

LIGA DE ENSINO DO RIO GRANDE DO NORTE
CENTRO UNIVERSITÁRIO DO RIO GRANDE DO NORTE
DIREITO

MARIANA FERNANDES CAVALCANTI

**A RELATIVIZAÇÃO DA PROVA ILÍCITA E O PRINCÍPIO DA
PROPORCIONALIDADE**

NATAL/RN
2012

MARIANA FERNANDES CAVALCANTI

**A RELATIVIZAÇÃO DA PROVA ILÍCITA E O PRINCÍPIO DA
PROPORCIONALIDADE**

Monografia apresentada ao Curso de Pós-Graduação do Centro Universitário do Rio Grande do Norte – UNI-RN como requisito final para obtenção do título de Especialista em Direito Penal e Processual Penal.

Orientador: Prof. Ítalo Ricardo Amorim Nunes (Especialista em Direito Penal e Processual Penal).

NATAL/RN
2012

RESUMO

A prova no Processo Penal é de fundamental importância para se alcançar o deslinde de uma causa, pois é diante dela que o Magistrado firma melhor seu convencimento para proferir as decisões. Antigamente, só as provas lícitas podiam ser utilizadas em um processo e tal regra era consubstanciada no princípio da inadmissibilidade das provas ilícitas, inscrito no art. 5º, LVI da Constituição Federal. Ora, a Carta Magna de 1988, influenciada pelos direitos humanos, elencava no rol dos direitos fundamentais tal previsão, em respeito aos princípios da segurança jurídica, do devido processo legal e do Estado Democrático de Direito. Contudo, no decorrer dos anos, tal premissa considerada absoluta passou a ser tida como relativizada, tanto pela doutrina como pela jurisprudência. Ou seja, provas ilícitas começaram a ser utilizadas em um processo diante de certos casos, como, por exemplo, para se provar a inocência de um acusado. Esta relativização da prova ilícita é atingida com a aplicação do princípio da proporcionalidade, padrão hermenêutico que deve ser utilizado em prol dos anseios da sociedade, a fim de equilibrar valores fundamentais em conflito. Destarte, sempre que um direito fundamental de maior importância estiver em questão, prevalecerá ante o outro direito de menor peso valorativo. Tal juízo de valoração deve permear o campo da dignidade da pessoa humana, pois este é princípio de valor supremo, essência do direito e fundamento de envergadura constitucional.

Palavras-chaves: Prova ilícita. Princípio da proporcionalidade. Dignidade da pessoa humana.

ABSTRACT

Evidence in Criminal Process has fundamental importance to achieve the result of a situation because it is based on such resource that the Magistrate gets convicted to deliver the decisions. Previously, only legal evidence could be used in criminal processes and such rule was established based on the principle of illegal evidence inadmissibility, enrolled in art. 5, LVI of Federal Constitution. In that context, the Constitution of 1988, influenced by human rights, put such provision in the list of fundamental rights to respect the principles of juridical security, due process of law and democratic state of law. However, this assumption, considered absolute over the years, became relativized by both the doctrine and the jurisprudence. That is, illegal evidence began to be used in certain cases of criminal processes to prove the innocence of a person in charge, for example. This relative aspect of illegal evidence is achieved by applying the principle of proportionality, hermeneutical standard that must be used to support the society aspirations with the aim of balancing the fundamental values in conflict. Thus, when a fundamental right of greater importance is involved in a situation, it will prevail against the other lower importance right. Such value judgment should permeate the human dignity field because it is a supreme value principle, essence of the right and foundation of constitutional value.

Keywords: Illegal evidence. Proportionality principle. Human dignity.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	6
2 PROVA.....	8
2.1 CONCEITO DE PROVA.....	8
2.2 IMPORTÂNCIA DA PROVA NO PROCESSO.....	9
2.3 O LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO	10
2.4 A PROVA E O PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA.....	11
2.5 PRINCÍPIOS DA VERDADE REAL E FORMAL NO PROCESSO.....	12
2.5.1 Verdade formal no Processo Civil.....	13
2.5.2 Verdade real no Processo Penal.....	14
2.6 O PRINCÍPIO DO <i>NEMO TENETUR SE DETEGERE</i> - O DIREITO À NÃO PRODUÇÃO DE PROVAS.....	15
2.6.1 O princípio do <i>nemo tenetur se detegere</i> no Direito brasileiro.....	16
2.6.1.1 A Constituição da República e o direito ao silêncio.....	16
2.6.1.2 O princípio do <i>nemo tenetur se detegere</i> no Código de Processo Penal.....	17
3 PROVA ILÍCITA VERSUS PROVA ILEGÍTIMA.....	19
4 A PROVA ILÍCITA E O PRINCÍPIO DO <i>NEMO TENETUR SE DETEGERE</i>.....	22
5 RELATIVIZAÇÃO DA INADMISSIBILIDADE DAS PROVAS ILÍCITAS.....	24
6 PROVA ILÍCITA <i>PRO REO</i>.....	29
7 PROVA ILÍCITA <i>PRO SOCIETATE</i>.....	33
8 PROVA ILÍCITA POR DERIVAÇÃO.....	36
9 ANÁLISE DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE – COLISÃO ENTRE PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS.....	40
9.1 PRINCÍPIOS.....	40
9.2 TESE DE ALEXY ACERCA DOS PRINCÍPIOS.....	41
9.3 POSICIONAMENTO DA DOUTRINA ACERCA DO PRINCÍPIO DA	

PROPORCIONALIDADE.....	41
9.4 A TRÍPLICE DIMENSÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE: ADEQUAÇÃO, NECESSIDADE E PROPORCIONALIDADE EM SENTIDO ESTRITO.....	43
10 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.....	45
11 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	47
REFERÊNCIAS.....	48

1 INTRODUÇÃO

Tal tema trata de questão inovadora, eis que ausente nas anteriores Constituições brasileiras. Ora, a Carta Magna de 1988, em seu art. 5º, LVI, dispõe: “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”. (BRASIL, CONSTITUIÇÃO FEDERAL, 1988).

O assunto das provas ilícitas tem total afinidade com o dos direitos fundamentais da pessoa, pois, *a priori*, violar o preceito do artigo supracitado seria admitir a prova ilícita e ir de encontro ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Todas as regras que disciplinam a obtenção das provas são, evidentemente, voltadas para os órgãos persecutórios do Estado, que não podem conquistar prova violando as limitações constitucionais e legais existentes. (GOMES, 2008).

Tal garantia constitucional parece ser singela e de simples aplicação no cotidiano, tendo em vista tratar-se de uma justificativa de coerência no Estado Democrático de Direito em que vivemos. Porém, tem-se percebido que, na realidade, tal aplicação não é uniforme em todos os casos, haja vista que esta garantia tem desdobramentos diversos, dando margem a entendimentos mais variados possíveis.

O princípio da proporcionalidade relativiza a proibição das provas obtidas por meios ilícitos através do acionamento de “mecanismo de harmonização que submete o princípio de menor relevância ao de maior valor social”.

Sobre o assunto, Capez discorre que:

A proibição de provas obtidas por meios ilícitos é um princípio relativo, que, excepcionalmente, pode ser violado sempre que estiver em jogo um interesse de maior relevância ou outro direito fundamental com ele contrastante (CAPEZ, 2008).

A matéria concernente a provas ilícitas, como se percebe, é rica em detalhes na seara Penal e Processual Penal, levando a diversas conclusões que serão estudadas no decorrer do trabalho. Destarte, serão expostos acerca da importância da prova no processo, dos tipos de provas ilícitas existentes, da

relativização da prova ilícita jungida ao princípio da proporcionalidade, de que forma tais provas ilícitas são utilizadas em um processo e, por fim, do princípio da dignidade da pessoa humana, princípio este que serve de baliza no critério hermenêutico no julgamento da proporcionalidade de interesses e direitos fundamentais em conflito.

2 PROVA

O vocábulo 'prova' origina-se do latim *probatio*, que, por sua vez, emana do verbo *probare*, com o significado de demonstrar, reconhecer, formar juízo de valor. Entende-se, assim, no sentido jurídico, a demonstração que se faz, pelos meios legais, da existência ou veracidade de um fato material ou de um ato jurídico, em virtude da qual se conclui por sua existência ou se afirma a certeza a respeito da existência do fato ou do ato demonstrado. (PLÁCIDO E SILVA, 1967).

O assunto das provas é de mais alta relevância no Direito. Isso porque elas existem para balizar uma questão e servir de fundamento e alicerce de uma tese que esteja sendo exposta e defendida por qualquer das partes.

2.1 CONCEITO DE PROVA

O termo prova é bastante comentado nos mais variados ramos do Direito, seja nos âmbitos cível, trabalhista, empresarial, tributário, bem como no penal (tema que agora será tratado). É assunto muito debatido porque ela (a prova) é de fundamental importância em um processo.

Prova é o meio pelo qual, no decorrer do processo, possa ser demonstrada a existência ou inexistência de um fato, a falsidade ou a veracidade de uma afirmação, a fim de que o juiz possa obter suas convicções e realizar o julgamento.

Paulo Rangel explica com clareza o conceito de prova, ao exprimir que: "A prova é um direito subjetivo constitucional assegurado através de princípios da verdade processual e do contraditório, pois contradizer é dizer e provar o contrário". (RANGEL, 2010).

Tourinho Filho expõe, por sua vez, que prova é o conjunto de elementos produzidos pelas partes, ou pelo próprio Juiz, visando estabelecer dentro do processo, a existência de certos fatos. (TOURINHO FILHO, 2006).

A prova, como visto acima, pode ser explicada de várias formas, porém apesar das várias definições que os doutrinadores tragam, é sabido que ela é importante para o deslinde da causa.

2.2 IMPORTÂNCIA DA PROVA NO PROCESSO

A importância da prova no processo, mais especificamente no Processo Penal, é grande, pois ela serve como elemento base para que o Juiz decida acerca do caso concreto que está sendo discutido. É certo que o Magistrado não é obrigado a decidir favoravelmente ao que expõe a prova, porém é indubitável que a prova possui aspecto valorativo fundamental para o convencimento acerca da questão em debate no processo.

A respeito da prova no processo, Fernando Capez assevera que sua finalidade é a formação da convicção do juiz acerca dos elementos essenciais para o deslinde da causa. (CAPEZ, 2008).

A atividade probatória exercida no âmbito de um processo penal que se pretenda democrático deve conciliar a pretensão de realização da justiça, fundada na maior aproximação possível da verdade histórica, com o respeito aos direitos fundamentais do investigado/acusado. Como ensina Muñoz Conde,

[...] o Processo Penal de um Estado de Direito deve não somente manter um equilíbrio entre a busca da verdade e a dignidade dos acusados, mas deve entender a verdade mesma não como uma verdade absoluta, mas sim como o dever de fundamentar uma condenação somente sobre aquilo que indubitável e intersubjetivamente pode ser dado como provado. O resto é puro facismo e volta aos tempos da inquisição, dos quais se supõe já havermos felizmente saído. (MUÑOZ CONDE, [1988]).

É de se notar que a afirmação da busca da verdade deve ser um guia a orientar a atuação dos operadores do Direito a partir das provas produzidas, não implicando que se possa admitir tudo e qualquer coisa em nome da busca da verdade.

Pacelli de Oliveira emite seu ponto de vista sobre a prova no processo:

A prova judiciária tem um objetivo claramente definido: a reconstrução dos fatos investigados no processo, buscando a maior coincidência possível com a realidade histórica, isto é, com a verdade dos fatos, tal como efetivamente ocorridos no espaço e no tempo. A tarefa, portanto, é das mais difíceis, quando não impossível: a reconstrução da verdade. (PACELLI, 2011).

Destarte, é com a produção da prova no processo que as partes terão mais subsídios para defender-se das alegações da outra parte, assim como o Juiz terá mais argumentos para melhor fundamentar as decisões.

2.3 O LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO

É sabido que a prova serve como base ao sistema do livre convencimento motivado do Juiz; à persuasão racional do Magistrado. Assim, pois, o Juiz é livre nas suas escolhas, porém, para tanto, faz-se necessário que ele fundamente suas decisões; e são exatamente as provas que irão auxiliá-lo nesse mister. Portanto, é com base nos meios probatórios que o Magistrado firma melhor suas convicções para a prolação das sentenças.

Pacelli de Oliveira explica a respeito de tal assunto:

Por tal sistema, o juiz é livre na formação de seu convencimento, não estando comprometido por qualquer critério de valoração prévia da prova, podendo optar livremente por aquela que lhe parecer mais convincente. Um único testemunho, por exemplo, poderá ser levado em consideração pelo juiz, ainda que em sentido contrário a dois ou mais testemunhos, desde que em consonância com outras provas. (PACELLI, 2011).

Sabe-se que a liberdade quanto ao convencimento não dispensa a sua fundamentação, ou a sua explicitação. É dizer: embora livre para formar o seu convencimento, o juiz deverá declinar as razões que o levaram a optar por tal ou qual prova, fazendo-o com base em argumentação racional, para que as partes, eventualmente insatisfeitas, possam confrontar a decisão nas mesmas bases argumentativas.

Tal fundamentação das decisões é aplicável somente às decisões do juiz singular, não se estendendo aos julgamentos pelo Tribunal do Júri, em que não se impõe aos jurados o dever de fundamentarem as suas respostas aos quesitos. Para o Tribunal do Júri, vige o princípio da íntima convicção.

2.4 A PROVA E O PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA

O princípio do contraditório e da ampla defesa está consubstanciado no artigo 5º, inciso LV da Constituição Federal, mas pode ser definido também pela expressão *audiatur et altera pars*, que significa “ouça-se também a outra parte”.

Sabe-se que é corolário do princípio do devido processo legal, caracterizado pela possibilidade de resposta e a utilização de todos os meios de defesa em Direito admitidos, tratando-se de uma questão de ordem pública, haja vista ser essencial para um país de cunho democrático.

Para Nucci, princípio do contraditório refere-se a toda alegação fática ou apresentação de prova feita no processo por uma das partes, tendo o adversário o direito de se manifestar, havendo um perfeito equilíbrio na relação estabelecida entre a pretensão punitiva do Estado e o direito à liberdade e à manutenção do estado de inocência do acusado. (NUCCI, 2010).

Mirabete, por sua vez, expõe:

Dos pontos mais importantes no processo acusatório é o princípio do contraditório, (ou da bilateralidade da audiência), garantia constitucional que assegura a ampla defesa do acusado. Se a uma das partes litigantes é concedido um direito, do mesmo direito deverá gozar a outra parte. Graças ao princípio do contraditório, o acusado goza do direito de defesa sem restrições, num processo em que deve estar assegurada a igualdade das partes. (MIRABETE, 2007).

Assim sendo, o direito ao contraditório deverá permear todas as fases do processo, a fim de que não seja praticado nenhum ato atentatório ao direito do indiciado (ou de qualquer que não seja a parte) em se defender listando as melhores provas e fundamentando-se nas mais sólidas fontes de direito. Em síntese, compreendem como garantias do contraditório todas e quaisquer atividades praticadas com o intuito de preparar o espírito do juiz, provocando-lhe o livre convencimento em relação à tese substancialmente vencedora. (BORGES, [2009]).

Quando se explicita acerca de ampla defesa, fala-se do direito que tem o réu para se defender. A ampla defesa deve abranger não só os recursos materiais, tais como provas, direito à oitiva do acusado e de suas testemunhas,

respostas e argumentações escritas e orais por meio dos patronos, mas também os recursos humanos, a exemplo de ser representado por advogado devidamente habilitado ou defendido pelas defensorias quando não se tenha meios suficientes para contratar advogado.

Nucci explica seu ponto de vista a respeito do direito à ampla defesa:

Ao réu é concedido o direito de se valer de amplos e extensos métodos para se defender da imputação feita pela acusação. Do princípio à ampla defesa são emanados inúmeros direitos exclusivos do réu, como é o caso de ajuizamento de revisão criminal. – o que é vedado á acusação. (NUCCI, 2009).

Ora, o princípio à ampla defesa não é uma generosidade, mas um interesse público. Todo e qualquer Estado que se diga minimamente democrático deve entender o direito na forma mais ampla como sendo essencial a todos os cidadãos.

Assim, o princípio da ampla defesa é o elemento de equilíbrio entre as partes, principalmente quando formadas por entes visivelmente desiguais em poder e em força, como é, geralmente, o caso do Estado versus cidadão comum.

2.5 PRINCÍPIOS DA VERDADE REAL E FORMAL NO PROCESSO

Sabe-se que a verdade real e a verdade formal são princípios que norteiam a busca de provas em um determinado âmbito processual. Há, pois, diferentes formas de tratamento jurídico previstas nas legislações cíveis e criminais que conferem à verdade atestado de maior ou menor relevância na solução de um caso concreto.

Hodiernamente, há praticamente um consenso no âmbito não só do Direito, mas também da Filosofia, Sociologia e da Hermenêutica acerca da ideia de que a verdade é inalcançável (tendo em vista somente conseguirmos obter versões da verdade) e que por meio do processo judicial não se pode pretender chegar à chamada “verdade real”, mas tão somente à “verdade formal”, construída a partir do que foi colhido na instrução. O fato é que a busca

da verdade sobre os fatos discutidos nos autos sempre foi tida como um norteador de justiça.

Assim, para tanto, faz-se necessário adentrar na seara do estudo acerca da verdade real e verdade formal em sedes processuais.

Diomar Ackel Filho ensina que a verdade buscada no processo aponta em duas direções:

No processo civil, com a admissão das presunções que determinam a chamada verdade ficta. No processo penal, com a rejeição das ficções e das verdades retratadas de modo artificial, por obra das indigitadas presunções. No processo civil, prepondera, portanto, a verdade formal e no processo penal, a verdade real. (ACKEL FILHO, 1988).

Doutrina majoritária admite que a verdade real prepondera no Processo Penal, ao passo que a verdade formal prepondera no Processo Civil. Para tanto, leva-se em consideração o próprio fim processual de cada um. Exemplificativamente, pelo fato de o Processo Penal atuar perante a liberdade dos indivíduos, sendo, pois, um direito fundamental de importância ímpar, nada mais justo que as provas perquiridas por tal sejam bem detalhadas, de forma a alcançar a verdade concreta, ou, digamos, chegar mais perto da verdade.

2.5.1 Verdade formal no Processo Civil

É sabido que a verdade formal prepondera no âmbito processual cível, entendendo-se como a verdade extraída da análise das provas e manifestações trazidas aos autos pelas partes, sendo que o juiz pouco ou nada interfere nessa produção.

Justificando a finalidade do princípio da verdade formal, o doutrinador Marco Antônio de Barros ensina que, diante da impossibilidade de alcance da verdade plena em todo processo, em determinados casos, por uma opção política, o Estado-Juiz se contenta com a verdade produzida pelas partes, abreviando-se a solução dos conflitos de interesses, sem que tenha que fazer uso de toda sua energia no sentido de apurar *ex officio* a veracidade dos fatos. (BARROS, 2002).

O Código de Processo Civil adota o princípio da verdade formal em vários de seus dispositivos. A exemplo disto, cita-se a determinação contida no art. 319 do dito diploma legal que estabelece que, em regra, se o réu não contestar a ação, serão presumidos os fatos alegados pelo autor como verdadeiros.

2.5.2 Verdade real no Processo Penal

Um dos mais importantes princípios do Processo Penal é o chamado princípio da verdade real (verdade material ou verdade substancial), no qual determina que o fato investigado no processo deve corresponder ao que está fora dele, em toda sua plenitude, sem quaisquer artifícios, sem presunções ou ficções.

Segundo Rogério Lauria Tucci, a verdade real pode ser definida como: “A reconstrução atingível de fato relevante e metaprocessual, inquisitivamente perquirida para deslinde da causa penal”. (TUCCI, 1986).

Segundo o princípio em comento, o julgamento proferido em sede processual penal, tanto quanto possível, deve refletir a realidade dos fatos postos em questão e, para tanto, a pesquisa do que efetivamente aconteceu deve ser plena e ampla, a fim de que a realidade possa se transmitir com fidelidade aos autos.

A preponderância da verdade real no processo penal é determinada pelo interesse público, presente nas ações penais públicas e privadas. Isso porque ao Estado é reservado o exercício do *jus puniendi*, mister que se faz que a verdade dos fatos seja efetivamente alcançada, sob pena de que muitas injustiças sejam praticadas, como, por exemplo, efetuar a prisão de um inocente ou ser concedida liberdade a um criminoso perigoso.

Em nosso regime jurídico-constitucional, toda atividade estatal deve necessariamente ser realizada atendendo aos princípios e regras constitucionais que conferem direitos fundamentais aos indivíduos e que, por óbvio, não podem ser desconsiderados em nome da pretensa busca pela “verdade real”.

Não se pode desconhecer a precisa lição de Ferrajoli:

É evidente que esta pretendida “verdade substancial”, ao ser perseguida fora das regras e controles, e sobretudo, de uma exata predeterminação empírica das hipóteses de indagação, se degenera em um juízo de valor, amplamente arbitrário de fato, assim como o a cognição ética sobre aquilo em que se baseia o substantivismo penal resulta inevitavelmente solidário com uma concepção autoritária e irracionalista do Processo penal. (FERRAJOLI, 2010)

Sobre o tema em comento, Tourinho Filho ensina:

Na verdade, enquanto o juiz não penal deve satisfazer-se com a verdade formal ou convencional que surja das manifestações formuladas pelas partes, e a sua indagação deve circunscrever-se aos fatos por elas debatidos, no Processo Penal o Juiz tem o dever de investigar a verdade real, procurar saber como os fatos se passaram na realidade, quem realmente praticou a infração e em que condições a perpetrou, para dar base certa à justiça. (TOURINHO FILHO, 2006).

Imprescindível ressaltar que a busca da verdade real não pode ferir garantias constitucionais, dentre elas: a garantia ao contraditório e à ampla defesa (exemplo clássico é a vedação de apresentar prova no Tribunal do Júri sem que seja comunicada a parte contrária em três dias), a impossibilidade de juntar documentos em qualquer momento processual, o direito de não produzir provas contra si e a proibição das provas ilícitas. Quanto a estas, será visto, no decorrer da monografia, a existência da relativização do princípio da inadmissibilidade das provas ilícitas, podendo assim, tais provas, muitas vezes, em determinados contextos, serem utilizadas em um processo.

2.6 O PRINCÍPIO DO *NEMO TENETUR SE DETEGERE* - O DIREITO À NÃO PRODUÇÃO DE PROVAS

No processo penal, a busca pela verdade real é almejada tanto pelas partes como pelo magistrado, mas o Estado não pode buscar essa verdade a qualquer preço, tampouco exigir que o acusado se auto-incrimine para que a prova seja produzida.

Uma prova produzida através da violação do princípio *nemo tenetur se detegere* não pode ser utilizada pelo juiz em sua decisão final por ferir uma norma constitucional. Logo, é prova ilícita, sendo certo que a Constituição da República proíbe a produção de tais provas.

Maria Thereza Rocha de Assis Moura e Maurício Zanoide de Moraes resumem muito bem a evolução do *nemo tenetur se detegere*:

A evolução do princípio consagrado na expressão *nemo tenetur se detegere* se insere na problemática crucial do processo penal, qual seja, o confronto entre a defesa social e os direitos fundamentais do imputado. Assim é que, desde a época em que responder ao interrogatório era obrigação do acusado, até os dias de hoje, em que se lhe permite permanecer calado, sem que disso resulte prejuízo a ele ou à sua defesa, um longo caminho foi percorrido, passando inclusive, por período em que o direito ao silêncio foi equiparado à confissão tácita, carreando-se ao imputado um verdadeiro *onus probandi*. (MOURA; MORAES, 1994).

Atualmente, o princípio garante ao acusado, entre outros direitos, o direito de não produzir provas contra si mesmo, de permanecer em silêncio no interrogatório e de decidir se coopera ou não com investigações policiais e judiciais.

2.6.1 O princípio do *nemo tenetur se detegere* no Direito brasileiro

Tal princípio, que significa, o direito de não produzir prova contra si mesmo encontra-se amplamente aplicado no Direito Brasileiro. No trabalho ora em comento será vista sua aplicação, com base nos ditames da Constituição e no Processo Penal.

2.6.1.1 A Constituição da República e o direito ao silêncio

O direito ao silêncio, uma das decorrências do *nemo tenetur se detegere*, está previsto no artigo 5º, LXIII, da Constituição da República, que dispõe que “o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado”.

Segundo Guilherme de Souza Nucci, o princípio decorre da conjugação dos princípios constitucionais da presunção de inocência e ampla defesa. Conclui seu pensamento afirmando que se o indivíduo é inocente até que se prove sua culpa, possuindo direito de produzir amplamente prova em seu favor, bem como de permanecer em silêncio sem que isso lhe traga prejuízo, é

perfeitamente claro que não está obrigado a produzir prova contra si mesmo. (NUCCI, 2009).

Tucci, ao dispor sobre a caracterização do silêncio em sede penal, leciona que:

Com efeito, essa opção concedida ao preso, investigado ou indiciado, já no início da perseguição penal, ou a partir da instauração da *informatio delicti*, e ao acusado, após a formulação da proposição acusatória, representa, outrossim, por um lado, a preambular conformação da autodefesa, com ou sem a integração da defesa técnica; e por outro, o reconhecimento de que ela resulta do exercício de um direito constitucionalmente estabelecido, encartado no de ampla defesa e particularizado no contraditório. (TUCCI, 2004).

Por fim, é importante destacar que o direito ao silêncio, constitucionalmente assegurado, não é apenas direito daquele que está preso, mas também do acusado que se encontra em liberdade.

2.6.1.2 O princípio do *nemo tenetur se detegere* no Código de Processo Penal

O direito de não produzir prova contra si mesmo tem grande repercussão no processo penal brasileiro.

Uma das decorrências do *nemo tenetur se detegere*, o direito ao silêncio, impõe limites ao artigo 6º, V, do Código de Processo Penal, e aos artigos 198 (O silêncio do acusado não importará confissão, mas poderá constituir elemento para a formação do convencimento do juiz) e 260 (Se o acusado não atender à intimação para o interrogatório, reconhecimento ou qualquer outro ato que, sem ele, não possa ser realizado, a autoridade poderá mandar conduzi-lo à sua presença), do mesmo diploma legal.

O preso tem o direito de se calar perante a autoridade judicial e perante a autoridade policial, eis que a Constituição da República lhe conferiu tal direito.

O interrogatório do acusado é visto por muitos doutrinadores como meio de prova. Frederico Marques explicita que “o interrogatório do acusado é, atualmente, meio probatório, pois que, entre as provas, o arrolou o Código de Processo Penal”.

Diferente é a posição de Tourinho Filho, que entende ser o interrogatório um meio de defesa. Ensina Tourinho que:

A despeito de sua posição topográfica – no capítulo das provas - , o interrogatório é meio de defesa. Para a doutrina tradicional, o interrogatório constitui o início da fase probatória e, ao mesmo tempo, um dos atos finais da fase postulatória. Geralmente, na fase postulatória destacam-se o instante da formulação do pedido, do juízo de admissibilidade da demanda e da defesa preliminar. Pois bem: o interrogatório integra esse Segundo instante, sem embargo de estar situado no capítulo destinado à instrução. (TOURINHO FILHO, 2006).

Ainda existem posições doutrinárias no sentido de que a natureza do interrogatório é mista, ou seja, meio de prova e de defesa. As lições de Fernando Capez confirmam a afirmação:

Entretanto, a doutrina mais avisada, seguida pela jurisprudência mais sensível aos novos postulados ideológicos informativos do processo penal, tem reconhecido o interrogatório como *meio de defesa*, i.e., como ato de concretização de um dos momentos do direito de ampla defesa, constitucionalmente assegurado, qual seja, o direito de auto-defesa, na espécie direito de audiência. Desse modo, tem prevalecido a natureza mista do interrogatório, sendo aceito como meio de prova e de defesa. (CAPEZ, 2008).

A doutrina, pois, encontra-se dividida sobre o tema. Porém, o que importa é que, sendo o interrogatório meio de defesa e, portanto, ato de cooperação do acusado, cabe a ele fazer, se for de seu interesse, declarações apenas argumentativas, não cabendo alegações que possam, de qualquer modo, incriminá-lo; logo, não precisa responder ao interrogatório de qualificação, podendo usufruir de seu direito de manter-se em silêncio.

3 PROVA ILÍCITA VERSUS PROVA ILEGÍTIMA

Para expor acerca da prova ilícita, assunto do trabalho ora em tese, imprescindível estabelecer e compreender que há diferença entre provas ilícitas e prova ilegítimas.

Prova ilícita, segundo doutrina majoritária, é uma espécie de prova ilegal. Importante saber que existem duas espécies do gênero prova ilegal admitidas pela doutrina, quais sejam a prova ilegítima, isto é, aquela que viola norma processual penal e prova ilícita, aquela que transgredir norma material penal. (PACELLI, 2011).

Prova ilegítima é aquela que viola regra de direito processual no momento de sua obtenção em juízo, ou seja, no momento em que é produzida no processo. Como exemplos, podem ser citados: a oitiva de pessoas que não podem depor, como é o caso do advogado que nada pode informar sobre o que soube no exercício da sua profissão (art. 207 do CPP), o caso do interrogatório sem a presença de advogado, a colheita de um depoimento sem advogado etc. A prova ilegítima, como se vê, é sempre intraprocessual (ou endoprocessual). (GOMES, [2009]).

O fato de uma prova violar uma regra de direito processual nem sempre conduz ao reconhecimento de uma prova ilegítima. Por exemplo: busca e apreensão domiciliar determinada por autoridade policial. Como se trata de uma prova obtida fora do processo, cuida-se de prova ilícita, ainda que viole concomitantemente duas regras: uma material (constitucional) e outra processual.

Cumprir expor acerca do que sejam as provas obtidas por meios ilícitos. Provas ilícitas, em virtude da nova redação dada ao art. 157 do Código de Processo Penal (CPP) pela Lei 11.690/2008, são as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais. Impõe-se observar que a noção de prova ilícita está diretamente vinculada com o momento da obtenção da prova, e este tem seu *locus* fora do processo, ou seja, é extraprocessual. Citam-se, como exemplos a confissão mediante tortura, bem como a ofensa da integridade física ou moral da pessoa, a violação de domicílio, de correspondências etc.

A distinção é importante porque as provas ilícitas não podem, em momento algum, ser convalidadas ou repetidas, ao passo que as ilegítimas

podem, em tese, ser repetidas, uma vez afastada a violação processual que ensejou sua ilegitimidade.

Cita-se um julgado em que se retrata a inadmissibilidade de uma prova ilícita com os devidos fundamentos:

Prova Ilícita: Inadmissibilidade (Transcrições) RE 251.445-GO*
RELATOR: MIN. CELSO DE MELLO EMENTA: PROVA ILÍCITA. MATERIAL FOTOGRÁFICO QUE COMPROVARIA A PRÁTICA DELITUOSA (LEI Nº 8.069/90, ART. 241). FOTOS QUE FORAM FURTADAS DO CONSULTÓRIO PROFISSIONAL DO RÉU E QUE, ENTREGUES À POLÍCIA PELO AUTOR DO FURTO, FORAM UTILIZADAS CONTRA O ACUSADO, PARA INCRIMINÁ-LO. INADMISSIBILIDADE (CF, ART. 5º, LVI). - A cláusula constitucional do *due process of law* encontra, no dogma da inadmissibilidade processual das provas ilícitas, uma de suas mais expressivas projeções concretizadoras, pois o réu tem o direito de não ser denunciado, de não ser processado e de não ser condenado com apoio em elementos probatórios obtidos ou produzidos de forma incompatível com os limites ético-jurídicos que restringem a atuação do Estado em sede de persecução penal. - A prova ilícita - por qualificar-se como elemento inidôneo de informação - é repelida pelo ordenamento constitucional, apresentando-se destituída de qualquer grau de eficácia jurídica. - Qualifica-se como prova ilícita o material fotográfico, que, embora alegadamente comprobatório de prática delituosa, foi furtado do interior de um cofre existente em consultório odontológico pertencente ao réu, vindo a ser utilizado pelo Ministério Público, contra o acusado, em sede de persecução penal, depois que o próprio autor do furto entregou à Polícia as fotos incriminadoras que havia subtraído. No contexto do regime constitucional brasileiro, no qual prevalece a inadmissibilidade processual das provas ilícitas, impõe-se repelir, por juridicamente ineficazes, quaisquer elementos de informação, sempre que a obtenção e/ou a produção dos dados probatórios resultarem de transgressão, pelo Poder Público, do ordenamento positivo, notadamente naquelas situações em que a ofensa atingir garantias e prerrogativas asseguradas pela Carta Política (RTJ 163/682 - RTJ 163/709), mesmo que se cuide de hipótese configuradora de ilicitude por derivação (RTJ 155/508), ou, ainda que não se revele imputável aos agentes estatais o gesto de desrespeito ao sistema normativo, vier ele a ser concretizado por ato de mero particular. (RE 251.445-GO, rel. Min. Celso de Mello).

Luiz Flávio Gomes arremata ainda uma outra diferença que não pode deixar de ser sublinhada, qual seja: a prova ilícita é inadmissível (não pode ser juntada aos autos, e, se juntada deve ser desentranhada, não podendo ser renovada); já a prova ilegítima é nula (assim é declarada pelo juiz e deve ser refeita, renovada, consoante o disposto no art. 573 do CPP).

Assim, pois, com tais diferenciações, não se deve confundir acerca da essência e do sentido que as provas ilícitas e as provas ilegítimas conferem a um determinado processo, bem como as consequências que elas geram às

situações mais diversas possíveis, devendo-se ter em mente que as provas ilícitas, em certos casos, podem sim ser utilizadas em um processo. Para tanto, será estudado mais adiante sobre a inadmissibilidade da prova ilícita e sua relativização com todas as suas nuances e peculiaridades.

4 A PROVA ILÍCITA E O PRINCÍPIO DO *NEMO TENETUR SE DETEGERE*

É preciso explicitar, primeiramente, que as violações ao *nemo tenetur se detegere* conduzem à ilicitude da prova colhida sem sua observância.

Desta forma, a falta de advertência ao acusado quanto ao seu direito ao silêncio, a falta de informação ao acusado de que o exercício desse direito não pode gerar consequências negativas para sua defesa, a utilização de *lie detector*, tortura e outras práticas que visem à colaboração do acusado, de maneira coercitiva, para auto-incriminar-se, conduzirão à ilicitude da prova. (NARA BORG, [2000]).

Se o acusado é coagido para reconstituir os fatos criminosos, se se submete ao exame de sangue para coleta de DNA sob coação, entre outros, essas provas deverão ser consideradas ilícitas e não poderão servir de elemento para formação do convencimento do juiz.

O princípio do *nemo tenetur se detegere* também será violado se no momento em que o acusado estiver prestando depoimento ou sendo interrogado forem utilizadas técnicas capciosas para se extrair dele a confissão. Neste sentido, Binder afirma que:

Não podem ser empregados, tampouco, perguntas capciosas ou sugestivas, nem ameaçar o acusado com que poderá lhe suceder, caso não confesse. Esses e outros procedimentos similares resultam atentatórios contra a garantia de que ninguém pode ser obrigado a depor contra si mesmo. (BINDER, 2003).

Entretanto, não é isso que tem ocorrido em nosso país. Frequentemente, acompanhamos pelos meios de comunicação acusados que são submetidos no interrogatório a procedimentos que visam sugerir a prática do delito, bem como serem ironizados em seus depoimentos e comparados a marginais por estarem utilizando o direito constitucional ao silêncio.

A proibição da utilização da prova ilícita pela nossa Constituição foi um grande avanço para o Direito pátrio e significa maior tutela a direitos fundamentais e outras normas materiais e processuais, garantindo ao cidadão que a prova não será obtida no processo a qualquer preço, bem como uma

pessoa não poderá ser condenada se as provas que fundamentam a decisão judicial são ilícitas ou se derivaram desta prova.

No capítulo seguinte, será visto como provas ilícitas podem ser utilizadas em um determinado processo em certos casos, tomando-se por base a relativização da inadmissibilidade das provas ilícitas.

5 RELATIVIZAÇÃO DA INADMISSIBILIDADE DAS PROVAS ILÍCITAS

Conforme anota Luiz Flávio Gomes, a inadmissibilidade de provas ilícitas teve origem em 1914 na jurisprudência norte-americana (caso *Weeks vs. United States*), tendo surgido com o objetivo de evitar futuras violações aos direitos fundamentais. Este princípio impede que uma prova conseguida ilicitamente seja juntada aos autos do processo. Caso isso ocorra, a prova deverá ser desentranhada sob pena de nulidade da sentença que a utilizou como fundamento. (NOVELINO, 2007).

A respeito da inadmissibilidade das provas ilícitas, importante se faz citar um julgado do STF:

[...] ILICITUDE DA PROVA – INADMISSIBILIDADE DE SUA PRODUÇÃO EM JUÍZO (OU PERANTE QUALQUER INSTÂNCIA DE PODER) – INIDONEIDADE JURÍDICA DA PROVA RESULTANTE DE TRANSGRESSÃO ESTATAL AO REGIME CONSTITUCIONAL DOS DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS. – 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 “Exclusionary Rule” consagrada pela jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos da América como limitação ao poder do Estado de produzir prova em sede processual penal. – 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”. Doutrina. Precedentes. – A circunstância de a administração estatal achar-se investida de poderes excepcionais que lhe permitem exercer a fiscalização em sede tributária não a exonera do dever de observar, para efeito do legítimo desempenho de tais prerrogativas, os limites impostos pela Constituição e pelas leis da República, sob pena de os órgãos governamentais incidirem em frontal desrespeito às garantias constitucionalmente asseguradas aos cidadãos em geral e aos contribuintes em particular. – Os procedimentos dos agentes da administração tributária que contrariem os postulados consagrados pela Constituição da República revelam-se inaceitáveis e não podem ser corroborados pelo Supremo Tribunal Federal, sob pena de inadmissível subversão dos postulados constitucionais que definem, de modo estrito, os limites – inultrapassáveis – que restringem os poderes do Estado em suas relações com os contribuintes e com terceiros. (HC 93.050, rel. Min. Celso de Mello).

Com o advento da Carta Magna de 1988 no Brasil, tal regra (a inadmissibilidade das provas ilícitas) era considerada como absoluta. A Constituição Federal, influenciada pelos direitos humanos, elencava no rol dos direitos fundamentais tal previsão, em respeito aos princípios da segurança jurídica, do devido Processo legal e do Estado Democrático de Direito. As didáticas palavras de Fonseca assim bem resume isso:

A norma constitucional foi taxativa ao dizer que não se admite provas ilícitas no processo, ou seja, o direito à prova garantido pelo direito de ação, ampla defesa e contraditório não é absoluto, existindo limites que impossibilitam a utilização de quaisquer meios probatórios disponíveis. A proibição de provas ilícitas veio principalmente, como um meio de controle frente às atividades investigativas das autoridades estatais que, em busca da verdade real, poderiam violar os direitos individuais das pessoas que são hipossuficientes diante do poder do estado (FONSECA, 2009).

Contudo, no decorrer dos anos, tal premissa considerada absoluta passou a ser tida como relativizada, tanto pela doutrina como pela jurisprudência. Isso porque entendimentos contrários e divergentes começaram a surgir, baseando-se no princípio da proporcionalidade, nas técnicas de hermenêutica, como a ponderação de valores, assim como no senso de adequabilidade.

Um exemplo claro do desenvolvimento desses novos entendimentos é o caso da Reclamação n. 2040/2002, a ser utilizado como paradigma. No fato em questão, pode-se notar a mudança de posicionamento do Supremo Tribunal Federal, com base em fundamentações que foram sendo construídas ao longo dos anos.

O caso mencionado trata de uma Reclamação ajuizada pela extraditanda Glória de Los Ángeles Trevino Ruiz, mais conhecida por Gloria Trevi, junto ao STF, no ano de 2002.

Em tal Reclamação, ela alegou ter sido violentada sexualmente por servidores da Polícia Federal quando estava presa. E de tal violência sofrida, Gloria Trevi engravidou, porém ela negava-se a realizar o exame de DNA.

Desta forma, Gloria Trevi recorreu ao STF contra uma decisão exarada por um juiz federal, em virtude de este ter autorizado a coleta da placenta da mesma para a realização do exame do DNA, com o intuito de instruir inquérito

policial em que se apurava se ela tinha, na realidade, sido vítima de estupro nas dependências do cárcere.

Em questão, foi debatida a tese da ponderação de valores, isto é, se deveria se respeitar a intimidade e a vida privada da extraditanda ou o direito à imagem e à honra dos servidores da Polícia Federal como instituição.

E, tomando como base critérios da hermenêutica constitucional e do bom senso, o STF decidiu a favor da prevalência da busca da verdade, ratificando o deferimento do exame de DNA. Depreende-se, através da decisão, que, pelos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, o dano causado à honra dos servidores da Polícia Federal (que iria influir diretamente na boa imagem da instituição da Polícia Federal) pela não realização do exame do DNA seria maior que o dano causado à intimidade de Gloria Trevi pela realização de tal exame. Pacelli Oliveira aduz que:

O critério hermenêutico mais utilizado para resolver eventuais conflitos ou tensões entre princípios constitucionais igualmente relevantes baseia-se na chamada *ponderação de bens*, presente até mesmo nas opções mais corriqueiras da vida cotidiana. O exame normalmente realizado em tais situações destina-se a permitir a aplicação, no caso concreto, da proteção mais adequada possível a um dos direitos em risco, e da maneira menos gravosa ao outro ou outros. Fala-se, então, em proporcionalidade (PACELLI, 2011).

Os ministros Sepúlveda Pertence, Ilmar Galvão, Celso de Mello e Marco Aurélio tiveram seus votos vencidos ao decidirem pelo indeferimento do exame de DNA. O entendimento vencido baseava-se no argumento de que não era da competência do STF julgar a matéria em questão, pois a ré estava presa à disposição do julgamento e por isso a lide em questão poderia ser resolvida por processos que tramitariam paralelamente a este.

Para elucidação dos argumentos utilizados pelos ministros do STF ao fundamentar a realização do exame de DNA é imprescindível ater-se também ao informativo n. 257, publicado pelo Tribunal em comento.

Colisão de Direitos Fundamentais – 1

O Tribunal, por maioria, conheceu como reclamação o pedido formulado contra a decisão do juízo federal da 10ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal que autorizara a coleta da placenta de extraditanda grávida, após o parto, para a realização de exame de

DNA com a finalidade de instruir o inquérito policial instaurado para a investigação dos fatos correlacionados com a origem da gravidez da mesma, que teve início quando a extraditanda já se encontrava recolhida à carceragem da Polícia Federal, em que estariam envolvidos servidos responsáveis por sua custódia. Considerou-se que, estando a extraditanda em hospital público sob a autorização do STF, e havendo a mesma se manifestado expressamente contra a coleta de qualquer material recolhido de seu parto, vinculando-se a fatos constantes dos autos da Extradicação (queixa da extraditanda de que teria sofrido “gravidez nãoconsentida” e “estupro carcerário”), a autorização só poderia ser dada pelo próprio STF. Vencidos os Ministros Sepúlveda Pertence, Ilmar Galvão, Celso de Mello e Marco Aurélio, que não conheciam do pedido como reclamação por entenderem não caracterizada, na espécie, a usurpação da competência do STF, uma vez que o fato de a extraditanda estar presa à disposição do STF não impede o curso paralelo de outros procedimentos penais no Brasil. (RCL 2.040-DF, rel. Min. Néri da Silveira).

Colisão de Direitos Fundamentais – 2

No mérito, o Tribunal julgou procedente a reclamação e, avocando a apreciação da matéria de fundo, deferiu a realização do exame de DNA com a utilização do material biológico da placenta retirada da extraditanda, cabendo ao juízo federal da 10ª Vara do Distrito Federal adotar as providências necessárias para tanto. Fazendo a *ponderação de valores constitucionais contrapostos, quais sejam, o direito à intimidade e à vida privada da extraditanda, e o direito à honra e à imagem dos servidores e da Polícia Federal como instituição* – atingidos pela declaração de a extraditanda haver sido vítima de estupro carcerário, divulgada pelos meios de comunicação-, o Tribunal afirmou a prevalência do esclarecimento quanto à participação dos policiais federais na alegada violência sexual, levando em conta, ainda, que o exame de DNA acontecerá sem invasão da integridade física da extraditanda ou de seu filho. Vencido nesse ponto o Min. Marco Aurélio, que indeferia a realização do exame de DNA. O Tribunal, no entanto, indeferiu o acesso ao prontuário médico da extraditanda porquanto, com o deferimento da realização do exame de DNA, restou sem justificativa tal pretensão. (RCL 2.040-DF, rel. Min. Néri da Silveira).

Percebe-se, através do caso em tela, que não mais se considera absoluta a premissa da inadmissibilidade das provas ilícitas. O exame de DNA, outrora considerado como prova absolutamente inadmissível, passou a ser admitido em homenagem ao princípio da proporcionalidade e em virtude de processos em casos de colisão com outros princípios fundamentais.

Assim, o princípio da inadmissibilidade de provas obtidas por meios ilícitos¹, consubstanciado no art. 5º, LVI da CF é princípio constitucional de cunho relativo, tendo em vista que, em determinadas situações, é possível

¹ Neste sentido, admitindo expressamente que o dispositivo do art, 5º, LVI da CF/88 constitui princípio e não regra: OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Processo e hermenêutica**. p.181-185.

estabelecer exceções frente a outros princípios constitucionais em virtude da ponderação de interesses no caso concreto, sempre tendo como base norteadora para tal ponderação a dignidade da pessoa humana, inscrito no art. 1º, III da Constituição Federal, como fundamento da República Federativa do Brasil.

6 PROVA ILÍCITA PRO REO

Hodiernamente, a prova considerada ilícita é utilizada e aplicada no processo quando imprescindível para tutelar a vida e a segurança, direitos garantidos pela Carta Magna de 1988. Em se tratando desse assunto, Capez explicita que: “A prova, se imprescindível, deve ser aceita e admitida a despeito de ser ilícita, por adoção do princípio da proporcionalidade que deve ser empregado *pro reo* ou *pro societate*”. (CAPEZ, 2008).

Em virtude da relativização dos princípios constitucionais, depreende-se da possibilidade de utilização da prova ilícita em alguns casos, como, por exemplo, para se comprovar a inocência do acusado. Tal corrente no sentido de admitir prova ilícita *pro reo* (em favor do réu) tem conseguido posicionamento favorável da doutrina e jurisprudência.

Ora, e tal relativização ocorre justamente para se aceitar que uma determinada prova, *prima facie*, ilícita, possa servir ao processo de forma a beneficiar o réu e até isentá-lo de uma condenação injusta. Mas tudo isso, levando-se em consideração o juízo da proporcionalidade, bem apontado por Pacelli:

O exame de cabimento do juízo de proporcionalidade deve passar não só pela identificação de uma tensão ou conflito entre princípios constitucionais relativos à efetiva proteção de direitos fundamentais e pela elaboração de critérios objetivos, tanto quanto possíveis, em que a escolha por um dos princípios possa não implicar o sacrifício integral do outro. (PACELLI, 2011).

No Brasil, a maior parte da doutrina admite a prova ilícita *pro reo*. Conforme Scarance Fernandes, trata-se de aplicação do princípio da proporcionalidade e de uma expressão do princípio do *favor rei* (que estabelece uma posição de preferência condicionada da liberdade individual perante o poder punitivo, em caso de dúvidas). (FERNANDES, 2010).

Deve-se aferir que, se o acusado está sendo injustamente acusado e diligencia a produção de prova ilícita, ele está atuando em estado de necessidade que, como é uma causa de exclusão da ilicitude (decorrente da proporcionalidade), torna lícita a produção de prova. Scarance Fernandes cita

como exemplo uma gravação ilícita realizada pelo acusado com terceiro para demonstrar sua própria inocência.

A premissa da inadmissibilidade da prova obtida por meio ilícito é uma garantia do cidadão contra o arbítrio do Estado, mas sabe-se que é uma regra relativa, eis que, em alguns casos, a prova ilícita é aceita no processo para salvaguardar direitos de um inocente.

Ora, seria injusto uma pessoa inocente ser incriminada porque a única forma de se provar sua inocência era uma prova ilícita e não a pôde usar. Um dos fundamentos para tal relativização permeia no âmbito do princípio da dignidade da pessoa humana, devendo, pois, sempre levar em conta tal preceito para alcançar decisões mais equânimes.

Em favor da admissão da prova ilícita *pro reo*, coloca-se em ponderação a garantia constitucional da ampla defesa e a consideração da situação de estado de necessidade do acusado. Desta forma, conclui Scarance Fernandes que é ampla a aceitação de que o princípio da proporcionalidade seja aplicado aos casos em que a prova da inocência do réu dependa de prova produzida de maneira ilícita. (FERNANDES, 2010).

Nesse sentido, surge em doutrina a teoria de exclusão da ilicitude, capitaneada por Afrânio da Silva Jardim, onde a conduta do réu é amparada pelo direito e, portanto, não pode ser chamada de ilícita. O réu, interceptando uma ligação telefônica, sem ordem judicial, com o escopo de demonstrar sua inocência, estaria agindo de acordo com o direito, em verdadeiro estado de necessidade justificante. (JARDIM, 2010).

Há autores que asseveram não se tratar de caso de estado de necessidade, e sim de legítima defesa, já que o réu obtém a prova no intuito de demonstrar sua inocência. (SARMENTO, 2000).

Pode-se arrematar que o princípio da proporcionalidade é o epicentro base para solucionar os conflitos nos casos de colisão entre bens jurídicos, tanto para a corrente que defende tratar-se de legítima defesa, quanto para a corrente que admite tratar-se de estado de necessidade no que diz respeito ao *favor rei* já exposto anteriormente.

Aliás, afirmar que se trata de legítima defesa ou de estado de necessidade não exclui a constatação de que dentro desse processo há a ponderação de interesses própria da proporcionalidade. Ora, o princípio da

proporcionalidade legítima a conduta. Desta forma, a prova obtida não é ilícita, apesar de formalmente violar uma norma atributiva de direito.²

Com o objetivo de fazer um paralelo entre as provas ilícitas e o princípio da proporcionalidade, Machado expõe que a regra geral é a completa vedação do uso das chamadas provas ilícitas. À luz da Constituição Federal, não podem ser autorizadas pelo Juiz nem podem permanecer nos autos caso já tenham sido produzidas. Expõe mais:

Pelo princípio da proporcionalidade, que é uma construção jurisprudencial dos alemães, chamado também de princípio da razoabilidade pelos norte-americanos, devem-se sopesar os valores atingidos ou ameaçados pela conduta criminosa em face dos valores violados pela produção da prova ilícita. Se os valores que se pretende resguardar da punição do criminoso forem mais importantes do que aqueles que se pretende proteger com a vedação da prova, afirmam os alemães e os norte-americanos, deve-se utilizar a prova obtida por meio ilícito. Assim, por exemplo, na apuração de um crime de homicídio, cujo tipo penal visa a proteção da vida humana, admite-se a utilização de prova obtida mediante violação de comunicações epistolares. Argumenta-se que em face do valor da vida, que é um bem maior, seria perfeitamente razoável o sacrifício do bem representado pelo sigilo da correspondência que, numa escala de valores, se situa bem abaixo da vida humana. (MACHADO, 2009).

Pacelli de Oliveira cita um julgamento emblemático, envolvendo a extradição de uma artista mexicana, e diante da alegação, feita por esta, de que teria sido vítima de estupro no interior das dependências da Polícia Federal, o Supremo Tribunal Federal deferiu, na Rcl nº 2.040/DF, a produção de exame de DNA na placenta da gestante, recolhida sem a autorização desta, com fundamento em uma necessária ponderação, entre valores constitucionais contrapostos, admitindo, então, a aplicação da proporcionalidade na produção da prova. (PACELLI, 2011).

Didaticamente, o autor supracitado em parágrafo anterior exprime acerca do princípio da proporcionalidade:

O critério hermenêutico mais utilizado para resolver eventuais conflitos ou tensões entre princípios constitucionais igualmente relevantes baseia-se na chamada ponderação de interesses, presente até mesmo nas opções mais corriqueiras da vida cotidiana. O exame normalmente realizado em tais situações destina-se a

² Entendo que a norma que viola direito *pro reo* não é ilícita: **BRASIL. STF, 1.T., HC 74.678/SP**, rel. Min. Moreira Alves, unânime, DJU 16 ago.1997.

permitir a aplicação, no caso concreto, da proteção mais adequada possível a um dos direitos em risco, e da maneira menos gravosa ao(s) outro(s). Fala-se, então, em proporcionalidade. (PACELLI, 2011).

Assim, a aplicação do princípio da proporcionalidade é forma de atenuar a rigidez constitucional do art. 5º, LVI, em que tal proibição de admissão de provas ilícitas no processo passa a ser relativizada, e não mais absoluta como outrora. Destarte, sempre que um direito fundamental de maior importância estiver em questão, ele prevalece ante o outro direito fundamental de menor peso valorativo, não havendo, pois, a proibição constitucional estanque de antigamente.

7 PROVA ILÍCITA PRO SOCIETATE

A aplicação da teoria da proporcionalidade *pro societate* diz respeito à possibilidade de o Estado utilizar provas ilícitas contra o indivíduo a favor da sociedade. Tal discussão é bem interessante, pois a maior parte da doutrina somente se posiciona pela admissibilidade de utilização de provas ilícitas a favor do réu ou acusado.

O principal fundamento à não aceitação da prova ilícita *pro societate* estaria fulcrada na ideia de que a proibição de prova ilícita é uma garantia do indivíduo contra o Estado, e que este não poderia fazer uso desse tipo de prova contra o cidadão. Tal linha de raciocínio baseia-se no princípio do Estado Democrático de Direito, que tem ligação estreita com o princípio da soberania popular.

Nesse sentido, cita-se um julgado do STF:

“Objeção de princípio – em relação à qual houve reserva de Ministros do Tribunal – à tese aventada de que à garantia constitucional da inadmissibilidade da prova ilícita se possa opor, com o fim de dar-lhe prevalência em nome do princípio da proporcionalidade, o interesse público na eficácia da repressão penal em geral, ou, em particular, na de determinados casos: é que, aí, foi a Constituição mesma que ponderou os valores contrapostos e optou – em prejuízo, se necessário da eficácia da persecução criminal – pelos valores fundamentais, da dignidade humana, aos quais serve de salvaguarda a proscrição da prova ilícita.” (STF, HC 79.512, rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 16-12-99, Plenário, DJ de 16-5-03).

A despeito de parte da doutrina e jurisprudência ainda não admitir a prova ilícita *pro societate*, a utilização de tais provas pelo Estado é possível diante de alguns requisitos: caráter excepcional; em situações de extrema gravidade; quando em contraste direitos fundamentais e com expressa autorização da autoridade judicial. (ÁVILA, 2006).

Nesse sentido, citam-se dois julgados do STJ:

STJ: “Escuta telefônica com ordem judicial. Réu condenado por formação de quadrilha armada, que se acha cumprindo pena em penitenciária, não tem como invocar direitos fundamentais próprios do homem livre para trancar ação penal (corrupção ativa) ou destruir gravação feita pela polícia. O art. 5º, LVI da Constituição, que expõe que são admissíveis 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...”. (RSTJ82/321-2).

“Possibilidade para fins criminais. Princípio da proporcionalidade. Tribunal de Justiça de São Paulo. Prova criminal – interceptação telefônica - admissibilidade - inviolabilidade do sigilo que não tem caráter absoluto – aplicação do princípio da proporcionalidade – hipótese em que a polícia tendo suspeita razoável sobre envolvimento no comércio de drogas obteve autorização judicial – recurso provido. Havendo conflitância entre o direito à intimidade e o direito à prova (due process f Law), deve prevalecer o que atenda ao maior interesse, vale dizer ao interesse da sociedade.” (Ap. Crimin. 185.901-3, Indaiatuba, 3ª Câmara Criminal).

Como se vê, tal questão não é pacífica, haja vista entendimentos divergentes. Em julgamento no bojo do HC nº 70.814/SP, o Pretório Excelso admitiu a violação da correspondência dos presidiários pela administração penitenciária, sob o fundamento de que o direito ao sigilo não pode ser invocado para a prática de infrações por parte daquele que está preso. Procedeu-se, portanto, a uma ponderação de interesses, utilizando-se de prova obtida ilicitamente em desfavor do preso, isto é, *pro societate*. (MEDEIROS, 2009).

Scarance Fernandes, discorrendo sobre a proporcionalidade *pro societate*, leciona que:

Não se trata de ser o princípio invocado a favor ou contra o acusado, mas de se verificar, em cada situação concreta, se a restrição imposta a algum direito do acusado é necessária, adequada e justificável em face do valor que se protege. (FERNANDES, 2010).

Como bem observa Alexandre de Moraes, não se trata de acolhimento de provas ilícitas em desfavor dos acusados e, consequentemente, em desrespeito ao art. 5º, LVI da Constituição Federal. Ora, o que se trata em questão é o direito de salvaguardar uma coletividade em detrimento de práticas suspeitas e temerárias de um determinado grupo ou de um indivíduo apenas. (MORAES, 2009).

Dessa forma, a regra deve ser a inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos, que só excepcionalmente deverão ser admitidas em juízo, em respeito aos direitos fundamentais do homem e ao princípio da dignidade

da pessoa humana na colheita de provas na própria persecução penal do Estado, sempre que presentes os requisitos já mencionados.

Todas essas premissas supracitadas devem respeitar a égide do Estado Democrático de Direito, haja vista que o Brasil, em suas jurisprudências e decisões, está vinculado a tal.

8 PROVA ILÍCITA POR DERIVAÇÃO

Após explanações acerca das provas ilícitas *pro reo* e *pro societate*, cumpre expor agora a respeito da prova ilícita por derivação.

Provas ilícitas por derivação são aquelas provas adquiridas em conformidade com o ordenamento jurídico e de forma lícita, porém a sua origem derivou de uma informação obtida de prova ilicitamente colhida; com isso, a prova lícita acaba se tornando imprópria e inadequada para ser utilizada no processo.

Destarte, sabendo-se da existência do princípio da inadmissibilidade das provas ilícitas, extrai-se deste a inadmissibilidade da prova ilícita por derivação. É o que se denomina de teoria dos frutos da árvore envenenada, construção jurisprudencial americana (*fruits of the poisonous tree*), segundo a qual o vício da planta se transmite a todos os seus frutos. Tal teoria fundamenta-se no fato de que, como prevê Pacelli:

Se os agentes produtores de prova ilícita pudessem dela se valer para a obtenção de novas provas, a cuja existência somente se teria chegado a partir daquela (ilícita), a ilicitude da conduta seria facilmente contornável. Bastaria a observância da forma prevista em lei, na segunda operação, isto é, na busca das provas obtidas por meio das informações extraídas por via da ilicitude, para que se legalizasse a ilicitude da primeira (operação). Assim, a teoria da ilicitude por derivação é uma imposição da aplicação do princípio da inadmissibilidade das provas obtidas ilicitamente. (PACELLI, 2011).

De toda sorte, fato é que nosso regime jurídico-processual penal dispõe dever ser excluída (e, na forma do §3º do art. 157 do CPP, inutilizada por decisão judicial) do processo a prova ilícita ou até sua derivada.

A doutrina dos frutos da árvore envenenada comporta quatro cláusulas principais de exclusão: a teoria da fonte independente, a teoria da descoberta inevitável, a teoria da atenuação do nexo causal e a teoria da boa fé. Tais teorias, construídas sobre a análise de casos concretos, configuram hipóteses em que mesmo a despeito de haver sido reconhecida a ilicitude da prova antecedente, não foi determinada a exclusão das provas dela decorrentes. Para tal, Marcio Luiz Coelho de Freitas ensina com maestria esse assunto. (FREITAS, 2010).

A teoria da fonte independente permite a admissão de uma prova “contaminada” pela ilicitude quando houver elementos que demonstrem que esta prova também seria descoberta ou obtida a partir de uma outra fonte, que nenhuma relação guarde com aquela em que se verificou a violação aos direitos dos investigados.

Por seu turno, pela teoria da descoberta inevitável, admite-se a utilização de prova, ainda que presente eventual relação de dependência entre esta uma prova obtida (ou produzida) ilicitamente, quando se verifica que a autoridade policial, mediante a utilização dos métodos de investigação de que ordinariamente lança mão, poderia chegar à mesma evidência. É a hipótese prevista no § 2º do art. 157 do CPP (e ali chamada de descoberta inevitável).

Ambas as teorias são perfeitamente aplicáveis no nosso ordenamento; a descoberta inevitável por estar expressamente prevista no § 2º do art. 157 e a fonte independente por dizer respeito à própria existência de nexo causal, requisito para a configuração da ilicitude por derivação expressamente prevista no § 1º do art. 157 do CPP.

Ainda nessa linha de apreciação dos elementos constitutivos da ilicitude por derivação, tem-se a exceção consubstanciada na teoria da atenuação do nexo causal. Por tal teoria, permite-se a utilização da prova derivada se sua obtenção tiver ocorrido de forma muito remota (em termos de nexo causal) com a ilicitude originária. Verifica-se, assim, uma “atenuação” da cadeia causal dos acontecimentos que justifica a permanência da prova. Para a aplicação dessa exceção, devem ser verificados três fatores: a) o tempo decorrido entre a ilegalidade e a obtenção da prova; b) a presença de circunstâncias que dividam a cadeia causal e c) a conduta ilegal flagrante proposita.

Por fim, no direito americano, admite-se como exceção à regra de exclusão das provas ilícitas a teoria da boa-fé, que guarda íntima ligação com o fato de que toda a construção jurisprudencial das regras de exclusão das provas obtidas ilicitamente teve como fundamento declarado a atuação pedagógica do Judiciário, que assim agindo desestimularia a polícia de novamente cometer qualquer ilicitude nas investigações.

É de se ressaltar, todavia, que a jurisprudência brasileira, notadamente no STF, tem se aproximado mais da doutrina alemã do que da doutrina de exclusão norte-americana, o que faz com que a teoria da boa-fé seja vista com

reservas quando se trata do regime jurídico-probatório brasileiro. É que, enquanto nos EUA a teoria tem como fundamento a garantia procedimental do devido processo legal formal e mira a conformação da atividade policial (o que, como afirmado, explica a doutrina da boa fé, pela qual se afasta a aplicação da regra de exclusão nos casos em que a polícia agiu acreditando legitimamente ter autorização judicial para atuar na busca das provas), na Alemanha o fundamento é a proteção dos direitos fundamentais em seu aspecto material, de sorte que se construiu uma extensa prática de avaliação concreta de proporcionalidade e ponderação.

Vale perceber que o STF já se manifestou no sentido de que admite a aplicação da ponderação na verificação da exclusão das provas. Afirmou, em uma decisão, não considerar ilícita a gravação ambiental feita por um dos interlocutores, relativizando, assim, a proteção à intimidade em um exercício de ponderação. Isso tendo em vista a relativização do princípio da inadmissibilidade das provas ilícitas (via de consequência, das provas ilícitas por derivação). Cita-se ementa de um julgado:

EMENTA: AÇÃO PENAL. Prova. Gravação ambiental. Realização por um dos interlocutores sem conhecimento do outro. Validade. Jurisprudência reafirmada. Repercussão geral reconhecida. Recurso extraordinário provido. Aplicação do art. 543-B, § 3º, do CPC. É lícita a prova consistente em gravação ambiental realizada por um dos interlocutores sem conhecimento do outro. (RE 583.937 – RJ, rel. Min. Cezar Peluso).

Cita-se mais em excerto de julgado de relatoria do Ministro Celso de Mello, em que este discorre a respeito da doutrina dos frutos da árvore envenenada:

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.** – a questão da fonte autônoma de prova (“an independent source”) e a sua desvinculação causal da prova ilicitamente obtida – doutrina – precedentes do supremo tribunal federal (rhc 90.376/rj, rel. Min. Celso de Mello, v.g.) – jurisprudência comparada (a experiência da suprema corte americana): casos “silverthorne lumber co. V. United states (1920); segura v. United states (1984); nix v. Williams (1984); murray v. United states (1988)”, v.g.. – grifamos. (hc 93.050, rel. Min. Celso de Mello).

9 ANÁLISE DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE – COLISÃO ENTRE PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS.

Como um dos pontos nodais de tal trabalho é acerca do princípio da proporcionalidade como pressuposto intrínseco para a ponderação de interesses e como método de interpretação de valores, imprescindível que haja um tópico para dele tratar.

9.1 PRINCÍPIOS

Primeiramente, é necessário apreender acerca do conceito do vocábulo princípio. Ora, tal se refere a normas de um alto grau de generalidade, e, também, de um alto grau de indeterminação. Sua própria definição é suficiente para traduzir sua posição no ordenamento jurídico – princípios são proposições diretoras de uma ciência, às quais todo o desenvolvimento posterior dessa ciência deve estar subordinado.

Sabe-se que os princípios passaram por diversas fases até, hoje em dia, exercerem a primazia do ordenamento jurídico. E, para tanto, é importante expor acerca da evolução das fases pelas quais passou a juridicidade (normatividade) do princípio. Inicialmente, os princípios possuíam caráter jusnaturalista, seguindo-se da fase positivista, para então, modernamente, atribuir-se-lhes uma visão pós-positivista. (GRECO, 2008).

Sinteticamente, na fase jusnaturalista, disserta Paulo Bonavides que os princípios habitavam ainda a esfera abstrata e que sua normatividade, basicamente nula e duvidosa, contrastava com o reconhecimento da dimensão ético-valorativa de ideia que inspirava os postulados de justiça”. (BONAVIDES, 2007).

Já, na fase positivista, os princípios eram extraídos do sistema de normas. Aqui os princípios possuem caráter subsidiário, servindo tão-somente para a integração de lacunas deixadas pela lei.

Em se tratando da fase pós-positivista, as Constituições, seguindo as lições de Bonavides, acentuam a hegemonia axiológica dos princípios, convertidos em pedestal normativo sobre o qual assenta todo o edifício jurídico dos novos sistemas constitucionais.

Ou seja, na fase pós-positivista, os princípios passaram a ter grande importância no ordenamento jurídico, assumindo até postura primordial na aplicação de decisões jurídicas, além de nortear jurisprudências dominantes dos tribunais superiores.

9.2 TESE DE ALEXY ACERCA DOS PRINCÍPIOS

Para explicitar sobre princípio, imprescindível anotar a lição de Alexy, em que expõe tratar-se de um mandamento de otimização, uma disposição que é o ponto de partida para a hermenêutica, mas não de forma absoluta, ao apontar caminho a ser trilhado como regra geral, que, já, *a priori*, comporta temperamentos intrínsecos ao convívio dos princípios constitucionais. (ALEXY, 2008).

Segundo Alexy, os princípios são normas, e as normas compreendem as regras e os princípios. Assim sendo, a diferença entre princípios e regras é, portanto, uma diferença entre duas espécies de normas. Tal distinção constituiu um ponto de partida de resposta à pergunta acerca da possibilidade e limites de racionalidade no âmbito dos direitos fundamentais. (BONAVIDES, 2007).

Aplicando-se a tese de Alexy, podemos aferir que o valor metajurídico da dignidade da pessoa humana deve prevalecer diante da possibilidade de condenação de um inocente. Isso porque a condenação de um inocente contrariaria a política criminal do Estado Democrático de Direito e é sabido que o princípio da dignidade da pessoa humana é o princípio base que serve de diretriz a todos os demais princípios fundamentais.

9.3 POSICIONAMENTO DA DOUTRINA ACERCA DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Primeiramente, vale salientar que, para Alexy, a proporcionalidade é regra, e não princípio. Contudo, sugere-se que se utilize a expressão “princípio da proporcionalidade”, eis que a doutrina majoritária assim emprega, bem como o próprio Supremo Tribunal Federal, que, inclusive, assevera ser equivalente ao princípio da razoabilidade.

Tal princípio tem como seu principal campo de atuação o âmbito dos direitos fundamentais, enquanto critério valorativo constitucional determinante das restrições que podem ser impostas na esfera individual dos cidadãos pelo Estado e para consecução dos seus fins. (GOMES, 2003).

O princípio da proporcionalidade é um princípio implícito, pois não está expresso na Constituição Federal. Apesar disso, é possível extraí-lo da expressão “Estado Democrático de Direito”, uma vez que comporta juízo de ponderação entre interesses individuais e coletivos, partindo de uma hierarquia de valores que o intérprete deve respeitar. Assim, sua atuação consiste em limitar a atuação do Poder Público frente aos direitos fundamentais do indivíduo. Como bem assinala Bitencourt, “o princípio da proporcionalidade é uma consagração do constitucionalismo moderno”. (BITENCOURT, 2009).

Paulo Bonavides anota com didática acerca do princípio da proporcionalidade debatido em questão:

A respeito do princípio da proporcionalidade, o texto constitucional brasileiro não apresenta previsão expressa como fazem as Constituições de outras nações. Todavia, isso não impede seu reconhecimento, uma vez que ele é imposição natural de qualquer sistema constitucional de garantias fundamentais. Na realidade, o princípio da proporcionalidade é elemento intrínseco essencial de qualquer documento jurídico que vise instituir um Estado de Direito Democrático, o qual, por essência obrigatória, baseia-se na preservação de direitos fundamentais. (BONAVIDES, 2007).

A matéria em tela trata também da colisão de valores fundamentais a serem interpretados de acordo com a proporcionalidade e tendo em vista a hermenêutica jurídico-constitucional. Vale apontar a lição de Canotilho:

De um modo geral, considera-se existir uma colisão autêntica de direitos fundamentais quando o exercício de um direito fundamental por parte de seu titular colide com o exercício do direito fundamental por parte de outro titular. A colisão de direitos em sentido impróprio tem lugar quando o exercício de um direito fundamental colide com outros bens constitucionalmente protegidos. A colisão ou conflito de direitos fundamentais encerra, por vezes, realidades diversas nem sempre diferenciadas com clareza. (CANOTILHO, 2010).

Willis Santiago Guerra Filho expõe que para resolver o grande dilema da interpretação constitucional, representado pelo conflito entre princípios

constitucionais, aos quais se deve igual obediência, por ser a mesma posição que ocupam na hierarquia normativa, se preconiza o recurso a um “princípio dos princípios”, o princípio da proporcionalidade, que determina a busca de uma solução de compromisso, na qual se respeita mais, em determinada situação, um dos princípios em conflito, procurando desrespeitar o mínimo ao(s) outro(s), e jamais lhe(s) faltando minimamente com o respeito, isto é, ferindo-lhe seu núcleo essencial. (GUERRA FILHO, 2000).

Princípio da proporcionalidade é, como aponta Humberto Ávila, postulado normativo interpretativo. E, apesar de não estar no rol de princípios instrumentais estipulados pelo jurista alemão Konrad Hesse, é método de interpretação, verdadeira técnica de elucidação e resolução de conflitos latentemente apresentados em princípios constitucionais que garantem valores fundamentais. (ÁVILA, 2005).

Infere-se que o princípio da proporcionalidade, em um Estado Democrático de Direito, deve atuar como instrumento de realização das normas e princípios positivados no texto da Lei Fundamental, sob pena de subverter sua importante missão na tutela dos direitos fundamentais contra a ação limitativa que o Estado impõe a esses direitos.

9.4 A TRÍPLICE DIMENSÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE: ADEQUAÇÃO, NECESSIDADE E PROPORCIONALIDADE EM SENTIDO ESTRITO

Cada limitação de uma liberdade garantida constitucionalmente por um direito fundamental deve ser adequada, necessária e proporcional à proteção de um bem jurídico, eis que, com a ponderação de valores, o bem jurídico de maior peso valorativo, no caso concreto, sobrepõe-se ao que tenha um menor peso. Já, havendo proporção entre dois ou mais bens jurídicos, é possível equilibrar as exigências do indivíduo e da coletividade, proporcionando um balanceamento entre os direitos fundamentais.

Assim, as regras – necessidade, adequação e proporcionalidade (em sentido estrito) - denominam-se subprincípios do princípio da proporcionalidade cuja aplicação implica no equilíbrio entre valores e bens jurídicos constitucionais.

Rizatto Nunes ressalta que o princípio da proporcionalidade desdobra-se em três aspectos, explicando sucintamente o que venha a ser cada um desses subprincípios: a) adequação – Por ela, diz-se que o meio a ser escolhido deverá, em primeiro lugar, ser adequado visando o atingimento do resultado almejado. Adequação, portanto, implica conformidade e utilidade ao fim pretendido; b) Exigibilidade – O meio deve ser o mais brando, mais suave, dentre aqueles que se apresentam disponíveis, no intuito de preservar ao máximo os valores constitucionais protegidos; c) Proporcionalidade em sentido estrito – Deve-se empregar o meio que se mostrar mais vantajoso para a promoção do princípio prevalecente, mas sempre buscando desvalorizar o mínimo os demais. (NUNES, 2009).

10 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A dignidade da pessoa humana é também conhecida como o princípio norteador, pois serve como base para todos os demais princípios, além de atuar como parâmetro diante da colisão de direitos fundamentais. Assim, devido a sua importância, ele está presente em nossa sociedade desde tempos remotos até os dias de hoje.

Ora, o espírito de proteção do valor humano é tão enraizado na sociedade que consta desde a Declaração Universal dos Direitos Humanos ao pronunciar, no seguinte trecho, que “o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz do mundo”.

A noção do princípio da dignidade da pessoa humana como alicerce encontra-se presente desde a época clássica romana, em que se fazia menção de três embasamentos – consideradas como as máximas -, quais sejam *honestere vivere* (viver honestamente), *alterum non laedere* (não prejudicar ninguém) e *suum cuique tribuere* (dar a cada um o que lhe é devido). Tal princípio está intrínseco à vida humana nos dias atuais, sendo, pois, de suma importância para a sociedade como um todo.

Isso porque a dignidade da pessoa humana está consubstanciada no art. 1º, III da Carta Magna como fundamento constitucional. Assim, percebe-se que o legislador preocupou-se em constituir a dignidade como um caráter importante da pessoa humana, ou seja, como um caráter valorativo e moral inerente ao ser.

Miranda acredita que:

A Constituição confere uma unidade de sentido, de valor e de concordância prática ao sistema dos direitos fundamentais. E ela repousa na dignidade da pessoa humana, ou seja, na concepção que faz a pessoa fundamento e fim da sociedade e do Estado. (MIRANDA, 1988).

Em sendo um valor supremo da pessoa humana, o princípio da dignidade da pessoa humana finda por funcionar como parâmetro para balizar conflitos entre direitos fundamentais. Assim, a dignidade da pessoa humana, juntamente com o princípio da proporcionalidade fazem a ponderação de

valores diante de um determinado caso concreto, em que resultará na prevalência de um direito fundamental (de maior peso valorativo) ante um outro direito fundamental (de menor peso valorativo).

Destarte, é aceitável a restrição de direitos individuais, desde que seja justificável, na proporção de que a preponderância da vontade de um sujeito possa vir a pôr em perigo vontades individuais legítimas. Desta forma, Greco Filho assegura que

Esse valor supremo é o valor da dignidade da pessoa humana, em função do qual todo o direito gravita e constitui sua própria razão de ser. Mesmo os chamados direitos sociais existem para a proteção como indivíduo e, ainda que aparentemente, em dado momento histórico, se abdique de prerrogativas individuais imediatas, o direito somente será justo se nessa abdicação se encerrar o propósito de preservação de bem jurídico-social mais amplo que venha a repercutir no homem como indivíduo. (GRECO FILHO, 2006).

O valor supremo da dignidade da pessoa humana é a viga mestre por onde gravita a essência do direito. É o indivíduo o foco da relação protecionista. E é fato que pode haver a restrição da liberalidade de alguns direitos individuais em prol da coletividade. Mas, por si só, tal argumento não é suficiente para conduzir a um aforismo de negação das faculdades individuais como um todo.

A dignidade da pessoa humana é, indubitavelmente, a consagração de um princípio valorativo supremo, tendo em vista que seu conteúdo está relacionado intrinsecamente à efetivação dos direitos e garantias fundamentais do homem. Abrange inúmeros valores e bens sem os quais seria difícil a manutenção da vida humana.

Parte da doutrina assevera ser a dignidade da pessoa humana um princípio absoluto do direito, por fazer com que todos os outros devam a ela obediência ilimitada. Seria também a base de todos os direitos fundamentais, já que, além de princípio, é também fundamento constitucional imprescindível à constituição de uma vida digna.

11 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pontos importantes acerca do tema da prova ilícita foram expostos no decorrer dos tópicos desta monografia, abordando-se desde a importância da prova para o processo, da relativização do princípio da inadmissibilidade das provas ilícitas, do juízo de ponderação de valores fundamentais através do princípio da proporcionalidade até expor sobre a dignidade da pessoa humana como valor supremo e verdadeira essência do Direito.

Foi explicitado também acerca de como as provas ilícitas podem ser utilizadas em um processo sem haver a violação ao Estado Democrático de Direito, sendo citadas as provas ilícitas *pro reo*, *pro societate* e por derivação, com suas devidas fundamentações doutrinárias e jurisprudenciais.

Diante da abordagem sobre a utilização das provas ilícitas no processo, foi-se discutido acerca do princípio da proporcionalidade, princípio este de padrão hermenêutico, servindo para equilibrar os direitos fundamentais em conflito a fim de se alcançar os anseios da sociedade.

Sendo o ponto nodal do trabalho a relação da relativização da prova ilícita e o princípio da proporcionalidade, ficou evidenciado que tal princípio faz com que, diante de uma colisão entre direitos fundamentais, o de maior peso valorativo prevaleça ante o de menor peso valorativo, resultando, assim, que uma prova ilícita venha a ser acatada em um processo, desde que nela esteja contido, na sua essência, o direito fundamental de maior peso valorativo. Ora, e isso se dá justamente através de juízo de ponderação de valores.

É de se apontar também acerca da importância do princípio da dignidade da pessoa humana, haja vista ser ele que servirá como diretriz para se chegar a um consenso diante de um conflito entre direitos fundamentais.

Então, diante do exposto na presente pesquisa, percebeu-se que a concatenação dos assuntos debatidos foram fundamentais para aferir sobre a importância do tema no Estado Democrático de Direito em que vivemos.

REFERÊNCIAS

- ACKEL FILHO, Diomar. **Verdade formal e verdade real**. Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, 1988.
- ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008.
- ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- ÁVILA, Thiago André Pierobom. **Provas ilícitas e proporcionalidade: Uma análise da colisão entre os princípios da proteção penal eficiente e da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos**, 2006. 295 f. Dissertação; Mestrado em Direito, Universidade de Brasília, Brasília;
- BARROS, Marco Antônio. **A busca da verdade no Processo Penal**. [S.l.: s.n] 2002.
- BARROSO, Luís Roberto. **Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade**. Disponível em: <<http://www.actadiurna.com.br/biblioteca/doutrina/d19990628007.htm>>. Acesso em: 01 maio 2012.
- BINDER, Alberto. **Introdução ao Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris. 2003.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 20.ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- BONFIM, Edilson Mougenot. **Curso de Processo Penal**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- BORGES, Fernando Afonso Cardoso. **O direito ao contraditório e ampla defesa na fase inquisitória do Processo Penal**. Disponível em:

<<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.26245>>. Acesso em: 03 mar 2011.

BULOS, Uadi Lâmmego. **Curso de Direito Constitucional**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. 7.ed. Coimbra: Almedina, 2010.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 15.ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

CARVALHO, Júlio Marino de. **Os direitos humanos no tempo e no espaço visualizados através do Direito Constitucional, Penal e da História**. Brasília: Brasília Jurídica, 1998.

CARVALHO, Luiz Gustavo Grandinetti. **Processo Penal e Constituição – Princípios constitucionais do Processo Penal**. 5.ed. Rio de Janeiro: Lúmen júris, 2010.

CARVALHO, Luiz Gustavo Grandinetti; JACINTO, Nelson de Miranda. **Novo Processo Penal à luz da Constituição**. Rio de Janeiro: Lúmen júris, 2009.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional**. 15.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

CONDE, Francisco Muñoz. **Direito Penal e controle social**. [S.l]: Forense.

DE PLÁCIDO E SILVA. **Vocabulário Jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, 2. ed., 1967. V.3.

DEMERCIAN, Pedro Henrique; MALULY, Jorge Assaf. **Curso de Processo Penal**. 7.ed. São Paulo: Forense, 2011.

DWORKIN, Ronald. **Uma Questão de Princípio**. Tradução Luis Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

FEITOZA, Denilson. **Direito Processual Penal**. 6.ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2009.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. 6.ed. São Paulo: RT, 2010.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão – Teoria do garantismo penal**. 3.ed. São Paulo: RT, 2010.

_____. **Derecho y Razón**. Madrid: Trotta, 3. ed., 1998.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Princípios fundamentais do Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009.

FONSECA, Tiago Moura. **As provas obtidas ilicitamente no processo penal: provas ilícitas a favor da acusação sob a ótica do princípio da proporcionalidade-razoabilidade**. 2009. Monografia em Direito na Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Faculdade Mineira de Direito.

FREITAS, Marcio Luiz Coelho. **A prova ilícita por derivação e suas exceções**. Disponível em: <<http://blex.com.br/index.php/2010/artigos/1480>>. Acesso em 11 maio 2012.

GOMES, Luiz Flávio. **O que se entende por prova ilegítima**. Disponível em: <<http://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/22092/>>. Acesso em 18 mar 2012.

_____. **Lei 11.690/2008 e provas ilícitas: conceito e inadmissibilidade**. Disponível em: <<http://www.lfg.com.br>>. Acesso em 01 maio 2011.

GOMES, Luiz Flávio; CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Comentários às reformas do Código de Processo Penal**. São Paulo: RT, 2008.

GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. **O princípio da proporcionalidade no Direito penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

GRECO, Rogério. **Direito penal do equilíbrio**: uma visão minimalista do direito penal. Rio de Janeiro: Impetus, 2008.

GRECO FILHO, Vicente. **Tutela constitucional das liberdades**. São Paulo: Saraiva, 1989.

_____. **Direito Processual Civil brasileiro**. 19.ed. São Paulo: Saraiva, 2006. V.1.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Teoria processual da constituição**. São Paulo: Celso Bastos Editor: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 2000.

HESSE, KONRAD. **A força normativa da Constituição**. Tradução Gilmar Mendes. [S.l.]: Safre, 2009.

JARDIM, Afrânio Silva. **Direito Processual Penal**. 11.ed. São Paulo: Forense, 2010.

LIMA, Marcellus Polastri; SANTIAGO, Nestor Eduardo. **A renovação Processual Penal após a Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Lúmen júris, 2009.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional**. 7.ed. Rio de Janeiro: Lúmen júris, 2011.

MACCORMICK, Neil et al. **Retórica e o Estado de Direito**: uma teoria da argumentação jurídica. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MACHADO, Antônio Alberto. **Curso de Processo Penal**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MACHADO, Nara Borgo Cypriano. **O princípio do *nemo tenetur se detegere* e a prova no processo penal**. Disponível em: <<http://www.panoptica.org/fevereiro2007pdf/3Nemotenetursedetegereeprovasnoprocesso penal.pdf>>. Acesso em 14 maio 2012.

MEDEIROS, Júlio Cesar. **O mito da proibição de provas ilícitas *pro societate* no Processo Penal**. Disponível em: <<http://www.dietrich.adv.br/verArtigo.php?aid=415>>. Acesso em: 08 dez 2011.

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

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Coimbra: Coimbra, 1988. V.4.

MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. 24.ed. São Paulo: Atlas, 2009.

_____. **Direitos humanos fundamentais**. 6.ed. São Paulo: Atlas, 2005.

MOURA, Lenice Moreira et al. **O novo constitucionalismo na era pós-positivista**. São Paulo: Saraiva, 2009.

NOVELINO, Marcelo. **Provas ilícitas e presunção de inocência**. Leituras complementares de constitucional: direitos fundamentais. 2.ed. Salvador: Juspodivm, 2007.

_____. **Direito Constitucional**. 4.ed. São Paulo: Método, 2011.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Princípios constitucionais penais e processuais penais**. [s.n.]. São Paulo: RT, 2010.

_____. **Provas no Processo Penal**. [s.n.]. São Paulo: RT, 2009.

NUNES, Rizzatto. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**. São Paulo: Saraiva, 2009.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Curso de Processo Penal**. 14.ed. Rio de Janeiro: Lúmen júris, 2011.

_____. **Processo e hermenêutica na tutela penal dos direitos fundamentais**. [s.n.]. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

PASQUALINI, Alexandre. **Hermenêutica e sistema jurídico: uma introdução à interpretação sistemática do Direito**. [s.n.]. Porto Alegre: Livraria do advogado, 1999.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 9.ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 18.ed. Rio de Janeiro: Lúmen júris, 2010.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direitos fundamentais**. [s.n.]. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 4.ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2004.

SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição Federal**. [s.n.]. Rio de Janeiro: Lúmen júris, 2000.

SILVEIRA, Paulo Fernando. **Devido Processo Legal**. 3.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 7.ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2007.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal**. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro**. 2.ed. São Paulo: RT, 2004.

_____. **Princípios e regras orientadoras do Novo Processo Penal Brasileiro**. [S.l.: s.n.]. 1986.

VALE, Ionilton Pereira. **Princípios Constitucionais do Processo Penal na visão do Supremo Tribunal Federal**. São Paulo: Forense, 2009.

VIEITO, Aurélio Agostinho Verdade. **Da hermenêutica constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

- Jurisprudências diversas utilizadas na Monografia:
 - HC nº 70.814/SP, rel. Min. Celso de Mello.
 - HC 93.050, rel. Min. Celso de Mello.
 - Rcl nº 2.040/DF, rel. Min. Néri da Silveira, Informativo do STF nº 257.
 - RE 251.445-60, rel. Min. Celso de Mello.
 - RE 583.937 – RJ, rel. Min. Cezar Peluso.
 - STF, HC 79.512, rel. Min. Sepúlveda Pertence.
 - STF – HC 74.678 – SP, rel. Min. Moreira Alves.
 - RSTJ 82/321-2.
 - Ap. Criminal – STJ: 185.901-3 – 3ª Vara Criminal.