dos órgãos estatais.

A justaposição das peculiaridades desses modelos produziu o sistema adotado no Brasil, denominado por sistema da livre convicção motivada do órgão julgador. Desse modo, o magistrado tem ampla liberdade para apreciar todas as provas elencadas no processo e que seguiram os meios de obtenção albergados pelos ditames legais. Contudo a sua convicção tem que ser fundamentada no que há nos autos do processo, não cabendo a ele a liberdade de analisar provas que não estejam nos autos, mesmo que as eleve a condição de primazia da verdade.

Caracteriza-se o sistema da livre convicção pela liberdade que o órgão julgador possui para analisar todo o conjunto de prova existente nos autos, com exceção daquelas vedadas pelo ordenamento, que só merecerão apreciação em casos excepcionais, retirando dele as convicções para a fundamentação de suas decisões, sem estar atrelado a regra prévia sobre a valoração que deve fixar em relação a cada meio de prova. Mesmo neste sistema, que foi adotado pelo nosso ordenamento jurídico, o juiz não atua pela íntima convicção e não possui a liberdade de analisar provas que não tenham sido regularmente inseridas nos autos, sob o manto do contraditório e para que haja controle interno (pelas partes) e externo (pela sociedade) dos critérios que adotou na valoração da prova, acha-se ele obrigado a fundamentar suas decisões, o que leva a denominar-se o princípio em questão também como da persuasão racional e livre convencimento motivado. (Souza, 2008, p.113).

Esse sistema será apresentado no tópico seguinte, onde se exporá sua inovação no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro e a base legal que lhe dá sustentabilidade.

## **1.6 O sistema acusatório como modelo Processual Penal**

O Brasil, com o advento da Carta Magna de 1988, trouxe para o contexto da legislação o sistema acusatório como modelo processual penal, mostrando que a busca da verdade real, que anteriormente se pautava por um caráter absoluto e inquisitorial, não encontra espaço nas lides criminais, visto que o processo hoje visa assegurar a todos como garantia fundamental o direito à ampla defesa e ao contraditório. Como fundamento desse entendimento, partilha-se da compreensão de Barros (2008) ao afirmar que:

A noção de processo como garantia tem sua base na Constituição, sendo co-depende dos direitos fundamentais. Assim, o que sustenta a noção de processo como garantia são os princípios constitucionais do processo definidos no texto constitucional.

Dessa forma, não cabe mais ao órgão julgador uma ampla iniciativa probatória, pois deve se limitar ao que os direitos à ampla defesa e ao contraditório contemplam.

O Código de Processo Penal vigente, a partir da nova redação inserida pela lei 11.690/2008, declinou expressamente em seu artigo 155, que “o juiz formará sua convicção pela apreciação da prova produzida em contraditório judicial[...]”. Combinado com o artigo 381, inciso III, que ordena ao juiz que ao proferir sua sentença terá que expor os motivos de fato e de direito que fornece fundamento a sua decisão proferida, instituiu o sistema da livre convicção motivada do órgão julgador no ordenamento jurídico pátrio.

Ainda que pese a consagração do livre convencimento motivado na esfera da processualista penal, existem algumas formas de prova legal que limitam a liberdade do julgador na produção, valoração e julgamento da prova. Tais casos são representados pelo exame de corpo de delito, para as infrações que deixam vestígios, e também, a prova sobre o estado das pessoas.

Para Nascimento (2005), as provas ilícitas também representam uma limitação ao Princípio do Livre Convencimento Motivado do órgão julgador. Depreende-se, portanto, que o magistrado deve se ater aos domínios do processo ao fundamentar sua decisão, embasando-a na prova inserida nos autos. Contudo, de acordo com o livre convencimento, o julgador pode valorar as provas como sua convicção dispuser.

### **1.7 O direito à prova no Processo Penal Brasileiro**

O direito à prova decorre do Estado de Direito Democrático inaugurado com a promulgação da Constituição de 1988. Em seu artigo 5º, que trata dos direitos fundamentais, traz esta garantia insculpida no direito de ação, no devido processo legal, no contraditório e na ampla defesa. É nesse sentido que devem ser entendidas as palavras de Souza (2008) ao explicar que:

O direito à prova vincula-se diretamente ao direito de ação (CRFB, art.5º, XXXV), bem como ao devido processo legal e ao contraditório (CRFB, art. 5º, LIV e LV), mas no contexto da defesa encontra o seu fundamento máximo no princípio da ampla defesa, ao qual deve ser dado tratamento o mais abrangente possível, conjugando três realidades procedimentais: o direito à informação, a bilateralidade da audiência e o direito à prova legitimamente obtida ou produzida, consistindo, basicamente, no direito de influenciar na formação do convencimento do órgão julgador (Souza, 2008, p. 24).

O Processo Penal, diante de suas características constitucionais que o tornam um micro-sistema, que se manifesta na incorporação de princípios, como a presunção de inocência e a garantia das liberdades constitucionais, deve ser conduzido sob o influxo dos princípios e regras constitucionais. Como se sabe, esses princípios e regras estão declinados nos direitos e garantias elencadas nos direitos fundamentais consagrados pela Carta Magna. O Processo Penal, a seu turno, deve primar por concretizar um procedimento probatório que garanta a efetivação dos direitos fundamentais, incluindo-se nesse rol o direito constitucional à prova.

A produção da prova em juízo obedece ao chamado procedimento probatório. A seu respeito afirma Marques (2000) que o procedimento probatório é o conjunto de todas as atividades levadas a efeito, no processo para a prática das provas. O autor completa seu raciocínio indicando os diversos momentos em que se desenvolve o procedimento probatório, a saber: proposição da prova, admissão da prova e execução ou produção da prova. O procedimento probatório liga-se, então, diretamente ao chamado direito à prova.

## 2 AS PROVAS SOB O ENFOQUE PRINCIPIOLÓGICO

### 2.1 Princípios do Processo Penal

Os princípios que regem as provas estão disciplinados na Constituição Federal. Eles constituem fontes formais do processo que têm o escopo de definir os critérios legais a serem obedecidos, visando o objetivo de trazer para os autos as provas que possam ser apreciadas em juízo para que se demonstre a existência ou inexistência de um fato alegado. Sendo assim, o processo deve ser elaborado em consonância com os princípios, uma vez que estes são normas de caráter geral, que tem como característica por excelência subsidiar a elaboração de diretrizes para todo o ordenamento jurídico. Desta forma, torna-se imprescindível sua observância para que se tenha a eficácia processual legitimada pela legalidade dos atos.

Neste sentido, Alexy (1986) ensina que os princípios são normas que dão ordem, que devem ser cumpridas da melhor maneira possível dentro das possibilidades que oferece o ordenamento jurídico, por serem mandamentos de otimização.

[...] princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. (ALEXY, 1986, p.90).

Não há comunhão entre os doutrinadores no que se refere aos princípios que regem o processo penal. Segundo Aranha (1999), essa divergência se funda na seleção dos critérios, que é estabelecida por cada doutrinador. Assim, sob o influxo do pensamento de Aranha (1999), os princípios importantes para a processualística penal são:

- Princípio da Auto-responsabilidade das Partes;
- Princípio da Audiência Contraditória;
- Princípio da Aquisição ou Comunhão da Prova;
- Princípio da Oralidade
- Princípio da Concentração;
- Princípio da Publicidade; e,
- Princípio do Livre Convencimento Motivado.

Cada um desses princípios será comentado a seguir para que se possa explicitar o conteúdo que lhes são afetos.

Pelo Princípio da Auto-responsabilidade das Partes imputa-se ao declarante o ônus de carrear aos autos o material probatório que possa provar o fato alegado em juízo. Este princípio declara que a parte que apresenta uma alegação em juízo tem a responsabilidade de comprová-la por intermédio de provas, sejam elas pessoais, periciais ou documentais. Por outro lado, a parte suportará os efeitos de sua inatividade, negligência, erro ou atos intencionais, isto é, as partes assumem e suportam a responsabilidade de sua inércia, negligência, erro ou ato intencional, que o juiz não pode suprir sem produção processual de provas. Confirma esse entendimento a ponderação elaborada por Capez (2003) sobre o tema, segundo a qual as partes assumem as conseqüências de sua inatividade, erro ou atos intencionais.

O Princípio da Audiência Contraditória estabelece que na esfera penal predomina o princípio da audiência bilateral, que é o direito de se apresentar em juízo a contraprova para cada prova produzida. Haverá a oitiva da parte adversa, não podendo se admitir que se produza e se apresente prova sem que se abra vistas ao processo para que a parte contrária possa elaborar sua defesa, se assim o desejar.

Segundo Marques (2000), a jurisprudência formulou entendimento pacífico quanto à nulidade do processo nos casos em que a parte contrária não tem

conhecimento da prova apresentada ou que a ela não lhe seja ofertada oportunidade de se manifestar à respeito da prova que conste nos autos.

O Princípio da Aquisição ou Comunhão da Prova alude, ao menos no campo penal, à impossibilidade de exclusividade de utilização da prova produzida, ou seja, a prova não pertence a nenhuma das partes isoladamente. Quando apresentadas elas passam a integrar o processo. Dessa forma, as provas, na realidade, pertencem ao processo, até porque são destinadas à formação da convicção do órgão julgador, é o que acompanha Capez (2003).

Estabelecida a relação processual, as provas inseridas nos autos tornam-se disponíveis a qualquer dos sujeitos processuais: autor, réu ou juiz. O que pertence à esfera de direitos da parte é o ônus de produzi-la, caso seja alegada em juízo, e ao ser produzida esta passa a integrar um sistema unificado que serve aos litigantes e ao Estado-Juiz. O Supremo Tribunal Federal, no Habeas Corpus nº 98.997, fez o seguinte pronunciamento no que se refere ao princípio que hora se discute:

[...] o Princípio da Comunhão da Prova, depois de feita, é comum, não pertence a quem a faz, pertence ao processo; pouco importa sua fonte, pouco importa sua proveniência. [...] O princípio da comunhão da prova é um consectário lógico dos princípios da verdade real e da igualdade das partes na relação jurídico processual pois as partes, a fim de estabelecer a verdade histórica nos autos do processo, não abre mão do meio de prova levado para os autos. [...] Por conclusão, os princípios da verdade real e da igualdade das partes na relação jurídico-processual fazem com que as provas carreadas para os autos pertençam a todos os sujeitos processuais, ou seja dão origem ao princípio da comunhão das provas.

Em razão do Princípio da Oralidade, há a predominância da palavra falada em detrimento da escrita, onde os depoimentos são sempre orais, não devendo substituí-la por outro meio como fonte de declaração. Desta forma, prevalece a palavra falada, a proximidade do juiz com as partes e as provas produzidas e a concentração da causa no tempo. Exceto a prova testemunhal e a pericial, todas as demais provas são produzidas na audiência de instrução, caso o

rito seja ordinário, e na audiência de instrução e julgamento, caso o rito seja sumário. Esse princípio desautoriza a oitiva por meio de vídeo-conferência.

Por sua vez, o Princípio da Concentração advém do princípio da oralidade que institui a audiência como espaço-tempo privilegiado para a produção da prova. Em busca de maior rapidez na colheita e produção de provas, as alegações e debates orais ocorrem na mesma audiência. Sendo um meio de se obter economia e agilidade processual, a oralidade empresta à audiência, como marca caracterizadora, a concentração. Entretanto, como ocorre na oralidade, a concentração apenas se verifica, efetivamente, no procedimento do júri, conforme Barros (2001).

O Princípio da Publicidade estabelece que todos os atos judiciais devem ser públicos, em regra, tanto a produção da prova como para a audiência. Todas as decisões que forem tomadas no processo, como garantia do devido processo legal, carecem da devida publicidade. Todavia este princípio não é absoluto, pois comporta ressalvas processuais importantes. Há a previsão extraordinária para que alguns processos corram em segredo de justiça. Essa exceção é única e de caráter excepcional. Assim, diante dos textos ordinário e constitucional, como regra, a produção da prova em audiência é pública, podendo ser assistida por quaisquer pessoas, de acordo com Mossin (1998).

O Princípio do Livre Convencimento Motivado, mencionado no capítulo precedente, mantém vínculos com os sistemas de avaliação de prova, a saber: 1) o sistema da certeza moral do juiz; 2) o sistema da certeza moral do legislador; e, 3) o sistema da persuasão racional ou sistema do livre convencimento motivado.

O julgador, pelo sistema da certeza moral, decide sobre a admissibilidade e o valor das provas apresentadas nos autos. Deste modo, o órgão julgador dispõe de liberdade para avaliar as provas, sendo desnecessária a motivação de sua decisão. No ordenamento jurídico brasileiro este sistema encontra guarita no Tribunal do Júri, onde os julgadores decidem por íntima convicção.

Pelo sistema da certeza moral do legislador, também denominado de sistema da verdade legal ou formal, impõe uma valoração hierárquica das provas,



vinculando a decisão judicial. Esse modelo não encontra amparo no ordenamento jurídico pátrio. Enfim, o pensamento de Capez (2003) sobre o tema são elucidativas, pois no princípio do livre convencimento motivado as provas não são valoradas previamente pela legislação; logo, o julgador tem liberdade de apreciação, limitada apenas aos fatos e circunstâncias constantes nos autos.

Pelo sistema da persuasão racional ou livre convencimento motivado, o magistrado fica livre para buscar a verdade e a apreciar as provas. Ele age apenas pela sua convicção, ou seja, pelas impressões sensoriais que lhe chegam tanto no tocante à admissibilidade das provas como também na avaliação que fará delas. No entanto, é imprescindível que toda decisão tomada seja motivada, não sendo acolhida as decisões sem a devida fundamentação. Essa imposição do ordenamento jurídico possibilita às partes acompanhar a apreciação que o órgão julgador realiza no momento de decidir. Para Mirabete (2008), nesse sistema, que permite a liberdade judicial no momento de apreciação da prova, a convicção formulada pelo juiz deve ser fundamentada.

Pelo sistema da livre convicção ou da verdade real ou do livre convencimento, o juiz forma sua convicção pela livre apreciação da prova. Não fica adstrito a critérios valorativos e apriorísticos e é livre na sua escolha, aceitação e valoração. Foi este o adotado pelo Código de Processo Penal, em substituição ao sistema da certeza legal da legislação anterior, pois, de acordo com o artigo 155, "o juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova". (MIRABETE, 2008, p. 260)

E arremata na mesma página, Mirabete (2008):

Fica claro, porém, que o juiz está adstrito às provas carreadas aos autos, não podendo fundamentar qualquer decisão em elementos estranhos a eles: o que não está nos autos não está no mundo (*quod non est in actis non est in mundo*). Seus domínios são exclusivamente os das provas do processo, porém, na eleição ou avaliação delas, ele é livre, guiando-se pela crítica sã e racional: a lógica, o raciocínio, a experiência, etc. o conduzirão nesse exame e apreciação. Por isso se fala no princípio da persuasão racional na apreciação da prova.

Torna-se imperioso frisar que, embora o comentário doutrinário de Mirabete (2008) tenha sido exarado antes da vigência das alterações promovidas pela Lei 11.690/2008 no Código de Processo Penal, sua relevância permanece por ainda estar presente na legislação em vigor, que assim dispõe:

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 antecipadas.

Por sua vez, Pacheco (2008) destaca em seus ensinamentos que o Processo Penal deve ter basicamente três referenciais, reputados como sendo preceitos fundamentais, para nortear os Princípios na esfera Penal, a saber: o Princípio da Proteção da Liberdade Individual, o Princípio Instrumental-punitivo e o Princípio da Jurisdição. Neste ponto, Pacheco (2008) aprofunda as lições de Aranha (1999), porque, além dos princípios que este apresenta e detalha, aquele explicita referenciais básicos para todo o processo penal.

A rigor, segundo nosso entendimento, nossas construções teóricas e legais, no direito processual penal, devem ter basicamente três referências fundamentais – o princípio da proteção da liberdade individual (ou, de maneira mais generalizada e ampla, para englobar todos os direitos fundamentais, o princípio da instrumentalidade processual penal garantista, ou, ainda mais profundamente, o princípio da dignidade da pessoa humana), o princípio instrumental-punitivo (no aspecto de o processo penal ser instrumento de aplicação do direito penal) e o princípio da jurisdição –, que são informados, ainda, pelo princípio da operacionalidade. (Pacheco, 2008, p. 118)

O Princípio da Instrumentalidade Processual Penal se refere ao entendimento de que o Processo Penal não é um fim em si mesmo, não se basta nem se mantém isolado no ordenamento jurídico. Muito pelo contrário, esse princípio desempenha duas finalidades, garantindo a liberdade e também servindo de elemento de aplicação do direito penal.

Nesse sentido, o Princípio da Instrumentalidade se subdivide em duas linhas de aplicação. Uma destinada à garantia dos Direitos Fundamentais, que se constitui no Princípio da Instrumentalidade do Processo Penal Garantista. Diante dessa perspectiva, o Processo Penal pode ser considerado como instrumento de garantia da liberdade dos indivíduos envolvido na persecução penal. Encontram-se inseridas nesse entendimento as garantias albergadas pela Constituição Federal em favor do acusado, do ofendido e das testemunhas. Seus respectivos Direitos Fundamentais devem ser observados e jamais tolhidos pelos atos da persecução penal, que, por isso mesmo, devem primar pela legalidade das atividades desempenhas pelos sujeitos da relação processual e pelo devido processo legal.

A outra vertente do princípio em comento está representada pelo tema da punição no qual o Processo Penal se torna o instrumento de efetivação do interesse público ao propiciar a persecução penal das condutas repudiadas pelo corpo social.

Para Pacheco (2008) deverá haver harmonia entre a perspectiva instrumental-libertária, que é o processo garantista, e o processo instrumentalmente dirigido para a prática punitiva, que é a perspectiva instrumental-punitiva. Esse equilíbrio deve ser ponderado de modo a evitar a supremacia de um em detrimento de outro, causando o perecimento do equilíbrio entre as expressões do Princípio da Instrumentalidade.

O dever-poder punitivo do Estado não deve ser enfraquecido frente à liberdade individual. Se assim o for, haverá um desequilíbrio axiológico, frustrando um sopesamento equitativo dos valores em confronto. O valor individual tem recebido maior valoração que o valor social. Segundo Pacheco (2008), tem que haver um desequilíbrio ponderado e não um aniquilamento da perspectiva instrumental-punitiva, pois o que se vislumbra é o princípio prevalente da liberdade e não a aplicação da supremacia da liberdade. Esse desequilíbrio, detectado pelo doutrinador, tem fundamento constitucional no Princípio do Contraditório, que é aplicado para todos os integrantes da relação Processual Penal, enquanto que o Princípio da Ampla Defesa se refere tão somente ao acusado e seu defensor. Dessa forma, como assevera Pacheco (2008), a instrumentalidade não é meramente princípio informativo ou somente interpretativo, mas constituinte mesma do que se pode denominar essência processual.

Importante ressaltar que o princípio da instrumentalidade processual penal, no seu aspecto de o processo penal ser instrumento de aplicação do direito penal (princípio instrumental-punitivo), não é meramente informativo, no sentido de ser um critério axiológico, que estabeleceria o valor de se adotar sua diretriz para se elaborarem as normas, ou um critério interpretativo, que auxiliaria o ator jurídico a determinar o conteúdo e alcance das normas de direito positivo, como ocorre com os princípios da economia processual e da operacionalidade, mas, ao contrário, é um princípio que decorre da própria “natureza” ou “essência” do processo penal. (PACHECO, 2008, p. 119-20)

Quanto ao Princípio da Jurisdição, que ocupa o núcleo da processualística, deve servir como referência a todo instituto processual. Ainda segundo Pacheco (2008, p. 124), a jurisdição “como aspecto da soberania estatal, é o núcleo em torno do qual gravitam os demais institutos processuais, que podem ou não ‘existir’, seja a ação, o processo, as partes, as condições da ação ou os pressupostos processuais”. Dessa forma, os institutos da ação, das partes, das condições da ação e dos pressupostos processuais surgiram como limitadores da jurisdição estatal e, como consequência, estão justapostos a ela.

## **2.2 Princípios constitucionais da prova**

Além dos princípios elencados, há ainda aqueles que espargem seus efeitos por todo o ordenamento e, portanto, optou-se também por abordá-los. Esses princípios recebem a denominação de princípios constitucionais por figurarem no texto da Constituição Federal de modo explícito ou tácito.

Ao dispor sobre a reforma do Processo Penal, Gomes, Cunha e Pinto (2008) salientam que houve um destaque ao crivo dos princípios constitucionais incidentes sobre a prova. E mais, vincula-se o estudo dos princípios ditos constitucionais por se acatar o entendimento veiculado por Nucci (2008), segundo o qual, o princípio constitucional há de ser respeitado como elemento irradiador, que imanta todo o ordenamento jurídico.

Cabe ressaltar que não serão abordados todos os princípios, posto não ser este o interesse maior. A exposição também não visa esgotar o assunto, mas tão somente discutir alguns tópicos avaliados como significativos para a compreensão dos tidos princípios. Dessa forma, serão tangenciados apenas os princípios que se relacionam com o instituto da prova, objeto de estudo eleito para o presente trabalho monográfico.

Portanto, no quadro geral de princípios emanados pela Carta Magna brasileira, destacam-se os da ampla defesa, do contraditório, da presunção de inocência, da inadmissibilidade de provas ilícitas, da fundamentação das decisões judiciais, do devido processo legal, da verdade real e da imparcialidade do juiz. Estes são princípios que mantêm uma relação mais estreita com o instituto da prova. Em vista disso, alguns deles serão pormenorizados nas linhas seguintes.

O Princípio da Ampla Defesa define a possibilidade das partes envolvidas na relação processual penal de produzir provas em juízo, além de fazer uso dos recursos cabíveis e indispensáveis à defesa. As provas produzidas por meios ilícitos, em regra, não produzem os efeitos esperados, pois fundados no engodo e fadadas ao insucesso. Também, a extremada utilização dos recursos como forma de procrastinar a sentença pode absorver os contornos de uma conduta inadequada, passível de punição. Assim, somente as provas lícitas, em regra, surtirão o esperado poder de convencimento junto ao Estado-Juiz, bem como os recursos adequados aos fins de esclarecimento das teses sustentadas em juízo lograrão se estabelecer.

Portanto, a defesa ampla envolve a possível impugnação das questões de fato e de direito, inclusive de cunho estritamente processual, de modo a alcançar o mérito e o processo. A ampla defesa pressupõe a garantia do contraditório, porquanto, na dialeticidade do processo, somente existirá quando se possibilitar ao réu o acesso, a ciência e a oportunidade de defesa quanto às imputações que lhe são infligidas. (MENDES, 2007, p. 80)

A possibilidade de opor argumentos e provas para sustentar a tese contrária nutre-se do Princípio do Contraditório. Para Silva (1997):

O princípio do contraditório consiste na regra segundo a qual, sendo formulado o pedido ou oposto um argumento a ser culpada certa pessoa, deve-se dar a esta a oportunidade de se pronunciar sobre o pedido ou argumento, não se decidindo antes de tal oportunidade. O contraditório impõe a conduta dialética do processo (Silva, 1997, p. 46).

Esse princípio mantém íntima vinculação com o anterior porque ambos ensejam a produção de novas provas ou desconstituição da prova contrária. Contudo, como esclarece Mendes (2007), não se confunde com o Princípio da Ampla Defesa, que possui características próprias. De mais a mais, viabiliza a oposição a qualquer ato praticado pela parte contrária. Também nesse sentido é o magistério de Dezem (2008). É um benefício de amplo espectro que alberga ambas as partes envolvidas na relação processual.

O princípio do contraditório, portanto, orienta a atividade do juiz na admissão, na produção e na valoração das provas. Conduz-se no sentido de verificar se entre as partes existe “paridade de armas”. No momento da admissão, deve-se utilizar dos mesmos critérios para ambas as partes. E os elementos obtidos são submetidos à mesma valoração de idoneidade. Aplicado no momento da admissão das provas, faz surgir verdadeiras garantias da idoneidade destas. (MENDES, 2007, p. 75-6)

Em exposição sobre a temática do contraditório, Cintra, Grinover e Dinamarco (2004) explicitam que:

O juiz, por força de seu dever de imparcialidade, coloca-se entre as partes, mas equidistante delas; ouvindo uma, não pode deixar de ouvir a outra; somente assim se dará a ambas a possibilidade de expor suas razões, de apresentar suas provas, de influir sobre o convencimento do juiz.

O Princípio da Presunção de Inocência emerge da Convenção Americana sobre direitos humanos. Para Dezem (2008), a positivação desse princípio remonta à Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789. Por esse princípio se presume que qualquer acusado goza de inocência até que se prove o contrário, ou

seja, que se demonstre claramente a culpabilidade do acusado em processo judicial. Como informa Dezem (2008):

O Estado Democrático de Direito implica a adoção do princípio da presunção de inocência: o Estado somente se impõe legítimo quando reconhece a existência de direitos às pessoas, entre os quais, o fundamental de ter o seu status de inocente garantido até o trânsito em julgado de uma sentença penal condenatória. (DEZEM, 2008, p. 97)

Contudo, segundo informe de Pacheco (2008), esse princípio não impede a prisão provisória (preventiva, temporária, flagrante delito), nem demais atos coercitivos propostos pelo Estado. A presunção de inocência não é afetada, mesmo nesses casos.

Por sua vez, Silva (1993) declara a proximidade do princípio em comento com o Princípio do *in dubio pro reo*, cujo teor mantém uma identidade que faz com que sejam tomados um pelo outro:

O princípio da presunção da inocência é, antes de mais nada um princípio natural, lógico, de prova. Com, efeito, enquanto não for demonstrada, provada a culpabilidade do argüido, não é admissível a sua condenação. Por isso que o princípio da presunção de inocência seja identificado por muitos autores com o princípio do *in dubio pro reo*, e que efetivamente o abranja, no sentido de que um *non liquet* na questão da prova deva ser sempre valorado em favor do argüido. (SILVA, 1993, p. 90)

Por ser signatário da Convenção Americana Sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), vigora no Brasil o entendimento de que “toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa”. Dessa forma, o acusado somente pode ser condenado no caso de certeza da autoria e da materialidade do ato delitivo. O réu de um processo penal não pode ser prejudicado pela dúvida.

Em princípio, pode parecer que somente se aplicará o princípio enfocado quando a prova estiver a cargo da acusação pública ou privada. Ledo engano. A absolvição por insuficiência de provas tanto pode provir da prova a cargo da acusação como da defesa, porque ambas as situações o conjunto probatório pode colocar o magistrado em dúvida sobre a certeza da criminalidade (crime no sentido dogmático) do acusado. (MOSSIN, 1998, p. 205)

Acresce, ainda, aos comentários aqui ventilados que a prova da culpabilidade do acusado cabe a quem alega. Em outras palavras, o responsável por apresentar provas de autoria e materialidade de crime é o autor das acusações. Essa assertiva se consubstancia na sentença de amplo uso na sociedade: o ônus da prova cabe a quem acusa. Barros (2008) acrescenta que há confronto direto entre este ônus e aquele princípio, pois em nada esclarece ou soluciona a questão das provas.

Sobre o ônus da prova, Mirabete (2008) esclarece que:

No processo penal condenatório, oferecida a denúncia ou queixa, cabe ao acusador a prova do fato e da autoria, bem como das circunstâncias que causam o aumento de pena (qualificadoras, agravante, etc); ao acusado cabe a prova das causas excludentes da antijuricidade, da culpabilidade e da punibilidade, bem como das circunstâncias que impliquem diminuição de pena (atenuantes, causas privilegiadoras, etc) ou concessão de benefícios penais. Cabe ao réu também a prova da inexistência do fato se pretender a absolvição nos termos do artigo 386, I, do CPP. Compete ao acusador também a prova dos elementos subjetivos do crime. Deve comprovar a forma de inobservância da cautela de vida no crime culposos: imprudência, negligência ou imperícia; bem como o dolo que, no mais das vezes, é presumido diante da experiência de que os atos praticados pelo homem são conscientes e voluntários, cabendo ao réu demonstrar o contrário (Mirabete, 2008, p. 258).

No mais, o ônus da prova se caracteriza pela faculdade de produção em duas vertentes: objetiva, destinada ao órgão julgador, como regra de julgamento, e outra, subjetiva, endereçada às partes, como condutor dos atos probatórios. (MENDES, 2007).

Como observa Mendes (2007), ao se referir à perspectiva objetiva:



[...] o ônus da prova prescinde de qualquer atividade das partes. Imporá ao juiz a tomada de uma decisão quando permanecer em dúvida no momento do julgamento, não se lhe permitindo deixar de exarar um pronunciamento sobre o caso. Dessa forma, se, após a atividade instrutória, houver incerteza sobre uma determinada alegação de fato, é necessário que haja regras disciplinando em que sentido será proferida a decisão. Daí a conotação de “regra de julgamento” (Mendes, 2007, p. 49).

No que tange ao aspecto subjetivo, para Mendes (2007):

O ônus da prova [...] consiste nos encargos que pesam sobre as partes de buscar as fontes de prova e introduzi-las no processo. Direcionam a sua atividade na produção das provas. As disposições sobre o ônus da prova são “regras de conduta” das partes. Enfim, trata-se de aspecto voltado para as partes, consistente em saber qual delas há de suportar o risco da prova frustrada (Mendes, 2007, p. 49-50).

As normas jurídicas anteriores ao advento do atual Diploma Constitucional se posicionavam silentes ante a possibilidade de produção de provas por meio ilícitos. Eram ressalvadas a interceptação ou a obtenção de cartas particulares por vias criminosas. Hoje, nenhuma prova produzida por meios ilícitos pode ser admitida em juízo, em regra, pois é explícito no texto constitucional o princípio da inadmissibilidade de provas ilícitas.

Mirabete (2008) esclarece que as provas proibidas são aquelas que afrontam a dignidade humana, o direito de defesa e os institutos do processo. Assim, o juiz não pode decidir com fundamento em provas ilícitas, em regra. Logo, as provas que estiverem nos autos do processo que tenham sido produzidas ilicitamente, devem ser desentranhadas e desconsideradas.

Após a decisão que reconhece a prova obtida por meio ilícito, determinando o seu respectivo desentranhamento, estiver preclusa, não cabendo mais recurso, será realizado incidente para destruição da prova. Na verdade, será destruído o instrumento de prova, ou seja, a documentação da obtenção da prova nos autos, e não seu elemento. Para realizar tal incidente, deverá ser garantida a participação da parte. (BARROS, 2008, p. 35)

O Princípio da Verdade Real mantém vínculo com o Princípio da Ampla Defesa, pois ratifica a possibilidade de produção de provas para a comprovação da verdade real. Enfim, todos os meios de prova podem ser mobilizados pela parte com vistas à elucidação da verdade real dos acontecimentos. Assim, o Processo Penal deve ser embasado na busca da verdade, aproximando-se da realidade dos fatos, possibilitando que o magistrado forme seu convencimento e julgue pautando-se no que acredita ter sido a realidade.

Ainda que extremamente importante para o processo, essa busca da verdade real não é absoluta e sofre limitações. Nesse sentido, afirma Marques (2000):

[...] inadmissível é, Justiça Penal, a adoção do princípio de que os fins justificam os meios, para assim tentar legitimar-se a procura da verdade real através de qualquer fonte probatória. Por isso, a tortura, as brutalidades e todo atentado violento à integridade corporal devem ser banidos da investigação e da instrução. E o mesmo se diga do que se denomina, com eufemismo de torturas lícitas [...] ou os interrogatórios fatigantes, penosos e exaustivos. Igualmente condenáveis são os procedimentos desleais, como, por exemplo, a captação clandestina de telefonemas, o emprego de microfones dissimulados e do registro, em aparelhos eletrônicos, de conversações íntimas (Marques, 2000, p. 353-54).

Contudo, as provas obtidas por meio ilícitos são vedadas em juízo, tendo em vista o afrontamento ao princípio da inadmissibilidade de provas ilícitas. Para Souza,

A tarefa de reconstruir inteiramente o iter criminis se aproxima do impossível, porquanto parte dele se processa no mundo subjetivo, na mente do delinqüente, sendo inalcançável até mesmo para as testemunhas, quanto mais para o julgador e pelo Ministério Público, mesmo diante de possível confissão. Mas nem por isso deixa de ser importante a mensagem subliminar contida no princípio da verdade real, impondo aos atores processuais, em particular ao acusador e subsidiariamente ao juiz, que não se contentem com meras conjecturas, mas busquem tirar o máximo do devido processo legal, com vistas a alcançar a melhor das provas que ele consiga propiciar, mormente quando o juiz vier a proferir uma sentença condenatória, a qual deve ser lastreada em prova segura, que permita verificar pelo menos a presença de uma verdade, senão real, firmada em um juízo de grande probabilidade, que propicie a certeza de que julga

conforme a convicção retirada do processo, ou seja, lastreado na certeza processual (SOUZA, 2008, p. 87-8)

Além desses princípios, resta acrescentar à lista o Princípio das Fundamentações das Decisões Judiciais ou, como já visto, o Princípio do Livre Convencimento Motivado, cujo cerne é garantir o conhecimento dos motivos e razões de convencimento do órgão julgador. Em outras palavras, significa favorecer ao jurisdicionado o acesso aos motivos que levaram o juiz a decidir desta ou daquela maneira. Corroborando com esse entendimento e projetando a discussão para além do arrazoado judicial, Mendonça (2008) esclarece que os limites probatórios da fundamentação devem estar circunscritos ao conteúdo do processo.

Manteve-se o princípio da persuasão racional como critério de apreciação das provas, a permitir que o magistrado possa dar a elas o valor que entender cabível, sem critérios predeterminados, em princípio. Entretanto, é decorrência deste sistema que o magistrado somente se atenha às provas existentes nos autos, pois “o que não está nos autos não está no mundo”. Outra limitação a este princípio está na necessidade de fundamentação, de assento constitucional (art. 5.o, inc. LIV, e art. 93, inc. X). Assim, se é certo que, por um lado, o magistrado pode valorar as provas sem critérios predeterminados pelo legislador, por outro, deve-se ater apenas às provas constantes dos autos e fundamentar sua decisão. A nova lei mantém a restrição à liberdade das provas em relação ao estado das pessoas, tema a que o magistrado penal está vinculado ao que dispõe a legislação civil. Desse modo, o juiz não poderá provar o casamento com base em provas testemunhais, pois a prova do casamento, segundo a legislação civil, faz-se mediante certidão de casamento. (MENDONÇA, 2008, p. 154)

Em vista do exposto, cabe esclarecer a finalidade do Processo Penal, uma vez que a partir do esclarecimento desse tópico se poderá vislumbrar quais os caminhos possíveis para se compreender o tema das provas ilícitas ante o princípio da proporcionalidade, tema desse estudo monográfico.

Sabe-se que o fundamento do Direito Penal é tutelar os direitos mais caros à coletividade. Assim, a tutela penal recai sobre a vida, o patrimônio, a liberdade sexual, dentre outros direitos carentes de maior proteção. Por sua vez, o

processo penal tem como fundamento promover a elucidação da verdade. É a verdade real o objetivo primaz do Processo Penal.

Sobre o tema, ensina Mirabete (2008):

A busca da verdade material ou real, que preside a atividade probatória do juiz, exige que os requisitos da prova em sentido objetivo se reduzam ao mínimo, de modo que as partes possam utilizar-se dos meios de prova com ampla liberdade. Visando o processo penal o interesse público ou social de repressão ao crime, qualquer limitação à prova prejudica a obtenção da verdade real e, portanto, a justa aplicação da lei. A investigação deve ser a mais ampla possível, já que tem como objetivo alcançar a verdade do fato, da autoria e das circunstâncias do crime. Nada impede, portanto, que se utilizem provas com a utilização de meios técnicos ou científicos, como gravações em fita magnética, fotos, filmes, videofonograma etc., desde que obtidas lícitamente (Mirabete, 2008, p. 252).

A doutrina e a jurisprudência são unânimes em assentir que os meios de provas indicados nos artigos 185 e 239 do Código de Processo Penal são meramente exemplificativos, sendo possível a utilização de outros meios de prova, além dos previstos legalmente.

Oportunizar esse entendimento viabiliza a demonstração de que a prova carrega capital importância nas lides penais. O estado-juiz não visa tão somente culpar o transgressor da norma, sem qualquer outra preocupação legal. A norma processual penal preconiza a elucidação dos fatos. Nesse sentido, Souza (2008) comenta que:

Enquanto o processo penal pode ser entendido de forma simplificada como sendo o meio através do qual o Estado, através de uma série ordenada de atos, procede à reconstrução dialética dos fatos propostos na inicial acusatória, com vistas a determinar qual a viabilidade, ou não, de aplicação do jus puniendi, pode-se dizer que a prova se constitui no elemento mais importante dessa almejada reconstrução e da própria atividade processual, pois é através dela que se recria na mente do julgador como tais fatos ocorreram, dando-lhe os indispensáveis subsídios para o julgamento, funcionando como a verdadeira “alma do processo” cujo objetivo maior é alcançar uma verdade processual que assegure ao julgador a certeza da decisão, principalmente condenatória. (Souza, 2008, p. 19)

Nessa esteira, teve-se a pretensão de aguçar o processo de compreensão sobre os princípios que incidem sobre o instituto da prova no processo penal, bem como fornecer elementos para a discussão sobre as provas ilícitas tendo por marcos principiológico a proporcionalidade.

### 3 PROVAS ILÍCITAS FRENTE AO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

#### 3.1 As provas inadmissíveis

Antes de adentrarmos no estudo das provas ilícitas, abordar-se-á a dicotomia existente entre a prova ilícita e a prova ilegítima. Há uma parte dos doutrinadores brasileiros que classificam as provas inadmissíveis no processo penal em provas ilícitas e provas ilegítimas. Embora se trate de uma diferenciação metodológica, onde uma trata da materialidade e a outra da formalidade do meio aquisitivo de prova, ambas são inadmissíveis pela legislação brasileira. Sendo assim, a distinção, na verdade, possui muito mais um caráter didático do que uma relevância prática específica. Serve para a melhor compreensão das fases da prova, isto é, sua obtenção, introdução, produção e valoração, de acordo com Mendes (2007).

Nesse sentido, veja-se o que preleciona Avolio (1999) acerca das espécies de provas inadmissíveis, que fornece amparo ao que se discute aqui em virtude evidenciar a importância dessa diferenciação para o estudo das provas ilícitas:

Adotamos neste estudo a terminologia empregada pela Constituição brasileira de 1988, que, por sua vez, foi haurida da melhor doutrina. Assim, segundo Nuvolone, as provas ilícitas são colocadas como espécie das “provas vedadas”, que compreendem: as provas ilícitas, propriamente ditas, e as provas ilegítimas. A importância dessa corrente doutrinária se verifica, outrossim, pelo fato de que a utilização da expressão “vedadas” já indica a sua opção pela inadmissibilidade, no processo, das provas obtidas por meios ilícitos. Coincide, assim, perfeitamente, com o enunciado da garantia inserida pelo constituinte brasileiro, no art. 5.o, inc. LVI: “São inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos. (Avolio, 1999, p. 43)

No sentido de buscar compreender o que venha a constituir as provas ilícitas e ilegítimas, parte-se de um prévio conceito para cada uma dessas espécies

de prova inadmissível. Dessa forma, a primeira trata das provas produzidas a partir de lesão a norma de direito material, afrontando o ordenamento jurídico no que tange aos princípios e normas, principalmente, elencados na Constituição Federal.

Comentando acerca da prova ilícita, Avolio (1999, p. 44) propõe:

[...] por prova ilícita ou ilicitamente obtida, é de se entender a prova colhida com infração a normas ou princípios de direito material – sobretudo de direito constitucional, porque, como vimos, a problemática da prova ilícita se prende sempre à questão das liberdades públicas, onde estão assegurados os direitos e garantias atinentes à intimidade, à liberdade, à dignidade humana; mas, também, de direito penal, civil, administrativo, onde já se encontram definidos na ordem infraconstitucional outros direitos ou cominações legais que podem se contrapor às exigências de segurança social, investigação criminal e accertamento da verdade, tais os de propriedade, inviolabilidade do domicílio, sigilo de correspondência, e outros. Para violação dessas normas, é o direito material que estabelece sanções próprias. Assim, em se tratando da violação do sigilo de correspondência ou de infração à inviolabilidade do domicílio, ou ainda de uma prova obtida sob tortura, haverá sanções penais para o infrator. (Torquato, 1999, p. 44).

Assim, conclui Mendes (2007) que a irregularidade da prova ilegítima ofende norma processual:

A ofensa a uma norma de natureza material refere-se ao momento de obtenção da prova, isto é, a alguma irregularidade em sua colheita. Por conseguinte, a violação de uma correspondência e a escuta telefônica sem autorização judicial são exemplos de ações ofensivas à norma de natureza material. Em ambas, protegem-se duas inviolabilidades constitucionais garantidoras do direito à intimidade (Mendes, 2007, p. 112).

As provas ilegítimas, por sua vez, são aquelas que contrariam o direito formal, ou seja, são provas que foram obtidas sem a observância das normas processuais penais. Dessa forma, a inobservância dos limites normativos invalida a prova obtida. Neste ponto, Avolio (1999) destaca que a prova ilegítima é aquela cuja colheita estaria ferindo normas de direito processual. Assim veremos que alguns

dispositivos da lei processual penal contêm regras de exclusão de determinadas provas .

Mantendo a discussão sob os mesmo parâmetros, Grinover, Fernandes e Gomes Filho (2001) ratificam o posicionamento dos demais autores acerca da prova ilegal:

Diz-se que a prova é ilegal toda vez que sua obtenção caracterize violação de normas legais ou de princípios gerais do ordenamento, de natureza processual ou material. Quando a proibição for colocada por uma lei processual, a prova será ilegítima (ou ilegitimamente produzida); quando, pelo contrário, a proibição for de natureza material, a prova será ilicitamente obtida (Grinover, Fernandes e Gomes Filho, 2001, p. 133).

Sintetizando a discussão, Mirabete (2008) explica que a prova é proibida toda vez que caracterizar violação de normas legais ou de princípios do ordenamento de natureza processual ou material, englobando tanto as provas ilícitas quanto as ilegítimas.

### **3.2 Pressupostos da prova ilícita**

Não há que se ponderar sobre a ilicitude, quando os meios empregados para a aquisição da prova tiverem respaldo em nossa legislação ou na interpretação desta, como, por exemplo, a autorização judicial na quebra de sigilo bancário ou na instalação de escuta telefônica. Essas condutas, caso sejam autorizadas pela autoridade competente, estarão protegidas pelo ordenamento jurídico, portanto, revestidas da legalidade.

Para que a prova seja considerada ilícita, o meio pelo qual foi obtida deve ser expresso na lei como sendo ilegal. Um exemplo de meio ilegal, seria a prisão desprovida da devida ordem judicial ou fora da situação de flagrante delito.



De acordo com Mirabete (2008) não são ilícitas, as provas obtidas com violação dos direitos, assegurados constitucionalmente ou pela legislação ordinária, quando o interessado consente nessa violação e, desde que sejam bens ou direitos disponíveis.

Sendo pacífico, atualmente, não só na doutrina como na jurisprudência que a consequência da prova ilícita introduzida no processo é o desentranhamento, a prova será desentranhada dos autos e o juiz decidirá conforme as provas obtidas regularmente.

A jurisprudência mantém o seguinte entendimento sobre o assunto:

Reconhecida a ilicitude de prova constante dos autos, consequência imediata é o direito da parte, à qual possa essa prova prejudicar, a vê-la desentranhada. Hipótese em que a prova questionada foi tida como ilícita, no julgamento da Ação Penal 307, fato já considerado no acórdão de recebimento da denúncia. [...] Embargos de declaração recebidos, para determinar o desentranhamento dos autos das peças concernentes à prova julgada ilícita, nos termos discriminados no voto condutor do julgamento. (STF – ED 731-9 – j. 22.05.96) (FRANCO e STOCCO, 1999, p. 1711)

A recente alteração que trouxe a Lei 11.690/08 ao Código de Processo Penal corrobora esse entendimento, impondo como conduta do julgador a promoção do desentranhamento das provas ilícitas dos autos do processo.

### **3.3 Liberdade probatória**

A Constituição Federal, que espargue seus efeitos por todo o ordenamento jurídico, garante às partes o direito de produção de prova, em busca da verdade real. Por outro lado, o sistema de livre convencimento motivado do juiz, que também prestigia o Princípio da Liberdade Probatória, deixa claro que esta liberdade probatória não é absoluta por encontrar limites estabelecidos na própria

Constituição, inscritos no artigo 5º, que trata dos direitos e garantias fundamentais. O constituinte originário optou por assegurar a livre produção das provas no processo penal, ao mesmo tempo em que afirma que elas somente serão dotadas dessa liberdade conquanto não coloquem em risco a dignidade da pessoa humana e seus direitos correlatos. Desse modo, pode-se afirmar categoricamente que também são inadmissíveis as provas incompatíveis com os princípios constitucionais, principalmente do devido processo legal e da dignidade da pessoa humana. Já Capez (2003), nessa linha de pensamento, entende que a prova vedada é aquela produzida em contrariedade a uma norma legal específica.

Mirabete (2008) vê esta liberdade probatória com restrição imposta também pelo Código de Processo Penal. É o que se constata no comentário do aludido autor:

A busca da verdade real e o sistema de livre convencimento do juiz, que conduzem ao princípio da liberdade probatória, levam também a doutrina a concluir que não se esgotam nos artigos 158 a 250 do CPP os meios de prova permitidos na nossa legislação. A previsão legal não é, portanto, exaustiva, mas exemplificativa, sendo admitidas as chamadas provas inominadas, aquelas não prevista expressamente na legislação. Entretanto, essa ampla liberdade da prova encontra limites além daqueles estabelecidos no artigo 155 do CPP e em outros dispositivos da lei processual. Segundo a doutrina, são também inadmissíveis as provas que sejam incompatíveis com os princípios de respeito ao direito de defesa e à dignidade humana, os meios cuja utilização se opõem às normas reguladoras do direito que, com caráter geral, regem a vida social de um povo. Lembra-se também da proibição de provas de invocação ao sobrenatural. (Mirabete, 2008, p. 253)

A Constituição de 1988 trouxe para o ordenamento jurídico vigente as garantias constitucionais expressas no seu artigo 5º, inciso LVI, demonstrando expressamente a inadmissibilidade de se obter provas por meio ilícito. As provas caracterizadas pela ilegalidade passaram para o Processo Penal como espécie das provas vedadas que antes da Constituição vigente eram consideradas inadmissíveis, não devendo fazer parte do processo. A Constituição Federal de 1988 veio consolidar a posição do STF, afastando do processo brasileiro – de qualquer natureza – a admissibilidade, das provas ilícitas, art. 5º, LVI, de acordo com os autores Grinover, Fernandes e Gomes Filho, 1999). Para Mossin (1998) caso os

direitos do cidadão sejam violados, as provas que se obtenham através de tal violação não poderão ser atendidas no processo, são proibidas.

Sobre essa temática acrescenta Carnaúba (2000):

Apesar de nossas Constituições, desde a Imperial de 1824 (art. 179, incisos 19 e 27) até a de 1967, com sua Emenda de n. 1/69, assegurarem, de modo absoluto, sem exceções, a abolição da tortura (CF, art. 179, inciso 19), a inviolabilidade de domicílio e do sigilo da correspondência (CI, art. 179, incisos 7º e 27; CF de 1891, art. 72, §§ 11 e 19; de 1934, art. 113, incisos 8 e 16; de 1937, art. 122, incisos 6º e de 1946, art. 141, §§ 6º e 15), e do sigilo das comunicações telegráficas e telefônicas (CF de 1967/69, art. 150, § 9º), o que implicaria, em interpretação sistemática e histórica do ordenamento constitucional, entender-se ínsita a ilicitude de prova obtida com violação desses direitos e garantias individuais, a questão da desconsideração da prova ilicitamente obtida somente passou a ter acentuada repercussão no ambiente jurídico nacional desde a Constituição Federal de 1988, não apenas porque explicitou a sua inadmissibilidade como garantia individual (art. 5º, inciso LVI), mas, principalmente, pela exceção que criou a inviolabilidade do sigilo das comunicações telefônicas, no inciso XII, in fine, do mesmo art. 5º (Carnaúba, 2000, p. 27).

Mirabete (2008) esclarece em seus apontamentos a questão das provas ilícitas frente à Constituição Federal de 1988, além de enumerar as provas lícitas e ilícitas:

Cortando cerce qualquer discussão a respeito da admissibilidade ou não de provas ilícitas em juízo, a Constituição Federal de 1988 expressamente dispõe que “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos” (art. 5º, LVI). Deu o legislador razão à corrente doutrinária que sustentava não ser possível ao juiz colocar, como fundamento da sentença, prova obtida ilicitamente. A partir da vigência da nova Carta Magna, pode-se afirmar que são totalmente inadmissíveis no processo civil e penal tanto as provas ilegítimas, proibidas pelas normas de direito processual, quanto as ilícitas, obtidas com violação das normas de direito material. Estão assim proibidas as provas obtidas com violação de correspondência, de transmissão telegráfica e de dados, e com a captação não autorizada judicialmente das conversações telefônicas, (art. 5º, XII); com violação do domicílio, exceto nas hipóteses de flagrante delito, desastre, para prestar socorro ou determinação judicial (art. 5º, XI); como violação da intimidade, como as fonográficas, de fitas gravadas de contatos em encontros de caráter privado e sigiloso (art. 5º, X); com abuso de poder, como a tortura, p. ex.; com a prática de outros ilícitos penais, como furto, apropriação indébita, violação de sigilo profissional etc. Por isso, considerou-se ilícita a prova formada com base em documentos apreendidos de modo arbitrário e contraveniente com os preceitos constitucionais e a gravação por terceiro de conversa sem o conhecimento, pelo menos, de um dos interlocutores. (MIRABETE, 2008, p. 253-54)

Contudo, pode haver condutas que, apesar de se afigurarem agressoras das normas legais, na essência estão blindadas pela legalidade. Sobre o tema, Mirabete (2008), dispõe:

Não são ilícitas, entretanto, as provas admitidas quando o interessado consente na violação de seus direitos assegurados constitucionalmente ou pela legislação ordinária, desde que sejam bens ou direitos disponíveis, como a entrada em residência com a permissão de morador, a gravação de fita magnética de conversa entre duas pessoas, desde que gravada por um deles. Permite-se, também, a gravação por terceiro de conversa mantida em local público. O artigo 2º da Lei nº 9034, de 3-5-1995, que dispõe sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas, com a redação que lhe foi dada pelo artigo 1º da Lei nº 10.217, de 11-4-2001, prevê a possibilidade da captação e a interceptação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos, e seu registro e análise, bem como da infiltração por agentes de polícia ou de inteligência em tarefas de investigação, constituída pelos órgãos especializados pertinentes, desde que as diligências sejam autorizadas pelo juiz. Nessas hipóteses, a conduta do autor da prova deixa de ter a ilicitude exigida na Constituição para a proibição da prova (Mirabete, 2008, p. 254).

Dentro da mesma linha de raciocínio que segue Mirabete (2008) ao tratar dos tipos de provas ilícitas, discorre Fernandes (2003, p. 79):

São várias as inviolabilidades postas na Constituição Federal para resguardados direitos fundamentais da pessoa: inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra, da imagem (art. 5º, XII), inviolabilidade do domicílio (art. 5º, XI), inviolabilidade do sigilo das comunicações em geral e dos dados (art. 5º, XII). Protege-se expressamente o homem contra a tortura ou tratamento desumano ou degradante (art. 5º, III). Ampara-se o preso em relação à sua integridade física e moral (art. 5º XLIX). A violação destas e de outras garantias individuais de natureza constitucional para a produção de prova acarretará a formação de provas ilícitas (Fernandes, 2003, p. 79).

Apesar da prova ilícita não encontrar respaldo em nosso ordenamento jurídico, há, contudo, exceções em que ela poderá ser invocada com o objetivo de se promover a justiça para o caso concreto. Por exemplo, é o caso em que o acusado de um ato ilícito, desprovido de outros meios para demonstrar sua

inocência, necessita se utilizar de prova colhida com violação à direitos fundamentais próprios ou de terceiros.

Para que esse entendimento possa encontrar guarita no ordenamento jurídico pátrio, algumas condições objetivas devem estar intrínsecas ao processo de coleta da prova ilícita. De plano, emerge a situação insuperável para obtenção da prova; o ilícito torna-se a única via possível. Segundo, o próprio acusado deve ser o agente promotor da prova, posto ser inadmissível que o ilícito de outrem acoberte o desvio de conduta de terceiro.

Não havendo outro meio de produção de prova e sendo obtida pelo próprio acusado, poderão ser utilizadas as provas ilícitas nos casos em que há dois ou mais bens que a Constituição protege, cabe, então, o sopesamento entre estes bens protegidos, buscando-se resguardar o de maior valor. Nesses casos, tanto a doutrina como a jurisprudência tem divulgado este entendimento, que se fundamenta no Princípio da Proporcionalidade.

Mirabete (2008) é um dos doutrinadores que ampara este entendimento, ao afirmar que:

[...] é possível a utilização de prova favorável ao acusado ainda que colhida com infringência a direitos fundamentais seus ou de terceiro, quando indispensável, e, quando produzido pelo próprio interessado (como a gravação de conversa telefônica, em caso de extorsão, p. ex.), traduz hipótese de legítima defesa, que exclui a ilicitude. (Mirabete, 2008, p. 254-55)

Na mesma linha de pensamento, Carnáuba (2000) defende a admissibilidade da prova obtida ilicitamente desde que configurada a excludente de ilicitude por via da legítima defesa.

Legítima defesa é excludente da antijuridicidade que admite até o sacrifício do direito à vida. Apesar do dispositivo constitucional, inadmitindo a prova ilícita no processo, não se aplica ele aos casos em que a obtenção de prova ilícita se constitui numa forma de legítima defesa. (Carnáuba, 2000, p. 78)

Vislumbra-se, assim, que a utilização da proporcionalidade, no campo do direito processual penal, passa pelo sopesamento dos direitos postos em confronto, pois o princípio da proporcionalidade exige que se faça uma ponderação sobre a relação existente entre o bem que é lesado ou posto em perigo (gravidade do fato) e o bem de que pode alguém ser privado (gravidade da pena), de acordo com Capez (2003).

### **3.4 O Princípio da Proporcionalidade**

Segundo Avolio (1999), o termo proporcional, empregado por Von Berg em 1802, ao tratar da possibilidade de limitação da liberdade em virtude do então denominado 'Direito de Polícia' ganhou expressão. Para Steinmetz (2001), no âmbito do processo penal, a grande discussão sobre o princípio da proporcionalidade ocorreu somente em 1925.

A transposição do princípio da proporcionalidade para o plano constitucional deve-se em boa parte ao papel decisivo do Tribunal Constitucional alemão que através da utilização corrente de expressões claramente associadas ao princípio da proporcionalidade em sucessivos pronunciamentos favoreceu o estabelecimento do aludido instituto no ordenamento jurídico germânico, é o que sinaliza Avolio (1999).

Assim, a primeira decisão da Corte Constitucional Alemã que apresenta o teor da clara formulação do princípio da proporcionalidade, se deu em 16 de março de 1971, segundo Avolio (1999):

O meio empregado pelo legislador deve ser adequado e exigível, para que seja atingido o fim almejado. O meio é adequado, quando com seu auxílio se pode promover o resultado desejado; ele é exigível, quando o legislador não poderia ter escolhido outro igualmente eficaz, mas que seria um meio não prejudicial ou portador de uma limitação menos perceptível a direito fundamental (Avolio, 1999, p. 61).

Nucci (2004) acredita que a teoria da proporcionalidade tem por finalidade equilibrar os direitos individuais com os interesses da sociedade, não se admitindo, pois, a rejeição contumaz das provas obtidas por meios ilícitos. Já Nery Júnior (1997) indica que a teoria da proporcionalidade:

[...] na interpretação de determinada norma jurídica, constitucional ou infraconstitucional, devem ser sopesados os interesses e direitos em jogo, de modo a dar-se a solução concreta mais justa. Assim, o desatendimento de um preceito não pode ser mais forte e nem ir além do que indica a finalidade da medida a ser tomada contra o preceito a ser sacrificado (Nery Júnior, 1997, p. 148).

A disposição precisa da proporcionalidade na matéria atinente às provas ilícitas pode ser constatada na lição formulada por Avolio (1999):

A teoria da proporcionalidade ou da razoabilidade, também denominada teoria do balanceamento ou da preponderância dos interesses, consiste, pois, exatamente, numa construção doutrinária e jurisprudencial que se coloca nos sistemas de inadmissibilidade da prova obtida ilicitamente, permitindo, em face de uma vedação probatória, que se proceda a uma escolha, no caso concreto, entre valores constitucionalmente relevantes postos em confronto (Avolio, 1999, p. 64).

Pelo exposto, pode-se defender que a finalidade da inserção da teoria da proporcionalidade no ordenamento jurídico visa fornecer ao julgador um mecanismo de balanceamento do conflito entre Direitos Fundamentais. Quando dois direitos constitucionalmente assegurados se chocam mutuamente, gerando uma situação em que apenas um deles pode subsistir, deve-se eleger o direito mais benéfico para a coletividade, afastando-se da perspectiva individualista.

O Tribunal Constitucional Alemão fundamenta a proporcionalidade no Estado de Direito. A presença da *déia de justiça* como fundamento dessa ordem jurídica, permite que a proporcionalidade seja um meio de sua realização (ANTUNES, 2004).

Essa fundamentação se expressa na Alemanha, Espanha e Portugal. Existe uma tendência na doutrina brasileira em alicerçar a proporcionalidade no Princípio do Devido Processo Legal, previsto no artigo 5º, inciso LIV da Constituição Federal. Segundo Antunes (2004), são defensores dessa linha de pensamento: Gilmar Ferreira Mendes, Luis Roberto Barroso, Clémerson Merlin Cléve, Raquel Denize Stumm e Rosana de Toledo Barros.

Segundo Steinmetz (2001) existem dois pontos de vista concorrentes no que se refere a natureza da proporcionalidade. Para Nicolas Serrano apud Steinmetz (2001), não há controvérsias: o princípio da proporcionalidade goza de dupla dimensão:

À primeira vista o princípio parece ser meramente formal, no sentido de que apenas obriga a ponderar, sem indicar critérios materiais para a solução dos conflitos. Porém, uma análise mais rigorosa, que considere principalmente o desenvolvimento histórico do princípio, desde o Direito Administrativo de polícia até o Direito Constitucional contemporâneo, mostra que o princípio da proporcionalidade é, ao mesmo tempo, um princípio formal e material. Tem, portanto, dupla dimensão (Steinmetz, 2001, p. 156).

O referido princípio, além da proporcionalidade em sentido estrito, é constituído pelos princípios da adequação e da necessidade. Steinmetz (2001), o preleciona o que é o “princípio da adequação”:

[...] ordena que se verifique, no caso concreto, se a decisão normativa restritiva (o meio) do direito fundamental oportuniza o alcance da finalidade perseguida. Trata-se de investigar se a medida é apta, útil, idônea, apropriada para atingir o fim perseguido (Steinmetz, 2001, p. 149).

A medida será adequada quando for possível por meio dela atingir o fim pretendido. Para Ávila (2008), a adequação exige uma relação entre o meio e o fim, ou seja, o meio deve ser suficiente para se atingir o fim pretendido. A necessidade é também conhecida como princípio da menor ingerência possível, da intervenção



mínima, da exigibilidade. Como ressalta Steinmetz (2003) o modo de operacionalização da ponderação concreta de bens se dá mediante a aplicação do princípio da proporcionalidade.

### **3.5 As provas ilícitas e o princípio da proporcionalidade**

Torna-se oportuno conhecer o magistério de Mendes (2007) que esclarece os casos de aplicação da proporcionalidade no Processo Penal:

A tendência de se aplicar este princípio se verifica basicamente em três casos: na admissibilidade da prova ilícita que beneficie o acusado; nas situações de provas ilícitas produzidas pelo acusado em situação de legítima defesa; e na adoção do princípio da proporcionalidade na situação de colisão de direitos fundamentais individuais com o direito fundamental social à segurança (Mendes, 2007, p. 200).

Vê-se que há claro entendimento sobre a aplicabilidade desse princípio sobre o julgamento de admissibilidade das provas ilícitas. Inclusive o autor referido aborda três situações fáticas em que o princípio em comento pode ser acionamento pelo julgador em busca de realizar a melhor justiça para o caso concreto.

Para Grinover, Fernandes e Gomes Filho (2001), a aplicação do Princípio da Proporcionalidade às provas ilícitas se estende inclusive sobre as denominadas provas ilícitas derivadas:

A doutrina e jurisprudência de diversos países oscilaram, durante algum tempo, quanto à admissibilidade processual das provas ilícitas. Da posição inicial, que admitia a prova relevante e pertinente, preconizando apenas a punição do responsável pelo ato ilícito (penal, civil ou administrativo) praticado na colheita ilegal da prova, chegou-se a convicção de que a prova obtida por meios ilícitos deve ser banida do processo, por mais relevantes que sejam os fatos por ela apurados, uma vez que se subsume ela ao conceito de inconstitucionalidade [...]. Hoje essa posição é francamente dominante. Mas dois pontos ainda dividem as preferências da doutrina e

jurisprudência. Trata-se da denominada teoria da proporcionalidade e da questão das chamadas provas ilícitas por derivação (Grinover, Fernandes e Gomes Filho, 2001, p. 135-36).

Logo, reconhecida a inconstitucionalidade da prova obtida por meios ilícitos, estabelece-se um juízo de admissibilidade ou não sobre o conhecimento do conteúdo probatório. Ao comentar sobre o assunto, Capez (2003) informa:

Entendemos não ser razoável a postura inflexível de se desprezar, sempre, toda e qualquer prova ilícita. Em alguns casos, o interesse que se quer defender é muito mais relevante do que a intimidade que se deseja preservar. Assim, surgindo conflito entre princípios fundamentais da Constituição, torna-se necessária a comparação entre eles para verificar qual deve prevalecer (Capez, 2003, p. 33).

Assim, corroborando o entendimento manifestado por Capez (2003) acerca da utilização das provas ilícitas no processo penal, Prado (2006) afirma:

[...] nenhuma garantia constitucional é absoluta, podendo ceder em situações excepcionais, quando se conclui por priorizar um princípio de maior relevância social em detrimento de outro, de menor valor. Dessa forma, o princípio da vedação às provas ilícitas não deve ser visto como absoluto, sendo excepcionalmente relevado, sempre que estiver em jogo um valor significativo, podendo um princípio de menor importância ceder um de maior relevância social. Sabe-se que não existe hierarquia entre os princípios. Devem sempre ser analisados no caso concreto, atribuindo-se valor a cada um dos princípios envolvidos. Se existir alguma circunstância mais importante a ser protegida que a vedação ao uso das provas ilícitas, pode-se, aplicando-se este princípio da proporcionalidade, ser afastada aquela proibição (Prado, 2006, p. 18).

Mesmo diante das opiniões favoráveis à adoção do Princípio da Proporcionalidade no ordenamento jurídico pátrio, Nucci (2004) se mostra reticente nesse campo por considerar que o sistema penal brasileiro ainda não consegue assegurar os Direitos e Garantias Individuais. Dessa forma, ele pugna pela plena proibição da prova ilícita. Mossin (1998), se emparelha a esse entendimento e afirma

categoricamente que somente são admissíveis as provas obtidas por meios lícitos, ou seja, que não forem contrárias à moral e aos bons costumes e principalmente quando não forem atentatórias à dignidade e liberdade de expressão do indiciado ou réu.

Contudo, Aranha (1999) sugere que se acate como solução do confronto de normas constitucionais o interesse preponderante no caso concreto. Para sustentar seu argumento, o autor utiliza o conflito existente entre a necessidade de defesa de um princípio constitucional e a necessidade de punir um criminoso. A solução deve consultar o interesse que preponderar e que, como tal, deve ser preservado.

A validação da prova obtida por meio ilícitos que fortaleça a linha de defesa do acusado, tem acolhido aceitação da doutrina que se alinha ao Princípio da Proporcionalidade. Segundo alguns doutrinadores, essa hipótese somente torna-se viável quando a prova for obtida pelo próprio acusado, que goza de excludente de antijuridicidade, como já explicitado anteriormente.

A respeito desse tópico, Avolio (1999) comenta que tanto a doutrina quanto a jurisprudência aderem ao entendimento favorável à adoção da teoria:

A aplicação do princípio da proporcionalidade sob a ótica do direito de defesa, também garantido constitucionalmente, e de forma prioritária no processo penal, onde impera o princípio do favor rei é de aceitação unânime pela doutrina e pela jurisprudência. Até mesmo quando se trata de prova ilícita colhida pelo próprio acusado, tem se entendido que a ilicitude é eliminada por causas de justificação legais de antijuridicidade, como a legítima defesa (Avolio, 1999, p. 72).

Postados em mesmo patamar de compreensão, Grinover, Fernandes e Gomes Filho (2001) ressaltam que:

Trata-se de aplicação do princípio da proporcionalidade, na ótica do direito de defesa, também constitucionalmente assegurado, e de forma prioritária no processo penal, todo informado pelo princípio do favor rei. Além disso,

quando a prova, aparentemente ilícita, for colhida pelo próprio acusado, tem-se entendido que a ilicitude é eliminada por causas legais, como a legítima defesa, que exclui a antijuridicidade. Assim, na jurisprudência e na doutrina estrangeiras, tem sido vista a conduta da pessoa que grava subrepticiamente sua conversa com terceiro para demonstrar a própria inocência (Grinover, Fernandes e Gomes Filho, 2001, p. 136-37).

Ainda Fernandes (2000) se mostra claramente tendente em aceitar que a proporcionalidade possa ser acionada quando a prova da inocência do réu depende de prova produzida de maneira ilícita. A condenação injustificada ou mesmo a pena elevada imputada a uma pessoa, ainda que tenha sido obtida prova por meios ilícitos, mostra-se evidentemente injusta (FERNANDES, 2000).

Por fim, segundo Bulos (2000), mostra-nos que em matéria de provas ilícitas, a jurisprudência pátria apenas aplica o Princípio da Proporcionalidade *pro reo*, entendendo-se que a ilicitude é eliminada por causas excludentes de ilicitude, tendo em vista o princípio da inocência (STF, HC 74.678 – DF, Rel. Min. Moreira Alves, 1ª Turma).

Contudo, quando a prova ilícita for utilizada para fortalecer a demonstração da ilicitude da conduta do indivíduo, fundamentando a condenação, tanto a doutrina quanto jurisprudência são contrárias a admissão da prova no processo, apesar de haver exceções pontuais. Esse caso é o que se denomina admissão da prova ilícita *pro societate*.

Nessa linha de raciocínio se posiciona Santos (2001), que defende expressamente a utilização da prova ilícita em favor da sociedade:

Se a própria Constituição tratou com extrema severidade os crimes de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes, terrorismo e crimes hediondos (art. 5º, XLII), para combatê-los e, em vista do direito violado no caso concreto (p. ex., a prova obtida com violação da intimidade), parece-nos admissível, com base no princípio da proporcionalidade, a utilização de prova ilícita *pro societate*, principalmente se tais crimes forem executados por organizações criminosas. Nesses casos, afasta-se a proibição do art. 5º, LVI, da CF em nome da manutenção da segurança da coletividade, que também é direito fundamental (art. 5º, caput), direito esse que o Estado tem o dever constitucional de assegurar (art. 144, caput).

Já o Supremo Tribunal Federal, por sua vez, entende que qualquer hipótese de utilização da prova ilícita para fins de condenação do indivíduo deve ser afastada, sendo descabida no ordenamento brasileiro. Por exemplo, a inadmissibilidade defendida pelo Egrégio Tribunal pode ser percebido no HC 80949 cuja ementa expressa:

1. Habeas corpus: cabimento: prova ilícita. 1. Admissibilidade, em tese, do habeas corpus para impugnar a inserção de provas ilícitas em procedimento penal e postular o seu desentranhamento: sempre que, da imputação, possa advir condenação a pena privativa de liberdade: precedentes do Supremo Tribunal. II. Provas ilícitas: sua inadmissibilidade no processo (CF, art. 5º, LVI): considerações gerais. 2. Da explícita proscrição da prova ilícita, sem distinções quanto ao crime objeto do processo (CF, art. 5º, LVI), resulta a prevalência da garantia nela estabelecida sobre o interesse na busca, a qualquer custo, da verdade real no processo: conseqüente impertinência de apelar-se ao princípio da proporcionalidade - à luz de teorias estrangeiras inadequadas à ordem constitucional brasileira - para sobrepor, à vedação constitucional da admissão da prova ilícita, considerações sobre a gravidade da infração penal objeto da investigação ou da imputação (HC 80949 / RJ – Rio de Janeiro - HABEAS CORPUS, Min. Sepúlveda Pertence, j. 30/10/2001 Primeira Turma).

Ao comentar a utilização da proporcionalidade em defesa dos direitos coletivos, Capez (2003) se mostra inclinado a sua admissibilidade:

Entendemos que o princípio da proporcionalidade deve ser também admitido *pro societate*, pois o confronto que se estabelece não é entre direito ao sigilo, de um lado, e direito da acusação à prova, do outro. Trata-se de algo mais profundo. A acusação, principalmente a promovida pelo Ministério Público, visa a resguardar valores fundamentais para a coletividade, tutelados pela norma penal. Quando o conflito se estabelecer entre a garantia, o sigilo e a necessidade de tutelar a vida, o patrimônio e a segurança, bens também protegidos por nossa Constituição, o juiz, utilizando de seu alto poder de discricionariedade, deve sopesar e avaliar os valores contrastantes envolvidos. Suponhamos uma carta apreendida ilicitamente, a qual seria dirigida ao chefe de uma poderosa rede de narcotráfico internacional, com extensas ramificações com o crime organizado. Seria mais importante proteger o direito do preso ao sigilo de sua correspondência epistolar, do qual se serve para planejar crime, do que desbaratar uma poderosa rede de distribuição de drogas, a qual ceifa milhares de vidas de jovens e crianças? (Capez, 2003, p. 253)

Em defesa dessa tese, consta ainda o entendimento de Carnaúba (2000) que assevera:

A inadmissibilidade intransigente no processo das provas obtidas por meios ilícitos também engendra violência, na medida em que legaliza arbitrariedades do individualismo sobre o bem comum. Os crimes que lesam o erário público, observe-se, são, na sua maioria, cometidos com o abuso do próprio direito à privacidade. Nos casos de superfaturamento de obras e serviços públicos, por exemplo, os acordos criminosos acontecem em ambientes sigilosos. Se esse procedimento para obtenção de prova for inadmissível de forma absoluta, a impunidade estará assegurada e, com ela, o estímulo ao cometimento de outros crimes (Carnaúba, 2000, p. 86-7).

Destarte, é imperioso frisar que a tortura nunca poderá ser utilizada para obtenção de uma prova admitida no processo. Nesse caso os bens jurídicos em jogo não permitem a aplicação do Princípio da Proporcionalidade, pois a dignidade humana, fio condutor do ordenamento pátrio, resta plenamente ofendida e irremediavelmente aniquilada. Em resumo, a ponderação acerca da relevância dos bens jurídicos em jogo indica que a integridade física, psíquica e a própria vida, são mais importantes do que a verdade sobre um crime ou a eventual punição do criminoso. Nessa esteira, o ensinamento de Ávila (2008) acerca da aplicação da proporcionalidade ao caso concreto esclarece sobremaneira essa proibição, ao afirmar que a proporcionalidade, como postulado estruturador da aplicação de princípios que concretamente se imbricam em torno de uma relação de causalidade entre um meio e um fim, não possui aplicabilidade irrestrita. Dessa forma, fica patente que nem mesmo a proporcionalidade é dotada de aplicabilidade irrestrita.

Outra questão que ainda merece ser esclarecida trata da validade das provas que derivam da prova ilícita. Esse tipo de prova é denominado por prova ilícita por derivação.

Segundo Grinover, Fernandes e Gomes Filho (2001), a prova ilícita por derivação diz respeito àquelas provas em si mesmas lícitas, mas a que se chegou por intermédio da informação obtida por prova ilicitamente colhida. Por sua vez, Nucci (2004), a diz que essa prova advém do preceito bíblico de que a 'árvore envenenada' não pode dar bons frutos. Assim, quando uma prova for produzida por

mecanismos ilícitos, tal com escuta ilegalmente realizada, não se pode aceitar as provas que daí advenham. Para Avolio (1999) a prova ilícita por derivação:

Concerne às hipóteses em que a prova foi obtida de forma lícita, mas a partir da informação extraída de uma prova obtida por meio ilícito. É o caso da confissão extorquida mediante tortura, em que o acusado indica onde se encontra o produto do crime, que vem a ser regularmente apreendido; ou da interceptação telefônica clandestina, pela qual se venham a conhecer circunstâncias que, lícitamente colhidas, levem à apuração dos fatos (Avolio, 1999, p. 73).

A partir da decisão proferida no caso “Silverthorne Lumber Co. v. United States” (251 US 385; 40 S.Ct. 182; 64 L. Ed. 319), ocorrida em 1920, as cortes norte-americanas afastaram as provas obtidas através de práticas ilícitas, com o objetivo de desencorajar aqueles que pretendessem obter provas através de métodos ilegais (AVÓLIO, 1999).

Reconhecendo a origem estadunidense, Barros (2001) afirma que as provas ilícitas por derivação têm origem na Fruits of the poisonous tree que é conhecida como teoria da árvore envenenada. É o caso de prova em si lícita, mas alcançada através de informação obtida por meio ilícito. Por exemplo: à confissão obtida mediante coação, segue-se regular apreensão do produto de furto. Não pode ser admitida de acordo, com a Constituição Federal Brasileira.

Nesse sentido, podem ser verificadas na jurisprudência nacional decisões que fortalecem esse juízo. Por exemplo, nos casos em que as provas ilícitas por derivação não são decisivas na fundamentação do órgão julgador, o Supremo Tribunal Federal entende que não há contaminação dos elementos probatórios por vício de inconstitucionalidade da prova ilícita, restando o processo válido:

Não estando a denúncia respaldada exclusivamente em provas obtidas por meios ilícitos, que devem ser desentranhadas dos autos, não há porque declarar-se a sua inépcia porquanto remanesce prova lícita e autônoma, não contaminada pelo vício de inconstitucionalidade (RHC nº 74807/MT. 2ª Turma. Rel. Min. Maurício Côrrea. 22.04.1997). É que a interceptação telefônica - prova tida por ilícita até a edição da Lei nº 9.296, de 24.07.96,

que contamina as demais provas que dela se originam - não foi a prova exclusiva que desencadeou o procedimento penal, mas somente veio a corroborar as outras licitamente obtidas pela equipe de investigação policial. Habeas Corpus indeferido (HC nº 74530. 2ª Turma. Rel. Min. Marco Aurélio. 12/11/1996).

Contudo, Avolio (1999) alerta que as decisões do Supremo apresentam divergência desde longa data, ao esclarecer que:

A questão dos *fruit of the poisonous tree* suscitou divergência em recente julgamento do Supremo Tribunal Federal, de 30.06.1993. O Min. Sepúlveda Pertence afirmou em seu voto que essa doutrina é a única capaz de dar eficácia à garantia constitucional da inadmissibilidade da prova ilícita. E isto porque "vedar que se possa trazer ao processo a própria 'degravação' das conversas telefônicas, mas admitir que as informações nela colhidas possam ser aproveitadas pela autoridade, que agiu ilicitamente, para chegar a outras provas, que sem tais afirmações, não colheria, evidentemente, é estimular e não reprimir a atividade ilícita da escuta e da gravação clandestina de conversas privadas". A esse entendimento aderiram os Ministros Francisco Rezek, Ilmar Galvão, Marco Aurélio e Celso de Mello. Em sentido contrário, argumentou o Ministro Sydney Sanches com um exemplo, segundo o qual a polícia, através de uma interceptação ilícita, toma conhecimento de um homicídio e passa a investigá-lo, logrando encontrar o corpo de delito e obter o depoimento de testemunhas presenciais, além da confissão do próprio autor do crime. Considerando que as provas se repetiram em juízo, o Ministro não vê como não se poderia apoiar a condenação nesse conjunto probatório, "só porque o fio da meada foi uma prova ilícita". O Min. Moreira Alves utiliza exemplo semelhante para sustentar que "o absurdo da conclusão" - que seria a impunidade de poderosa rede de traficantes "demonstra a errônea da premissa" - a teoria das provas ilícitas por derivação. Por não entenderem os demais ministros que a ilicitude da quebra de sigilo possa "ter a consequência de nulificar tudo aquilo mais que se venha a obter de prova servida à instrução do processo e ao convencimento do juiz", como aduziu o Min. Octávio Gallotti, o Tribunal, por escassa maioria rejeitou a aplicação da doutrina nesse caso concreto (Avolio, 1999, p 77).

Assim, acertadamente Avolio (1999) conclui pela impossível utilização das provas ilícitas por derivação:

A questão de fundo não difere em se tratando de provas obtidas ilicitamente ou de provas ilícitas por derivação. Haverá, sempre, uma referência constitucional, cujo enfoque deverá ser o das liberdades públicas. Qualquer outra concepção da matéria, atrelada ao dogma da verdade real ou



divorciada de uma visão político-constitucional do processo penal, é de se reputar superada (Avolio, 1999, p. 78).

A Lei 11.690/08 ao modificar alguns dispositivos do Código de Processo Penal positivou a vedação da prova ilícita por derivação no Processo Penal na redação do artigo 157, § 1º: “são também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras”.

Desse modo, pode-se afirmar que a legislação proíbe a utilização das provas ilícitas por derivação no Processo Penal. Contudo, essa regra apresenta duas exceções de flexibilização, enunciados pela própria legislação. Nos casos em que a prova inevitavelmente seria descoberta durante a investigação policial ou que não apresente nexo de causalidade com a prova ilícita, deve-se defender sua admissibilidade no processo, ainda que decorrente indiretamente de uma prova ilícita.

Silva (2007) apresenta uma discussão acerca da admissibilidade da prova ilícita por derivação no Processo Penal, fundamentando seus argumentos na mitigação da vedação constitucional das provas ilícitas, que excepcionalmente podem ser acolhidas. Segundo o autor, a prova ilícita por derivação, apesar de proibida, ainda, assim, poderá ser aceita caso os direitos em disputa possam ser sopesados. Nesse caso, há convocação explícita do Princípio da Proporcionalidade, nos moldes já descritos acima.

[...] em se adotando o entendimento de que a prova derivada é contaminada pela obtida ilicitamente, há que se sopesar os interesses em litígio para chegar à conclusão se ela poderá ser admitida no processo, haja vista que nenhum direito ou garantia constitucional é absoluto. Assim, se direitos e garantias individuais da pessoa que praticou um crime gravíssimo entraram em conflito com o direito da sociedade a ver um criminoso punido, há de ponderar o de maior valia, qual seja, o da sociedade, uma vez que as normas constitucionais não podem ser utilizadas para a salvaguarda de práticas ilícitas. (SILVA, 2007, p. 31-2)

Em sentido similar, Capez (2003) ensina que a interferência da proporcionalidade no conflito entre os princípios constitucionais funciona como elemento de harmonização, permitindo que prepondere o valor de maior interesse social.

Em outras palavras o direito à liberdade (no caso da defesa) e o direito à segurança, à proteção da vida, do patrimônio etc. (no caso da acusação) muitas vezes não podem ser restringidos pela prevalência do direito à intimidade (no caso das interceptações telefônicas e das gravações clandestinas) e pelo princípio da proibição das demais provas ilícitas. Entra aqui o princípio da proporcionalidade, segundo o qual não existe propriamente um conflito entre as garantias fundamentais. No caso de princípios constitucionais contrastantes, o sistema faz atuar um mecanismo de harmonização que submete o princípio de menor relevância ao de maior valor social. (CAPEZ, 2003, p. 34)

Em vista dos argumentos apresentados, constata-se que a teoria da proporcionalidade viabiliza a utilização das provas ilícitas por derivação no Processo Penal, mantendo a validade das discussões realizadas sobre as provas materialmente ilícitas.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir da discussão sobre o conceito e a importância da prova no contexto do Processo Penal, constata-se que o termo se reveste de múltiplos sentidos. Podem ser evidenciados um sentido comum e um sentido jurídico. No sentido comum, a prova se caracteriza por ser um elemento capaz de levar o conhecimento de um fato a alguém. Em sentido jurídico, Pacheco (2008) elucidada que a prova pode ser entendida como fonte, manifestação da fonte, meio de atividade probatória, resultado, meio de prova e meio de obtenção de prova. Nesse sentido, o jurídico, a prova deve ser entendida como o conjunto de atos e meios utilizados pelas partes, pelo juiz e por terceiros e reconhecidos pelo julgador como a verdade dos fatos alegados.

Da exposição formulada, emergem três fatores capitais vinculados à perspectiva jurídica da prova: o primeiro se refere aos meios de prova; o segundo se refere às atividades para sua obtenção e, por derradeiro, a multidimensionalidade da tangencia da prova no campo social.

A inserção da prova no processo para que possa produzir seus efeitos de interferência na convicção do juiz deve se revestir dos preceitos constitucionais e da legislação infraconstitucional. A prova que obedece a esses preceitos passa a ser considerada prova lícita. Portanto, a licitude da prova é condição para sua admissibilidade no Processo Penal, uma vez que sobre ela se ergue toda a dialética processual.

Discutiu-se ainda sobre a classificação das provas. Nesse aspecto não há posicionamento pacífico entre os doutrinadores. Utilizou-se a proposta formulada por Malatesta, seguindo a lição de Aranha (1999) e Souza (2008). Dessa forma, a prova recebeu a tipologia segundo os critérios do objeto (direta ou indireta), do sujeito (pessoal ou real) e da forma (testemunhal, documental ou material).

Sobre o sistema de obtenção da prova, tem-se uma sucessão de sistemas com fundamentos próprios de cada época em que surgiram. Assim, tem-se o sistema ordálico, que se caracteriza pela crueldade na obtenção da prova. Esse

sistema vigorou até o surgimento do inquérito, primeiro passo rumo à configuração do sistema inquisitório. Após isso, a evolução do sistema permitiu que o acusado fosse reconhecido como sujeito de direitos e não mero objeto de prova.

Em paralelo, os sistemas de avaliação da prova foram sucedendo também. Originou-se com o sistema da prova legal, da íntima convicção e avançou até o sistema da persuasão racional. Da valorização absoluta da confissão, passando pela livre apreciação do órgão julgador, chegou-se ao sistema da fundamentação das decisões. No Brasil vigora o sistema da livre convicção motivada, que é uma justaposição dos modelos. O julgador é livre para apreciar as provas, contudo deve manifestar os fundamentos de sua decisão.

A partir dessas considerações, partiu-se para o estudo dos princípios constitucionais relativos à disciplina das provas. Essa etapa se apresenta importante pelo destaque que a reforma do Processo Penal deu aos princípios constitucionais incidentes sobre a prova.

Verificou-se não haver unanimidade entre os doutrinadores acerca dos princípios. Dessa forma, utilizaram-se as lições de Aranha (1999) e Pacheco (2008). Sendo debatidos o conteúdo dos seguintes princípios: da Auto-Responsabilidade das Partes; da Audiência Contraditória, da Aquisição ou Comunhão da Prova, da Oralidade, da Concentração, da Publicidade, do Livre Convencimento Motivado, da Instrumentalidade, da Jurisdição, Instrumental-Punitivo, da Ampla Defesa, do Contraditório, da Presunção de Inocência e da Verdade Real.

A partir da compreensão do conceito, da finalidade, da importância, da classificação, dos sistemas de avaliação da prova e dos princípios constitucionais incidentes sobre a matéria, tornou-se menos árido realizar o estudo das provas ilícitas e a atuação do Princípio da Proporcionalidade, importante mecanismo de harmonização do ordenamento jurídico.

Consolidou-se ainda o entendimento acerca das provas defesas no Processo Penal. As provas inadmissíveis são o gênero dos quais as provas ilícitas são espécies. As provas ilícitas são aquelas viciadas pela ilegalidade da obtenção, pois ferem algum dos princípios de Direito Material, especialmente os de cunho

Constitucional. A par dessa definição elaborada a partir da pesquisa, a doutrina reconhece a existência das provas ilegítimas, que ofendem a direitos de ordem processual. Essa diferenciação é somente didática, uma vez que ambas são exemplares de prova inadmissível.

Para que a prova seja banhada pela ilicitude, o seu meio de obtenção deve estar expresso na legislação como tal. Tais provas não são aceitas pelo ordenamento jurídico, portanto, não podem ser inserida nos autos do processo penal. Contudo, ficou evidente que esse entendimento não é rígido, pois contempla a excepcionalidade do caso em que o interessado consente com a violação de seus direitos. É importante frisar que esses direitos devam ser disponíveis. Nesse caso, há que se falar de flexibilização, admitindo-se no processo as provas, ainda que ilicitamente obtidas.

Essa excepcionalidade tem fundamento no denominado Princípio da Proporcionalidade cuja finalidade é dotar o ordenamento jurídico de um mecanismo de harmonização do conflito entre direitos fundamentais igualmente vilipendiados. Em resumo, esse princípio visa indicar um direito que deve prevalecer sobre outro, depois de sopesados os prejuízos e benefícios da decisão judicial, levando-se em conta a relevância do bem jurídico tutelado para a sociedade como um todo.

Tendo por fundamento esse princípio, a admissibilidade das provas ilícitas no Processo Penal pode se desdobrar para inocentar o acusado (*pro reo*) ou para embasar a condenação do réu (*pro societate*).

No primeiro caso, a admissibilidade da prova é amplamente aceita pela doutrina e pela jurisprudência. Conclui-se que, sopesando-se os bens jurídicos em disputa, o direito à liberdade, a integridade física e psíquica, devem subsistir na defesa do acusado caso se caracterize alguma irregularidade sobre a prova. Na segunda hipótese, há divergência jurisprudencial. A despeito desse situação conflitante, percebe-se que a utilização da prova ilícita "*pro societate*" pode ser utilizada também, desde que seja feita com as ressalvas delineadas na lei, caracterizando sua excepcionalidade.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 1986.

ANTUNES, Roberta Pacheco. O Princípio da Proporcionalidade na Problemática das Provas Ilícitas em Matéria Criminal. Curitiba. **Jus Navigandi**. 2004. Disponível em: < <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8153&p=3> >. Acesso em: 25 fev. 2011.

ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. **Da prova no processo penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

ÁVILA , Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

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

BARROS, Flaviane de Magalhães. **(Re)forma do processo penal**: comentários críticos dos artigos modificados pelas leis n. 11690/08 e n. 11719/08. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

BARROS, Antônio Milton de. **Da prova no Processo no Penal**: apontamentos gerais. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal Anotada**. São Paulo: Saraiva, 2000.

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

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Efetividade do processo penal e golpe de cena: um problema às reformas processuais. In: WUNDERLICH, Alexandre (Org). **Escritos de direito e processo penal em homenagem ao professor Paulo Cláudio Tovo**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002.

DEZEM, Guilherme Madeira. **Da prova penal: tipo processual, provas típicas e atípicas**. Campinas: Millennium, 2008.

FERNANDES, Antônio Scarance. **As nulidades no Processo Penal**. (em colaboração com Ada Pellegrini Grinover e Antônio Magalhães Filho). 2. ed. São Paulo: Malheiros. 2000.

FERNANDES, Antônio Scarance. **Processo penal constitucional**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui (Coord.). **Código de Processo Penal e sua Interpretação Jurisprudencial**. v. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

GOMES, Luiz Flávio; CUNHA, Rogério Sanches e PINTO, Ronaldo Batista. **Comentários às reformas do Código de Processo Penal e da Lei de Trânsito: novo procedimento do Júri**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

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

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antônio Scarance; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **As nulidades no Processo Penal**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

**LEI Nº 11.690**, de 09 DE JUNHO DE 2008. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – **Código de Processo Penal**, relativos à prova, e dá outras providências. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil/\\_Ato2007-2010/2008/Lei/L11690.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11690.htm)>. Acesso em: 25 fev. 2011.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. vol. 2. Campinas: Millennium, 2000.

MENDES, Emerson Castelo Branco. **Provas ilícitas no processo penal**: uma abordagem sob a perspectiva dos direitos e garantias individuais. Fortaleza: ABC, 2007.

MENDONÇA, Andrey Borges de. **Nova reforma do código de processo penal: comentada artigo por artigo**. \_ ed.; São Paulo, Método, 2008.

MIRABETE, Júlio Fabrini. **Processo penal**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

MOSSIN, Heráclito Antônio. **Curso de Processo Penal**. v. 2. São Paulo: Atlas, 1998.

NASCIMENTO, José Carlos. As provas produzidas por meios ilícitos e sua admissibilidade no Processo Penal. Curitiba: **Jus Navigandi**. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7180>>. Acesso em: 12 set. 2009.



NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

NUCCI, Guilherme de Sousa. **Tribunal do júri**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

\_\_\_\_\_. **Código de Processo Penal Comentado**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

PACHECO, Denílson Feitoza. **Direito processual penal: teoria, crítica e práxis**. 5. ed. Niterói: Impetus, 2008.

PRADO, Leandro Cadenas. **Provas ilícitas no Processo Penal: teoria e interpretação dos tribunais superiores**. Rio de Janeiro: Impetus, 2006.

SANTOS, Paulo Ivan da Silva. As provas obtidas com violação da intimidade e sua utilização no Processo Penal . **Jus Navigandi**, Teresina, ano 5, n. 51, out. 2001. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2110>>. Acesso em: 07set. 2009.

SILVA, César Dário Mariano da. **Provas Ilícitas: princípio da proporcionalidade, interceptação e gravação telefônica, busca e apreensão, sigilo e segredo, confissão, comissão parlamentar de inquérito e sigilo**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

SILVA, Germano Marques da. **Curso de Processo Penal**. v. 2. Lisboa: Verbo, 1993.

SILVA, Marco Antônio Marques da Silva. **Juizados Especiais Criminais**. São Paulo: Saraiva, 1997.

SOUZA, Sérgio Ricardo de. **Manual da prova penal constitucional: pós-reforma de 2008**. Curitiba: Juruá, 2008.

STEINMETZ, Wilson Antônio. **Colisão de Direitos Fundamentais e Princípio da Proporcionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.