

**UNI RN – CENTRO UNIVERSITÁRIO DO RIO GRANDE DO
NORTE**

POSSIBILIDADE ADMISSIBILIDADE DAS PROVAS ILÍCITAS
No ordenamento jurídico brasileiro.

GLICIA GALDINO PACHECO

NATAL/RN, FEVEREIRO DE 2016.

**UNI RN – CENTRO UNIVERSITÁRIO DO RIO GRANDE DO
NORTE**
CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO EM PENAL E PROCESSO PENAL

POSSIBILIDADE ADMISSIBILIDADE DAS PROVAS ILÍCITAS
No ordenamento jurídico brasileiro.

GLICIA GALDINO PACHECO

Monografia submetida ao UNI RN, como
requisito para obtenção de grau de
especialista em Direito Penal e Processual
Penal.

Orientador: Sandresson Menezes

NATAL/RN, FEVEREIRO DE 2016.

SUMÁRIO

RESUMO.....	5
ABSTRACT.....	6
INTRODUÇÃO.....	7
PROVA ILÍCITAS.....	8
CONCEITO, OBJETO E FINALIDADE	
CONCEITO.....	8
OBJETIVO.....	9
FINALIDADE.....	9
CLASSIFICAÇÃO.....	10
PRINCÍPIOS DA PROVA.....	11
AUTO RESPONSABILIDADE DAS PARTES.....	11
AUDIÊNCIA CONTRADITÓRIA.....	12
COMUNHÃO/AQUISIÇÃO DA PROVA.....	12
ORALIDADE.....	12
CONCENTRAÇÃO.....	13
PUBLICIDADE.....	13
LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO / PERSUASÃO RACIONAL.....	14
LIBERDADE PROBATÓRIA.....	15
MEIOS DE PROVA.....	16
PRINCÍPIOS E REGRAS DA PROPORCIONALIDADE.....	17

PROVAS ILÍCITAS.....	22
PROVAS ILÍCITAS A FAVOR DO RÉU.....	41
PROVAS ILÍCITAS A FAVOR DA SOCIEDADE.....	46
CONCLUSÃO.....	53
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	56

RESUMO

O intuito do trabalho é o estudo sobre possibilidade da admissibilidade das provas ilícitas no processo penal.

Primeiramente é abordado o conceito de provas, para historicamente facilitar a compreensão do leitor. Logo após, é feita a explicação da divergência entre princípios e regras, no tocante aos direitos e garantias fundamentais.

Somente após tais conceituações, entra-se na questão do princípio da proporcionalidade e sua relevância para o tema, pois é este princípio o responsável por afastar a proibição das provas ilícitas.

É utilizada a legislação brasileira para fins de explicação, bem como diversas jurisprudências que desvendam as posições que têm sido tomadas diante da temática.

O trabalho visa esclarecer que o princípio constitucional da inadmissibilidade das provas ilícitas é relativo, visto que aplicando o princípio da proporcionalidade, a norma mais benéfica é que deverá ser utilizada pelo réu.

ABSTRACT

The aim of the work is the study of the possibility of the admissibility of illegal evidence in criminal proceedings.

First addresses the concept of evidence, to historically facilitate the reader's understanding. Soon after, the explanation of the difference between principles and rules is made, with regard to fundamental rights and guarantees.

Only after such conceptualizations, we reach the question of the proportionality principle and its relevance to the topic, since this principle is responsible for remove the ban on illegal evidence.

Brazilian law for purposes of explanation is used, as well as various case laws that unlock the positions that have been taken on the matter.

The work is to clarify the constitutional principle of the inadmissibility of illegal evidence is relative, since applying the principle of proportionality, the most beneficial standard is to be used by the defendant.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho objetiva se aprofundar na temática da admissibilidade da prova ilícita no processo penal e ordenamento jurídico brasileiro.

Os objetivos são destacados em: produzir uma monografia para fins de obter título de especialista em direito penal e processo penal pela Damásio. Bem como o próprio estudo para saber se a prova ilícita tem como ser usada no processo penal.

A escolha do tema foi delimitado pela questão de ser uma problemática que paira sobre o processo penal, visto que não se encontra pacificada. Existem hoje, várias opiniões que dividem doutrinadores, decisões divergentes em órgãos julgadores, e consequentemente acarretando diversas teorias e posicionamentos. Assim como ser um tema atual e de extrema relevância principalmente em tempos de iminência modificação do processo penal.

Os capítulos abordados a seguir são basicamente fundamentados em jurisprudências do Brasil e doutrinas. Este trabalho não tem o ímpeto de esgotar todas as teorias, teses, posicionamentos e eventualmente até soluções, pois se trata de um tema que não tem posição unificada ainda.

À priori, trataremos da questão da inclusão da prova ilícita no processo penal brasileiro, expondo conceituações, princípios, meios de prova e suas classificações, para posteriormente ser exposto o instituto em si da prova ilícita e suas vertentes.

No capítulo seguinte é trazido à baila a questão da admissibilidade da prova ilícita pro reo, os motivos pelos quais somente o réu teria direito a esta aceitação ainda que relativa. Expõe ponto a ponto como o direito individual fundamental do réu é mais importante que princípios processuais.

Ainda é explicitado os pros e contras da admissibilidade da prova ilícita a favor da sociedade. Como é um tema de pouca aceitação doutrinária e jurisprudencial, no entanto, tem seus pontos fortes resguardados, como a segurança coletiva.

Por fim, esse trabalho é encerrado com sua devida conclusão, onde são expostos os pontos que foram conclusivos para o tema. E deixando claro que o intento é também o estudo e consequente reflexão acerca da

temática, estimulando a tese de possibilidade da aceitação da prova ilícita no processo penal.

Para essa monografia, foram abordadas as seguintes hipóteses: a inadmissibilidade das provas ilícitas de forma relativa no âmbito teórico, baseando-se em interpretação de princípios e quando o mais importante deverá ser usado em desfavor daquele de menos importância naquele caso em si; o princípio da proporcionalidade tem o condão de fazer que outros princípios de cunho constitucional e processual acabem prevalecendo sobre o da inadmissibilidade das provas ilícitas. Assim como, em casos graves, quando o réu apenas tem o meio ilícito para provar sua inocência.

A metodologia usada foi o método indutivo inicialmente, e os resultados que foram expressos são compostos pela lógica indutiva. Nas demais fases foi usada a pesquisa bibliográfica.

1.2 DA PROVA: CONCEITO, OBJETO E FINALIDADE

1.2.1 CONCEITO

O termo “prova” vem do latim: *probatio*. O termo em latim por sua vez, significa formar juízo, examinar, verificar. De fato, a palavra “prova” tem vários significados, podendo ser abordado de várias formas, porém neste presente trabalho o sentido a ser tratado é tão somente o jurídico.

De acordo com o doutrinador Tourinho Filho, prova é tão somente “estabelecer a existência da verdade; e as provas são meios pelos quais se procura estabelecê-la. É demonstrar a veracidade do que se afirma, do que se alega. Entendem-se, também, por prova, de ordinário, os elementos produzidos pelas partes ou pelo próprio Juiz visando a estabelecer, dentro do processo, a existência de certos fatos. É o instrumento de verificação do *thema probandum*. ” (TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Manual de processo penal, 11 ed. Ver. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2009, p. 522.)

Para Nucci, o termo “prova” detém mais de uma definição, são elas: “a) ato de provar: é o processo pelo qual se verifica a exatidão ou a verdade do fato alegado pela parte no processo (ex.: fase probatória); b) meio: trata-se do instrumento pelo qual se demonstra a verdade de algo (ex.: prova testemunhal); c) resultado da ação de provar: é o produto extraído da análise dos instrumentos de prova oferecidos, demonstrando a verdade de

um fato”. (NUCCI, Guilherme de Souza, Código de Processo Penal comentado, 8ª ed., ver., atual. E ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 338.)

Ainda, para Mirabete, “prova” significa “Produzir um estado de certeza, na consciência e na mente do juiz, para sua convicção, a respeito da existência ou inexistência de um fato, ou da verdade ou falsidade de uma afirmação sobre uma situação de fato, que se considera de interesse para uma decisão judicial ou a solução de um processo”. (MIRABETE, Julio Fabbrini, Processo penal, 18 ed. Ver. E atual. – São Paulo: Atlas, 2006, p.249.)

Ou seja, de forma mais simplória, a prova nada mais é do que a forma de mostrar para o juiz que a alegação é verdadeira ou falsa.

1.2.2 OBJETO

O objeto da prova é a reunião de fatos que deverão ser demonstrados e consequentemente provados, no processo. Senão vejamos.

Adalberto Aranha, afirma que o objeto da prova “é o fato a ser demonstrado, isto é, todos os fatos sobre os quais versem a ação penal e devam ser verificados”. (ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. Da prova no processo penal, 7 ed. Ver. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2006, p. 5.)

Já para Tourinho Filho “todos os fatos sobre os quais versa a lide são objeto da prova (...) é o fato a ser provado”. (TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Manual de processo penal, 11 ed. Ver. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2009, p. 522.)

1.2.3 FINALIDADE

A finalidade da prova, nada mais é construir plena convicção do juiz diante do que foi exposto, montar os elementos que se fazem importantes para isto.

Para Nucci, a exposição de provas tem como intento convencer o juiz da verdade do fato em litígio e assim buscar a verdade. E neste ponto vale salientar que a verdade a que ele se refere, não é necessariamente a possível. Mas também a palpável.

De um outro prisma, Prado chega a aduzir que a finalidade da prova é “formar o convencimento do juiz sobre o que se alega e

embasar a decisão final da demanda perante coletividade.” (PRADO, Leandro Cadenas. Provas ilícitas– teoria e interpretação dos tribunais superiores.2 ed. – Rio de Janeiro: Impetus, 2009, p.4)

Diante o entendimento doutrinário exposto, resta clara que a prova se baseia não tão somente no convencimento do juiz no tocante a veracidade dos fatos ou não, mas também para ser usada pela sociedade hodierna, verificando-se a fundamentação desta.

1.3 CLASSIFICAÇÃO

Inicialmente, é preciso esclarecer que existem várias classificações acerca das classificações da prova, que são seguidas também de vários critérios.

Usando como parâmetro Adalberto Aranha, que entende a classificação das provas seguindo três critérios: objeto, sujeito e forma. Ainda de acordo com o autor, pode-se resumir assim: o objeto da prova recairá sobre o fato que se pleiteia ser reconhecido. O objeto é subdividido de forma direta, que é quando está se referindo ao fato da prova. Já a indireta suscita a relatividade dos fatos, o famigerado “indício”. E ainda faz-se mister ressaltar que para chegar no indício, é usado o raciocínio lógico.

Sujeito da prova, pode se referir tanto a uma coisa quanto a uma pessoa que provém da prova. O sujeito também é subdividido de acordo com Aranha: os sujeitos chamados de reais, são aqueles inerentes à coisa (e aqui cabe o exemplo da impressão digital numa eventual arma usada no crime). Já no caso dos sujeitos morais, são aqueles originários da pessoa humana (como o exemplo da oitiva de testemunhas). (ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. Da prova no processo penal, 7 ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2006, p. 23-25.)

No tocante à forma da prova, o que é importante dizer é que podem ser elas apresentadas de forma material, testemunhal e até mesmo através de documentos que comprovem a veracidade do alegado.

No caso da materialidade da prova, ela pode ser obtida através de reações, sejam elas físicas, químicas e até biológicas. Na testemunhal, quem produz é um terceiro, que se encontra de fora do litígio. E por fim, as provas documentais, podem ser usados documentos públicos ou privados.

1.4 PRINCÍPIOS GERAIS DA PROVA

Princípios são a origem de algo, o condão que baseia o ordenamento jurídico. Os princípios que norteiam o processo penal no tocante as provas são divididos em:

1.4.1 AUTO-RESPONSABILIDADE DAS PARTES

De acordo com Aranha, a auto-responsabilidade das partes “arrume e suporta as consequências de sua inatividade, negligência, erro ou atos intencionais, pois tem o encargo de apresentar em juízo os elementos comprobatórios das alegações feitas e que lhe compete demonstrar”. (ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. Da prova no processo penal, 7 ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2006, p. 32 e 33.)

Por outro prisma, Prado entende que este princípio significa que “cada parte assume as consequências por suas ações e omissões na produção de provas” (PRADO, Leandro Cadenas. Provas ilícitas– teoria e interpretação dos tribunais superiores. 2 ed. – Rio de Janeiro: Impetus, 2009, p. 6.) - E aqui cabe o exemplo da negligência no que concerne a produção de provas. Se não é produzida, sofrerá resultados devido a tal omissão.

Em suma, o princípio aqui discutido revela que as partes são sim responsáveis pela produção das provas ou pela falta delas, e ainda, das consequências.

1.4.2 AUDIÊNCIA CONTRADITÓRIA

Prado aduz que o princípio da audiência contraditória é a base do contraditório. Tal princípio expõe que, uma vez produzida a prova, a outra parte terá direito a tomar conhecimento desta e ainda, se manifestar. (PRADO, Leandro Cadenas. Provas ilícitas– teoria e interpretação dos tribunais superiores. 2 ed. – Rio de Janeiro: Impetus, 2009, p. 6.)

Neste mesmo liame, Mirabete diz que “toda prova admite a contraprova, não sendo admissível a produção de uma delas sem o conhecimento da outra parte (princípio do contraditório)”. (MIRABETE, Julio Fabbrini, Processo penal, 18 ed. Ver. E atual. – São Paulo: Atlas, 2006, p.260). Desta forma, é possível dizer que o princípio da audiência contraditória se origina no princípio do contraditório.

1.4.3 COMUNHÃO OU AQUISIÇÃO DA PROVA

Prado entende como o princípio da comunhão da prova que a partir do momento em que a prova é produzida, ela passa a ser parte do processo, e não mais pertence a nenhuma das partes em litígio.

Fernando Capez comunga da mesma opinião: “no campo penal, não há prova pertencente a uma das partes; as provas produzidas servem a ambos os litigantes a ao interesse da justiça”. (CAPEZ, Fernando. Curso de processo penal, 14 ed. Ver. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2007, p. 315.)

1.4.4 ORALIDADE

Este princípio tem como entendimento de Prado, que a palavra falada deverá prevalecer, como por exemplo, o depoimento deverá ser mais considerado que a palavra escrita. (PRADO, Leandro Cadenas. Provas ilícitas– teoria e interpretação dos tribunais superiores. 2 ed. – Rio de Janeiro: Impetus, 2009, p. 7.)

Aranha afirma que: “os depoimentos serão sempre orais, não sendo possível substituí-los por outros meios, como declarações particulares. No júri e no processo sumário os debates são orais”. (ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. Da prova no processo penal, 7 ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2006, p. 33-34.)

Resta claro então, que no processo penal, as provas orais terão preferência sobre as escritas.

1.4.5 CONCENTRAÇÃO

No tocante ao princípio da concentração, Fernando Capez aduz: “como consequência do princípio da oralidade, busca-se concentrar toda a produção de prova na audiência”. (CAPEZ, Fernando. Curso de processo penal, 14 ed. Ver. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2007, p. 315.)

Já Prado entende que é preciso concentrar a produção das provas em audiência, por questão de economia e até mesmo agilidade processual. (PRADO, Leandro Cadenas. Provas ilícitas– teoria e interpretação dos tribunais superiores. 2 ed. – Rio de Janeiro: Impetus, 2009, p. 7.)

1.4.6 PUBLICIDADE

Fernando Capez tem o entendimento que “os atos judiciais (e portanto a produção de provas) são públicos, admitindo-se somente como exceção o segredo de justiça”. (CAPEZ, Fernando. Curso de processo penal, 14 ed. Ver. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2007, p. 315.)

O art. 5º, LX, da CRFB/88 aduz: “a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem”. (BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em 10/09/2014.)

Em suma, tanto os atos judiciais quanto a produção de provas devem ser públicos, exceto no segredo de justiça para salvaguardar a intimidade da parte ou até mesmo pelo interesse social.

1.4.7 LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO OU PERSUASÃO RACIONAL

Prado explica por este princípio, que é a mais importante teoria que o código de processo penal, bem como o código de processo civil adotam no que concerne ao valor da prova, que deverá ser livre, porém motivada pelo juiz. (PRADO, Leandro Cadenas. Provas ilícitas– teoria e interpretação dos tribunais superiores. 2 ed. – Rio de Janeiro: Impetus, 2009, p. 7.)

De acordo com esse princípio Capez ensina: “as provas não são valoradas previamente pela legislação; logo, o julgador tem liberdade de apreciação, limitado apenas aos fatos e circunstâncias constantes nos autos”. (CAPEZ, Fernando. Curso de processo penal, 14 ed. Ver. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2007, p. 315.)

Significa dizer então que o juiz poderá valorar as provas que foram produzidas no processo livremente, conforme o seu próprio convencimento, porém deverá motivar.

1.4.8 VEDAÇÃO DAS PROVAS OBTIDAS POR MEIOS ILÍCITOS

O art. 5º, LVI, CRFB/88 esclarece que ninguém deverá ser condenado baseando-se em prova ilícita. (BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em 10/09/2014). No entanto, este assunto será ainda devidamente discutido no decorrer deste trabalho.

1.4.9 LIBERDADE PROBATÓRIA

Devido ao princípio da verdade real, existe uma relevante liberdade na produção de provas, no entanto, essa liberdade é relativa.

Boschi ensina que “No seu objetivo de realizar justiça, tentando chegar o mais próximo possível da denominada “verdade real”, não existem limitação aos meios de prova no processo penal, portanto, tudo o que lícito, for idôneo será como prova, consagrando-se, assim, o princípio

da liberdade dos meios de prova colocados à disposição dos sujeitos processuais. Entretanto, esse princípio não é absoluto, pois o artigo em comento estabelecer restrições quanto às provas sobre o “estado das pessoas”, que devem ser aquelas estabelecidas na lei civil”. (BOSCHI, Marcus Vinicius, Código de processo penal comentado/ org. Marcus Vinicius Boschi; Aramis Nassif... [et al.]. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008, p. 163.)

É possível exemplificar essa liberdade, no art. 6º do CPP. Este prevê: “logo que tiver conhecimento da prática da infração penal, a autoridade policial deverá: III -colher todas as provas que servirem para o esclarecimento do fato e suas circunstâncias”. (BRASIL, Código de processo penal. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Decreto-Lei/Del3689Compilado.htm>>. Acesso em 10/09/2014.)

O art. 155, parágrafo único do CPP também serve de exemplo, senão vejamos: “Somente quanto ao estado das pessoas serão observadas as restrições estabelecidas na lei civil”. (BRASIL, Código de processo penal. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Decreto-Lei/Del3689Compilado.htm>>. Acesso em 10/09/2014.)

Ainda neste liame da liberdade probatória, já existem decisões contrárias às limitações que são impostas a esse princípio. O entendimento jurisprudencial do Tribunal de Santa Catarina aduz:

[...] Torna-se, portanto, descabida a exigência de laudo pericial para prova da materialidade dos delitos que deixam vestígios, prevista no art. 158 do Código de Processo Penal, na medida em que a Constituição Federal confere ao Juiz a livre apreciação da prova, vedando tão-somente a utilização das provas obtidas por meios ilícitos (art. 5º, LVI, daCF), sem tarifar ou submeter a hierarquia as provas lícitas. Na busca da verdade real, devem prevalecer os princípios da liberdade probatória e do livre convencimento [...]. (BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, Apelação Criminal nº. 2007.056929-9, Rel. Amaral e Silva, publicado em 14/04/2008. Disponível em <<http://app.tjsc.jus.br/jurisprudencia/acnaintegra!html.action?qTodas=%22liberdade+probat%F3ria%22&qFrase=&qUma=&qNao=&qDataIni=&qDataFim=&qProcesso=&qEmenta=&qClasse=&qRelator=&qF>>.

Desta forma, resta cristalino que a liberdade probatória é ampla, sofrendo, portanto algumas restrições. Tais restrições no sentido de proteger a moralidade e dignidade da pessoa humana que a própria CRFB/88 resguarda, bem como no que se refere à matéria de processo.

1.5 MEIOS DE PROVA

Para Tourinho Filho, meios de prova “é tudo quanto possa servir, direta ou indiretamente, à comprovação da verdade que se procura no processo: testemunha, documento, perícia, [...], tudo são meios de prova”. (TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Manual de processo penal, 11 ed. Ver. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2009, p. 524.)

Meio de prova então, nada mais é do que um instrumento que se é usado para provar o que fato que foi alegado. Lembrando que de acordo com o princípio da liberdade probatória, isto pode ser feito livremente de diversas maneiras, porém, devidamente argumentado. A exemplo disso, há a prova testemunhal, pericial e documental.

Prado dá exemplo das principais limitações deste princípio: “ [...] a prova quanto ao estado das pessoas (art. 155, parágrafo único, do CPP, com redação dada pela Lei nº 11.690/2008), exame de corpo de delito obrigatório para as infrações que deixam vestígios (art. 158, CPP), limitações de algumas pessoas que não podem depor ou que podem recusar-se a fazê-lo (arts. 206 e 207, CPP), e, por fim, a mais importante [...], a proibição de uso de provas obtidas por meio ilícitos (art. 5º, LVI, CF/88)”. (PRADO, Leandro Cadenas. Provas ilícitas– teoria e interpretação dos tribunais superiores. 2 ed. – Rio de Janeiro: Impetus, 2009, p. 8-9.)

2.0 PRINCÍPIOS E REGRAS DA PROPORCIONALIDADE

Primeiramente se faz necessária a abordagem do conceito jurídico dos termos “princípios” e “regras”.

Bonavides pôde concluir baseando-se em Esser, Alexy, Dworkin e Crisafulli que “os princípios são normas e as normas compreendem igualmente os princípios e as regras”. (BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p.271).

Logo, é possível afirmar que há dois tipos de normas: os princípios e as regras. As diferenças Silva aduz como “Juridicamente, a regra traz o sentido geral: é o modo de proceder, é a imposição de forma ou a conduta imposta no texto legal”. (SILVA, De Plácido e. Vocabulário Jurídico/ atualizadores: Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvaho – Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003, p.1187). Silva ainda conceitua princípios: “[...] princípios revelam o conjunto de regras ou preceitos, que se fixam para servir de norma a toda espécie da ação jurídica, traçando, assim, a conduta a ser tida em qualquer operação jurídica. [...] Indicam o alicerce do Direito. (SILVA, De Plácido e. Vocabulário Jurídico/ atualizadores: Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvaho – Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003, p.1095).

É possível notar claramente no próprio conceito das palavras diferenças entre elas. Regras são normas que impõem condutas que estão taxadas no ordenamento jurídico. No caso dos princípios, são normas que norteiam o direito, podendo ou não estar previstos.

Bonavides sobre isso ensina ainda que os princípios se subdividem em dois: “[...] a dos que assumem a caráter de idéias jurídicas norteadoras, postulando concretização na lei e na jurisprudência, e a dos que, não sendo apenas ratio legis, mas também, lex, se cristalizam desse modo, consoante Larenz assinala, numa regra jurídica de aplicação imediata”. (BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p.272).

Espíndola entende que a primeira diferença entre os princípios e as regras, de acordo com Boulanger, é a questão da generalização das espécies das normas: “[...] a generalidade da regra jurídica não deve entender da mesma maneira que a generalidade de um princípio. [...] a regra é geral porque estabelecida para um número indeterminado de atos ou fatos. Isso não obstante, ela é especial na medida em que regula senão tais atos ou tais fatos: é editada para ser aplicada a uma situação jurídica determinada. Já o princípio, ao contrário, é geral porque comporta uma série indefinida de aplicações”. (ESPÍNDOLA, Ruy

Samuel. Conceito de princípios constitucionais: elementos teóricos para uma formulação dogmática constitucionalmente adequada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 64).

De uma forma ampla, as regras recaem sobre diversos fatos, mas é naturalmente feita para determinar um fato jurídico. Os princípios são considerados gerais porque tem o poder de aplicação em muitas situações jurídicas.

Pacheco cita Ronald Dworkin, que determinou diversos critérios a fim de diferenciar as normas: “o do tudo ou nada e da dimensão de peso. O critério do tudo ou nada significa que as regras jurídicas são ou não aplicáveis por completo, ou seja, dada uma situação concreta, se presente os pressupostos aos quais a regra se refira (a regra é válida), esta deve ser aplicada. Já os princípios não são aplicáveis de imediato, mas dependem de condições que tornem sua aplicação necessária. (PACHECO, Denílson Feitosa. O princípio da proporcionalidade no direito processual penal brasileiro. Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 2007, p. 46-50).

No tocante a dimensão de peso, Dworkin ensina: “Os princípios possuem uma dimensão que as regras não têm – a dimensão do peso ou importância. Quando os princípios se inter cruzam (por exemplo, a política de proteção aos compradores de automóveis se opõe aos princípios de liberdade de contrato), aquele que vai resolver o conflito tem de levar em conta a força relativa de cada um. Esta não poder ser, por certo, uma mensuração exata e o julgamento que determina que um princípio ou uma política particular é mais importante que outra frequentemente será objeto de controvérsia. Não obstante, essa dimensão é uma parte integrante do conceito de um princípio, de modo que faz sentido perguntar que peso ele tem ou quão importante ele é”. (DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. Trad. Nelson Boeira, São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 35-36. Apud PACHECO, Denílson Feitosa. O princípio da proporcionalidade no direito processual penal brasileiro. Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 2007, p. 48-49).

Ou seja, o critério da relevância do peso justifica que os princípios detém diversos graus de importância em um caso concreto. Em suma, um princípio pode ter maior peso em um caso específico e um peso menor em outro.

As regras não se diferenciam dessa forma, visto que se uma regra é mais valiosa que a outra, é aquela regra que deverá ser aplicada. Nesse liame, existe também um problema no tocante as

colisões de normas, sobre isto Braga ensina: “[...] em caso de conflitos, as regras se excluem, através da cláusula de exceção, ou são invalidadas, e os princípios são sopesados, havendo a primazia do que tiver maior importância no caso concreto, sem que qualquer deles seja excluído do ordenamento jurídico. (BRAGA, Valeschka e Silva. Princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. Curitiba: Juruá, 2009. p. 43).

Já Alexy entende que há conflitos de regras e colisões entre princípios. Se existe algum conflito entre duas regras, uma é validada e a outra não. E na colisão de princípios, os dois são válidos, porém é aplicado o de maior peso. (ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales. 2. reimpr. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001, p. 81-82. apud PACHECO, Denílson Feitosa. O princípio da proporcionalidade no direito processual penal brasileiro. Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 2007, p. 52-53).

Alexy diferencia também da ótica dos mandados de otimização: “O ponto decisivo para a distinção entre regras e princípios é que os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes. Portanto, os princípios são mandados de otimização, que estão caracterizados pelo fato de que podem ser cumpridos em diferente grau e que a medida devida de seu cumprimento não somente depende das possibilidades reais senão também das jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras opostos. Ao contrário, as regras são normas que somente podem ser cumpridas ou não. Se uma regra é válida, então deve fazer-se exatamente o que ela exige, nem mais nem menos. Portanto, as regras contêm determinações no âmbito do fática e juridicamente possível. Isto significa que a diferença entre regras e princípios é qualitativa e não de grau. Toda norma é uma regra ou um princípio. (ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales. 2. reimpr. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001, p. 86-87. apud PACHECO, Denílson Feitosa. O princípio da proporcionalidade no direito processual penal brasileiro. Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 2007, p. 51).

De acordo com o exposto então, pode se considerar que princípios são mandados de otimização, podendo eles ser cumpridos em diversos graus e podem estar presente diante das possibilidades reais e jurídicas, aplicando-se na maior medida.

Ávila critica Dworkin e Alexy, trazendo sua própria definição de regras e princípios: “As regras são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de

decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios que lhes são axiologicamente sobrejacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos. Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção”. (ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 70, apud PACHECO, Denílson Feitosa. O princípio da proporcionalidade no direito processual penal brasileiro. Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 2007, p. 66).

Posteriormente ele ensina que regras estabelecem obrigações, sendo elas descritivas, ou seja, delimitam direitos e deveres. Descrevem como a conduta deve ser feita e é caracterizada por uma “previsão do comportamento”.

No entanto, princípios são finalísticos. Sua aplicação depende dos efeitos de uma situação específica que traga os pressupostos necessários, e é caracterizado pela “determinação da realização de um fim juridicamente relevante”.

Ensina ainda que as regras são normalmente retrospectivas, pois as normas regulamente condutas que já são pré estabelecidas. Tem a pretensão de decidir e o quanto vai abranger, pois o intento é a abrangência sob todos os aspectos importantes para a decisão, ou seja, o julgamento. Tem o intento de solucionar uma situação, o fato\conflito.

Já os princípios são prospectivos. Determinam um estado de algo a ser construído ainda e com a intenção de complementariedade e parcialidade. Visto que ambos abrangem somente uma parcela da decisão, sendo usada então a fim de complementar outras razões, para tomada de decisão.

Canotilho distingue regras e princípios. Diante disso, Braga em seu livro o cita: “a) abstração – os primeiros são altamente abstratos e vagos, enquanto as segundas possuem menor grau de abstração; b) determinabilidade – enquanto os princípios, em virtude do seu alto

grau de vagueza e indeterminação, necessitam ser concretizados através de outras normas, as regras possuem aplicação direta e imediata, sendo mais fácil apontar a ocorrência de violação a um princípio do que definir-lhe o conteúdo, pois o seu raio de atuação é maior do que a das regras; c) fundamentalidade no sistema – os princípios fundamentam todo o ordenamento jurídico, e, por isso, possuem maior importância que as regras, preponderando sobre estas, portanto; d) proximidade da idéia de direito – os princípios são baseados no ideal de justiça, tendo acentuada carga valorativa, enquanto as regras possuem conteúdo funcional; e) natureza normogênica – as regras decorrem dos princípios. (BRAGA, Valeschka e Silva. Princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. Curitiba: Juruá, 2009, p. 40).

Sobre tudo que aqui foi explicitado acerca das diferenças entre regras e princípios, pode-se afirmar então que os princípios são abstratos e têm muitos graus de concretização e podem coexistir, ainda que haja colisão. Possuem também uma relevância maior diante das regras, logo, fundamentam o ordenamento jurídico, ou seja, até as regras também.

3. PROVAS ILÍCITAS

3.1 CONCEITO

À priori, faz-se relevante explicar a origem do termo “ilícito”: do latim *illicitus*, *Il* + *licitus*. Primeiramente, o significado é de proibido pela lei. Porém, sob outro panorama, também pode significar ser contrário à moral, bons costumes, bem como um atentado aos princípios gerais de direito.

É preferível, sob o respaldo constitucional, a aplicação do termo ilícito amplo. Desta forma, veda-se então a prova ilegítima e a ilegal.

Fernando Capez entende que “quando a prova for vedada, em virtude de ter sido produzida com afronta a normas de direito material, será chamada de ilícita”. (CAPEZ, Fernando. Curso de processo penal, 14 ed. Ver. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2007, p. 288.)

Porém, Gomes entende deste modo: “provas ilícitas, por força da nova redação dada ao art. 157 do CPP, são as obtidas em violação a normas

constitucionais ou legais”. (GOMES, Luiz Flávio, A prova no processo penal– comentários à Lei nº 11.690/2008. São Paulo: Premier Máxima, 2008, p. 35.)

O CPP, em seu art. 157, caput aduz: “São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais”. (BRASIL, Código de processo penal. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Decreto-Lei/Del3689Compilado.htm>>. Acesso em 10/09/2014.)

Prado ensina que as provas sendo ilícitas podem ser diferenciadas. Seus conceitos podem ser amplo ou genérico. As provas ilícitas amplas são aquelas obtidas por meio de violação do ordenamento, como por exemplo, obter prova através de tortura. Já as provas ilícitas genéricas são proibidas, e podem se subdividir em ilícitas e ilegítimas. A primeira se refere a obtenção através de violação ao direito constitucional, material ou legal. (PRADO, Leandro Cadenas. Provas ilícitas– teoria e interpretação dos tribunais superiores. 2 ed. – Rio de Janeiro: Impetus, 2009, p. 11.)

3.1.2 PROVAS ILÍCITAS, ILEGÍTIMAS E ILÍCITAS POR DERIVAÇÃO

3.1.2.1 PROVAS ILÍCITAS E PROVAS ILEGÍTIMAS

Já foi conceituado acima o que se entende por prova ilegítima. Agora aborda-se do que se trata a prova ilícita.

Gomes entende que “prova ilegítima é a que viola regra de direito processual no momento de sua obtenção em juízo (ou seja: no momento em que é produzida no processo)”. (GOMES, Luiz Flávio, A prova no processo penal– comentários à Lei nº 11.690/2008. São Paulo: Premier Máxima, 2008, p. 35.)

Já Capez ensina: “quando a norma afrontada tiver natureza processual, a prova vedada será chamada de ilegítima”. (CAPEZ, Fernando. Curso de processo penal, 14 ed. Ver. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2007, p. 288.)

O interrogatório da parte acusada sem o seu advogado presente para orientações, é considerado prova ilegítima.

Uma diferença entre prova ilícita e ilegítima de acordo com Prado, é no que se refere a consequência da produção da mesma. Quando houver uma produção de prova ilegítima, certamente “haverá sanção prevista na própria lei processual, podendo ser decretada a nulidade da mesma, é dizer,

seu regime jurídico é tratado através da Teoria das Nulidades”. No entanto, numa produção de prova ilícita “que são aquelas produzidas externamente (ao processo), possui sanções específicas previstas no direito material”. (PRADO, Leandro Cadenas. Provas ilícitas– teoria e interpretação dos tribunais superiores.2 ed. – Rio de Janeiro: Impetus, 2009, p. 12-13.)

Assim, resta clara a diferença entre os dois tipos de prova. A ilícita é quando é obtida perante violação da lei e a ilegítima, quando se viola as regras do processo.

Outra diferença gritante entre as duas, é a consequência de sua produção. A ilegítima se apresentada, tem de ser decretada a nulidade da mesma e desentranhada. Já na ilícita se produzida ela também é desentranhada, no entanto, terá efeitos tanto penais, quanto civis e administrativos. A exemplo disto, é a confissão sob tortura já citada anteriormente. A tortura é vedada pela CRFB/88 (art. 5º, III) e regulamentada pela lei 9.455/97. Caso alguém venha à praticá-la, sofrerá sanção penal.

Entretanto, a nova redação do código penal, em seu art. 157, aduz que tanto a prova que viola as disposições materiais quanto as processuais, são consideradas ilícitas, e deverá ser desentranhada do processo.

Mendonça ensina que tal redação se refere as normas constitucionais e legais, e não distingue se a norma é processual ou material. Em suma, “qualquer violação ao devido processo legal, em síntese, conduz à ilicitude da prova”. (MENDONÇA, Andrey Borges de. Nova reforma do Código de processo Penal: comentada artigo por artigo. 2ª Ed. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009, p. 165.)

3.1.2.2 PROVAS ILÍCITAS POR DERIVAÇÃO

Prado entende que “trata-se da prova lícita em si mesma, mas cuja produção decorreu, ou derivou de outra prova, tida por ilícita”. (PRADO, Leandro Cadenas. Provas ilícitas– teoria e interpretação dos tribunais superiores.2 ed. – Rio de Janeiro: Impetus, 2009, p. 14).

Já Gomes aduz: “provas derivadas das provas ilícitas por força da teoria ou princípio dos frutos da árvore envenenada (fruits of the poisonous tree) a prova derivada diretamente da prova ilícita também é ilícita”. (PRADO, Leandro Cadenas. Provas ilícitas– teoria e interpretação dos tribunais superiores.2 ed. – Rio de Janeiro: Impetus, 2009, p. 14.)

Tourinho Filho expõe: “Na verdade, ao lado das provas ilícitas, temos a doutrina do fruit of the poisonous tree, ou simplesmente fruit doctrine, ‘frutos da árvore envenenada’, adotada nos Estados Unidos desde 1914 para os Tribunais Federais, e nos Estados, por imperativo constitucional, desde 1961, United States, 251 US 385 (1920), quando a corte decidiu que o Estado não podia intimar uma pessoa a entregar documentos cuja existência fora descoberta pela polícia por meio de uma prisão ilegal. Nisso consiste a doutrina do fruto da árvore envenenada. Aliás, a Suprema Corte já vinha sufragando a tese de inadmissibilidade das provas ilícitas por derivação, ou da doutrina denominada fruit of the poisonous tree. No Habeas Corpus n. 69.912/RS, Ministro Sepúlveda Pertence, como relator, observou: ‘Vedar que se possa trazer ao processo a própria degravação das conversas telefônicas, mas admitir que as informações nelas colhidas possam ser aproveitadas pela autoridade, que agiu ilicitamente, para chegar a outras provas, que sem tais informações não colheria, evidentemente, é estimular, e não reprimir a atividade ilícita da escuta e da gravação clandestina e conversas privadas... E finalizando: ou se leva às últimas conseqüências a garantia constitucional ou ela será facilmente contornada pelos frutos da informação ilicitamente obtida’(informativo STF n. 36, de 21-6-1996)”. (TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Manual de processo penal, 11 ed. Ver. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2009, p. 533.)

O STF julgou e entende da seguinte forma:

“[...] A QUESTÃO DA DOUTRINA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA ("FRUITS OF THE POISONOUS TREE"): A QUESTÃO DA ILICITUDE POR DERIVAÇÃO. - Ninguém pode ser investigado, denunciado ou condenado com base, unicamente, em provas ilícitas, quer se trate de ilicitude originária, quer se cuide de ilicitude por derivação. Qualquer novo dado probatório, ainda que produzido, de modo válido, em momento subsequente, não pode apoiar-se, não pode ter fundamento causal nem derivar de prova comprometida pela mácula da ilicitude originária. - A exclusão da prova originariamente ilícita - ou daquela afetada pelo vício da ilicitude por derivação - representa um dos meios mais expressivos destinados a conferir efetividade à garantia do "due process of law" e

a tornar mais intensa, pelo banimento da prova ilicitamente obtida, a tutela constitucional que preserva os direitos e prerrogativas que assistem a qualquer acusado em sede processual penal. Doutrina. Precedentes. - A doutrina da ilicitude por derivação (teoria dos "frutos da árvore envenenada") repudia, por constitucionalmente inadmissíveis, os meios probatórios, que, não obstante produzidos, validamente, em momento ulterior, acham-se afetados, no entanto, pelo vício (gravíssimo) da ilicitude originária, que a eles se transmite, contaminando-os, por efeito de repercussão causal. Hipótese em que os novos dados probatórios somente foram conhecidos, pelo Poder Público, em razão de anterior transgressão praticada, originariamente, pelos agentes estatais, que desrespeitaram a garantia constitucional da inviolabilidade domiciliar. - Revelam-se inadmissíveis, desse modo, em decorrência da ilicitude por derivação, os elementos probatórios a que os órgãos estatais somente tiveram acesso em razão da prova originariamente ilícita, obtida como resultado da transgressão, por agentes públicos, de direitos e garantias constitucionais e legais, cuja eficácia condicionante, no plano do ordenamento positivo brasileiro, traduz significativa limitação de ordem jurídica ao poder do Estado em face dos cidadãos. - Se, no entanto, o órgão da persecução penal demonstrar que obteve, legitimamente, novos elementos de informação a partir de uma fonte autônoma de prova - que não guarde qualquer relação de dependência nem decorra da prova originariamente ilícita, com esta não mantendo vinculação causal -, tais dados probatórios revelar-se-ão plenamente admissíveis, porque não contaminados pela mácula da ilicitude originária.” (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, HC 93050/ RJ, Rel. Celso de Mello, publicado em 01/08/2008. Disponível em <
<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=prova%20il%E7Dcita%20deriva%E7%E3o&base=baseAcordaos>> Acesso em 10/09/2014).

Destarte, pode-se afirmar que a teoria dos frutos da árvore envenenada ocorre quando uma prova lícita tiver sido obtida através de outra prova ilícita, a primeira é contaminada pela ilicitude da segunda. Um exemplo disso é a escuta telefônica que não tem autorização judicial, obtém

informações válidas para apreensão de armas. Tal apreensão é ilícita por tabela.

Com a redação nova do código penal, do art. 157, § 1º, prevê a prova ilícita e a proibição:

“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.” (BRASIL, Código de processo penal. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Decreto-Lei/Del3689Compilado.htm>>. Acesso em 10/09/2014.)

No entanto, o CPP traz duas exceções: a) quando não houver o nexo de causalidade entre a prova ilícita e a lícita; b) quando a prova (derivada) puder ser obtida por outra maneira ou por uma fonte independente da primeira.

O art.157, § 2º, do CPP conceitua fonte independente: “aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova”. (BRASIL, Código de processo penal. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Decreto-Lei/Del3689Compilado.htm>>. Acesso em 31/07/2015.)

Ou seja, caso não se demonstre que a prova lícita foi criada devido a uma prova ilícita, e neste ponto que fique claro, deve haver o nexo causal, não ocorre a contaminação. E ainda, se a prova lícita é obtida através de uma ilícita, porém poderia ter sido obtida pelos meios legais, também não se considera prova ilícita por derivação, logo, a prova poderia sim ser obtida independentemente da ilícita.

3.2. A PRODUÇÃO DE PROVAS ILÍCITAS

Esta temática sobre as provas ilícitas é deveras contraditório, por este motivo existem muitas correntes de entendimentos e não o torna pacificado.

Uns não estão de acordo com a aceitação de provas ilícitas, são positivistas e seguem pelos dispositivos contidos na Constituição em seu art. 5º, LVI, bem como no CPP, em seu art. 157.

Porém, existe quem defenda a obtenção das provas ilícitas como forma de trazer elementos importantes para o litígio, que de outra forma não teria como se obter.

Outra corrente se colocam a favor da utilização das provas de forma ilícita, porém relativamente, usando esta tipo de prova somente em casos extremos.

3.3 PELA ADMISSIBILIDADE DAS PROVAS ILÍCITAS

Os princípios do livre convencimento, liberdade probatória e verdade real, aduzem que o que deve prevalecer será sempre o interesse da justiça em prol da verdade dos fatos. Sendo assim, se não se admite a produção dessas provas, é possível que haja prejuízo à justiça, ao interesse do Estado e na solução de crimes.

O fato da prova ser ilícita, deve haver uma apuração da violação e punição do responsável, porém, não exime o valor da mesma, devendo ser usada para convencer o juiz e fundamentar sua decisão, visto que ainda que ilícita, traz a verdade do ocorrido.

Leite ensina que “há segmentos na doutrina que admite a prova obtida ilicitamente como válida e eficaz no processo civil, sem nenhuma ressalva (é o caso de Walter Zeiss que analisando vários casos da jurisprudência alemã, concluir, sem restrições, pela validade e eficácia da prova obtida ilicitamente)”. (LEITE, Gisele. Considerações sobre o princípio da proibição da prova ilícita. Revista Jus Vigilantibus, 18 de agosto de 2004. Disponível em: <<http://jusvi.com/artigos/2162>. Acesso em 11/09/2014>).

Silva ensina que no tocante a teoria da admissibilidade das provas ilícitas “a corrente que defende em qualquer caso a possibilidade do emprego de provas obtidas por meios ilegítimos, afirma que a solução contra a ilicitude praticada pela parte não deve ser a proibição de que ela faça uso da prova assim obtida, mas sua sujeição ao correspondente

processo criminal para punição pela prática do ilícito cometido na obtenção da prova. Assim, se um marido penetra clandestinamente na residência de alguém para documentar fotograficamente, ou por qualquer outro meio mecânico ou eletromagnético, a prática de um adultério de sua mulher, deverá responder pelo crime de invasão de domicílio, porém jamais ser impedido de comprovar em juízo o adultério, através da prova por tal forma obtida; e nem teria sentido, pretender-se que o juiz, depois de indubitavelmente convencido da existência do adultério, demonstrado por meio dessa prova criminosamente obtida, devesse julgá-lo não provado e improcedente a ação de separação nele fundada.” (SILVA, Ovídio Baptista. Curso de processo civil. v. 1. São Paulo: RT, 1997, p. 300.)

Então, para alguns, a prova ilícita pode ser aceita, já que ela provê a verdade e permite a punição de quem cometeu a infração. Desta forma, ela deve ser acolhida, haja vista que continha elementos que pôde elucidar os fatos.

Outra teoria, é a que despreza absolutamente o princípio da inadmissibilidade das provas ilícitas no processo penal. Os adeptos dessa linha de raciocínio entendem que a aceitação das provas ilícitas carregam consigo certos abusos do Estado perante o cidadão. Mas principalmente, acreditam que não se deve elucidar um crime através de outro. A segurança jurídica no caso em tela não poderia ser assegurado.

Barbosa resumidamente cita Pedroso: FERNANDO DE ALMEIDA PEDROSO, dentre os nacionais, é filiado a essa corrente doutrinária. Apóia-se ele no argumento de que se o fim precípuo do processo é a descoberta da verdade real, aceitável é que, se a prova ilicitamente obtida mostrar essa verdade, seja ela admissível, sem olvidar-se o Estado da persecução criminal contra o agente que infringiu as disposições legais e os direitos do réu. Entretanto, a admissibilidade das provas ilícitas não está condicionada única e exclusivamente na busca da verdade real. Longe disso. Na verdade, a prova ilícita somente será rechaçada do processo se a lei processual assim a determinar. (BARBOSA, José Olindo Gil. As provas ilícitas no processo brasileiro. Revista Jus Vigilantibus, Domingo, 19 de junho de 2005. Disponível em: <http://jusvi.com/artigos/16034>. Acesso em 13/09/2014.)

3.4 PELA INADMISSIBILIDADE DAS PROVAS ILÍCITAS

Uma parcela doutrinária defende a inadmissibilidade das provas ilícitas, se baseando no art. 5º, LVI, da Constituição, de forma absoluta, e não aceitam exceções.

Tal teoria entende que o direito não deve dar o respaldo a uma pessoa que tenha violado a norma para obter provas, independentemente se tal violação venha a proteger um outro direito de garantias mais importantes.

Se o juiz de fato confirmar que a prova é ilícita, ele deverá determinar de ofício que se desentranhe a prova dos autos, retirando sua eficácia. Ou seja, são proibidas por exemplo depoimento que seja feito mediante coação ou violência.

Este é um exemplo claro que fere as normas da Constituição no tocante a dignidade da pessoa humana em seu art. 1º, III; tortura ou tratamento desumano ou degradante taxado no art. 5º, III, também a moral do preso e sua integridade física, elucida o art. 5º, XLIX e observância do devido processo legal no art. 5º, LIV e LV.

O princípio que rege a inadmissibilidade das provas ilícitas tem como intento a restrição de outro princípio: o da liberdade probatória. Este segundo princípio, dá poderes para o juiz averiguar o ocorrido, assim como dá a garantia às partes uma relativa liberdade na produção de suas provas.

Ainda assim, não deve haver desrespeito aos direitos fundamentais e suas garantias previstas na Carta Magna, ou seja, obviamente que existem limitações impostas para que tudo seja feito de forma ética para que abusos não venham a acontecer.

Souza, ele explica seu pensamento sobre esta contradita: “A lógica da vedação é simples e procura mandar duas mensagens claras; a primeira aos órgãos encarregados da produção de provas, qual seja: ‘não adianta utilizar-se de meios escusos para alcançar a qualquer custo uma pseudo-verdade processual, pois seus ilícitos esforços serão em vão’; a segunda deve ressoar em toda a sociedade a idéia de que na relação Estado-indivíduo não pode vigorar na máxima maquiavélica de que os fins justificam os meios, mas sim, deve vigorar a ética do devido processo legal”. (SOUZA, Sérgio Ricardo. Manual de processo penal constitucional: pós reforma de 2008. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 301.)

Ainda no tocante a inadmissibilidade das provas ilícitas, Aranha diz que “o direito é um todo unitário, formando um universo, e não composto por compartimentos estanques, por áreas separadas e irreduzíveis. Ora, se a prova é ilícita, afronta ao direito em seu universo, não sendo admissível no processo, ainda que não seja instrumental a norma violada. Não se pode admitir que o mesmo fato seja objeto de julgamentos diferentes: condenado e prestigiado, apenas porque dividiu-se o direito em ramos autônomos. O ilícito, desde que reconhecido, contamina todo o direito e não somente partes separadas”. (CAMARGO ARANHA, Adalberto José Q. T. Da prova no processo penal. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 49.)

Paulo Rangel tem o entendimento no sentido de que: “No Estado Democrático de direito, os fins não justificam os meios. Não há como se garantir a dignidade da pessoa humana admitindo uma prova obtida com violação às normas legais em vigor. Do contrário, estaríamos em um Estado opressor, totalitário e não Democrático de Direito (cf. art. 1º da CRFB)”. (RANGEL, Paulo. Direito processual penal. 15. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 430.)

Gomes é a favor da não aceitação das provas ilícitas: “Não importa, como se vê, se a norma violada é constitucional ou internacional ou legal, se material ou processual: caso venha a prova a ser obtida em violação a qualquer uma dessas normas, não há como deixar de concluir pela sua ilicitude (que conduz, automaticamente, ao sistema da inadmissibilidade)”. (GOMES, Flávio Luiz. Lei nº 11.690/2008 e provas ilícitas: conceito e inadmissibilidade. 2008, Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11466>>. Acesso em 11/09/2014.)

Nesse liame a jurisprudência aduz:

PROVA PENAL - BANIMENTO
CONSTITUCIONAL DAS PROVAS ILÍCITAS
(CF, ART. 5º, LVI) - ILICITUDE (ORIGINÁRIA
E POR DERIVAÇÃO) - INADMISSIBILIDADE -
BUSCA E APREENSÃO DE MATERIAIS E
EQUIPAMENTOS REALIZADA, SEM
MANDADO JUDICIAL, EM QUARTO DE
HOTEL AINDA OCUPADO -
IMPOSSIBILIDADE - QUALIFICAÇÃO
JURÍDICA DESSE ESPAÇO PRIVADO

(QUARTO DE HOTEL, DESDE QUE OCUPADO) COMO 'CASA', PARA EFEITO DA TUTELA CONSTITUCIONAL DA INVIOABILIDADE DOMICILIAR - GARANTIA QUE TRADUZ LIMITAÇÃO CONSTITUCIONAL AO PODER DO ESTADO EM TEMA DE PERSECUÇÃO PENAL, MESMO EM SUA FASE PRÉ-PROCESSUAL - CONCEITO DE 'CASA' PARA EFEITO DA PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL (CF, ART. 5º, XI E CP, ART. 150, § 4º, II) - AMPLITUDE DESSA NOÇÃO CONCEITUAL, QUE TAMBÉM COMPREENDE OS APOSENTOS DE HABITAÇÃO COLETIVA (COMO, POR EXEMPLO, OS QUARTOS DE HOTEL, PENSÃO, MOTEL E HOSPEDARIA, DESDE QUE OCUPADOS): NECESSIDADE, EM TAL HIPÓTESE, DE MANDADO JUDICIAL (CF, ART. 5º, XI). IMPOSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO, PELO MINISTÉRIOPÚBLICO, DE PROVA OBTIDA COM TRANSGRESSÃO À GARANTIA DA INVIOABILIDADE DOMICILIAR - PROVA ILÍCITA - INIDONEIDADE JURÍDICA - RECURSO ORDINÁRIO PROVIDO. BUSCA E APREENSÃO EM APOSENTOS OCUPADOS DE HABITAÇÃO COLETIVA (COMO QUARTOS DE HOTEL) - SUBSUNÇÃO DESSE ESPAÇO PRIVADO, DESDE QUE OCUPADO, AO CONCEITO DE 'CASA' - CONSEQÜENTE NECESSIDADE, EM TAL HIPÓTESE, DE MANDADO JUDICIAL, RESSALVADAS AS EXCEÇÕES PREVISTAS NO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL.

[...]

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

plano do nosso sistema de direito positivo. - A Constituição da República, em norma revestida de conteúdo vedatório (CF, art. 5º, LVI), desautoriza, por incompatível com os postulados que regem uma sociedade fundada em bases democráticas (CF, art. 1º), qualquer prova cuja obtenção, pelo Poder Público, derive de transgressão a cláusulas de ordem constitucional, repelindo, por isso mesmo, quaisquer elementos probatórios que resultem de violação do direito material (ou, até mesmo, do direito processual), não prevalecendo, em consequência, no ordenamento normativo brasileiro, em matéria de atividade probatória, a fórmula autoritária do 'male captum, bene retentum' [...]. (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, HC nº 90376, acórdão da Segunda Turma, publicado no DJU em 18 de maio de 2007, relator Min. Celso de Mello. Disponível em <http://br.vlex.com/vid/41076813>. Acesso em 11/09/2014.)

Conforme o que foi exposto, fica claro a diversidade de fundamentações para a inadmissibilidade das provas ilícitas no processo penal.

Entretanto, não é possível no nosso ordenamento jurídico usar somente uma parte da prova para analisar separadamente, considerando que é uma afronta ao Estado Democrático de Direito a aceitação das provas ilícitas, visto que a norma fixada na Constituição Federal é considerada absoluta. O Estado não aceita a violação a um princípio constitucional mesmo que seja com o intento cometer uma infração para investigar outra. Assim, de acordo com o princípio da inadmissibilidade das provas ilícitas, o uso dessas provas é proibido.

É fato que esta teoria tem uma grande aceitação, no entanto, tem sido crescente a teoria oposta, de aceitação das provas obtidas ilicitamente, visto que o intuito é corrigir eventuais rigidez e distorções que a exclusão dessas provas trazem consigo.

A admissibilidade das provas ilícitas se baseia no princípio da proporcionalidade como já foi exposto neste trabalho, visto que quando ocorre um fato concreto, isto traz colisões de princípios e direitos fundamentais, e neste ponto é importante fazer o balanço e analisar qual o princípio é o mais relevante para o caso e garantir que este seja respeitado.

3.5 PELA ADMISSIBILIDADE DAS PROVAS ILÍCITAS E O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Ambas teorias são extremistas, porém nenhuma é capaz de solucionar com eficácia o problema da aceitação das provas ilícitas. Sendo assim, é necessário o uso de um terceiro princípio que equilibre os dois extremos.

Barbosa assim, apresenta o entendimento de Nery Junior: “Não devem ser aceitos os extremos: nem a negativa peremptória de emprestar se validade e eficácia à prova obtida sem o conhecimento do protagonista da gravação sub-reptícia, nem a admissão pura e simples de qualquer gravação fonográfica ou televisiva. (A propositura da doutrina quanto à tese intermediária é a que mais se coaduna com o que se denomina modernamente de princípio da proporcionalidade), Devendo prevalecer, destarte, sobre as radicais”. (BARBOSA, José Olindo Gil. As provas ilícitas no processo brasileiro. Revista Jus Vigilantibus, Domingo, 19 de junho de 2005. Disponível em: <http://jusvi.com/artigos/16034>. Acesso em 11/09/2014)

O princípio da proporcionalidade passa então a figurar como uma espécie de moderar dos direitos fundamentais. Já restou claro que os direitos e garantias constitucionais são absolutos e no caso de colisão entre eles, um direito deve ser relativizado perante outro que tem maior importância jurídica.

Bonavides então expõe: “uma das aplicações mais proveitosas contidas potencialmente no princípio da proporcionalidade é aquela que o faz instrumento de interpretação toda vez que ocorre antagonismo entre direitos fundamentais e se busca desde aí solução conciliatória, para a qual o princípio é indubitavelmente apropriado”. (BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 425.)

A nossa Carta Magna de fato prevê a inadmissibilidade das provas ilícitas no processo, porém, este princípio não é absoluto. Sendo assim, por ser relativo, este pode ser desconsiderado a favor do princípio da proporcionalidade, quando houver colisão com outro princípio que esteja protegendo um bem, um direito ou uma garantia mais relevante.

Greco Filho então, neste liame, aduz: “o texto constitucional parece, contudo, jamais admitir qualquer prova cuja obtenção tenha sido ilícita. Entendo, porém, que a regra não seja absoluta, porque nenhuma regra constitucional é absoluta, uma vez que tem de conviver com outras regras ou princípios também constitucionais. Assim, continuará a ser necessário o confronto ou peso entre os bens jurídicos, desde que constitucionalmente garantidos, a fim de se admitir, ou não, a prova obtida por meio ilícito”. (GRECO FILHO, Vicente, Manual de processo penal/ Vicente Greco Filho. - 4. ed., ampl. e atual. - São Paulo : Saraiva, 1997, p. 199-200.)

Camargo Aranha entende também: “para tal teoria intermediária, propomos uma nova denominação: a do interesse preponderante. Em determinadas situações a sociedade representada pelo Estado, é posta diante de dois interesses relevantes, antagônicos e que a ela cabe tutelar: a defesa de um princípio constitucional e a necessidade de perseguir e punir o criminoso. A solução deve consultar o interesse que preponderar e que, como tal, deve ser preservado”. (CAMARGO ARANHA, Adalberto José Q. T. Da prova no processo penal. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 50.)

Fernandes ensina que apesar da proibição por conta da Constituição “vai tomando corpo entre nós a aceitação da teoria da proporcionalidade, visando-se a evitar a aplicação muito rígida do inc. LVI do art. 5º [...]”, e em seguida menciona duas hipóteses concretas que “mostram a necessidade de se admitir critério de proporcionalidade”. (FERNANDES, Antonio Scarance. Processo penal constitucional. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 80.)

No primeiro caso abordado por Fernandes, “para evitar a fuga de presos perigosos de um estabelecimento penitenciário, abriu-se as correspondência desses presos, violando o sigilo de correspondência (art. 5º, XII, da CRFB/88), descobrindo-se que, além do plano de fuga, havia um plano para seqüestrar um Juiz. Assim, evitou-se a fuga e o seqüestro. Se fosse levado ao extremo o princípio da inviolabilidade de sigilo da correspondência e o da inadmissibilidade das provas ilícitas, não teriam descoberto o plano e essas cartas não poderiam ser

utilizadas como prova no processo criminal”. (FERNANDES, Antonio Scarance. Processo penal constitucional. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 80-81.)

No caso em tela, a teoria da proporcionalidade foi aplicada, os direitos de maior peso foram resguardados, a segurança pública, a integridade física e a vida. Ao invés da inviolabilidade das correspondências dos presos e da inadmissibilidade das provas ilícitas.

O STF já se posicionou:

“- A administração penitenciária, com fundamento em razões de segurança pública, de disciplina prisional ou de preservação da ordem jurídica, pode, sempre excepcionalmente, e desde que respeitada a norma inscrita no art. 41, parágrafo único, da Lei n. 7.210/84, proceder a interceptação da correspondência remetida pelos sentenciados, eis que a cláusula tutelar da inviolabilidade do sigilo epistolar não pode constituir instrumento de salvaguarda de práticas ilícitas”. (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, HC 70814/SP, primeira turma, publicado DJU do 24/06/1994, rel. Celso de Mello. Disponível em: (<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/748560/habeas-corpus-hc-70814-sp-stf>). Acesso em 11/09/2014.)

No segundo caso, Fernandes exemplifica o caso do réu que obtém prova ilícita por meio de interceptação telefônica que não foi autorizada pela justiça. Infringindo assim a Constituição e consequentemente a Lei 9.296/96, única forma de provar sua inocência. O autor afirma ainda que é inaceitável “que o acusado fosse condenado apenas porque a demonstração de sua inocência só pôde ser realizada por prova obtida por meio ilícito”. (FERNANDES, Antonio Scarance. Processo penal constitucional. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 81.)

Neste caso aplica-se também o princípio da proporcionalidade, prevalecendo os direitos fundamentais da parte acusada, a liberdade (art. 5º, caput, da CRFB/88) bem como a ampla defesa (art. 5º, LV, da CRFB/88), em cima do princípio da inadmissibilidade das provas

ilícitas (art. 5º, LVI, da CRFB/88). O juiz então deve aceitar a prova e declarar inocência do réu.

Finalmente, Fernandes explica: “em suma, a norma constitucional que veda a utilização no processo de prova obtida por meio ilícito deve ser analisada à luz do princípio da proporcionalidade, devendo o juiz, em cada caso, sopesar se outra norma, também constitucional, de ordem processual ou material, não supera em valor aquela que estaria sendo violada”. (FERNANDES, Antonio Scarance. Processo penal constitucional. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 82.)

Senso assim, quando em casos concretos existir colisão de princípios fundamentais, se aplicará o princípio da proporcionalidade. E conseqüentemente analisar a relevância de cada princípio em conflito a fim de decidir qual o de maior valor e desconsiderar o de menor importância, por assim dizer.

É necessário dizer, que esta ponderação não é feita infundadamente. É primordial que se pondere a questão da adequação, proporcionalidade e necessidade de tal medida.

A exemplo disto, voltamos ao caso do réu que depende de uma interceptação desautorizada para se fazer provar inocente. A aceitação desta prova é o mais adequado e necessário, pois era a única maneira do réu ser absolvido, e não trata-se de uma infração grave. E além do mais, é proporcional, pois usando a prova ilícita ele tem seu direito fundamental à liberdade garantido. Isto posto, resta clara que o direito fundamental do réu tem que ter prioridade diante da vedação de uma prova ilícita.

O entendimento que leva a produção deste se baseia na teoria de que o afastamento da proibição das provas obtidas ilicitamente só haveria de serem feitas em casos considerados graves, num eventual caso concreto que seja exigido um equilíbrio dos princípios constitucionais.

O papel do magistrado é valorar os direitos fundamentais que se encontram em colisão, já que estes direitos possuem pesos diferentes. Aqui cabe o exemplo do policial que consegue uma confissão, porém, sob tortura. Neste caso gravoso, tratando-se de direitos fundamentais

importantíssimos, a prova não pode ser usada para a condenação. É necessária então a aplicação do princípio da inadmissibilidade.

Na concepção de Fernando Capez: “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 deva prevalecer. Dependendo da razoabilidade do caso concreto, ditada pelo senso comum, o juiz poderá admitir uma prova ilícita ou sua derivação, para evitar um mal maior, como, por exemplo, a condenação injusta ou a impunidade de perigosos marginais. Os interesses que se colocam em posição antagônica precisam ser cortejados, para escolha de qual deva ser sacrificado”. (CAPEZ, Fernando. Curso de processo penal, 14 ed. Ver. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2007, p. 35-36)

Ainda neste sentido, Tourinho Filho entende: Sem embargo, já se esboça na doutrina um movimento no sentido de não emprestar a esse princípio constitucional que inadmite as provas obtidas ilicitamente uma importância que supere o direito de liberdade. Na verdade, se a inadmissibilidade das provas ilícitas está no capítulo destinado aos direitos e garantias fundamentais do homem, não pode repugnar à comum consciência jurídica o fato de a defesa conseguir por meio ilícito prova que demonstre a inocência do imputado”. (TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Manual de processo penal, 11 ed. Ver. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2009, p. 532.)

O entendimento jurisprudencial é a favor da proporcionalidade:

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

30/10/95- v.u.). (SILVA, César Dario Mariano. A relatividade das provas ilícitas e processualmente e ilegítimas. Revista Consultor Jurídico, 29 de novembro de 2008. Disponível em: (http://www.conjur.com.br/2008-nov-29/proibicao_prova_ilegal_nao_absoluta?pagina=5). Acesso em 11/09/2014).

No mesmo liame, outra jurisprudência afirma:

PENAL. PROCESSUAL. GRAVAÇÃO DE CONVERSA TELEFÔNICA POR UM DOS INTERLOCUTORES. PROVA LÍCITA. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. "HABEAS CORPUS". RECURSO.

1. A gravação de conversa por um dos interlocutores não é interceptação telefônica, sendo lícita como prova no processo penal.

2. Pelo Princípio da Proporcionalidade, as normas constitucionais se articulam num sistema, cujo harmonia impõe que, em certa medida, tolere-se o detrimento a alguns direitos por ela conferidos, no caso, o direito à intimidade.

3. Precedentes do STF.

4. Recurso conhecido mas não provido. (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, RHC 7216/ SP, acórdão da 5ª turma, publicado no DJU28/04/1998, Relator Edson Vidigal. Disponível em:

(https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/ita/abreDocumento.jsp?num_registro=199800040358&dt_publicacao=25-05-1998&cod_tipo_documento=1). Acesso em 11/09/2014).

E ainda outra jurisprudência:

Constitucional e Processo Penal. Habeas Corpus. Escuta telefônica com ordem judicial.

[...]

O inciso LVI do artigo 5º da Constituição, que fala ‘são inadmissíveis as provas obtidas por meio ilícito’, não tem conotação absoluta. Há sempre um substrato ético a orientar o exegeta na busca de valores maiores na construção da sociedade. A própria Constituição Federal Brasileira, que é dirigente e programática, oferece ao juiz, através da ‘atualização constitucional, base para o

entendimento de que a cláusula constitucional invocada é relativa. A jurisprudência norte-americana, mencionada em precedente do Supremo Tribunal Federal, não é tranqüila. Sempre é invocável o princípio da ‘Razoabilidade’ (Reasonableness). O ‘princípio da exclusão das provas ilicitamente obtidas’ (Exclusionary Rule) também lámpede temperamentos. Ordem denegada (Acórdão da 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, publicado no DJU de 26.02.96, p. 4.084, rel. Adhemar Maciel, autos do HC nº 3982/RJ,v.u.). (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, HC nº 3982/RJ, acórdão da 6ª turma, publicado no DJU de 26.02.96, p. 4.084, rel. Adhemar Maciel. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/548539/habeas-corpus-hc-3982-rj-1995-0053161-5-stj>. Acesso em 12/09/2014.)

A entendimento doutrinário e jurisprudencial estão em crescente aceitação da admissibilidade das provas ilícitas, se baseando sempre no princípio da proporcionalidade.

Tourinho Filho sabiamente entende que o princípio da admissibilidade encontra-se dentro da Constituição, em direitos e deveres individuais. Não é uma invenção infundada para burlar o processo. Logo, não deve ser usada de forma a prejudicar o réu, violando outro direito fundamental. Desta forma, o princípio da proporcionalidade quando ele é aplicado a fim de afastar o princípio da vedação das provas ilícitas, não tem o intento de violar uma garantia individual do cidadão, e sim assegurar o exercício de outra garantia, mais importante naquele momento.

Acontece que, há outra discussão dentro dessa teoria. A questão abordada por muitos é: se o princípio da proporcionalidade pode ser utilizado a favor do réu e só, ou se a parte acusatória também pode se valer deste meio.

4.0 PROVAS ILÍCITAS A FAVOR DO RÉU

Como já foi exposto, há um crescente número de doutrinadores a favor do uso das provas ilícitas no processo, porém limitadamente.

Em sua maioria, os doutrinadores entendem que a aceitação só deve ser feita para o benefício do réu.

Esta possibilidade se enraíza no fato da norma não poder ser utilizada para prejudicar e sim para beneficiar, através de seus direitos e garantias. O princípio da inadmissibilidade é o responsável por isto.

Mendonça argumenta sobre isso: “de qualquer sorte, é importante ressaltar que a doutrina majoritária entende admissível a prova ilícita pro reo, ou seja, para comprovar a inocência do acusado. Se a vedação foi estabelecida como garantia do indivíduo, não poderia ser utilizada em seu desfavor, quando necessária para comprovar a inocência. Ademais, outro fundamento comumente invocado para a admissão da prova ilícita pro reo é que haveria, nesta situação, exclusão da ilicitude, em razão da caracterização do estado de necessidade”. (MENDONÇA, Andrey Borges de. Nova reforma do Código de Processo Penal: comentada por artigo. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009, p. 166.)

Um argumento muito usado é aquele que, se a prova ilícita foi o único meio do réu se fazer provar inocente, que o faça, e deverá ser aceita em nome do princípio da proporcionalidade. Visto que seu direito à liberdade é mais relevante do que o da vedação das provas ilícitas.

Prado é um dos muitos doutrinadores que aderem a este fundamento: “como se percebe, o princípio da proporcionalidade tem lugar em situações nas quais, usando-se validamente uma prova ilícita, possa ser absolvido um réu. Outro caminho não é possível. [...] Então, poder-se-á admitir uma prova ilícita no processo, excepcionalmente, quando tal providência seja favorável ao réu. Essa posição é praticamente unânime na doutrina nacional”. (PRADO, Leandro Cadenas. Provas ilícitas– teoria e interpretação dos tribunais superiores. 2 ed. – Rio de Janeiro: Impetus, 2009, p. 32.)

Também neste sentido, Tourinho Filho explica: “essa doutrina da proporcionalidade, surgida na jurisprudência tedesca, chegou a inspirar a Súmula 50 das Mesas de Processo Penal da Faculdade de Direito da USP, no sentido de se autorizar a prova ilícita se necessariamente indispensável para a defesa do réu”. (TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Manual de processo penal, 11 ed. Ver. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2009, p. 532.)

E ainda, Greco Filho: “Veja-se, por exemplo, a hipótese de uma prova decisiva para a absolvição obtida por meio de uma ilicitude de menor monta. Prevalece o princípio da liberdade da pessoa, logo a prova será produzida e apreciada, afastando-se a incidência do inc. LVI do art. 5º. da Constituição, que vale como princípio, mas não absoluto, como se disse. Outras situações análogas poderiam ser imaginadas”. (GRECO FILHO, Vicente, Manual de processo penal/ Vicente Greco Filho. - 4. ed., ampl. e atual. - São Paulo: Saraiva, 1997, p. 200.)

Além do direito à liberdade ser mais importante do que o não uso das provas ilícitas pelo réu, é uma forma de que seja garantida a justiça, não condenando um inocente.

Fernandes neste sentido entende: “não se pode olvidar, ainda, que, segundo forte corrente, a prova ilícita em favor do réu deve ser admitida quando seja meio eficaz de evitar condenação injusta. Nessa ótica, não deveria o tribunal determinar o desentranhamento pedido pelo Ministério Público quando, sem a prova, o réu seria condenado, alterando-se anterior solução absolutória. Haveria, aqui, aplicação da proporcionalidade. [...] É ampla a aceitação de que seja ele aplicado aos casos em que a prova da inocência de réu depende de prova produzida de maneira ilícita. Não se conseguiria justificar a condenação, até mesmo a pena elevada, de uma pessoa quando há nos autos prova de sua inocência, ainda que não tenha sido obtida por meio lícitos”. (FERNANDES, Antonio Scarance. Processo penal constitucional. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 86.)

Há alguns estudiosos que entendem o uso destas provas ilícitas pelo réu, como um estado de necessidade e legítima defesa. Ou seja, o réu não estaria agindo contra a lei, pois ela mesma dá o respaldo legal para a utilização desses institutos.

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

direito e não de forma contrária”. (RANGEL, Paulo. Direito processual penal. 15. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 439.)

A jurisprudência corrobora deste fundamento:

"Habeas corpus". Utilização de gravação de conversa telefônica feita por terceiro com a autorização de um dos interlocutores sem o conhecimento do outro quando há, para essa utilização, excludente da antijuridicidade . Afastada a ilicitude de tal conduta - a de, pó legítima defesa, fazer gravar e divulgar conversa telefônica ainda que não haja o conhecimento do terceiro que está praticando crime -, é ela, por via de consequência, lícita e, também consequentemente, essa gravação não pode ser tida como prova ilícita, para invocar-se o artigo 5º, LVI, da Constituição com fundamento em que houve violação da intimidade (art. 5º, X, da Carta Magna). "Habeas corpus" indeferido. (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, HC nº 74.678/SP, acórdão da 1ª turma, publicado no DJU de 15/08/19997, Rel. Moreira Alves. Disponível em: (<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/742275/habeas-corpus-hc-74678-sp-stf>). Acesso em 12/09/2014.)

Algumas doutrinas fundamentam que os princípios da ampla defesa (art. 5º, LV), presunção de inocência e o princípio do favor rei, todos dão a garantia ao réu de se fazer utilizar de todos os métodos possíveis – de forma limitada, para provar inocência.

Capez corrobora desta doutrina: “a aceitação do princípio da proporcionalidade pro reo não apresenta maiores dificuldades, pois o princípio que veda as provas obtidas por meios ilícitos não pode ser usado como um escudo destinado a perpetuar condenações injustas. Entre aceitar uma prova vedada, apresentada como único meio de comprovar a inocência de um acusado, e permitir que alguém, sem nenhuma responsabilidade pelo ato imputado, seja privado injustamente de sua liberdade, a primeira opção é, sem dúvida, a mais consentânea com o Estado Democrático de Direito e a proteção da dignidade humana”. (CAPEZ, Fernando. Curso de processo penal, 14 ed. Ver. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2007, p. 35-36.)

Neste liame, o STF entendeu:

EMENTA: PROVA. Criminal. Conversa telefônica. Gravação clandestina, feita por um dos interlocutores, sem conhecimento do outro. Juntada da transcrição em inquérito policial, onde o interlocutor requerente era investigado ou tido por suspeito.

Admissibilidade. Fonte lícita de prova. Inexistência de interceptação, objeto de vedação constitucional. Ausência de causa legal de sigilo ou de reserva da conversação. Meio, ademais, de prova da alegada inocência de quem a gravou.

Improvemento ao recurso. Inexistência de ofensa ao art. 5º, incs. X, XII e LVI, da CF. Precedentes. Como gravação meramente clandestina, que se não confunde com interceptação, objeto de vedação constitucional, é lícita a prova consistente no teor de gravação de conversa telefônica realizada por um dos interlocutores, sem conhecimento do outro, se não há causa legal específica de sigilo nem de reserva da conversação, sobretudo quando se predestine a fazer prova, em juízo ou inquérito, a favor de quem a gravou. (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, HC nº 402717/PR, acórdão da 2ª turma, publicado no DJU de 13/02/2009, Rel. Cezar Peluso. Disponível em:

(<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?numero=402717&classe=RE>. Acesso em 12/09/2014.)

Ou seja, é possível então que a vedação da admissibilidade das provas ilícitas seja afastada em prol da inocência do réu, quando este meio for o único possível.

Uma parcela dos doutrinadores afirma que essa possibilidade é uma exceção ao princípio da inadmissibilidade das provas ilícitas. Como já dito antes, esta exceção ela não é ilimitada, devendo ser aplicada somente em casos extremos ou quando a prova ilícita for a única forma de provar a inocência.

5.0 PROVAS ILÍCITAS A FAVOR DA SOCIEDADE

É bem verdade que uma boa parte da doutrina não admite a aceitação das provas ilícitas em prol da sociedade.

Sobre este tema, Fernandes esclarece: “outros entendem que o princípio também pode servir à acusação, justificando-se com a aplicação do princípio da isonomia, principalmente em face da crescente criminalidade organizada”. (FERNANDES, Antonio Scarance. Processo penal constitucional. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 82.)

Quem detém o poder de colocar em prática a ação penal é o Estado. O Ministério Público o representa, e tem como função julgar, condenar (ou não) e punir (ou não, conseqüentemente) as pessoas que cometam violação da lei penal em nome da segurança pública, e garantir às vítimas seus direitos fundamentais.

Devido a esse pensamento, o Estado não poderia então, à princípio, se utilizar de provas ilícitas a seu favor, pois desta forma estaria violando direitos e garantias dos indivíduos. O Estado, com o poder que detém, pode se fazer valer de outros meios para a obtenção de provas legalmente.

Prado aduz que “é objetivo e direto ao se posicionar frente a impossibilidade do Estado utilizar provas ilícitas, afirmando que “não pode o Estado fazer uso de uma prova ilícita para condenar um réu”. (PRADO, Leandro Cadenas. Provas ilícitas– teoria e interpretação dos tribunais superiores. 2 ed. – Rio de Janeiro: Impetus, 2009, p. 32.)

A inadmissibilidade das provas ilícitas está prevista na Constituição, no que consta os direitos e garantias fundamentais da pessoa, ou seja, norma criada a fim de proteger o indivíduo contra possíveis abusos do Estado, não podendo então, ser usado em seu desfavor.

No entanto, a sociedade hodierna têm estado bastante sofrida e temerosa com a violência gritante, e descontente com a corrupção e suas conseqüências, estrutura e (falta de) policiamento. Somando-se a estes fatos, há ainda o problema do código penal já ultrapassado, permitindo obscuridades que favorecem às famosas “brechas jurídicas” e resultam na impunidade.

Friedrich Nietzsche expressava esse sentimento da sociedade de hoje como Nihilismo. As pessoas não tem mais confiança na própria sociedade, na política, na polícia. É a desvalorização de certos valores que eram tidos como absolutos. E a consequência disto é o que vemos hoje, a volta do código de Hamurábi de forma ilegal, as pessoas fazendo justiça com as próprias mãos.

É assegurada pela Constituição a liberdade, no entanto, as pessoas se encontram hoje presas em suas casas, com medo de sair, temendo a violência que está alastrada, se fazendo valer de câmeras de segurança, grades, enquanto os bandidos vivem livremente.

Exatamente devido a essa problemática, a força policial no momento processual da investigação criminal, juntamente com o Ministério Público na persecução da ação penal e o juiz em sua decisão, sofrem com a dificuldade de produção de provas em atos criminosos, em especial, em crimes de difícil investigação, como os crimes de colarinho branco, em que os rastros deixados não minimalistas, quando deixam, visto que seu planejamento é cuidadosamente e intelectualmente posto em prática. Neste tipo de delito, o Estado tem uma dificuldade diferenciada, o que acaba por estragar a eficiência do sistema punitivo.

Devido a esses motivos, a obtenção de provas destes delitos, que necessita de maior intelecto para praticar, somente seria possível violando direitos ou garantias individuais, como por exemplo o direito à intimidade, no caso das interceptações telefônicas.

A jurisprudência entendeu da seguinte maneira sobre a interceptação feita por policiais:

Prova criminal – Interceptação Telefônica – Inviolabilidade do sigilo que não tem caráter absoluto – Aplicação do princípio da proporcionalidade – Hipótese em que a polícia tendo suspeita razoável sobre o envolvimento no comércio de drogas, obteve autorização judicial – Recurso provido. Havendo conflitância entre o direito à intimidade e o direito à prova (due

process of law), deve prevalecer o que atenda ao interesse maior, vale dizer ao interesse da sociedade (ApCrim nº 185.901-3 - Indaiatuba - 3ª Câmara Criminal - Relator Segurado Braz - 30/10/95 - v.u.). (SILVA, César Dario Mariano. A relatividade das provas ilícitas e processualmente ilegítimas. Revista Consultor Jurídico, 29 de novembro de 2008. Disponível em: (http://www.conjur.com.br/2008-nov-29/proibicao_prova_ilegal_ao_absoluta?pagina=. Acesso em 12/09/2014.)

É neste ponto que as discussões sobre a possibilidade de usar a proporcionalidade a fim de afastar a vedação das provas ilícitas. O entendimento de Mendonça no tocante a aplicação da proporcionalidade no intuito de beneficiar a sociedade: “[...] a questão da proporcionalidade em desfavor do cidadão. Segundo os defensores desta tese, “a efetiva realização da justiça penal constitui um importante interesse do Estado de Direito, que, em determinadas circunstâncias, pode, justificar o sacrifício dos direitos individuais; à vista disso, entende-se legítima a derrogação de certas regras de exclusão de prova, ditadas pelo interesse de proteção ao indivíduo, em nome da prevenção e repressão das formas mais graves de criminalidade”. (MENDONÇA, Andrey Borges de. Nova reforma do Código de Processo Penal: comentada por artigo. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009, p. 166.)

O princípio da inadmissibilidade das provas ilícitas visa garantir os direitos fundamentais individuais e essa garantia deve prover eficácia as normas da própria Constituição. Logo, os direitos fundamentais não devem ser usados forma de proteção da prática de atividades ilícitas, pois dessa forma desrespeitaria as normas da Constituição.

De um outro prisma, é claro o conflito de interesses entre o indivíduo e o interesse do Estado. Quando acontece um crime e a pessoa está na iminência de ser condenado pela justiça, pode-se enxergar duas situações: a) o interesse público de condenar e punir o autor do crime; b) do indivíduo que encontra-se acusado, e querendo a

preservação dos seus direitos e garantias para que esse respaldo o socorra de algum abuso que o mesmo possa sofrer pelo Estado.

O princípio da proporcionalidade é o responsável por dirimir esses conflitos, e identificar qual é o direito mais valioso a ser protegido. A vedação a este princípio, é cercear o indivíduo, que ele não recebe resposta do Estado em situações gravosas e por consequência, permitir que a sociedade fique desprotegida diante de atos ilícitos de criminosos, em situações em que a prova de autoria do delito só poderia acontecer, mediante uma prova ilícita, e assim prejudicando pessoas inocentes.

A exemplo deste princípio, cabe um caso de agente penitenciário que vira correspondências dos reclusos, e assim não permite a sua fuga com intento de sequestro de juiz, como já foi dito aqui. Neste caso em tela foi aplicado o princípio da proporcionalidade. Pesou mais os interesses da segurança pública e integridade do juiz, diante da violação de correspondência.

Se a liberdade individual se encontra em situação de poder se assegurar com a aplicação deste princípio, em casos de réu acusado injustamente, é digno que se aplica o princípio para garantir a liberdade coletiva, já que o verdadeiro criminoso está solto.

Não é possível que o criminoso faça valer seus direitos fundamentais para garantir a impunidade de seu ato. Neste sentido antes da lei nº 9.296/96 que taxou a interceptação das comunicações telefônicas, o STF entendeu como positiva que a ingerência do princípio da proporcionalidade a favor do povo.

Segue então partes relevantes da jurisprudência:

“Não se pode esquecer que aqui (o comentarista se refere a caso da prova ilícita servir para inocular alguém de crime) há um direito constitucional a ser protegido: o da liberdade, que, que talvez só perca em importância e relevância para a própria vida. É por isso que sem embargos de o Texto Constitucional excluir do processo as provas obtidas por meio ilícitos, é nosso convencimento que alguns temperamentos se

tornam impositivos em decorrência da própria relativização dos direitos individuais e da sua prevalência segundo a própria valoração feita pela Constituição. Aliás, interpretação em sentido contrário deixaria de prestigiar o interesse social em que se faça justiça para encarecer tão-somente o direito individual encarnado em uma pessoa” (Comentários à Constituição do Brasil, Saraiva, 1989, 2º vol., p.273 e seg.).

[...] Com isso, é bom que fique claro, não me quero transformar em mensageiro de violações dos direitos e garantias fundamentais.

Só estou pondo em destaque que a sociedade, como um todo, também merece proteção, tanto quanto o indivíduo. [...] Numa análise apressada da jurisprudência americana anterior a 1987, pode-se constatar que a Exclusionary Rule não é tomada em termos absolutos. Como em termos absolutos não é tomada na Alemanha, e não deve ser no Brasil. Além de casos gritantes de proteção individual, pode haver, do outro prato da balança, o peso do interesse público a ser preservado e protegido. [...] Na própria Alemanha, [...] as provas ilícitas não são sempre afastadas de plano. Sua contaminação é, assim, relativa. Adota-se o “Princípio da Proporcionalidade ou Relatividade” (Verhältnismässigkeitsprinzip) O inciso XII, em que se baseia a impetração, para dizer que a sua aplicação está dependendo de regulamento por legislação ordinária, só tem lugar sem a observância do sistema constitucional, e cairia em um outro absurdo, o de que um texto feito em defesa da sociedade, do homem de bem, deve ser utilizado para proteger marginal”. (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, HC nº 3982/RJ, acórdão da 6ª turma, publicado no DJU de 26.02.96, p. 4.084, rel. Adhemar Maciel. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/548539/habeas-corpus-hc-3982-rj-1995-0053161-5-stj>. Acesso em 12/09/2014).

Neste liame, Fernando Capez argumenta a favor, dando respaldo para a tese: “mais delicada, portanto, é a questão da adoção do princípio da proporcionalidade pro societate. Aqui, não se cuida de um conflito entre o

direito ao sigilo e o direito da acusação à prova. Trata-se de algo mais profundo. A acusação, principalmente a promovida pelo Ministério Público, visa resguardar valores fundamentais para a coletividade, tutelados pela norma penal. Quando o conflito se estabelecer entre a garantia do sigilo e a necessidade de se tutelar a vida, o patrimônio e a segurança, bens também protegidos por nossa Constituição, o juiz, utilizando seu alto poder de discricionariedade, deve só pesar e avaliar os valores contrastantes envolvidos. Suponhamos uma carta apreendida ilicitamente, que seria dirigida ao chefe de uma poderosa rede de narcotráfico internacional, com extensas ramificações com o crime organizado. Seria mais importante proteger o direito do preso ao sigilo de sua correspondência epistolar, do qual se serve para planejar crimes, do que desbaratar uma poderosa rede de distribuição de drogas, que ceifa milhões de vidas de crianças e jovens? Certamente não. Não seria possível invocar a justificativa do estado de necessidade?”. (CAPEZ, Fernando. Curso de processo penal, 14 ed. Ver. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2007, p. 35-36.)

O acórdão do STF que Capez aduz:

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

Ressalvamos apenas a prática de tortura, que, por afrontar normas de direito natural, anteriores e superiores às próprias Constituições, jamais pode ser admitida, seja para que fim for. A tendência, entretanto, tanto da doutrina quanto da jurisprudência, é a de aceitar somente *pro reo* a proporcionalidade” (STF, 1ª T., HC74.678/DF, rel. Min. MoreiraAlves. Apud Uadi Lammêgo Bulos, Constituição Federal anotada, cit., p. 245).

Caberá ao juiz analisar caso a caso concreto, em especial os graves, e aplicar o princípio da proporcionalidade. Não admitindo desta forma, abusos e excessos que porventura sejam cometidos pelo Estado.

Apesar da maioria dos doutrinadores não serem a favor da proporcionalidade a fim de afastar a vedação das provas ilícitas, alguns no entanto, defendem a possibilidade diante de casos de grande gravidade e na garantia da segurança coletiva.

CONCLUSÃO

Resta claro então que a prova nada mais é que um elemento relevante no processo, já que ela influencia quase que totalmente o convencimento do juiz diante dos fatos ocorridos. O convencimento do juiz traz como consequência ou a condenação da parte ré ou a sua absolvição, a primeira pode acarretar danos de difícil reparação ao condenado. Isto pode ser vislumbrado em casos os quais o réu é absolvido por insuficiência de provas ou quando o sistema probatório falha e condena injustamente uma pessoa.

No processo penal, a norma aduz que a prova deverá ser o papel de quem acusa. Em casos de ação penal, quem é o responsável por isso é o Ministério Público, representando o Estado. Ou seja, o Ministério Público tem a incumbência de provar a culpa, e cabe ao acusado provar as alegações que fizer dentro do processo.

Existem diversos tipos de provas que podem ser produzidas pelas partes na lide: periciais, documentais e até testemunhais. As partes podem se valer de todos esses tipos de provas, em nome dos princípios da liberdade probatória, contraditório e ampla defesa.

No entanto, vale salientar que o princípio da liberdade probatória é limitado. O que limita este princípio, é outro princípio constitucional, o da inadmissibilidade das provas ilícitas, taxada no art. 5, LVI da CRFB/88. As provas ilícitas são justamente quando produzidas com violação das normas legais e constitucionais, logo, se a prova for obtida desta forma é considerada ilícita e deve imediatamente ser desentranhada do processo.

Como sempre ocorre, esta regra é relativa. Visto que a Constituição prevê o princípio da inadmissibilidade das provas ilícitas, ela mesmo aduz vários princípios e garantias do indivíduo que entram em conflito. O direito à vida é o princípio mais valioso que traz a Constituição, depois o direito à liberdade, e este direito traz vários princípios como respaldo para a sua proteção. Entre eles, o devido processo legal, o contraditório, ampla defesa, presunção de inocência, legalidade e vários outros. Porém, estes princípios só podem se sobrepor à norma constitucional que vede a obtenção da prova ilícita.

O réu pode se valer da utilização de provas ilícitas eventualmente, quando esta forma for o único meio de provar sua inocência. Se isto ocorrer, certamente acarretará o desrespeito à princípios constitucionais, no entanto, é mais importante o resguardo de princípios como o da dignidade da pessoa humana, da liberdade e dependendo do caso, até da vida do réu, do que o direito de acusação do Estado.

Em nome justamente nesses direitos e garantias fundamentais, é aceitável a prova ilícita, surgindo então a necessidade que se aplique o princípio da proporcionalidade. Este princípio está implícito na Constituição, e garante que a parte ré não vai ser vítima de eventuais excessos do Estado.

A proporcionalidade é caracterizada por três elementos: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Tem o intuito de ponderar os direitos, valores e interesses, quando estiverem em conflito. Havendo tais conflitos, eles serão pesados e prevalecerá o que for mais importante, de peso maior, mais benéfico para o réu.

As teorias que norteiam a admissibilidade das provas ilícitas são: teoria da inadmissibilidade, teoria da admissibilidade das provas ilícitas e a teoria da admissibilidade das provas ilícitas com aplicação da teoria da proporcionalidade.

Vários não são a favor da utilização dessas provas e afirmam que qualquer prova que for obtida por meio ilícito devem ser desentranhadas. Constitui-se regramento vedado, de eficácia plena, proteger a sociedade de abusos e arbitrariedades que possam vier a acontecer por parte do Estado. Também rege outros princípios como da ampla defesa, liberdade de prova, e verdade real.

Há quem defenda da utilização das provas ilícitas amplamente, se trouxer elementos relevantes para a lide. Porém é a teoria que tem menos adeptos.

A corrente que mais coaduna com a Constituição, é a última teoria, a qual a utilização de provas ilícitas devem ser feita aplicando o princípio da proporcionalidade, aplicando somente em casos gravosos, nos quais o direito que foi violado na obtenção de provas é menor que o direito do réu. Ou seja, nesses casos, o princípio da inadmissibilidade das provas ilícitas deve ser ignorado para prevalecer outro princípio mais importante, como a liberdade.

Não é justo então permitir a condenação de alguém por um crime ou infração, quando é plausível que se mostre sua inocência através de provas ilícitas. O princípio das provas ilícitas está na Constituição no capítulo dos direitos e deveres do indivíduo. Sendo assim, o mais lógico é que não se use tais princípios justamente para prejudicar o indivíduo. Desta forma, quando o princípio da proporcionalidade é aplicado, não tem o intento de cercear um direito ou garantia individual, mas sim de proteger um outro direito de maior relevância naquele momento.

A admissibilidade das provas ilícitas diante do princípio da proporcionalidade, gera a interrogação sobre sua aplicação. Se em a favor do réu, ou se também é aceitável em favor da sociedade. A corrente majoritária é de aplicação apenas a favor do réu, tomando como respaldo o princípio da inadmissibilidade das provas ilícitas, não podendo este princípio ferir nenhum indivíduo, somente garantir direitos. Bem como quando a prova ilícita for o único meio de prova, pois a liberdade do réu é mais importante do que a proibição das provas ilícitas. Assim como a utilização dessas provas é um meio de garantir a eficácia da justiça, não levando um indivíduo inocente, que podia provar, à condenação. Por fim, o réu desta forma não atinge a lei, pois estaria sobre a égide do estado de necessidade e legítima defesa.

Os poucos argumentos a favor da utilização das provas ilícitas a favor da sociedade, aduzem que o princípio da inadmissibilidade das provas ilícitas visa a proteção de direitos e garantias individuais. Logo, os direitos fundamentais não devem ser utilizados para salvaguardar atividades ilícitas. Negar a aplicação desse princípio deixa impossível que

os indivíduos recebam uma resposta por parte do Estado em casos graves, e consequentemente deixa a sociedade desprotegida, com os verdadeiros criminosos soltos. E, se a liberdade individual pode ser aplicada para o réu acusado de forma injusta, pode ser aplicado para a sociedade também, a fim de proteger a liberdade coletiva.

Porém, o entendimento quase que geral, é que não se aplicaria a favor da sociedade, pois o Estado detém poder e meios mais eficazes de obter provas.

Resta cristalino então que as provas ilícitas podem ser aceitas no processo penal, porém, resguardando o princípio da proporcionalidade, a fim de beneficiar o réu em situações graves, quando outras garantias mais importantes se sobrepor à vedação das provas ilícitas.

É claro que o tema não está pacificado, porém correntes doutrinárias e jurisprudenciais estão surgindo e acolhendo a proporcionalidade nas situações extraordinárias e graves.

Por fim, a inadmissibilidade das provas ilícitas é relativa, visto a interpretação dos princípios da proporcionalidade, o qual faz com que outros direitos e garantias mais importantes sejam prevalecidas e o réu provar a inocência poder fazer valer de provas ilícitas. Ou seja, as linhas de pensamentos levantadas inicialmente para este trabalho vieram a ser confirmadas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, HC Nº 90376, acórdão da Segunda Turma, publicado no DJU em 18 de maio de 2007, relator Min. Celso de Mello. Disponível em <http://br.vlex.com/vid/41076813>. Acesso em 11/09/2014.)
2. ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. Da prova no processo penal, 7 ed. Ver. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2006, p. 5 \ p. 6 \ p. 33-34 \ p.49 \ p.50
3. BARBOSA, José Olindo Gil. As provas ilícitas no processo brasileiro. Revista Jus Vigilantibus, Domingo, 19 de junho de 2005. Disponível em: <http://jusvi.com/artigos/16034>. Acesso em 13/09/2014.

4. BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 425 \ p.271 \ p.272
5. BOSCHI, Marcus Vinicius, Código de processo penal comentado/ org. Marcus Vinicius Boschi; Aramis Nassif... [et al.]. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008, p. 163.
6. BRAGA, Valeschka e Silva. Princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. Curitiba: Juruá, 2009. p. 43/ p.40
7. BRASIL, Código de processo penal. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Decreto-Lei/Del3689Compilado.htm>>. Acesso em 10/09/2014.
8. BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em 10/09/2014
9. BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, HC nº 3982/RJ, acórdão da 6ª turma, publicado no DJU de 26.02.96, p. 4.084, rel. Adhemar Maciel. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/548539/habeas-corpus-hc-3982-rj-1995-0053161-5-stj>. Acesso em 12/09/2014
10. BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, HC nº 3982/RJ, acórdão da 6ª turma, publicado no DJU de 26.02.96, p. 4.084, rel. Adhemar Maciel. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/548539/habeas-corpus-hc-3982-rj-1995-0053161-5-stj>. Acesso em 12/09/2014
11. BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, RHC 7216/ SP, acórdão da 5ª turma, publicado no DJU28/04/1998, Relator Edson Vidigal. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/ita/abreDocumento.jsp?num_registro=199800040358&dt_publicacao=25-05-1998&cod_tipo_documento=1. Acesso em 11/09/2014
12. BRASIL, Supremo Tribunal Federal, HC 70814/SP, primeira turma, publicado DJU do 24/06/1994, rel. Celso de Mello. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/748560/habeas-corpus-hc-70814-sp-stf>. Acesso em 11/09/2014.
13. BRASIL, Supremo Tribunal Federal, HC 93050/ RJ, Rel. Celso de Mello, publicado em 01/08/2008. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=prova%20il%E7%EDcita%20deriva%E7%E3o&base=baseAcordaos>> Acesso em 10/09/2014
14. BRASIL, Supremo Tribunal Federal, HC nº 402717/PR, acórdão da 2ª turma, publicado no DJU de 13/02/2009, Rel. Cezar Peluso. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?numero=402717&classe=RE>. Acesso em 12/09/2014
15. BRASIL, Supremo Tribunal Federal, HC nº 74.678/SP, acórdão da 1ª turma, publicado no DJU de 15/08/19997, Rel. Moreira Alves. Disponível em:

- <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/742275/habeas-corpus-hc-74678-sp-stf>. Acesso em 12/09/2014
16. BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, Apelação Criminal nº. 2007.056929-9, Rel. Amaral e Silva, publicado em 14/04/2008. Disponível em <http://app.tjsc.jus.br/jurisprudencia/acnaintegra!html.action?qTodas=%22liberdade+probat%F3ria%22&qFrase=&qUma=&qNao=&qDataIni=&qDataFim=&qProcesso=&qEmenta=&qClasse=&qRelator=&qForo=&qOrgaoJulgador=&qCor=FF0000&qTipoOrdem=relevancia&pageCount=10&qID=AAAG%2B9AAIAAAoa8AAC>> Acesso em 10/09/2014.
 17. CAPEZ, Fernando. Curso de processo penal, 14 ed. Ver. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2007, p. 315 \ p.288 \ p.35-36
 18. ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. Conceito de princípios constitucionais: elementos teóricos para uma formulação dogmática constitucionalmente adequada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 64
 19. FERNANDES, Antonio Scarance. Processo penal constitucional. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 80 \ p.80-81 \ p.82 \ p.86
 20. GOMES, Flávio Luiz. Lei nº 11.690/2008 e provas ilícitas: conceito e inadmissibilidade. 2008, Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11466>>. Acesso em 11/09/2014
 21. GOMES, Luiz Flávio, A prova no processo penal– comentários à Lei nº 11.690/2008. São Paulo: Premier Máxima, 2008, p. 35
 22. GRECO FILHO, Vicente, Manual de processo penal/ Vicente Greco Filho. - 4. ed., ampl. e atual. - São Paulo : Saraiva, 1997, p. 199-200.
 23. LEITE, Gisele. Considerações sobre o princípio da proibição da prova ilícita. Revista Jus Vigilantibus, 18 de agosto de 2004. Disponível em: <http://jusvi.com/artigos/2162>. Acesso em 11/09/2014>
 24. MENDONÇA, Andrey Borges de. Nova reforma do Código de processo Penal: comentada artigo por artigo. 2ª Ed. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009, p. 165 \ p.166
 25. MIRABETE, Julio Fabbrini, Processo penal, 18 ed. Ver. E atual. – São Paulo: Atlas, 2006, p.249 \ p. 260
 26. NUCCI, Guilherme de Souza, Código de Processo Penal comentado, 8ª ed., ver., atual. E ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 338
O princípio da proporcionalidade no direito processual penal brasileiro. Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 2007, p. 46-50/ p.48-49 / p. 52-53/ p.51/ p.66
 27. PACHECO, Denílson Feitosa.

28. PRADO, Leandro Cadenas. Provas ilícitas– teoria e interpretação dos tribunais superiores. 2 ed. – Rio de Janeiro: Impetus, 2009, p.4 \ p. 7 \ p. 8-9 \ p.11 \ p.12-13 \ p.14 \ p.32
29. RANGEL, Paulo. Direito processual penal. 15. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 430 \ p.439
30. SILVA, César Dario Mariano. A relatividade das provas ilícitas e processualmente e ilegítimas. Revista Consultor Jurídico, 29 de novembro de 2008. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2008-nov-29/proibicao_prova_ilegal_ao_absoluta?pagina=5. Acesso em 11/09/2014
31. SILVA, César Dario Mariano. A relatividade das provas ilícitas e processualmente ilegítimas. Revista Consultor Jurídico, 29 de novembro de 2008. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2008-nov-29/proibicao_prova_ilegal_ao_absoluta?pagina=. Acesso em 12/09/2014
32. SILVA, De Plácido e. Vocabulário Jurídico/ atualizadores: Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvaho – Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003, p.1187 \ p. 1095
33. SILVA, Ovídio Baptista. Curso de processo civil. v. 1. São Paulo: RT, 1997, p. 300
34. SOUZA, Sérgio Ricardo. Manual de processo penal constitucional: pós reforma de 2008. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 301
35. TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Manual de processo penal, 11 ed. Ver. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2009, p. 522 \ p. 23-25 \ p.524 \ p.532 \ p. 533

