

PROVAS ILÍCITAS

E A PROPORCIONALIDADE



JEAN CARLOS FALCÃO MANOSO

PROVAS ILÍCITAS

E A PROPORCIONALIDADE



JEAN CARLOS FALCÃO MANOSO

Editora chefeProf^a Dr^a Antonella Carvalho de Oliveira**Editora executiva**

Natalia Oliveira

Assistente editorial

Flávia Roberta Barão

Bibliotecária

Janaina Ramos

Projeto gráfico

Camila Alves de Cremo

Ellen Andressa Kubisty

Luiza Alves Batista

Nataly Evinil Gayde

Thamires Camili Gayde

Imagens da capa

iStock

Edição de arte

Luiza Alves Batista

2023 by Atena Editora

Copyright © Atena Editora

Copyright do texto © 2023 Os autores

Copyright da edição © 2023 Atena

Editora

Direitos para esta edição cedidos à Atena Editora pelos autores.

Open access publication by Atena Editora



Todo o conteúdo deste livro está licenciado sob uma Licença de Atribuição Creative Commons. Atribuição-Não-Comercial-NãoDerivativos 4.0 Internacional (CC BY-NC-ND 4.0).

O conteúdo dos artigos e seus dados em sua forma, correção e confiabilidade são de responsabilidade exclusiva dos autores, inclusive não representam necessariamente a posição oficial da Atena Editora. Permitido o download da obra e o compartilhamento desde que sejam atribuídos créditos aos autores, mas sem a possibilidade de alterá-la de nenhuma forma ou utilizá-la para fins comerciais.

Todos os manuscritos foram previamente submetidos à avaliação cega pelos pares, membros do Conselho Editorial desta Editora, tendo sido aprovados para a publicação com base em critérios de neutralidade e imparcialidade acadêmica.

A Atena Editora é comprometida em garantir a integridade editorial em todas as etapas do processo de publicação, evitando plágio, dados ou resultados fraudulentos e impedindo que interesses financeiros comprometam os padrões éticos da publicação. Situações suspeitas de má conduta científica serão investigadas sob o mais alto padrão de rigor acadêmico e ético.

Conselho Editorial**Ciências Humanas e Sociais Aplicadas**

Prof. Dr. Adilson Tadeu Basquerote Silva – Universidade para o Desenvolvimento do Alto Vale do Itajaí

Prof. Dr. Alexandre de Freitas Carneiro – Universidade Federal de Rondônia

Prof. Dr. Alexandre Jose Schumacher – Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia do Paraná

Prof. Dr. Américo Junior Nunes da Silva – Universidade do Estado da Bahia

- Prof^a Dr^a Ana Maria Aguiar Frias – Universidade de Évora
Prof^a Dr^a Andréa Cristina Marques de Araújo – Universidade Fernando Pessoa
Prof. Dr. Antonio Carlos da Silva – Universidade de Coimbra
Prof. Dr. Antonio Carlos Frasson – Universidade Tecnológica Federal do Paraná
Prof. Dr. Antonio Gasparetto Júnior – Instituto Federal do Sudeste de Minas Gerais
Prof. Dr. Antonio Isidro-Filho – Universidade de Brasília
Prof. Dr. Arnaldo Oliveira Souza Júnior – Universidade Federal do Piauí
Prof. Dr. Carlos Antonio de Souza Moraes – Universidade Federal Fluminense
Prof^a Dr^a Caroline Mari de Oliveira Galina – Universidade do Estado de Mato Grosso
Prof. Dr. Crisóstomo Lima do Nascimento – Universidade Federal Fluminense
Prof^a Dr^a Cristina Gaio – Universidade de Lisboa
Prof. Dr. Daniel Richard Sant'Ana – Universidade de Brasília
Prof. Dr. Deyvison de Lima Oliveira – Universidade Federal de Rondônia
Prof^a Dr^a Dilma Antunes Silva – Universidade Federal de São Paulo
Prof. Dr. Edvaldo Antunes de Farias – Universidade Estácio de Sá
Prof. Dr. Elson Ferreira Costa – Universidade do Estado do Pará
Prof. Dr. Elio Martins Senhora – Universidade Federal de Roraima
Prof^a Dr^a Geuciane Felipe Guerim Fernandes – Universidade Estadual de Londrina
Prof. Dr. Gustavo Henrique Cepolini Ferreira – Universidade Estadual de Montes Claros
Prof. Dr. Humberto Costa – Universidade Federal do Paraná
Prof^a Dr^a Ivone Goulart Lopes – Istituto Internazionale delle Figlie di Maria Ausiliatrice
Prof. Dr. Jadilson Marinho da Silva – Secretaria de Educação de Pernambuco
Prof. Dr. Jadson Correia de Oliveira – Universidade Católica do Salvador
Prof. Dr. Jodeylson Islony de Lima Sobrinho – Universidade Estadual do Oeste do Paraná
Prof. Dr. José Luis Montesillo-Cedillo – Universidad Autónoma del Estado de México
Prof^a Dr^a Juliana Abonizio – Universidade Federal de Mato Grosso
Prof. Dr. Julio Cândido de Meirelles Junior – Universidade Federal Fluminense
Prof. Dr. Kárpio Márcio de Siqueira – Universidade do Estado da Bahia
Prof^a Dr^a Kátia Farias Antero – Faculdade Maurício de Nassau
Prof^a Dr^a Keyla Christina Almeida Portela – Instituto Federal do Paraná
Prof^a Dr^a Lina Maria Gonçalves – Universidade Federal do Tocantins
Prof^a Dr^a Lucicleia Barreto Queiroz – Universidade Federal do Acre
Prof. Dr. Luis Ricardo Fernandes da Costa – Universidade Estadual de Montes Claros
Prof. Dr. Lucio Marques Vieira Souza – Universidade do Estado de Minas Gerais
Prof^a Dr^a Natiéli Piovesan – Instituto Federal do Rio Grande do Norte
Prof^a Dr^a Marianne Sousa Barbosa – Universidade Federal de Campina Grande
Prof^a Dr^a Marcela Mary José da Silva – Universidade Federal do Recôncavo da Bahia
Prof. Dr. Marcelo Pereira da Silva – Pontifícia Universidade Católica de Campinas
Prof^a Dr^a Maria Luzia da Silva Santana – Universidade Federal de Mato Grosso do Sul
Prof. Dr. Miguel Rodrigues Netto – Universidade do Estado de Mato Grosso
Prof. Dr. Pedro Henrique Máximo Pereira – Universidade Estadual de Goiás
Prof. Dr. Pablo Ricardo de Lima Falcão – Universidade de Pernambuco
Prof^a Dr^a Paola Andressa Scortegagna – Universidade Estadual de Ponta Grossa
Prof^a Dr^a Rita de Cássia da Silva Oliveira – Universidade Estadual de Ponta Grossa
Prof. Dr. Rui Maia Diamantino – Universidade Salvador
Prof^a Dr^a Sandra Regina Gardacho Pietrobon – Universidade Estadual do Centro-Oeste

Prof. Dr. Saulo Cerqueira de Aguiar Soares – Universidade Federal do Piauí
Prof. Dr. Urandi João Rodrigues Junior – Universidade Federal do Oeste do Pará
Profª Drª Vanessa Bordin Viera – Universidade Federal de Campina Grande
Profª Drª Vanessa Ribeiro Simon Cavalcanti – Universidade Federal da Bahia / Universidade de Coimbra
Prof. Dr. William Cleber Domingues Silva – Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro
Prof. Dr. Willian Douglas Guilherme – Universidade Federal do Tocantins

Diagramação: Ellen Andressa Kubisty
Correção: Soellen de Britto
Indexação: Amanda Kelly da Costa Veiga
Revisão: O autor
Autor: Jean Carlos Falcão Manosso

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)	
M285	Manosso, Jean Carlos Falcão Provas ilícitas e a proporcionalidade / Jean Carlos Falcão Manosso. – Ponta Grossa - PR: Atena, 2023. Formato: PDF Requisitos de sistema: Adobe Acrobat Reader Modo de acesso: World Wide Web Inclui bibliografia ISBN 978-65-258-2072-9 DOI: https://doi.org/10.22533/at.ed.729231011
<p>1. Princípios de prova e procedimentos de evidência. I. Manosso, Jean Carlos Falcão. II. Título. CDD 345.09</p>	
<p>Elaborado por Bibliotecária Janaina Ramos – CRB-8/9166</p>	

Atena Editora

Ponta Grossa – Paraná – Brasil

Telefone: +55 (42) 3323-5493

www.atenaeditora.com.br

contato@atenaeditora.com.br

DECLARAÇÃO DO AUTOR

O autor desta obra: 1. Atesta não possuir qualquer interesse comercial que constitua um conflito de interesses em relação ao texto publicado; 2. Declara que participou ativamente da construção do respectivo manuscrito, preferencialmente na: a) Concepção do estudo, e/ou aquisição de dados, e/ou análise e interpretação de dados; b) Elaboração do texto ou revisão com vistas a tornar o material intelectualmente relevante; c) Aprovação final do manuscrito para submissão; 3. Certifica que o texto publicado está completamente isento de dados e/ou resultados fraudulentos; 4. Confirma a citação e a referência correta de todos os dados e de interpretações de dados de outras pesquisas; 5. Reconhece ter informado todas as fontes de financiamento recebidas para a consecução da pesquisa; 6. Autoriza a edição da obra, que incluem os registros de ficha catalográfica, ISBN, DOI e demais indexadores, projeto visual e criação de capa, diagramação de miolo, assim como lançamento e divulgação da mesma conforme critérios da Atena Editora.

DECLARAÇÃO DA EDITORA

A Atena Editora declara, para os devidos fins de direito, que: 1. A presente publicação constitui apenas transferência temporária dos direitos autorais, direito sobre a publicação, inclusive não constitui responsabilidade solidária na criação dos manuscritos publicados, nos termos previstos na Lei sobre direitos autorais (Lei 9610/98), no art. 184 do Código Penal e no art. 927 do Código Civil; 2. Autoriza e incentiva os autores a assinarem contratos com repositórios institucionais, com fins exclusivos de divulgação da obra, desde que com o devido reconhecimento de autoria e edição e sem qualquer finalidade comercial; 3. Todos os e-book são *open access*, *desta forma* não os comercializa em seu site, sites parceiros, plataformas de e-commerce, ou qualquer outro meio virtual ou físico, portanto, está isenta de repasses de direitos autorais aos autores; 4. Todos os membros do conselho editorial são doutores e vinculados a instituições de ensino superior públicas, conforme recomendação da CAPES para obtenção do Qualis livro; 5. Não cede, comercializa ou autoriza a utilização dos nomes e e-mails dos autores, bem como nenhum outro dado dos mesmos, para qualquer finalidade que não o escopo da divulgação desta obra.

Crê em ti mesmo, age e verá os resultados. Quando te esforças, a vida também se esforça para te ajudar (Chico Xavier).

Tema que tem destaque ímpar na ciência processual penal é o relativo às provas. E não poderia ser diferente, pois é por meio da atividade probatória que haverá a reconstrução dos fatos, permitindo, assim, o juízo de subsunção que se estabelece entre fato e norma.

Dessarte, como é cediço em âmbito doutrinário, a atividade probatória não pode ser analisada como uma atividade ilimitada e irracional, mas limitada pela própria ordem constitucional possuidora de força normativa. Por outro lado, não se pode olvidar da necessidade de tutela de outros interesses configuradores de direitos fundamentais e que também merecem proteção por parte do Estado.

É em razão do entrave que se estabelece entre o interesse estatal na atividade probatória, aliada à busca da verdade processual, e os direitos e garantias fundamentais, que a presente obra ganha seu fundamento.

Nessa senda, a presente obra tem por objetivo analisar a aplicabilidade da proporcionalidade em tema de provas ilícitas no processo penal brasileiro, usando-se do método dedutivo e analisando-se detidamente a aplicação do referido princípio como critério de resolução de conflitos que se estabelecem entre direitos e garantias fundamentais.

Analisa-se, nesse ínterim, as características da norma de vedação às provas ilícitas insculpida no art. 5º, inciso LVI, da Constituição Federal, a fim de se investigar se a aludida norma comporta aplicação da proporcionalidade, notadamente quando ela entra em rota de colisão com outros direitos e garantias fundamentais. Merece o presente tema, portanto, um estudo dogmático aprofundado sobre a proporcionalidade e sua incidência em relação à norma de vedação às provas ilícitas.

RESUMO	1
ABSTRACT	2
INTRODUÇÃO	3
1. PROVA: DELIMITAÇÃO TEÓRICA DO TEMA À LUZ DO PROCESSO PENAL	5
1.1 CONCEITO TEÓRICO	5
1.2 A IMPORTÂNCIA E A FINALIDADE DA ATIVIDADE PROBATÓRIA NO ÂMBITO DO DIREITO PROCESSUAL PENAL	6
1.3 OBJETO DA ATIVIDADE PROBATÓRIA NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO.....	7
2. O ESTUDO DAS PROVAS ILÍCITAS.....	10
2.1 AS PROVAS ILEGAIS. DISTINÇÃO ENTRE PROVAS ILÍCITAS E PROVAS ILEGÍTIMAS E SUAS CONSEQUÊNCIA PRÁTICAS.....	10
2.2 A IMPORTÂNCIA E A FINALIDADE DA NORMA DE VEDAÇÃO ÀS PROVAS ILÍCITAS.....	13
2.3 A REGRa DE EXCLUSÃO E SEU CONTEXTO HISTÓRICO	14
2.4 A NATUREZA JURÍDICA DA NORMA DE VEDAÇÃO ÀS PROVAS ILÍCITAS COMO COROLÁRIO DO PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL.....	17
3. JUSTIFICABILIDADE DA RELATIVIDADE DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS E CONSIDERAÇÕES INICIAIS SOBRE A PROPORCIONALIDADE	19
4. A PROPORCIONALIDADE.....	23
4.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS	23
4.2 FUNDAMENTO E FUNÇÃO DA PROPORCIONALIDADE.....	23
4.3 NATUREZA JURÍDICA DA PROPORCIONALIDADE	25
4.4 APLICABILIDADE DA PROPORCIONALIDADE COMO CRITÉRIO RACIONAL DE RESOLUTIVIDADE DE CONFLITOS NO ÂMBITO JUDICIAL.....	27
4.5 OS SUBPRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE	29
4.6 CRÍTICAS À PROPORCIONALIDADE	33
5. A PROPORCIONALIDADE E A VEDAÇÃO ÀS PROVAS ILÍCITAS NO PROCESSO PENAL.....	35
5.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS	35

SUMÁRIO

5.2 APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E AS PROVAS ILÍCITAS <i>PRO REO</i>	37
5.3 O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E A ADMISSIBILIDADE DAS PROVAS ILÍCITAS <i>PRO SOCIETATE</i>	42
CONCLUSÃO	55
REFERÊNCIAS	58
SOBRE O AUTOR	63

RESUMO

PROVAS ILÍCITAS E A PROPORCIONALIDADE NO PROCESSO PENAL

A presente obra objetiva-se analisar a aplicabilidade da proporcionalidade em tema de provas ilícitas no processo penal brasileiro. Sendo assim, será usado o método dedutivo, analisando-se detidamente a proporcionalidade como critério de resolução de conflitos que se estabelecem entre direitos e garantias fundamentais. Analisa-se, nesse ínterim, as características da norma de vedação às provas ilícitas insculpida no art. 5º, inciso LVI, da Constituição Federal, a fim de se investigar se a aludida norma comporta aplicação da proporcionalidade quando ela entra em rota de colisão com outros direitos e garantias constitucionais. Como resultados obtidos tem-se que à norma de vedação às provas ilícitas, como garantia fundamental, admite-se a aplicação da proporcionalidade. Entretanto, mostra-se distinto o tratamento que reina na doutrina e na jurisprudência pátria sobre a aplicação do aludido princípio quando o beneficiário da prova é o réu e quando o beneficiário da prova é a acusação, o que problematizou ainda mais o presente tema. Merece o presente tema, portanto, um estudo dogmático aprofundado sobre a proporcionalidade e sobre a norma de vedação às provas ilícitas. Nesse sentido, será usada documentação indireta bibliográfica sendo subsidiada em ampla pesquisa doutrinária e jurisprudencial a respeito do tema.

PALAVRAS-CHAVE: Prova ilegal, provas ilícitas, provas ilegítimas, proporcionalidade.

ABSTRACT

UNLAWFUL EVIDENCE AND PROPORTIONALITY IN THE CRIMINAL PROCESS

This work aims to analyze the applicability of proportionality in the area of illicit evidence in Brazilian criminal proceedings. Therefore, the deductive method will be used, closely analyzing proportionality as a criterion for resolving conflicts that arise between fundamental rights and guarantees. In the meantime, the characteristics of the rule prohibiting illicit evidence included in art. 5th, item LVI, of the Federal Constitution, in order to investigate whether the aforementioned norm involves the application of proportionality when it conflicts with other constitutional rights and guarantees. The results obtained show that the rule prohibiting illicit evidence, as a fundamental guarantee, allows the application of proportionality. However, the treatment that prevails in national doctrine and jurisprudence regarding the application of the aforementioned principle when the beneficiary of the evidence is the defendant and when the beneficiary of the evidence is the prosecution is shown to be different, which further problematizes this topic. This topic therefore deserves an in-depth dogmatic study on proportionality and the rule prohibiting illicit evidence. In this sense, indirect bibliographic documentation will be used and supported by extensive doctrinal and jurisprudential research on the topic.

KEYWORDS: Illegal evidence, illicit evidence, illegitimate evidence, proportionality.

INTRODUÇÃO

Um dos temas de destaque na seara processual penal é o concernente às prova e não poderia deixá-lo de ser, justamente pelo fato de a atividade probatória ser direcionada à formação da convicção do julgador, buscando-se, por conseguinte, a reconstrução dos fatos para a aplicação da decisão mais justa no caso concreto.

Todavia, é cediço que a atividade probatória não é ilimitada, sofrendo mitigação pela norma insculpida no art. 5º, inciso LVI,¹ da Constituição Federal.

Não obstante a norma de vedação à utilização de provas ilícitas no processo penal brasileiro, a doutrina processualista, acompanhada de decisões dos tribunais de superposição, invocam o princípio da proporcionalidade para admiti-las, quando em conflito com outros direitos e garantias fundamentais.

Portanto, o presente trabalho objetiva analisar, detidamente, a aplicabilidade do princípio da proporcionalidade sobre a norma de vedação às provas ilícitas no processo, utilizando-se, para tanto, do método dedutivo e da documentação indireta bibliográfica, subsidiada em ampla pesquisa doutrinária e jurisprudencial a respeito do tema, sob um enfoque jurídico técnico.

Para uma maior compreensão do tema, o trabalho foi dividido em três capítulos, sendo que num primeiro momento, delimitar-se-á em que consiste a atividade probatória, mediante a análise do conceito, da atividade probatória e de sua finalidade.

Em um segundo momento, dentro da abrangência das provas ilegais, delimita-se o conceito de provas ilícitas, distinguindo-se, por conseguinte, das provas ilegítimas, critério adotado majoritariamente no Brasil.

Para melhor compreensão da norma de vedação às provas obtidas por meios ilícitos quando em confronto, *in concreto*, com outros direitos ou garantias fundamentais, examina-se a importância, a finalidade, o desenvolvimento histórico, bem como as características da aludida norma.

Em seguida, discorre-se sobre a possibilidade de relativização dos direitos e garantias fundamentais. Na mesma oportunidade, deve-se apontar algumas considerações preliminares a respeito do princípio da proporcionalidade, como critério de resolução de conflitos entre direitos e garantias fundamentais e que confere racionalidade às decisões judiciais.

Procede-se, após, a análise do princípio da proporcionalidade e os subprincípios que o compõe, buscando subsídios na doutrina constitucionalista, que desenvolveu e sistematizou o tema, sem deixar de mencionar, contudo, a abordagem do referido princípio à luz da doutrina processual penal. Isso, pois, a própria sistematização e desenvolvimento dele é, precipuamente, produto do estudo do direito constitucional, conforme se verá.

Realizada a abordagem detida do princípio da proporcionalidade, realiza-se, em

¹ Art. 5º [...]. LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos.

seguida, o exame sobre a possível aplicabilidade do aludido princípio sobre a garantia de inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos e, após, examina-se sua aplicabilidade, em separado, quando o beneficiário pela prova ilícita for o réu e quando o beneficiário for a acusação.

Justifica-se o exame em separado, pois, majoritariamente, o tratamento da aplicabilidade do princípio da proporcionalidade em tema de provas ilícitas é diferente quando da análise de sua aplicação em benefício do réu (*pro reo*) e quando em benefício da acusação (*pro societate*). Se a doutrina e a jurisprudência entendem por admitir, em nome do princípio da proporcionalidade, as provas ilícitas quando o beneficiário é o réu, o tema é bastante controvertido quando o beneficiário é acusação, o que problematiza ainda mais o tema.

Portanto, o tema merece uma reflexão aprofundada, especialmente quando há conflitos entre direitos e garantias fundamentais e a garantia de vedação às provas obtidas por meios ilícitos no processo penal, *pro societate*.

Em relação ao marco teórico, utilizou-se, nos capítulos iniciais concernentes às provas e às provas ilícitas, os nomes de Renato Brasileiro de Lima, Denilson Feitoza, Hélio Tornaghi, Francesco Carnelutti, Marco Antonio de Barros, Guilherme Madeira Dezem, Aury Lopes Júnior, Norberto Avena, José Frederico Marques e Antônio Magalhães Gomes Filho.

Já no capítulos relativos à justificativa de relatividade dos direitos fundamentais e sobre a análise do princípio da proporcionalidade, utilizou-se, preponderantemente, os nomes de Robert Alexy, José Jairo Gomes Canotilho, Humberto Ávila, Paulo Bonavides, Gilmar Ferreira Mendes, Paulo Gustavo Gonçalves Branco, Luís Roberto Barroso e André Ramos Tavares.

Por fim, no capítulo concernente à análise da aplicabilidade do princípio da proporcionalidade sobre a norma de vedação às provas ilícitas no processo penal, foram utilizados, principalmente, os nomes de Alexandre de Moraes, Ada Pellegrini Grinover, Antônio Scarance Fernandes, Antônio Magalhães Gomes Filho, Renato Brasileiro de Lima e Thiago Piraboran Ávila.

PROVA: DELIMITAÇÃO TEÓRICA DO TEMA À LUZ DO PROCESSO PENAL

1.1 CONCEITO TEÓRICO

Em tema de provas há vários conceitos trazidos pela doutrina. Prefacialmente, destaca-se que o termo prova tem a origem etimológica de *probo* e deriva do latim *probatio*, significando: verificação, exame, inspeção, aprovação ou confirmação.¹

Segundo o escólio doutrinário de Norberto Avena a prova pode ser definida como “[...] o conjunto de elementos produzidos pelas partes ou determinados pelo juiz visando à formação do convencimento quanto aos atos, fatos e circunstâncias”.²

Em seguida, discorre o doutrinador sobre o objeto que recairá a atividade probatória, sendo “[...] todos os fatos que, influindo na apuração da existência ou inexistência de responsabilidade penal, são capazes de gerar dúvidas no magistrado, exigindo, por isso mesmo, a devida comprovação”.³

No mesmo contexto, discorre Hélio Tornaghi:

A palavra prova é usada em vários sentidos, todos correlacionados entre si. Ela designa, em primeiro lugar, a atividade probatória, isto é, o conjunto de atos praticados pelas partes, por terceiros (testemunhas, peritos etc.) e até pelo juiz, para averiguar a verdade e formar a convicção desse último (julgador).⁴

Após, prossegue o aludido doutrinador aduzindo que a prova pode ser vista como o resultado dessa atividade: “Numa segunda acepção, a palavra *prova* significa o resultado dessa atividade. Exemplos. [...] ‘O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova’ (CPP, art. 157).”⁵

Com um significado mais amplo, Hélio Tornaghi ensina que prova indica qualquer elemento de convicção. Cita como exemplo o art. 6º, inciso III,⁶ do Código de Processo Penal, determinando que a autoridade policial proceda à colheita de todas as provas que sirvam para o esclarecimento do fato e suas circunstâncias.⁷

Por fim, a palavra prova, para Hélio Tornaghi, pode se referir aos meios de provas, a exemplo da prova testemunhal, prova indiciária e prova documental.⁸

Nessa mesma linha de ideia, Renato Brasileiro de Lima ensina que há três acepções da palavra prova, dentre elas: Prova como atividade probatória, consistindo no conjunto de

1 LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de direito processual penal**: volume único. 4. ed. rev ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 573.

2 AVENA, Norberto. **Manual de Processo Penal**. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: método, 2016, p. 210.

3 AVENA, *loc cit.*

4 TORNAGHI, Hélio. **Curso de processo penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 265.

5 TORNAGHI, *loc cit.*

6 Art. 6º Logo que tiver conhecimento da prática da infração penal, a autoridade policial deverá: [...]. III - colher todas as provas que servirem para o esclarecimento do fato e suas circunstâncias.

7 TORNAGHI, Hélio. **Curso de processo penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 266.

8 TORNAGHI, *loc cit.*

atividades de verificação e demonstração, mediante as quais se procura chegar à verdade dos fatos relevantes para o julgamento; prova como resultado, caracterizando pela formação do órgão julgador no curso do processo quanto à existência de determinada situação fática e, por fim, prova como meio, que seriam os instrumentos idôneos à formação da convicção do órgão julgador.⁹

Segundo o magistério de Francesco Carnelutti, citado por Marco Antônio de Barros: “[...] provar indica uma atividade de espírito dirigida à verificação de um juízo. Corresponde à cogitação do convencimento de outrem acerca da verdade referente a determinado fato.”¹⁰

Referindo-se ao conceito e, ao mesmo tempo, sobre a finalidade da prova, Aury Lopes Júnior arremata que as provas são os meios em que se fará a reconstrução de um fato passado, não sendo as normas jurídicas, em regra, objeto da atividade probatória.¹¹

Nesse mesmo sentido é a doutrina de Enrico Tullio Liebman citado por José Frederico Marques:

[...] toda afirmação feita pelas partes em juízo ‘consiste, em última análise, em deduzir determinadas consequências (*sic*) jurídicas de alguns fatos acontecidos no passado’ de que o juiz não tem conhecimento direto. Necessário, portanto, é que se dê ao magistrado ‘a possibilidade de formar uma opinião’, sobre esses fatos; e nisso, precisamente, consiste o objeto das provas.¹²

Superado o conceito de prova e expostas algumas considerações iniciais a respeito da finalidade da prova, necessário se faz analisar a importância da atividade probatória e esmiuçar sua finalidade.

1.2 A IMPORTÂNCIA E A FINALIDADE DA ATIVIDADE PROBATÓRIA NO ÂMBITO DO DIREITO PROCESSUAL PENAL

Tema que assume relevância transcendente na ciência processual penal é o concernente às provas. Isso, pois, é através da atividade probatória que haverá a reconstrução dos fatos,¹³ tornando-se fundamental para a prolação de uma decisão justa no processo.¹⁴

Nesse sentido, são as palavras de Guilherme Madeira Dezem:

O tema prova é essencial para a ciência processual. Isto porque, entre outros motivos, as consequências da atividade probatória projetam-se de maneira inexorável na vida das pessoas, o que a torna fundamental para a busca da decisão mais justa possível dentro do processo [...].¹⁵

⁹ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de direito processual penal**: volume único. 8. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 657.

¹⁰ CARNELUTTI, Francesco *apud* BARROS, Marco Antônio de. **A busca da verdade no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 105.

¹¹ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 549.

¹² MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. 2. ed. Campinas: Millennium, 2000, p. 330.

¹³ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 549.

¹⁴ DEZEM, Guilherme Madeira. **Curso de Processo Penal**. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 448.

¹⁵ DEZEM, *loc cit.*

Destaca-se, nesse contexto, o escólio doutrinário de Francesco Carnelutti:

As provas servem, exatamente, pra voltar atrás, ou seja, pra fazer, ou melhor, para reconstruir a história. Como faz quem, tendo caminhado através dos campos, tem que percorrer em retrocesso o mesmo caminho? Segue os rastro e sua passagem.¹⁶

Não obstante, segundo Antônio Magalhães Gomes Filho, citado por Guilherme Madeira Dezem, a atividade probatória não consiste em tão somente auxiliar o órgão prolator da decisão, mas, também, auxilia, preponderantemente, na obtenção do consenso do grupo em nome do qual será prolatada a decisão, conforme ensina o doutrinador:

[...] sobressai no probatório judicial o seu caráter social, visto que sua finalidade não está limitada à formação do convencimento do juiz, mas visa preponderantemente à obtenção do consenso do grupo em nome do qual será proferida a decisão.¹⁷

Nesse viés, a prova possui a finalidade de convencer o juiz a respeito da verdade de um fato litigioso, buscando-se a verdade processual, ou seja, a verdade que pode ser atingida ou possível.¹⁸

Portanto, dos excertos doutrinários expostos *supra*, vislumbra-se ser a prova destinada a convencer o órgão judicial a respeito de um fato passado e litigioso, bem como tem por finalidade, conforme a doutrina de Antônio Magalhães Gomes Filho, a obtenção do consenso do grupo do qual será prolatada a decisão.

Não obstante, segundo Denilson Feitoza a depender do referencial a ser utilizado, a prova também pode se destinar a formação da *opinio delicti* do titular da ação penal. Isso, pois, na quase totalidade dos casos, o Ministério Público tem a titularidade de propor a ação penal e, sendo assim, as provas obtidas na fase pré-processual, teriam por destinatário o órgão do *parquet*.¹⁹

Do exposto, é notória a importância do estudo da atividade probatória na ciência processual penal, servindo a diversas finalidades a sua produção no curso do processo.

1.3 OBJETO DA ATIVIDADE PROBATÓRIA NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

À vista do excerto doutrinário que considera ser a atividade probatória destinada à reconstrução dos fatos passados, a fim de auxiliar o juízo e, também, para alguns, conforme já exposto, o membro do *parquet*, indispensável se faz delimitar o objeto que recairá atividade probatória.

16 CARNELUTTI, Francesco. **As Misérias do Processo Penal**. 3. ed. 2. triagem. São Paulo: Edijur, 2015, p. 46.

17 GOMES FILHO, Antônio Magalhães *apud* DEZEM, Guilherme Madeira. **Curso de Processo Penal**. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 449.

18 NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal**. 13. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 348.

19 FEITOZA, Denilson. **Direito processual penal: teoria, crítica e práxis**. 7. ed. rev. ampl. e atual. de acordo com as leis 11.983/2009, 12.015/2009, 12039/2009 e 12037/2009. Rio de Janeiro: Impetus, 2010, p. 717.

Nesse sentido, conforme já mencionado, Aury Lopes Júnior ensina não ser a atividade probatória destinada ao exame de normas jurídicas, mas sim de fatos passados.²⁰

Todavia, para Renato Brasileiro de Lima o objeto da prova não são os fatos passados, pois, jamais seria possível se atingir a reconstrução integral do que efetivamente ocorreu. Para o doutrinador o objeto da prova seria “[...] a verdade ou falsidade de uma afirmação sobre um fato que interessa à solução do processo.”²¹

Fernando da Costa Tourinho Filho afirma que o objeto da prova seria a mesma coisa que a finalidade da prova, sendo que ela se destina a “[...] formar a convicção do juiz sobre os elementos necessários para a decisão da causa.”²²

Parte da doutrina distingue, ainda, objeto da prova em direto ou indireto. O objeto direto da prova seria aquele que por fim imediato o fato que se quer provar. Já a prova indireta consiste na prova que afirma outro fato, mas que por via de raciocínio, chega-se ao fato que se quer provar.²³

Todavia, apesar da divergência a respeito do objeto da prova, a doutrina²⁴ afirma que estão excluídas de sua atividade os fatos axiomáticos, os fatos notórios, as presunções legais e os fatos inúteis.

Em breve síntese, segundo a doutrina: a) fatos axiomáticos: são aqueles fatos evidentes, as verdades axiomáticas do mundo do conhecimento; b) fatos notórios: são aqueles de conhecimento público geral, sendo os fatos inseridos na cultura normal e própria de determinada esfera social no tempo em que ocorrer a decisão; c) fatos inúteis ou irrelevantes: são os que não interessam a decisão da causa; d) presunções legais: são as afirmações feitas pela lei de que um fato é existente ou verdadeiro, independente de prova, podendo ser de presunção absoluta – *iuris et de iure* – não admitindo prova em contrário e relativa – *iuris tantum* – admitindo prova em sentido contrário à presunção.²⁵

De mais a mais, as provas no processo penal não podem ser dissociadas do princípio do contraditório. Nesse sentido, é o art. 155 do Código de Processo Penal:

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

Comentando a referida regra, ensina Renato Brasileiro de Lima:

A palavra **prova** só pode ser utilizada para se referir a elementos de convicção produzidos, em regra, no curso do processo judicial, e, por conseguinte, com a necessária presença dialética entre as partes, sob o manto do contraditório [...].²⁶

20 LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 549.

21 LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de direito processual penal**: volume único. 4. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 584.

22 TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de processo penal**. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 214.

23 BARROS, Marco Antônio de. **A busca da verdade no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 106.

24 AVENA, Norberto. **Manual de Processo Penal**. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: método, 2016, p. 271.

25 AVENA, Norberto. **Manual de processo penal**. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: método, 2016, p. 271.

26 LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de direito processual penal**: volume único. 4. ed. rev. ampl. e atual. Salvador:

À vista do dispositivo e do excerto doutrinário supratranscrito, as provas distinguem-se de meros elementos de informação devido à presença naquelas do contraditório judicial, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.

Sintetizando a exposição de Renato Brasileiro de Lima: a) provas cautelares: são aquelas em que há um risco do desaparecimento do objeto da prova, em razão do decurso do tempo, sendo o contraditório exercido de maneira diferida; b) provas não repetíveis: são aquelas que uma vez produzidas, não têm como novamente ser coletada, em virtude do desaparecimento, destruição ou perecimento da fonte probatória; c) provas antecipadas: são aquelas produzidas com a observância do contraditório real, mas em momento processual distinto daquele previsto em lei.²⁷

Elementos de informação são, portanto, “[...] aqueles colhidos na fase investigatória sem a necessária participação dialética das partes”²⁸

Juspodivm, 2016, p. 574, grifos do autor.

27 LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de direito processual penal**: volume único. 4. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 575-576.

28 *Ibid.*, p. 574.

O ESTUDO DAS PROVAS ILÍCITAS

2.1 AS PROVAS ILEGAIS. DISTINÇÃO ENTRE PROVAS ILÍCITAS E PROVAS ILEGÍTIMAS E SUAS CONSEQUÊNCIA PRÁTICAS

A rigor, a doutrina distingue as provas ilícitas das provas ilegítimas, sendo que ambas fazem parte do gênero das provas ilegais e que, segundo Renato Brasileiro de Lima, o critério baseia-se nas lições de Pietro Nuvolone.¹

Segundo essa doutrina, a prova ilícita é a obtida com violação às regras de direito material e a prova ilegítima é a obtida com violação às regras de direito processual.²

Todavia, não se pode olvidar que uma vez considerada ilícita a prova e não sendo ela admitida, haverá a contaminação das demais provas que dela seja derivada, conforme aponta Renato Brasileiro de Lima:

De nada adianta dizer que são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos se ela ilicitude também não se estender às provas que dela derivam. Com feito, a admissibilidade no processo de provas ilicitamente derivadas poderia servir de expediente para confrontar a vedação probatória do art. 5º, LVI, da Constituição Federal, isto é, as partes poderiam sentir-se encorajadas a recorrer a expedientes ilícitos com o objetivo de se servir de elementos de prova até então intangíveis pelas vias legais.³

A adoção da tese da inadmissibilidade das provas ilícitas por derivação, decorre da redação do art. 157, § 1º, do Código de Processo Penal que assim dispõe:

Art. 157. [...].

§ 1º São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras.

Ato contínuo de estudo e seguindo sobre a eventual distinção sobre provas ilícitas e provas ilegítimas, com a redação dada pela lei 11.960/2008 ao art. 157, que passou a dispor que “São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais”, tanto a doutrina quanto a jurisprudência passaram a debater sobre a eventual superação da distinção, diante da interpretação exegética do dispositivo transrito.

A redação nova ao dispositivo supratranscrito, que gerou a controvérsia doutrinária, é comentado por Guilherme Madeira Dezem que, assim, expressa:

Ao comparar a redação do art. 157 que deixou de incluir qual tipo de norma violada que gera a prova ilícita, ou seja, deixou de incluir se é o caso de violação apenas do Direito Material ou também do Direito Processual.⁴

A maioria da doutrina posiciona-se no sentido de se manter a distinção mesmo após a reforma processual. Nesse sentido, manifesta-se Renato Brasileiro de Lima:

1 LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de direito processual penal**: volume único. 4. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 609.

2 LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 607-608.

3 LIMA, *op cit.*, p. 613.

4 DEZEM, Guilherme Madeira. **Curso de processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 494.

[...] quando o art. 157, *caput*, do CPP, faz menção a normas legais, deve-se interpretar o dispositivo de maneira restritiva, referindo-se única e exclusivamente às normas de direito material, mantendo-se, quanto às provas ilegítimas, o regime jurídico das teorias das nulidades.⁵

É também a posição, entre outros, de Fernando da Costa Tourinho Filho,⁶ Guilherme Madeira Dezem,⁷ Paulo Rangel,⁸ Aury Lopes Júnior,⁹ Denilson Feitoza¹⁰ e Norberto Avena¹¹. Para Paulo Rangel há ao lado das provas ilícitas e ilegais, as provas irregulares. Assim posiciona-se o doutrinador:

A prova ilícita é a violadora do direito material. Seja porque a norma proíbe aquele tipo de prova (tortura por exemplo), seja porque permite, mas desde que se compra com o que a norma exige (mandado de busca e apreensão para ingressar no domicílio). *A prova ilegítima* é aquela que é proibida pelo direito processual (depoimento do padre contra sua vontade). *A prova irregular* é aquela que é colhida com desrespeito às formalidades legais existentes, não obstante permitida por lei (expedição de mandado sem o fim da diligência; depoimento de testemunha-parente sem a advertência de que não está compromissada a dizer a verdade).¹²

Segundo esse posicionamento doutrinário que reconhece a referida distinção, as consequências de eventual ilicitude de uma prova colhida com infringência à norma de direito material e a prova colhida com infringência à norma de direito processual, não são as mesmas.

Aponta, nesse sentido, a doutrina que as provas ilegítimas possuem seu regime jurídico resolvido pela teoria das nulidades, com a decretação de sua ineficácia no processo. Já as provas ilícitas, por violarem o direito material, são consideradas inadmissíveis, não possuindo nenhuma eficácia, devendo, por conseguinte, ser desentranhadas.¹³

Nesse viés, César Dario Mariano da Silva justifica a referida distinção, aduzindo que:

Entender que a violação a qualquer norma legal resultaria em sua inadmissibilidade processual levaria à inexistência de nulidade, já que toda e qualquer violação a norma legal caracterizaria ilicitude probatória. Deixaria, portanto, de existir nulidade processual e haveria apenas ilicitude, o que não nos parece razoável e muito menos de ser essa a intenção da lei.¹⁴

5 LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de direito processual penal**: volume único. 4. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 611.

6 TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de processo penal**. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p.566.

7 DEZEM, *op cit.*, p. 495.

8 RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 13. ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumes Juris, 2007, p. 407.

9 LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 608.

10 FEITOZA, Denilson. **Direito processual penal: teoria, crítica e práxis**. 7. ed. rev. ampl. e atual. de acordo com as leis 11.983/2009, 12.015/2009, 12039/2009 e 12037/2009. Rio de Janeiro: Impetus, 2010, p. 720.

11 AVENA, Norberto. **Manual de Processo Penal**. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: método, 2016, p. 279.

12 RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 13. ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumes Juris, 2007, p. 417-418, grifos do autor.

13 FEITOZA, *op cit.*, p. 720.

14 SILVA, César Dario Mariano da. Provas ilícitas e o princípio da proporcionalidade. **Carta Forense**, São Paulo, 10 nov. 2010. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/provas-ilicitas-e-o-princípio-da-proporcionalidade/6191>>. Acesso em: 12 jul. 2023.

Enfatiza Denilson Feitoza que pode haver ainda provas ilícitas e ilegítimas simultaneamente, consistindo àquelas que violam as regras de direito material e processual simultaneamente. O doutrinador cita, como exemplo, a hipótese de uma busca e apreensão por delegado de polícia com violação de domicílio sem mandado judicial e sem flagrante delito, havendo violação à norma de direito penal (crime de abuso de autoridade) e norma processual que estabelece os requisitos da busca e apreensão. Para o doutrinador, a consequência seria o reconhecimento da nulidade da prova.¹⁵

Há decisões do estado do Paraná, que seguem a orientação de distinção das provas com infringência às normas de direito material e às de direito processual, conforme colaciona-se, a título exemplificativo, a ementa e parte da fundamentação da decisão:

EMENTA: DIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA APELAÇÃO CRIME N° 1308204-7, DE PALMITAL - JUÍZO ÚNICO APELANTE 1: ANDERSON DE LARA APELANTE 2: EVANIR SEBASTIÃO DE MIRANDA APELANTE 3: EDILSON ALEIXO DE SENE APELADO : MINISTÉRIO PÚBLICO Órgão Julgador: 5^a Câmara Criminal Relator: Juiz Subst. 2^ºGrau Ruy Alves Henriques Filho APELAÇÃO CRIMINAL - TRÁFICO DE ENTORPECENTES E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO - ART. 33, CAPUT, E ART. 35, CAPUT, DA LEI N° 11.343/06 (1º FATO) - PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO RESTRITO - ART. 16 DA LEI N° 10.826/03 (2º FATO) - APTES 1 E 2: PLEITO PRELIMINAR PARA RECONHECIMENTO DA INÉPCIA DA DENÚNCIA - IMPOSSIBILIDADE - AUSÊNCIA DE OMISSÕES-APTE 2: PEDIDO PRELIMINAR PARA TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL OU DESENTRANHAMENTO DE PROVAS ILÍCITAS - ALEGAÇÃO DE FLAGRANTE PREPARADO - AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE - MONITORAMENTO REALIZADO POR POLICIAIS A PARTIR DE DENÚNCIAS - PRELIMINAR AFASTADA - MÉRITO: APTES 1 E 2: PLEITO DE ABSOLVIÇÃO DO CRIME DE TRÁFICO - IMPROCEDÊNCIA - DEPOIMENTOS DOS POLICIAIS EM CONSONÂNCIA COM AS DEMAIS PROVAS DOS AUTOS - REDUÇÃO DA PENA AO PATAMAR MÍNIMO - IMPOSSIBILIDADE - PENA-BASE FIXADA CONFORME DISCRICIONARIEDADE DA MAGISTRADA - APLICAÇÃO DA MINORANTE DO ART. 33, § 4º, DA LEI DE DROGAS - IMPROCEDÊNCIA - RÉUS QUE SE DEDICAVAM COMPROVADAMENTE A ATIVIDADES CRIMINOSAS - READEQUAÇÃO DO REGIME DE CUMPRIMENTO PARA O ABERTO - IMPOSSIBILIDADE - QUANTIDADE DE PENA QUE VEDA A MUDANÇA DE REGIME - INCIDÊNCIA DO ART. 33, § 2º, "a", DO CÓDIGO PENAL - APTE 3: PEDIDO PARA APLICAÇÃO DAS ATUANTES DA MENORIDADE À ÉPOCA DOS FATOS E DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA - INCABÍVEL - PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL - INTELIGÊNCIA DA SÚMULA N° 231 DO STJ - SENTENÇA MANTIDA - RECURSOS DOS APTE 1 E 2, CONHECIDOS E DESPROVIDOS - RECURSO DO APTE 3 DESPROVIDO. **Como é cediço, tem-se por ilícita a prova colhida com infringência às normas ou princípios colocados pela Constituição e pelas leis, frequentemente para a proteção das liberdades públicas e ESTADO DO PARANÁ PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA especialmente dos direitos de personalidade e mais especificamente do direito à intimidade. Ou seja, na prova ilícita sua colheita já está eivada por ilicitude, diferentemente da prova ilegítima, em que se tem um desacerto com prescrições da legislação processual [...].**¹⁶

15 FEITOZA, Denilson. **Direito processual penal: teoria, crítica e práxis**. 7. ed. rev. ampl. e atual. de acordo com as leis 11.983/2009, 12.015/2009, 12039/2009 e 12037/2009. Rio de Janeiro: Impetus, 2010, p. 720.

16 PARANÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. **Apelação n° 1308204-7**. Rel. Des. Ruy Alves Henriques Filho, Curitiba, PR, 20 ago. 2015, grifou-se. <<https://tj-pr.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/227126790/apelação-apl-13082047-pr-13082047-acordao?ref=serp>>. Acesso em: 22 jun. 2023.

Em sentido diverso, posicionam-se Guilherme de Souza Nucci¹⁷ e Fernando Capez.¹⁸

Para este último doutrinador:

[...] mencione-se que as provas ilícitas passaram a ser disciplinadas pela Lei n.11.690/2008, a qual modificou a redação do art. 157 do CPP, dispondo que: 'São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais'. Portanto, a reforma processual penal distanciou-se da doutrina e jurisprudência pátrias que distinguiam as provas ilícitas das ilegítimas, concebendo como prova ilícita tanto aquela que viole disposições materiais como processuais.¹⁹

Portanto, para essa doutrina, tanto as provas obtidas com violação ao direito material ou processual são consideradas ilícitas e a consequência seria a mesma, ou seja, o seu desentranhamento do processo, conforme aponta Guilherme de Souza Nucci: "A reforma de 2008 acolheu, claramente, a ideia de que provas produzidas ao arrepio da lei processual penal também geram ilícitudes, aptas a acarretar o desentranhamento do processo."²⁰

Conforme visto, o tema é bastante controvertido. Não obstante, seguindo a orientação da doutrina majoritária pátria, o presente trabalho terá como enfoque as provas ilícitas, concernentes às obtidas com violação às normas de direito material.

2.2 A IMPORTÂNCIA E A FINALIDADE DA NORMA DE VEDAÇÃO ÀS PROVAS ILÍCITAS

Prefacialmente, aponta-se que a vedação da prova ilícita é algo indissociável ao Estado Democrático de Direito, dispondo, nesse sentido, Paulo Rangel: "A vedação da prova ilícita é inerente ao Estado Democrático de Direito que não admite a prova do fato e, consequentemente (*sic*), punição do indivíduo a qualquer preço."²¹

Não se pode olvidar que a norma de vedação às provas ilícitas (art. 5º, inciso LVI²², da Constituição Federal) está alocada no título II, da Constituição Federal, sob a rubrica "Dos direitos e garantias fundamentais". Portanto, trata-se de norma fundamental positivada que, segundo Paulo Rangel "[...] são direitos naturais, agora positivados, não havendo mais razão para o embate entre o direito natural e o direito positivo, como no passado".²³

Portanto, para o doutrinador, os direitos e garantias previstos na Constituição, são direitos naturais, possuindo, ademais, todas as demais características dos direitos e garantias fundamentais, inclusive a norma de vedação às provas ilícitas no processo. São as palavras do autor:

17 NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal**. 13. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 347.

18 CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 371.

19 CAPEZ, *loc cit.*

20 NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal**. 13. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 347.

21 RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 13. ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumes Juris, 2007, p. 413, grifos do autor.

22 Art. 5º [...]. LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos.

23 RANGEL, *loc cit.*

Portanto, podemos asseverar que os direitos e garantias individuais previstos na Constituição, e com os quais vamos trabalhar na análise das provas, têm essas características: naturais, abstratos, imprescritíveis, inalienáveis e universais.²⁴

Ato contínuo, dispõe a Constituição Federal que “São inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos” (art. 5º, LVI) e o Código de Processo Penal (art. 157) que “São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais.”

Ao discorrer sobre o tema, Gilmar Ferreira Mendes ensina que a norma de vedação é “[...] uma das ideias básicas que integram o amplo conceito de devido processo legal”²⁵ e, em seguida, prossegue o constitucionalista:

O âmbito de proteção da garantia quanto à inadmissibilidade da prova ilícita está em estreita conexão com outros direitos e garantias fundamentais, como direito à intimidade e à privacidade (art. 5º, X), o direito à inviolabilidade do domicílio (art. 5º, XI), o sigilo de correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas (art. 5º, XII) e o direito ao sigilo profissional (CF, art. 5º, XIII e XIV, *in fine*), ao devido processo legal (art. 5º, LIV) e à proteção judicial efetiva, entre outros.²⁶

À vista do excerto doutrinário, conclui-se que a norma de vedação está em estreita consonância com os vários direitos e garantias fundamentais que integram o corpo constitucional, sendo que a obtenção de provas “[...] em contrariedade ao disposto em normas de procedimento configurará afronta ao princípio do devido processo legal”.²⁷

Não obstante, para compreensão sobre a finalidade que se destina a norma de vedação, faz-se necessário a análise histórica da aludida regra.

2.3 A REGRA DE EXCLUSÃO E SEU CONTEXTO HISTÓRICO

Ao comentar sobre a norma de vedação às provas ilícitas no processo penal, Denilson Feitosa aponta que ela possui origem no direito processual dos Estados Unidos da América, sendo sua gênese decorrente da 4^a Emenda à Constituição daquele país e que a referida regra era reconhecida como “princípio da exclusão” (*exclusionary rule*), equivalente no português à “regra de exclusão”.²⁸

É apontado como marco, segundo o referido doutrinador, o caso *Weeks versus United States* (1914), onde a Suprema Corte americana estabeleceu o “princípio da exclusão” e decidiu-se que a prova obtida com violação à 4^a Emenda por policiais federais, seria excluída de um processo federal.²⁹

24 RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 13. ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumes Juris, 2007, p. 414.

25 BRANCO, Paulo Gustavo Gonet.; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 566.

26 *Ibid.*, p. 567.

27 BRANCO; MENDES, *loc cit.*

28 FEITOZA, Denilson. **Direito processual penal: teoria, crítica e práxis**. 7. ed. rev. ampl. e atual. de acordo com as leis 11.983/2009, 12.015/2009, 12039/2009 e 12037/2009. Rio de Janeiro: Impetus, 2010, p. 722.

29 FEITOZA, *loc cit.*

Em relação às cortes estaduais, Denilson Feitosa aponta que apenas em 1961, no caso *Mapp v. Ohio* é que a Suprema Corte americana estendeu o “princípio da exclusão” aos processos estaduais. A justificativa para a vedação às provas ilícitas seria a “[...] necessidade de evitar a confirmação judicial de ações inconstitucionais da polícia.”³⁰ Em seguida, prossegue o doutrinador:

A finalidade primordial do “princípio da exclusão”, se não a única, é prevenir a conduta policial ilícita (caso U.S v. Janis, 1976). Mais do que um direito individual da parte lesada, é um “remédio-jurídico” criado judicialmente com a destinação de proteger as normas constitucionais da 4^a Emenda Constitucional, geralmente por meio do seu efeito preventivo ou dissuasivo.³¹

Todavia, para Renato Brasileiro de Lima a origem do instituto remonta ao caso *Boyd v. US*, de 1886, sob o argumento de que a regra da *exclusionary rules* estaria implícita na Constituição americana como forma de tutela dos direitos fundamentais.³²

Apesar da divergência a respeito do caso em que surgiu à regra de vedação, a doutrina ensina que ela possui o escopo principal de prevenir futuras violações aos direitos e garantias fundamentais. Nesse sentido, manifesta-se Denilson Feitosa:

[...] o escopo principal, do princípio da ilicitude, nos moldes em que vem sendo entendido nos Estados Unidos, aplica-se adequadamente ao contexto brasileiro, a saber, o de prevenir futuras violações das normas constitucionais. De que valerá um policial obter uma confissão mediante tortura, se tal confissão não for admitida no processo? [...].³³

E, como exposto, é a posição também de Renato Brasileiro de Lima, assim, manifestando-se:

A discussão em torno da (in)admissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos ou ilegítimos em determinado ordenamento jurídico está diretamente relacionada à opção entre a busca ilimitada da verdade, dando-se preponderância ao interesse público na persecução penal, e o **respeito aos direitos e garantias fundamentais**, dentro de uma visão ética do processo, ainda que em prejuízo à apuração da verdade.³⁴

Do exposto, a doutrina, de um modo geral, discorre sobre o tema afirmando que a regra de exclusão tem por objetivo evitar práticas abusivas perpetradas pelo estado com seus agentes contra o particular,³⁵ a exemplo de Guilherme Madeira Dezem aduzindo que a referida regra “visa a sancionar o Estado por más práticas na produção probatória”³⁶ e, mais à frente, arremata o referido doutrinador:

30 *Ibid.*, p. 723.

31 FEITOZA, *loc. cit.*

32 LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de direito processual penal**: volume único. 4. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 612.

33 FEITOZA, Denilson. **Direito processual penal**: teoria, crítica e práxis. 7. ed. rev. ampl. e atual. de acordo com as leis 11.983/2009, 12.015/2009, 12.039/2009 e 12.037/2009. Rio de Janeiro: Impetus, 2010, p. 724.

34 LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de direito processual penal**: volume único. 4. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 611, grifou-se.

35 OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 20. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016, p. 378-379.

36 DEZEM, Guilherme Madeira. **Curso de processo penal**. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 495.

Trata-se de mecanismo que serve para desestimular a produção de prova ilícita pelos agentes do Estado.[...] Não se pode esquecer que a teoria da prova ilícita está baseada na reação ao princípio do *male captum bene retentum*, ou seja, mal colhida, bem conservada.³⁷

Para Eugênio Pacelli de Oliveira a norma de vedação teria por destinatário precípicio o Estado, tendo ela por objetivo desestimular a prática de atos ilícitos pelo seu destinatário, sendo que se houvesse um critério objetivo para a utilização da prova, estimularia a prática da ilegalidade.³⁸ Ressalta-se, desde logo, que a posição do doutrinador refletirá, decisivamente, em sua posição quanto ao tema de aplicação do princípio da proporcionalidade e a admissibilidade das provas ilícitas *pro societate*, tema que será abordado à frente.³⁹

Por fim, discorrendo sobre a efetividade da garantia do devido processo legal e a vedação da fórmula arbitrária da *male captum, bene retentum* em tema de admissibilidade de provas ilícitas no processo penal, na forma exposta dos excertos doutrinários acima, é a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

EMENTA: PROVA PENAL - BANIIMENTO CONSTITUCIONAL DAS PROVAS ILÍCITAS (CF, ART. 5º, LVI) - ILICITUDE (ORIGINÁRIA E POR DERIVAÇÃO)
- INADMISSIBILIDADE - BUSCA E APREENSÃO DE MATERIAIS E EQUIPAMENTOS REALIZADA, SEM MANDADO JUDICIAL, EM QUARTO DE HOTEL AINDA OCUPADO - IMPOSSIBILIDADE - QUALIFICAÇÃO JURÍDICA DESSE ESPAÇO PRIVADO (QUARTO DE HOTEL, DESDE QUE OCUPADO) COMO "CASA", PARA EFEITO DA TUTELA CONSTITUCIONAL DA INVIOABILITY DOMICILIAR - GARANTIA QUE TRADUZ LIMITAÇÃO CONSTITUCIONAL AO PODER DO ESTADO EM TEMA DE PERSECUÇÃO PENAL, MESMO EM SUA FASE PRÉ-PROCESSUAL - CONCEITO DE "CASA" PARA EFEITO DA PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL (CF, ART. 5º, XI E CP, ART. 150, § 4º, II) - AMPLITUDE DESSA NOÇÃO CONCEITUAL, QUE TAMBÉM COMPREENDE OS APOSENTOS DE HABITAÇÃO COLETIVA (COMO, POR EXEMPLO, OS QUARTOS DE HOTEL, PENSÃO, MOTEL E HOSPEDARIA, DESDE QUE OCUPADOS): NECESSIDADE, EM TAL HIPÓTESE, DE MANDADO JUDICIAL (CF, ART. 5º, XI). IMPOSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO, PELO MINISTÉRIO PÚBLICO, DE PROVA OBTIDA COM TRANSGRESSÃO À GARANTIA DA INVIOABILITY DOMICILIAR - PROVA ILÍCITA - INIDONEIDADE JURÍDICA - RECURSO ORDINÁRIO PROVIDO. BUSCA E APREENSÃO EM APOSENTOS OCUPADOS DE HABITAÇÃO COLETIVA (COMO QUARTOS DE HOTEL) - SUBSUNÇÃO DESSE ESPAÇO PRIVADO, DESDE QUE OCUPADO, AO CONCEITO DE "CASA" - CONSEQUENTE NECESSIDADE, EM TAL HIPÓTESE, DE MANDADO JUDICIAL, RESSALVADAS AS EXCEÇÕES PREVISTAS NO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL. - (...) 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

37 DEZEM, Guilherme Madeira. **Curso de processo penal**. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 495.

38 OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 20. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016, p. 378-379.

39 *Vide* tópico 5.3.

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". [...] 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.⁴⁰

2.4 A NATUREZA JURÍDICA DA NORMA DE VEDAÇÃO ÀS PROVAS ILÍCITAS COMO COROLÁRIO DO PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

Prefacialmente, destaca-se que direitos e garantias fundamentais não se confundem.

Já era esse o magistério de Ruy Barbosa citado por José Afonso da Silva:

[...] no texto da lei fundamental as disposições meramente declaratórias, que são as que imprimem existência legal aos direitos reconhecidos, e as disposições *assecuratórias*, que são as que, em defesa dos direitos, limitam o poder. Aquelas instituem os *direitos*; estas, as *garantias*: ocorrendo não juntar-se na mesma disposição constitucional, ou legal, a fixação da garantia com a declaração do direito.⁴¹

Nesse sentido destaca Paulo Rangel: "A inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos é uma garantia fundamental do processo que está compreendida no devido processo legal".⁴² Trata-se, enfim, de uma limitação ao princípio da liberdade da prova.⁴³ Portanto, a norma, além de estar compreendida no contexto do princípio do devido processo legal, é catalogada pela doutrina como uma garantia fundamental.

Não poderia ser diferente o posicionamento, pois a norma que veda as provas ilícitas no processo, está alocada no Título II, da Constituição Federal, que versa justamente sobre os direitos e garantias fundamentais, conforme ensina Marco Antonio de Barros, confirmando a premissa ora analisada:

Corolário do sistema regrado de apuração da verdade, a toda evidência, é o preceito insculpido nos direitos e garantias fundamentais da Constituição Federal, que chancela como sendo inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos (art. 5º, LVI, da CF).⁴⁴

Outro ponto a ser destacado é, conforme visto, que, segundo a doutrina, a norma de vedação às provas ilícitas integra o conceito amplo do princípio do devido processo legal, conforme ensina Gilmar Ferreira Mendes:

40 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Informativo n. 583, Habeas Corpus nº 90.376/RJ.** Rel. Min. Celso de Mello, Brasília, DF, 17 mar. 2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo583.htm>>. Acesso em: 31 jul. 2023.

41 BARBOSA, Ruy *apud* SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo.** 37. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 188.

42 RANGEL, Paulo. **Direito processual penal.** 13. ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumes Juris, 2007, p. 04.

43 *Ibid.*, p. 414.

44 BARROS, Marco Antônio de. **A busca da verdade no processo penal.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 218.

A constituição Federal veda, expressamente, o uso da prova obtida ilicitamente nos processos judiciais (art. 5º, LVI), positivando uma das ideias básicas que integram o amplo conceito de devido processo legal.⁴⁵

Isso porque, segundo aponta o aludido doutrinador:

[...] cogita-se na aplicação do princípio do devido processo legal quando se fala de (1) direito ao contraditório e à ampla defesa, de (2) direito ao juiz natural, de (3) **direito a não ser processado e condenado com base em prova ilícita** [...].⁴⁶

Conforme se pôde observar nos excertos doutrinários, a doutrina entende que a norma prevista no art. 5º, inciso LVI,⁴⁷ da Constituição Federal, integra o conceito de princípio do devido processo legal e, ainda, adverte Gilmar Ferreira Mendes que

[...] o devido processo legal é também um tipo de garantia com caráter subsidiário e geral (*Auffanggrundrecht*) em relação às demais garantias. Assim, em muitos casos, tem-se limitado o Tribunal a referir-se diretamente ao devido processo legal em lugar de fazer referências às garantias específicas ou decorrentes.⁴⁸

Segundo ensina a doutrina de Paulo Rangel “O devido processo legal é o princípio reitor de todo o arcabouço jurídico-processual.”⁴⁹

Comentando sobre o princípio do devido processo legal, enfatiza Denilson Feitoza:

Consiste na garantia de alguém somente poder ser privado de sua liberdade ou de seus bens, por meio de um processo desenvolvido na forma que estabelece a lei. É conhecido como o princípio do *due process of law*.⁵⁰

Prosegue o doutrinador aduzindo que “O princípio do devido processo legal se irradia por todos os demais princípios processuais, pois o cumprimento dele depende da efetiva realização de todos os outros.”⁵¹

Superado os comentários a respeito do desenvolvimento, importância, a finalidade da norma de vedação, bem como sobre suas características, é preciso discorrer sobre a possibilidade de, eventualmente, se admitir a utilização de provas ilícitas no processo penal brasileiro.

45 BRANCO, Paulo Gustavo Gonet.; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 566.

46 *Ibid.*, p. 565, grifou-se.

47 Art. 5º [...]. LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos.

48 BRANCO, Paulo Gustavo Gonet.; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 565.

49 RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 13. ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumes Juris, 2007, p. 04.

50 FEITOZA, Denilson. **Direito processual penal: teoria, crítica e práxis**. 7. ed. rev. ampl. e atual. de acordo com as leis 11.983/2009, 12.015/2009, 12039/2009 e 12037/2009. Rio de Janeiro: Impetus, 2010, p. 144.

51 FEITOZA, *loc cit.*

JUSTIFICABILIDADE DA RELATIVIDADE DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS E CONSIDERAÇÕES INICIAIS SOBRE A PROPORCIONALIDADE

Problema que a primeira vista poderia parecer ser um entrave para a admissibilidade das provas ilícitas no processo penal é a redação conferida ao art. 5º, inciso LVI, da Constituição Federal, que assim estabelece: “São inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”. No mesmo sentido, é a redação conferida ao art. 157 do Código de Processo Penal: “São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais.”

Outrossim, deve-se lembrar do desenvolvimento e o fundamento da norma de vedação às provas ilícitas, exposto no tópico anterior,¹ o que dificultaria ainda mais a aceitabilidade das provas ilícitas no processo penal.

Todavia, apesar da importância da referida norma, Paulo Gustavo Gonet Branco ensina que não há direitos ou garantias absolutas, ainda que alguns doutrinadores aponte como uma de suas características a absolutividade.² Contudo, explica o aludido doutrinador que esta característica tem premissa na corrente jusnaturalista de que o estado existe para proteger os direitos naturais e se não fosse assim, eles estariam ameaçados.³ Em seguida, prossegue o doutrinador:

Essa assertiva esbarra em dificuldades em ser aceita. Tornou-se voz corrente na nossa família do Direito admitir que os direitos fundamentais podem ser objeto de limitações, não sendo, pois, absolutos. Tornou-se pacífico que os direitos fundamentais podem sofrer limitações, quando enfrentam outros valores de ordem constitucional, inclusive outros direitos fundamentais.⁴

Nesse mesmo sentido, Ada Pellegrini Grinover, Antônio Scarance Fernandes e Antônio Magalhães Gomes Filho, tratando, especificamente, sobre a admissibilidade das provas ilícitas em favor do réu, dispõem:

Pensamos que, nesses casos (**admissibilidade da prova ilícita** que beneficie a defesa, **eventual adoção do princípio da proporcionalidade** e vícios da prova regular derivada da ilicitamente obtida), a Constituição brasileira não afasta radicalmente nenhuma tendência; e isto porque, como já dito (v. supra, n.1 desta seção) **os direitos e garantias fundamentais não podem ser entendidos em sentido absoluto** [...].⁵

Na linha do raciocínio de que não há direitos ou garantias com caráter absoluto, já decidiu o Supremo Tribunal Federal:

¹ Vide tópico 2.2.1.

² BRANCO, Paulo Gustavo Gonet.; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 141.

³ BRANCO; MENDES, *loc cit.*

⁴ BRANCO; MENDES, *loc cit.*

⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini.; FERNANDES, Antônio Scarance.; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **As Nulidades no Processo Penal**. 9. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 160, grifou-se.

E M E N T A: COMISSÃO PARLAMENTAR DE INQUÉRITO - PODERES DE INVESTIGAÇÃO (CF, ART. 58, §3º) - LIMITAÇÕES CONSTITUCIONAIS - LEGITIMIDADE DO CONTROLE JURISDICIONAL - POSSIBILIDADE DE A CPI ORDENAR, POR AUTORIDADE PRÓPRIA, A QUEBRA DO SIGILO BANCÁRIO, FISCAL E TELEFÔNICO - NECESSIDADE DE FUNDAMENTAÇÃO DO ATO DELIBERATIVO - DELIBERAÇÃO DA CPI QUE, SEM FUNDAMENTAÇÃO, ORDENOU MEDIDAS DE RESTRIÇÃO A DIREITOS - MANDADO DE SEGURANÇA DEFERIDO. COMISSÃO PARLAMENTAR DE INQUÉRITO - COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. (...) OS DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS NÃO TÊM CARÁTER ABSOLUTO. Não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, mesmo porque razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, desde que respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição [...].⁶

Ademais, nem mesmo o direito à vida possui caráter absoluto, conforme aponta César Dario Mariano da Silva, podendo ser relativizado quando expressamente previsto em lei. São suas palavras:

Pelo princípio da proporcionalidade as normas constitucionais estão articuladas em um sistema. Há valores constitucionais que se sobrepõem a outros em matéria de importância. O direito à vida é o mais importante e, mesmo assim, pode ser sacrificado em casos expressamente previstos em lei, como ocorre com a legítima defesa, o estado de necessidade etc. Ocorrem situações em que um direito deverá ser sacrificado em prol de outro de igual ou superior valia, dada à relatividade dos direitos e garantias constitucionais.⁷

Segundo Luís Roberto Barroso há três tipos de colisões entre normas constitucionais, sendo elas: colisões entre princípios constitucionais, colisões entre direitos fundamentais e colisões entre direitos fundamentais e outros valores⁸ e interesses constitucionais.⁹

Portanto, partindo-se da premissa de que não há direitos ou garantias com caráter absoluto, poder-se-ia concluir, conforme o excerto doutrinário de Ada Pellegrini Grinover, Antonio Scarance Fernandes e Antonio Magalhães Gomes Filho, esposado acima, que a regra constitucional de vedação às provas ilícitas no processo penal também é passível de sofrer limitação, quando em colisão com outros valores e direitos fundamentais.

Segundo Hidejalma Muccio há cinco teorias a respeito da admissibilidade das provas

6 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 23452**. Rel. Min. Celso de Mello, Brasília, DF, 16 set. 1999. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000020700&base=baseA-cordaos>>. Acesso em: 04 ago. 2023.

7 SILVA, César Dario Mariano da. Provas ilícitas e o princípio da proporcionalidade. **Jornal Carta Forense**, São Paulo, 10 nov. 2010. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/provas-ilicitas-e-o-princípio-da-proporcionalidade/6191>>. Acesso em: 12 jul. 2023.

8 O conceito de valor, pode ser encontrado em Robert Alexy, que aponta estar o valor no nível axiológico, ou seja, algo que pode ser classificado como bom, bonito, corajoso, seguro econômico, democrático, social, liberal ou compatível com o estado democrático de direito. (ALEXY, Robert. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 145).

9 BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 365.

ilícitas. São elas: Teoria da admissão, teorias que rejeitam a admissão da prova ilícita, a qual, por sua vez, subdivide-se em outras quatro teorias. Em breve síntese, são elas:¹⁰

Teoria da admissão: teoria que admite a prova ilícita. Tem como argumento central a responsabilização de seu autor pela ofensa ao direito material (crime praticado para a obtenção da prova proibida). A ela se aplica a expressão *male captum, bene retentum*.¹¹

Por outro lado, há, conforme exposto, teorias que rejeitam a admissão da prova ilícita. Segundo o referido doutrinador, a primeira delas concebe o direito como um todo unitário, sendo que, não se admitindo a licitude de um fato do direito material, esse mesmo fato não pode ser lícito no plano processual. Ou seja, uma vez ilícito, tem o condão de macular todo o ordenamento jurídico.¹²

Outra teoria, chamada de romântica, baseia-se no princípio da moralidade que se exige dos atos do Estado, sendo que o Estado deve combater o crime e perseguir criminosos, mediante atos e princípios moralmente inatacáveis.¹³

Para uma terceira teoria, tem-se a prova ilícita como uma ofensa direta à Constituição Federal, pois haveria, assim, uma ofensa ao direito fundamental do indivíduo. Não pode, pois, norma infraconstitucional validar prova com ofensa à Constituição.¹⁴

Por fim, Djalma Muccio aponta uma quarta teoria, chamada de intermediária que, no direito Alemão é chamada de teoria da proporcionalidade e nos Estados Unidos de teoria da razoabilidade, tendo por objetivo flexibilizar a teoria dos frutos da árvore envenenada.¹⁵

Nesse contexto, ganha destaque para a presente obra, a relevância do estudo do princípio da proporcionalidade para análise sobre a admissibilidade das provas ilícitas no processo quando em colisão com outros interesses constitucionais, conforme aponta Gilmar Ferreira Mendes: “Assume relevo ímpar, a aplicação do princípio da proporcionalidade, pelo menos como regra de ponderação para superação de eventuais colisões concretas entre interesses constitucionalmente previstos”.¹⁶

Não obstante a existência do argumento da proporcionalidade para a admissibilidade das provas ilícitas, aponta-se, também, contra a rigidez da norma de vedação às provas ilícitas, outras teorias construídas no Direito americano. Nesse sentido, destaca Renato Brasileiro de Lima:

Após o reconhecimento das regras de exclusão do direito norte-americano, aliada ao desenvolvimento da teoria dos frutos da árvore envenenada, houve uma forte reação da própria Suprema Corte norte-americana contra a rigidez de tais regras, sendo desenvolvidas, então, exceções às *exclusionary rules*.¹⁷

10 MUCCIO, Hidejalma. **Curso de processo penal**. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011, p. 846-847.

11 *Ibid.*, p. 846.

12 MUCCIO, Hidejalma. **Curso de processo penal**. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011, p. 847.

13 MUCCIO, *loc cit.*

14 MUCCIO, *loc. cit.*

15 MUCCIO, *loc. cit.*

16 BRANCO, Paulo Gustavo Gonet.; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 567.

17 LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de direito processual penal**: volume único. 4. ed. rev. ampl. e atual. Salvador:

Dentre as diversas teorias desenvolvidas, algumas delas aplicadas no direito brasileiro, a doutrina aponta as seguintes: teoria da fonte independente, teoria da descoberta inevitável, teoria da limitação da marcha purgada, teoria da exceção da boa-fé, teoria do risco, teoria da limitação da destruição da mentira do imputado, doutrina da visão aberta, teoria do encontro fortuito de provas, teoria da limitação da renúncia do interessado e teoria da infração constitucional alheia.¹⁸

Todavia, apesar de a presente obra versar sobre a admissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos, o presente trabalho discorrerá, exclusivamente, sobre o princípio da proporcionalidade, pois é o objeto de estudo em tema de provas ilícitas.

Juspodivm, 2016, p. 616.

18 LIMA, *loc cit.*, *et seq.*

A PROPORCIONALIDADE

4.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

De início, ressalta-se que, para fins da presente obra, será buscado, principalmente na doutrina constitucional que sistematizou e desenvolveu o fundamento, sua função, natureza normativa e os requisitos que compõem o princípio da proporcionalidade,¹ sem deixar de mencionar, contudo, a abordagem do referido princípio à luz da doutrina processual penal. Isso, pois, embora o princípio da proporcionalidade não se restrinja a uma só disciplina, a própria sistematização e desenvolvimento dele é, precipuamente, produto do estudo do direito constitucional.

4.2 FUNDAMENTO E FUNÇÃO DA PROPORCIONALIDADE

A doutrina diverge sobre o fundamento da proporcionalidade no ordenamento jurídico brasileiro, pois, de uma simples leitura exegética do texto constitucional, constata-se que não há previsão expressa sobre o aludido princípio.

Poderia, então, questionar se, a partir da falta de previsão na Constituição, o princípio da proporcionalidade seria aplicável no direito brasileiro. Respondendo ao questionamento, argumenta Paulo Bonavides que “No Brasil a proporcionalidade pode não existir enquanto norma geral de direito escrito, mas existe como norma esparsa no texto constitucional”.²

Segundo aponta a doutrina, o fundamento inicial da proporcionalidade, foi elaborado inicialmente pela jurisprudência alemã, na década de 1960, sendo que ela resultaria da própria substância dos direitos fundamentais.³

Destacando a função e o fundamento, os doutrinadores Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins aduzem que a proporcionalidade deve ser entendida como um elemento a disciplinar a atuação dos órgãos estatais de restringir a área de proteção dos direitos fundamentais.⁴ Nesse viés, prosseguem os doutrinadores aduzindo que

Existe, nesse contexto, um argumento de cunho sistemático que deduz a proporcionalidade da própria essência do sistema dos direitos fundamentais, garantindo seu respeito por meio de sua limitação racionalmente controlada.⁵

Nesse mesmo sentido, destaca André Ramos Tavares, para quem

1 Consigne-se que há doutrinadores que utilizam a proporcionalidade como sinônimo de razoabilidade. Entretanto, para a presente obra, será utilizado o termo proporcionalidade, conforme entendimento da doutrina majoritária de que há distinção entre os princípios. Nesse sentido, destaca Raphael Queiroz citado por André Ramos Tavares: “A diferença reside na classificação e nos elementos constitutivos desses princípios, já que a razoabilidade é mais ampla do que a proporcionalidade. Sustentar a fungibilidade entre os termos, no Brasil, é dar à proporcionalidade um raio de aplicação maior que suas possibilidades [...]”. (QUEIROZ, Raphael *apud* TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 775).

2 BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 29. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 444.

3 DIMOULIS, Dimitri.; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 178-179.

4 *Ibid.*, p. 188.

5 *Ibid.*, p. 190.

A proporcionalidade passou a ser compreendida como a especial forma de vinculação do legislador aos direitos fundamentais. A partir dessa concepção de legalidade passa a ser exigência não apenas de lei, mas de lei proporcional.⁶

Paulo Bonavides extrai o fundamento da proporcionalidade da caracterização de um novo Estado Democrático de Direito.⁷ Segundo anota o aludido doutrinador “[...] não constitui tal princípio um direito da liberdade, mas um direito que protege a liberdade; uma garantia fundamental, ou, antes de tudo, um princípio geral de direito”.⁸ Demais disso, Paulo Bonavides ensina que tal entendimento prevalece entre os juristas da Alemanha e da Suíça.⁹

Essa posição é justificada, segundo Paulo Bonavides, comparando duas concepções históricas: uma, em que vigorou o estado de direito, sendo vinculado sobre o império da legalidade, com apogeu na Constituição de Weimar, já em declínio, e outra, em ascensão, que deslocou os direitos fundamentais para o centro do ordenamento jurídico. Segundo o doutrinador, foi neste segundo Estado de Direito que nasceu o princípio constitucional da proporcionalidade e transverteu em princípio geral de direito.¹⁰

Outra parte da doutrina extrai seu fundamento nas ideias do devido processo legal substantivo e na de justiça.¹¹ Nesse sentido é o ensinamento de Renato Brasileiro de Lima que aloca o fundamento da proporcionalidade no devido processo legal substantivo, previsto no art. 5º, inciso LIV,¹² da Constituição Federal.¹³

Ensina Gilmar Ferreira Mendes que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal indica que o fundamento do princípio da proporcionalidade teria sua sede material na disposição constitucional do devido processo legal,¹⁴ e ressalta que essa compreensão redundaria na identificação como um princípio geral do direito.¹⁵

Por fim, frisa-se que, apesar da divergência sobre o fundamento da proporcionalidade na doutrina, o fato que ela é aplicada pela jurisprudência brasileira.¹⁶

6 TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 765.

7 BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 29. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 405.

8 *Ibid.*, p. 410.

9 BONAVIDES, *loc cit.*

10 BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 29. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 407-409.

11 Por todos: BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 328.

12 Art. 5º [...] LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.

13 LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de direito processual penal**: volume único. 4. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 85.

14 O princípio da proporcionalidade - que extrai a sua justificação dogmática de diversas cláusulas constitucionais, notadamente daquela que veicula a garantia do substantive due process of law - acha-se vocacionado a inibir e a neutralizar os abusos do Poder Público no exercício de suas funções, qualificando-se como parâmetro de aferição da própria constitucionalidade material dos atos estatais.

A norma estatal, que não veicula qualquer conteúdo de irrazoabilidade, presta obséquio ao postulado da proporcionalidade, ajustando-se à cláusula que consagra, em sua dimensão material, o princípio do substantive due process of law (CF, art. 5º, LIV).

Essa cláusula tutelar, ao inibir os efeitos prejudiciais decorrentes do abuso de poder legislativo, enfatiza a noção de que a prerrogativa de legislar outorgada ao Estado constitui atribuição jurídica essencialmente limitada, ainda que o momento de abstrata instauração normativa possa repousar em juízo meramente político ou discricionário do legislador. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Especial nº 374981/RS**. Min. Rel. Celso de Mello, Brasília, DF, 28 mar. 2005. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo381.htm>>. Acesso em: 24 ago. 2023).

15 BRANCO, Paulo Gustavo Gonet.; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 223.

16 A título exemplificativo: GRAVAÇÃO DE CONVERSAS TELEFÔNICAS POR UM DOS INTERLOCUTORES. PROVA

4.3 NATUREZA JURÍDICA DA PROPORCIONALIDADE

Outro ponto divergente a respeito da proporcionalidade, assenta-se em sua natureza normativa. Alguns consideram ser ela um princípio; outros, no entanto, consideram uma regra. E, por fim, há quem diga ser ela um postulado normativo.

Se é adotada a natureza principiológica da proporcionalidade, deve-se, então, partir da distinção entre regras e princípios pelo grau de generalidade da norma, conforme explica Roberta Pereira Negrão Costa:

Se é adotado como critério distintivo de regras e princípios o grau de generalidade e abstração, bem como a noção de fundamentalidade da norma, o conceito de proporcionalidade será enquadrado como um princípio. Isso porque a proporcionalidade é uma norma fundamental do sistema, tida como o princípio dos princípios, pois está vinculada à guarda e garantia dos direitos fundamentais frente aos poderes do Estado. Trata-se de uma idéia fundante, traduzida em um parâmetro de valoração dos atos do Poder público para aferir se estão informados pelo valor superior inerente a todo ordenamento jurídico: a justiça. Grande parte da doutrina brasileira adota esse posicionamento, considerando a proporcionalidade um princípio.¹⁷

Não obstante, para Robert Alexy a proporcionalidade não se trata de um princípio, mas sim de uma regra que ele chama de máxima. É a sua justificativa:

A máxima da proporcionalidade é com freqüência (*sic*) denominada 'princípio da proporcionalidade'. Nesse caso, no entanto, não se trata de um princípio no sentido aqui empregado. A adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito não são sopesadas contra algo. Não se pode dizer que elas às vezes tenham precedência, e às vezes não. O que se indaga é, na verdade, se as máximas parciais foram satisfeitas ou não, e sua não-satisfação tem como consequência (*sic*) uma ilegalidade. As três máximas parciais devem ser, portanto, consideradas como regras.¹⁸

Para esta linha argumentativa, é necessário distinguir as normas de direito fundamental que possuem natureza de princípio¹⁹ das normas que possuem natureza de regra.

Robert Alexy refuta os critérios tradicionais de distinção²⁰ realizada pela doutrina

LÍCITA. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. "HABEAS CORPUS". RECURSO. 1. A gravação de conversa por um dos interlocutores não é interceptação telefônica, sendo lícita como prova no processo penal. 2. **Pelo Princípio da Proporcionalidade**, as normas constitucionais se articulam num sistema, cujo harmonia impõe que, em certa medida, tolere-se o detrimento a alguns direitos por ela conferidos, no caso, o direito à intimidade. 3. Precedentes do STF. 4. Recurso conhecido mas não provido. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus** nº 7.216/SP. Rel. Min. Edson Vidigal, Brasília, DF, 25 maio 1998, grifou-se. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/489220/recurso-ordinario-em-habeas-corpus-rhc-7216-sp-1998-0004035-8>>. Acesso em: 04 ago. 2023).

17 COSTA, Roberta Pereira Negrão. **PROPORCIONALIDADE. UMA CLARIFICAÇÃO DO CONCEITO**. Disponível em: <www.agu.gov.br/page/download/index/id/1437974>. Acesso em: 31 ago. 2023.

18 ALEXY, Robert. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 117.

19 Definição clássica de princípio, entre os doutrinadores brasileiros, é aquela atribuída à Celso Antônio Bandeira de Mello: "[...] princípio é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradiia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para a sua exata compreensão e inteligência exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere tônica e lhe dá sentido normativo". (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 19. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 888-889).

20 São os critérios tradicionais, segundo a exposição de José Joaquim Gomes Canotilho:

constitucionalista e enfatiza que a distinção entre regras e princípios é qualitativa. Assim, explica o doutrinador:

O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Portanto, princípios, são por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas.²¹

Diferente dos princípios, as regras não podem ser satisfeitas na medida das possibilidades jurídicas ou fáticas, mas são tão somente satisfeitas ou não satisfeitas, conforme ensina Robert Alexy:

Já as regras são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras, portanto, contêm determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível.²²

Não se pode olvidar ainda que, segundo Alexy, há normas de direitos fundamentais que possuem duplo caráter, ou seja, são regras e princípios,²³ sendo aquelas em que “[...] é incluída uma cláusula restritiva com a estrutura de princípios, que, por isso, está sujeita a sopesamentos”²⁴.

A distinção é deveras de suma importância prática segundo esta concepção. Isso, pois, a resolução de conflitos entre uma das espécies normativas se opera de maneira distinta, sendo que a máxima da proporcionalidade só incide para resolução dos conflitos envolvendo princípios. Sendo assim, para Alexy a máxima da proporcionalidade assenta-se

a) *Grau de abstracção*: os princípios são normas com um grau de abstracção relativamente elevado; de modo diverso, as regras possuem uma abstracção relativamente reduzida.

b) *Grau de determinabilidade* de aplicação no caso concreto: os princípios, por serem vagos e indeterminados, carecem de mediações concretizadoras (do legislador, do juiz), enquanto as regras, são susceptíveis de aplicação direta.

c) *Caráter de fundamentalidade* no sistema das fontes de direito: os princípios são normas de natureza estruturante ou com um papel fundamental no ordenamento jurídico devido à sua posição hierárquica no sistema das fontes (ex.: princípios constitucionais) ou à sua importância estruturante dentro do sistema jurídico (ex.: princípio do Estado de Direito).

d) *Proximidade da ideia de direito*: os princípios são *<standards>* juridicamente relevantes radicados nas exigências de justiça (Dworkin) ou na ideia de direito (Larenz); as regras podem ser normas vinculativas com conteúdo meramente funcional.

e) *Natureza normogenética*: os princípios são fundamento de regras, isto é, são normas que estão na base ou constituem a *ratio de regras jurídicas*, desempenhando, por isso, uma função normogenética fundamental". (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003 p. 1160-1161).

21 ALEXY, Robert. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 90.

22 *Ibid.*, p. 91.

23 Robert Alexy exemplifica a hipótese com art. 5º, § 3º, 1, da Constituição alemã que proíbe intervenções estatais em atividades que façam parte do campo artístico. Segundo o doutrinador, "Se isso fosse compreendido como uma regra completa, estar-se-ia diante de um direito irrestringível, o que não pode ser correto, diante da existência de casos nos quais princípios colidentes têm preferência sobre o princípio da liberdade artística. [...] Caso se construa uma tal cláusula com base na fórmula desenvolvida pelo Tribunal Constitucional Federal no vol. 28 de seu repertório de jurisprudência, ter-se-ia uma norma com a seguinte forma: (3) "São proibidas intervenções estatais em atividades que façam parte do campo artístico se tais intervenções não forem necessárias para a satisfação de princípios colidentes que tenham hierarquia constitucional (que podem se referir a direitos fundamentais de terceiros ou a interesses coletivos), os quais, devido às circunstâncias do caso, têm primazia em face do princípio da liberdade artística". (*Ibid.*, p. 141-142).

24 *Ibid.*, p. 141.

na natureza dos princípios.²⁵

Por fim, Humberto Ávila entende que a proporcionalidade não é nem regra e nem princípio, mas é um postulado normativo estruturador de princípios²⁶. Segundo o doutrinador, postulados normativos são metanormas, situando-se “[...] num segundo grau, e estabelecem a estrutura de aplicação das outras normas, princípios ou regras”.²⁷

Em virtude de, na grande maioria dos livros especializados na matéria, utilizar-se da proporcionalidade como um princípio, na presente obra será empregado o referido termo, sem deixar, no entanto, de mencionar a proporcionalidade como máxima, quando abordado o tema à luz da doutrina de Alexy.

4.4 APLICABILIDADE DA PROPORCIONALIDADE COMO CRITÉRIO RACIONAL DE RESOLUTIVIDADE DE CONFLITOS NO ÂMBITO JUDICIAL

Comentando sobre a aplicação do princípio da proporcionalidade, aponta Paulo Bonavides ser ele um dos mais proveitosos instrumentos de interpretação “[...] toda vez que ocorre antagonismo entre direitos fundamentais e se busca desde aí solução conciliatória, para qual o princípio é indubitavelmente apropriado”.²⁸

Também é a posição de André Ramos Tavares, pelo qual o princípio da proporcionalidade serve como um importante instrumento de interpretação judicial.²⁹ São as justificativas do doutrinador:

Esse posicionamento encontra guarida nas concepções contemporâneas do Direito, que o qualificam como um sistema aberto de normas. Diante da complexidade das relações sociais de nosso tempo, não há como descer a concretude da vida social para apreendê-la em sua totalidade.³⁰

Segundo Luís Roberto Barroso há três tipos de colisões entre normas constitucionais, as quais devem ser aplicadas a ponderação³¹ como resolução das antinomias, sendo elas: colisões entre princípios constitucionais, colisões entre direitos fundamentais e colisões entre direitos fundamentais e outros valores e interesses constitucionais.³² Explica o aludido doutrinador, que a colisão entre direitos fundamentais, não deixa de ser uma particularização

25 Haveria, assim, uma conexão entre os princípios e a máxima da proporcionalidade. Segundo Alexy: “Essa conexão não poderia ser mais estreita: a natureza dos princípios implica a máxima da proporcionalidade, e essa implica aquela. Afirmar que a natureza dos princípios implica a máxima da proporcionalidade significa que a proporcionalidade, com suas três máximas parciais da adequação, da necessidade (mandamento do meio menos gravoso) e da proporcionalidade em sentido estrito (mandamento do sopesamento propriamente dito), decorre logicamente da natureza dos princípios, ou seja, que a proporcionalidade é dedutível dessa natureza”. (*Ibid.*, p. 116-117).

26 ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4. ed. rev. 3. triagem. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 113.

27 *Ibid.*, p. 88.

28 BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 29. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 435.

29 TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 770.

30 TAVARES, *loc cit.*

31 Ressalta-se que a ponderação integra o princípio da proporcionalidade, em seu subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito, conforme será visto no tópico seguinte.

32 BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 365.

dos conflitos entre princípios.³³ Isso, pois, “[...] em rigor, a estrutura normativa e o modo de aplicação dos direitos fundamentais se equiparam aos princípios”.³⁴

Sendo assim, para as três modalidades de colisão são características comum:

[...] (i) a insuficiência dos critérios tradicionais de solução de conflitos para resolvê-los, (ii) a inadequação do método subsuntivo para a formulação da norma concreta que irá decidir a controvérsia e (iii) a necessidade de ponderação³⁵ para encontrar o resultado constitucionalmente adequado.³⁶

Em sentido próximo, ensinam os doutrinadores Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins que alguns doutrinadores entendem que a proporcionalidade aplica-se quando não é possível a aplicabilidade dos critérios clássicos para a resolução de antinomias. São as palavras dos doutrinadores:

[...] o recurso à proporcionalidade se impõe como meio normativo para resolver conflitos que surgem na aplicação das normas constitucionais de maneira subsidiária. Isso ocorre quando houver aparente impossibilidade de aplicar os critérios clássicos de solução de antinomias (superioridade, posterioridade, especialidade).³⁷

Sendo assim, para alguns, o princípio da proporcionalidade aplica-se quando não é possível a aplicabilidade dos critérios clássicos para a resolução de antinomias. Outrossim, deve-se ressaltar, também, que o princípio da proporcionalidade tem aplicação, *in concreto*, conforme o excerto doutrinário de Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins:

A aplicação do critério da proporcionalidade constitui uma ponderação *lato sensu* (*abwägung im weiteren Sinne*), pois se trata do estabelecimento da relação entre duas grandezas. A análise desse relacionamento **não implica**, no entanto, uma **ponderação abstrata entre bens jurídicos**. A **ponderação é meramente fática**, ocorrendo, como veremos, entre fins e meios juridicamente possíveis.³⁸

Nesse mesmo sentido, é a doutrina de Robert Alexy que afirma ser a precedência de um princípio em relação a outro condicionado. Isso, pois, não há um princípio que, abstratamente, seja superior ao outro, mas, em razão das circunstâncias do caso concreto, um princípio terá precedência sobre o outro, conforme o seu peso.³⁹

Para aqueles que seguem a corrente doutrinária capitaneada por Robert Alexy, a aplicação judicial da proporcionalidade se opera de maneira distinta. Isso, pois, apenas em colisão entre princípios válidos é que a máxima da proporcionalidade se opera.⁴⁰

Sendo assim, em eventual conflito entre princípios, um deles deverá de ceder, pois, devido às circunstâncias *in concreto*, um deles terá precedência condicionada sobre o

33 BARROSO, *loc cit.*

34 BARROSO, *loc cit.*

35 Para o doutrinador, a ponderação tem por fim condutor o princípio da proporcionalidade. (*Ibid.*, p. 362).

36 *Ibid.*, p. 359.

37 DIMOULIS, Dimitri.; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2014, p. 190.

38 *Ibid.*, p. 196, grifou-se.

39 ALEXY, Robert. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 96-99.

40 A distinção entre regras e princípios foi feita em tópico *supra* 4.2.

outro em razão da atribuição de pesos.⁴¹

Já em eventual conflito entre regras, o critério apontado para sua resolução é a introdução, em uma delas, da cláusula de exceção,⁴² ou, caso contrário, se uma delas for declarada inválida.⁴³ Para a declaração de sua invalidade, deve o órgão judicial se valer das regras da *lex posterior derogat legi priori e lex specialis derogat legi generali*.⁴⁴

Resumindo a distinção, nas palavras de Robert Alexy:

[...] conflitos entre regras ocorrem na dimensão da validade, enquanto as colisões entre princípios - visto que só princípios válidos podem colidir - ocorrem, para além dessa dimensão, na dimensão do peso.⁴⁵

Sendo assim, para os que são adeptos da corrente que prega ser a proporcionalidade fundamentada nos princípios, é necessário, classificar, para fins da presente obra, a norma de vedação às provas ilícitas no processo, em uma das espécies normativas, a fim de se admitir a incidência da proporcionalidade.

Finalmente, destaca-se o escólio doutrinário de Luís Roberto Barroso que identifica a funcionalidade do princípio da proporcionalidade e sua aplicabilidade pelo juiz, sendo

[...] um valioso instrumento de proteção dos direitos fundamentais e do interesse público, por permitir o controle de discricionariedade dos atos do Poder Público [...]. O princípio pode operar, também, no sentido de permitir que o juiz gradue o peso da norma, em determinada incidência, de modo a não permitir que ela produza um resultado indesejado pelo sistema, fazendo assim a justiça no caso concreto.⁴⁶

A ideia exposta de que o princípio da proporcionalidade é um instrumento de interpretação judicial que se aplica quando há colisões entre direitos fundamentais, aplica-se, segundo a doutrina, aos conflitos envolvendo direitos fundamentais e a atividade probatória ilícita, conforme será exposto.

4.5 OS SUBPRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE

Em tom didático, a doutrina costuma identificar três subprincípios da proporcionalidade: necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito.⁴⁷

Robert Alexy, referindo-se às máximas parciais da proporcionalidade, ensina

41 ALEXY, *op cit.*, p. 93-94.

42 Sobre a cláusula de exceção, Robert Alexy, assim exemplifica: "Um exemplo para um conflito entre regras que pode ser resolvido por meio da introdução de uma cláusula de exceção é aquele entre a proibição de sair da sala de aula antes que o sinal toque e o dever de deixar a sala se soar o alarme de incêndio. Se o sinal ainda não tiver sido tocado, mas o alarme de incêndio tiver soado, essas regras conduzem a juízos concretos de dever-ser contraditórios entre si. Esse conflito deve ser solucionado por meio da inclusão, na primeira regra, de uma cláusula de exceção para o caso do alarme de incêndio." (*Ibid.*, p. 92).

43 ALEXY, Robert. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 92.

44 *Ibid.*, p. 93.

45 *Ibid.*, p. 94.

46 BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 329.

47 LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de direito processual penal**: volume único. 4. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 88.

que a máxima da adequação e da necessidade decorre da natureza dos princípios como mandamentos de otimização em face das possibilidades fáticas e a máxima da proporcionalidade em sentido estrito decorre do fato de princípios ser mandamentos de otimização em face das possibilidades jurídicas.⁴⁸

Sendo assim, após o exame das circunstâncias fáticas que envolvem a aplicação da máxima da adequação e da necessidade, utilizando-se dos meios menos gravosos que afetem direitos fundamentais, deve-se avaliar as possibilidades jurídicas, sopesando as normas em colisão, ganhando ênfase o exame da máxima da proporcionalidade em sentido estrito.⁴⁹

Explicando cada um dos subprincípios, Gilmar Ferreira Mendes esclarece que “O subprincípio da adequação (*geeignetheit*) exige que as medidas intervencionistas adotadas se mostrem aptas a atingir os objetivos pretendidos”⁵⁰ e, em seguida, prossegue o autor “O subprincípio da necessidade (*Notwendigkeit oder Erforderlichkeit*) significa que nenhum meio menos gravoso para o indivíduo revelar-se-ia igualmente eficaz na consecução dos objetivos pretendidos.”⁵¹ Por fim, ressalta o autor comentando sobre a proporcionalidade em sentido estrito que

[...] um juízo definitivo sobre a proporcionalidade da medida há de resultar da rigorosa ponderação e do possível equilíbrio entre o significado da intervenção para o atingido e os objetivos perseguidos.⁵²

Fazendo alusão aos três subprincípios da proporcionalidade, ressalta César Dário Mariano da Silva:

O princípio da proporcionalidade desdobra-se em três subprincípios: o da necessidade ou exigibilidade, o da adequação e o da proporcionalidade em sentido estrito. O meio a ser empregado será necessário quando não houver outro menos lesivo a direitos fundamentais. Será adequado quando com seu auxílio é possível a obtenção do resultado almejado. Por fim, com a ponderação dos valores em confronto e havendo adequação e exigibilidade dos meios a serem empregados, será possível o sacrifício de um direito ou garantia constitucional em prol de outro de igual ou superior valia.⁵³

Segundo Roberta Pereira Negrão Costa o exame dos três subprincípios da proporcionalidade “Trata-se de um método racional que estrutura o procedimento de verificação de qual norma constitucional deve prevalecer e em que medida, no caso concreto”.⁵⁴

48 ALEXY, Robert. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 118.

49 *Ibid.*, p. 119-120.

50 BRANCO, Paulo Gustavo Gonet.; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 225.

51 BRANCO; MENDES, *loc cit.*

52 BRANCO, Paulo Gustavo Gonet.; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 225.

53 SILVA, César Dario Mariano da. Provas ilícitas e o princípio da proporcionalidade. **Jornal Carta Forense**, São Paulo, 10 nov. 2010. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/provas-ilicitas-e-o-princípio-da-proporcionalidade/6191>>. Acesso em: 15 jul. 2023.

54 COSTA, Roberta Pereira Negrão. **PROPORCIONALIDADE. UMA CLARIFICAÇÃO DO CONCEITO**. Disponível em:

Tratando especificamente sobre a ponderação, Paulo Gustavo Gonçalves Branco, citando Robert Alexy, ressalta a importância dos fundamentos que justificaram a intervenção em um dado direito fundamental, ressaltando que a proporcionalidade em sentido estrito

[...] realiza-se em três planos: No primeiro, há de se definir a intensidade da intervenção. No segundo, trata-se de saber a importância dos fundamentos justificadores da intervenção. No terceiro plano, então, se realiza a ponderação em sentido específico e estrito. Alexy enfatiza que o postulado da proporcionalidade em sentido estrito pode ser formulado como uma 'lei de ponderação' segundo o qual 'quanto mais intensa se revelar a intervenção em um dado direito fundamental, mais significativos ou relevantes hão de ser os fundamentos justificadores dessa intervenção'.⁵⁵

Segundo Robert Alexy, a lei da ponderação se expressa na seguinte fórmula: "Quanto maior for o grau de não-satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro".⁵⁶

Conforme será visto, o princípio da proporcionalidade em sentido estrito, utilizado como técnica de ponderação, é constantemente explorado pelos manuais de processo penal e constitucional, a fim de justificar a admissão das provas ilícitas no processo penal.⁵⁷

Segundo a doutrina de Luís Roberto Barroso a técnica visa "[...] produzir uma solução dotada de racionalidade e de controlabilidade diante de normas que entrem em rota de colisão".⁵⁸ Comparando a técnica da ponderação de normas com a pintura da arte moderna, Luís Roberto Barroso enfatiza:

A ponderação é uma pintura moderna, com inúmeras cores sobrepostas, algumas se destacando mais do que outras, mas formando uma unidade estética. Ah, sim: a ponderação malfeita pode ser tão ruim quanto algumas pinturas da arte moderna.⁵⁹

E, mais à frente, prossegue o doutrinador ensinando que ela consiste em "[...] uma técnica de decisão jurídica aplicável aos casos difíceis, em relação aos quais a subsunção se mostrou insuficiente".⁶⁰

Ainda sobre o princípio da proporcionalidade em sentido estrito, Luís Roberto Barroso elenca três etapas para a sua aplicação.

Segundo o doutrinador, na primeira etapa deve o intérprete detectar no ordenamento jurídico as normas aplicáveis ao caso e identificar eventuais conflitos. Em seguida, na segunda etapa, cabe ao intérprete examinar os fatos, com as suas circunstâncias, identificando sua interação com as normas aplicáveis. Segundo o doutrinador, "[...] é no

<www.agu.gov.br/page/download/index/id/1437974>. Acesso em: 31 ago. 2023.

55 BRANCO, Paulo Gustavo Gonçalves.; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 239.

56 ALEXY, Robert. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 593.

57 Vide tópicos 5.2 e 5.3.

58 BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 361.

59 BARROSO, *loc cit.*

60 BARROSO, *loc cit.*

momento em que entram em contato com as situações concretas que seu conteúdo se preencherá de real sentido.”⁶¹ Após, na terceira etapa que a ponderação irá singularizar-se, sopesando as normas em conflito, analisando, por conseguinte, qual grupo de normas deve prevalecer e o grau de intensidade da solução escolhida.⁶²

Todavia, faz-se um alerta em relação à técnica da ponderação, pois, envolve avaliações de caráter subjetivo que poderão variar de acordo com as circunstâncias pessoais do intérprete.⁶³ Em razão disso, a doutrina passou a desenvolver alguns vetores interpretativos para uma solução de maior legitimidade e racionalidade.⁶⁴ Segundo Luís Roberto Barroso o julgador deve:

- a) reconduzi-las sempre ao sistema jurídico, a uma norma constitucional ou legal que lhe sirva de fundamento: a legitimidade das decisões judiciais decorre sempre de sua vinculação a uma decisão majoritária, seja do constituinte, seja do legislador;
- b) utilizar-se de um parâmetro que possa ser generalizado aos casos equiparáveis, que tenha pretensão de universalidade: decisões judiciais não devem ser casuísticas nem voluntaristas;
- c) produzir, na sua intensidade possível, a concordância prática dos enunciados em disputa, preservando o núcleo essencial dos direitos.⁶⁵

O último passo interpretativo merece um comentário a mais. Segundo a doutrina, deve-se buscar a máxima concordância prática entre os direitos fundamentais em conflito, devendo o intérprete fazer concessões recíprocas entre os valores contrapostos e, somente na hipótese de impossibilidade de compatibilização, deverá o intérprete, determinar, *in concreto*, o direito que há de prevalecer.⁶⁶

Do exposto, conclui-se que após o exame dos subprincípios da adequação e da necessidade, o julgador deve utilizar da técnica da ponderação das normas em confronto, avaliando qual delas deve prevalecer, ou seja, qual possui o maior peso, *in concreto*.

Nesse sentido, esclarecem Dimoulis Dimitri e Leonardo Martins que:

A grande maioria dos doutrinadores e muitos tribunais constitucionais consideram que, após o exame da adequação e da necessidade de uma intervenção, o julgador deve realizar uma ponderação direta dos direitos que se encontram em conflito, avaliando qual possui o maior “peso” no caso concreto e, por essa razão, deve prevalecer.⁶⁷

Anote-se, desde logo, que na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal quando da aplicação da proporcionalidade, não há avaliação da adequação e da necessidade,

61 BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 362.

62 *Ibid.*, p. 361-362.

63 *Ibid.*, p. 363.

64 *Ibid.*, p. 364.

65 BARROSO, *loc cit*.

66 BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 365.

67 DIMOULIS, Dimitri.; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2014, p. 218.

para, após, proceder-se ao exame da proporcionalidade em sentido estrito, conforme aponta Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins:

O mesmo ocorre no Brasil, onde não conhecemos decisão do STF que tenha afirmado a adequação e a necessidade de uma intervenção para, em seguida, declarar sua inconstitucionalidade com base na ponderação em sentido estrito.⁶⁸

Nesse sentido, anotam os aludidos doutrinadores que no âmbito do Supremo Tribunal Federal a proporcionalidade se diluiu em uma visão geral da ponderação.⁶⁹

4.6 CRÍTICAS À PROPORCIONALIDADE

Apesar de ser aceita por grande parte da doutrina, insta salientar que a proporcionalidade não é imune à críticas.

Nesse sentido, apontam Dalvaney Aparecida de Araújo e Junior Cesar Dorotel que a aplicação do referido princípio poderia autorizar uma redução substancial das liberdades públicas:

[...] o conteúdo fluído de tal princípio autoriza uma extensão incontrolável, conduzindo uma redução substancial das liberdades públicas, colidindo com princípios basilares da organização e funcionamento do Estado de Direito, o que só seria possível em nome duma compreensão do direito extremamente voltada para as consequências e, por isso, indiferente à legitimação material e à margem de todo o lastro ético-axiológico [...].⁷⁰

Nesse mesmo sentido, destacando sobre o perigo de admissão do princípio, é a doutrina de Aury Lopes Júnior:

O perigoso dessa teoria é imenso, na medida em que o próprio conceito de *proporcionalidade* é constantemente manipulado e serve a qualquer senhor [...]. É um imenso perigo (grave retrocesso) lançar mão desse tipo de conceito jurídico indeterminado e, portanto, manipulável, para impor restrição de direitos fundamentais.⁷¹

Não obstante, apesar de a crítica doutrinária endereçada por Aury Lopes Júnior, o referido doutrinador admite, conforme será visto,⁷² a utilização das provas ilícitas *pro reo*, em nome do princípio da proporcionalidade.

Lenio Streck também critica o princípio da proporcionalidade, pois, para ele, seu âmbito de aplicação comporta qualquer coisa.⁷³

68 *Ibid.*, p. 219.

69 *Ibid.*, p. 187.

70 ARAÚJO, Dalvaney Aparecida de.; DOROTEL, Junior Cesar. (In)Admissibilidade provas ilícitas no processo penal: um estudo sob a ótica do princípio da proporcionalidade. *Revista de Criminologias e Políticas Criminais*, Curitiba, v. 2, n. 1, p. 16-35, Jul./Dez. 2016, p. 32. Disponível em: <www.indexlaw.org/index.php/revistacpc/article/download/1449/pdf>. Acesso em: 16 jul. 2023.

71 LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 611.

72 *Vide* tópico 5.2.

73 Paulo Buechele citado por André Ramos Tavares, combate essa crítica aduzindo que: “Críticas como essas, entretanto, parecem não se dar conta de que a indeterminação de conteúdo, tão combatida, é exatamente um dos traços caracterizadores da norma constitucional, a qual, para sua concretização depende sempre da atuação criadora (e criativa) do intérprete, de atribuir sentido a ela em cada caso específico”. (BUECHELE, Paulo *apud* TAVARES, André Ramos.

Os “princípios” da razoabilidade e da proporcionalidade não constituem bons argumentos. Nem um pouquinho. Neles também cabe qualquer coisa. O que é razoável? E o que (des)proporcional? É razoável Michel Teló vender mais discos que Vanessa da Matta? É razoável o Código Penal impedir pena aquém do mínimo em um caso de réu menor e primário, quando comete crime em companhia de um maior e reincidente? [...].⁷⁴

Ademais, não se pode deixar de mencionar a crítica formulada por Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins que, em virtude da incerteza e imprecisões do fundamento da proporcionalidade, vislumbra-se um risco para a segurança jurídica, em razão de seu caráter aberto.⁷⁵

Entretanto, apesar das críticas formuladas pela doutrina, argumenta Paulo Bonavides que:

[...] apesar de sua extraordinária penetração em todos os domínios do Direito, tem sido alvo de pesada críticas; algumas descabidas, outras dignas de reflexão, mas todas impotentes para embargar a difusão, o uso, bem como o prestígio do novo princípio, sobretudo no campo do Direito Constitucional [...].⁷⁶

Entrementes, é de se registrar que a aplicação da proporcionalidade para a resolução de controvérsias jurídicas é largamente aceita no Direito Pátrio.

Curso de direito constitucional. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 771).

74 STRECK, Lênio Luiz. Senso Incomum. Ministros do STJ não devem se aborrecer com a lei. **Consultor Jurídico - Conjur**, São Paulo, 07 jun. 2012. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2012-jun-07/senso-incomum-nao-aborreca-lei-ministra-nancy-andrighi>>. Acesso em: 22 ago. 2023.

75 DIMOULIS, Dimitri.; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2014, p. 185.

76 BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 29. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 438.

A PROPORCIONALIDADE E A VEDAÇÃO ÀS PROVAS ILÍCITAS NO PROCESSO PENAL

5.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Conforme destacado no tópico 2.4, segundo a doutrina, a norma de vedação às provas ilícitas prevista no art. 5º, inciso LVI,¹ da Constituição Federal, além de ser uma garantia fundamental, integra o conceito amplo de um princípio, qual seja, do devido processo legal.

Com base nisso, parte da doutrina admite a incidência do princípio da proporcionalidade sobre o princípio do devido processo legal. Nesse sentido, discorre Gilmar Ferreira Mendes:

É provável que a garantia do devido processo legal configure uma das mais amplas e relevantes garantias do direito constitucional, se considerarmos a sua aplicação nas relações de caráter processual e nas relações de caráter material (**princípio da proporcionalidade/direito substantivo**).²

Não se pode olvidar que o âmbito de proteção da garantia de inadmissibilidade das provas ilícitas está em estreita conexão com os outros direitos fundamentais,³ podendo entrar em rota de colisão com eles, assumindo, por conseguinte, relevo ímpar a aplicação do princípio da proporcionalidade, conforme aponta Gilmar Ferreira Mendes:

A discussão sobre as provas, no campo do direito material, pode receber inúmeros subsídios do direito constitucional, especialmente dos direitos fundamentais. [...] Assume relevo ímpar, nesse contexto, a aplicação do princípio da proporcionalidade, pelo menos como regra de ponderação para superação de eventuais colisões concretas entre interesses constitucionalmente previstos⁴

Nesse mesmo sentido, destacando sobre a técnica da ponderação em tema de provas ilícitas, mas ressaltando a sua utilização em caráter excepcional, é a lição de Marco Antônio de Barros:

Por força da aplicação do princípio da ponderação de interesses, sempre em caráter excepcional e em casos extremamente graves, aceita-se a produção de prova ilícita no processo como fundamento do equilíbrio entre os valores contrastantes que não se encontram explicitados em lei.⁵

Outrossim, nesse mesmo sentido, argumenta André Ramos Tavares: “Verificada a ilicitude da prova ou dos meios empregados para obtê-la, realiza-se um sopesamento de

1 Art. 5º [...]. LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos.

2 BRANCO, Paulo Gustavo Gonet.; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 565, grifou-se.

3 *Ibid.*, p. 567.

4 BRANCO; MENDES, *loc cit.*

5 BARROS, Marco Antônio de. **A busca da verdade no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 273.

valores, por força da aplicação do critério da proporcionalidade.”⁶

Por fim, afirmando que a doutrina admite a aplicabilidade do princípio da proporcionalidade em relação a admissibilidade das provas ilícitas no processo, Denilson Feitoza é peremptório ao dizer que: “A doutrina brasileira se tem posicionado pela admissibilidade de provas ilícitas na hipótese de aplicação do princípio da proporcionalidade”.⁷

Acompanhando a posição doutrinária ora exposta, a jurisprudência do Tribunal da Cidadania, já teve a oportunidade de se manifestar pela aplicação do princípio da proporcionalidade, conforme se verifica da parte da decisão ora colacionada:

A inviolabilidade dos sigilos é, portanto, a regra e a quebra, a exceção; como tal se deve observar que a fundamentação para a quebra dos sigilos seja de modo que encontre apoio no **princípio da proporcionalidade**, sob pena de serem consideradas ilícitas as provas obtidas dessa violação. Desse modo, a par da regra da liberdade dos meios de prova, excetua-se a utilização daquelas obtidas por meios ilegais, conforme dispõe o art. 5º, LVI, da CF/1988, inserindo-se, nesse contexto, as oriundas da quebra de sigilo sem autorização judicial devidamente motivada. Entretanto, no caso em foco, entendeu o Min. Relator haver peculiaridade que afasta, por completo, a proteção à violação de sigilo bancário que é reivindicada, isto é, tratou-se toda a operação bancária de um golpe efetivado por meio de um engodo.⁸

Conforme visto em tópico 4.2, segundo a doutrina de Robert Alexy, a máxima da proporcionalidade decorre da natureza dos princípios como mandamento de otimização, estabelecendo-se, por conseguinte, a distinção entre regras e princípios.

Sendo assim, para se admitir a incidência da proporcionalidade sobre a norma de vedação, imprescindível se faz classificar à norma de vedação às provas ilícitas, em uma das categorias normativas.

Segundo Sílvia Leme Corrêa, a norma de vedação às provas ilícitas, trata-se de uma regra, não admitindo-se, portanto, a incidência da proporcionalidade:

A norma constante do inciso LIV do artigo 5º da Constituição Federal, ao prescrever que “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”, traduz uma razão definitiva, subsumindo-se ao conceito de regra. Não traz conceitos abstratos e indeterminados, que demandam maior esforço argumentativo e interpretativo, de forma que sua aplicação pode dar-se no âmbito técnico e burocrático; seu grau de generalidade é relativamente baixo: o preceito traduz-se em razão definitiva, que deve ser cumprido ou não, uma vez que traz consigo uma determinação de cumprimento fático e juridicamente possível.⁹

6 TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 755.

7 FEITOZA, Denilson. **Direito processual penal**: teoria, crítica e práxis. 7. ed. rev. ampl. e atual. de acordo com as leis 11.983/2009, 12.015/2009, 12.039/2009 e 12.037/2009. Rio de Janeiro: Impetus, 2010, p. 729.

8 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 52.995-AL**. Rel. Min. Og Fernandes, Brasília, DF, 16 set. 2010, grifou-se. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=200600116081.REG>>. Acesso em: 01 jul. 2023.

9 CORRÊA, Sílvia Leme. **A PROVA PROCESSUAL PENAL ILÍCITA E A TEORIA DA PROPORCIONALIDADE**. 2006, 149 f. Dissertação (Mestrado em Direito, Setor de Ciências Jurídicas e Sociais) - Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2006, n.p. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp009453.pdf>>. Acesso em: 30 ago. 2023.

Em sentido diverso, aponta Thiago André Pierobom de Ávila que

Ainda que a redação do dispositivo pareça apontar para sua configuração para uma regra (por estabelecer uma norma para o caso concreto), por trás da regra há um princípio, que justifica a criação da regra. Portanto, trata-se de um mandamento de otimização: uma disposição que é ponto de partida para a hermenêutica, mas não é absoluta, que aponta uma caminho a ser seguido como regra geral, mas que já de antemão comporta temperamentos inerentes ao convívio com os diversos princípios constitucionais [...].¹⁰

Esse argumento é reforçado com a própria ideia, já exposta, de Robert Alexy, que ensina haver normas de direitos fundamentais que possuem um duplo caráter: são regras e princípios. Isso acontece, segundo o doutrinador, quando ambos os níveis sejam reunidos na norma fundamental,¹¹ sendo que “tal vinculação de ambos os níveis surge quando na formulação da norma constitucional é incluída uma cláusula restritiva com a estrutura de princípio, que, por isso, está sujeita a sopesamentos”.¹²

Robert Alexy exemplifica a hipótese com a norma que prevê ser proibida intervenções estatais em atividades que façam parte do campo artístico¹³ e arremata:

Se isso fosse compreendido como uma regra completa, estar-se-ia diante de um direito irrestringível, o que não pode ser correto, diante da existência de casos nos quais princípios colidentes tem precedência sobre o princípio.¹⁴

Admitida a aplicação do princípio da proporcionalidade sobre a norma de vedação às provas ilícitas, para fins didáticos, procura-se separar a aplicação do aludido princípio no processo penal, quando o beneficiário for o réu e quando é utilizado em seu prejuízo. Justifica-se a divisão, pois, a aplicação do aludido princípio, é controvertida, em âmbito nacional, a depender do referencial de aplicação, conforme poderá ser observado a seguir.

5.2 APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E AS PROVAS ILÍCITAS PRO REO

Diferente do que ocorre da mitigação das provas ilícitas em benefício da acusação em que há extrema divergência, a doutrina e a jurisprudência nacional inclinam-se pela aplicação do princípio da proporcionalidade em tema de provas ilícitas quando o beneficiário é o réu. Nesse sentido, ensina Renato Brasileiro de Lima: “A rigor, doutrina e jurisprudência têm admitido a possibilidade de utilização no processo quando ela for produzida em benefício do acusado. E isso por conta do princípio da proporcionalidade.”¹⁵

10 ÁVILA, Thiago André Piraboran. **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 na área de Direito, Estado e Constituição) - Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, Brasília, 2006, p. 109-110. Disponível em: <<http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/3103/1/Disserta%C3%A7%C3%A3o%20%20THIAGO%20ANDR%C3%89%20PIEROBOM%20DE%20%C3%81VILA-%20Provas%20Il%C3%ADcitas.pdf>>. Acesso em: 30 ago. 2023.

11 ALEXY, Robert. **Teoria geral dos direitos fundamentais.** Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 141.

12 ALEXY, *loc cit.*

13 *Ibid.*, p. 142.

14 ALEXY, *loc cit.*

15 LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de direito processual penal:** volume único. 4. ed. rev. ampl. e atual. Salvador:

Também é o ensinamento de Ada Pellegrini Grinover, Antônio Magalhães Gomes Filho e Antônio Scarance que, assim, esclarecem:

Aliás, não deixa de ser, em última análise, manifestação do princípio da proporcionalidade a posição praticamente unânime que reconhece a possibilidade de utilização, no processo penal, da prova favorável ao acusado, ainda que com infringência a direitos fundamentais seus ou de terceiros.¹⁶

No âmbito do direito constitucional, enfatizando o direito fundamental à ampla defesa, destaca Gilmar Ferreira Mendes:

Quando a prova obtida ilicitamente for indispensável para o exercício do direito fundamental à ampla defesa pelo acusado, de modo a provar a sua inocência, não há por que se negar a sua produção no processo.¹⁷

Entretanto, apesar do entendimento pela admissibilidade das provas ilícitas *pro reo*, os argumentos invocados para sua admissão no processo são diversos.

Alguns invocam o argumento de que o direito de defesa e o princípio da ampla defesa devem preponderar no confronto com o direito de punir.¹⁸ Ganha ênfase, assim, o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito como técnica de ponderação, conforme explica Gilmar Ferreira Mendes:

Assume relevo ímpar, nesse contexto, a aplicação do princípio da proporcionalidade, pelo menos como regra da ponderação para a superação de eventuais colisões concretas entre interesses constitucionalmente previstos.¹⁹

Nesse contexto, é através da técnica da ponderação que se estabelece a prevalência de um valor ou direito em detrimento do outro.

Sopesando o peso da norma da inadmissibilidade das provas ilícitas e o princípio da ampla defesa, argumenta Gilmar Ferreira Mendes:

Na solução dos casos concretos, há de se ficar atento, portanto, para a ponderação entre ambas as garantias constitucionais. A regra da inadmissibilidade de provas ilícitas não deve preponderar quando possa suprimir o exercício da ampla defesa pelo acusado [...].²⁰

No mesmo sentido, é a posição de Fernando Capez que, no entanto, utiliza como técnica de peso a norma de vedação às provas ilícitas e a liberdade do réu. É o seu ensinamento:

No dilema entre não se admitir a prova ilícita e privar alguém de sua liberdade injustamente, por certo o sistema se harmonizaria no sentido de excepcionar a vedação da prova, para permitir a absolvição.²¹

Juspodivm, 2016, p. 630.

16 GRINOVER, Ada Pellegrini.; FERNANDES, Antônio Scarance.; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **As Nulidades no Processo Penal**. 9. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 153.

17 BRANCO, Paulo Gustavo Gonet.; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 568.

18 LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de direito processual penal**: volume único. 4. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 630.

19 BRANCO, Paulo Gustavo Gonet.; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 567.

20 *Ibid.*, p. 568.

21 CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 374.

Na mesma linha da técnica de sopesamento entre os bens jurídicos, é a doutrina de Vicente Greco Filho:

Assim, continuará a ser necessário o confronto ou peso entre os bens jurídicos, desde que constitucionalmente garantidos, a fim de se admitir ou não, a prova obtida por meio ilícito. Veja-se, por exemplo, a hipótese de uma prova decisiva para a absolvição obtida por meio ilícito de menor monta. Prevalece o princípio da liberdade da pessoa, logo a prova produzida e apreciada [...].²²

Em consulta ao acervo jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, constata-se a decisão prolatada na Reclamação n.º 257, em que o tribunal ponderando os direitos fundamentais, deferiu a realização de exame de DNA, mesmo sem o consentimento da gestante que supostamente foi vítima de estupro nas dependências da Polícia Federal. *In casu*, prevaleceu o direito à honra e à imagem dos policiais em relação aos direitos da intimidade e da vida privada da gestante. Nesse sentido é a conclusão do julgamento:

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 dos 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 da verdade 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 indeferiu a realização do exame de DNA [...].²³

O doutrinador Aury Lopes Júnior, apesar de fazer severas críticas ao princípio da proporcionalidade conforme exposto em tópico *supra*,²⁴ seguindo a mesma linha dessa corrente doutrinária ora comentada, admite sua utilização no processo quando em benefício do réu. São as palavras do doutrinador:

Nesse caso, a prova ilícita poderia ser admitida e valorada apenas quando se revelasse a favor do réu. Trata-se da proporcionalidade *pro reo*, em que a ponderação entre o direito de liberdade de um inocente prevalece sobre um eventual direito sacrificado na obtenção da prova (dessa inocência).²⁵

Outros doutrinadores invocam que a admissibilidade das provas ilícitas em favor do réu é fator excludente de antijuridicidade. Nesse sentido, é a posição de Eugênio Pacelli de Oliveira:

22 GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal*. 8. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 189.

23 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Informativo n. 257, Reclamação n.º 2.040-DF**. Rel. Min. Néri da Silveira, Brasília, DF, 21 fev. 2002. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo257.htm>>. Acesso em: 28 jun. 2017.

24 Vide tópico 5.3.

25 LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 612.

Aliás, o aproveitamento da prova ilícita em favor da defesa, além das observações anteriores, constitui-se em critério objetivo de proporcionalidade dado que [...] a violação de direitos na busca da prova da inocência poderá ser levada à conta do *estado de necessidade*, excludente geral da ilicitude (não só penal!).²⁶

Ada Pellegrini Grinover, Antonio Scarance Fernandes e Antonio Magalhães Filho, estatuem que “Quando a prova, aparentemente ilícita, foi colhida pelo próprio acusado, tem-se entendido que a ilicitude é eliminada por causas legais, como a legítima defesa, que exclui a antijuridicidade.”²⁷

Fazendo coro com a doutrina ora exposta, Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar, dissidentam que “[...] a prova, aparentemente ilícita, deve ser reputada como válida, quando a conduta do agente na sua captação está amparada pelo direito (excludentes de ilicitude)”.²⁸

Também é a posição de Dalvaney Aparecida de Araújo e Junior César Dorotel, que assim, aduzem:

Muito embora uma parte da doutrina entenda que, por meio da teoria da proporcionalidade, esses direitos fundamentais da pessoa humana podem ser relativizados como forma de se solucionar conflitos entre bens jurídicos igualmente relevantes, há que se evidenciar que a aplicação desta teoria somente seria possível naqueles casos extraordinários em que a rigidez da norma de exclusão levaria a resultados desproporcionais e inusitados. Dessa forma, a prova ilícita somente seria aceita mediante a aplicação da teoria da proporcionalidade em benefício do réu, uma vez que a ilicitude de sua conduta é afastada pelas causas de justificação.²⁹

Há várias decisões dos tribunais superiores que seguem essa linha de pensar, conforme pode-se extrair do julgado antigo do Supremo Tribunal Federal, fazendo alusão a admissibilidade da prova ilícita, quando no exercício da legítima defesa:

EMENTA: “Habeas corpus”. Utilização de gravação de conversa telefônica feita por terceiro com a autorização de um dos interlocutores sem o conhecimento do outro quando há, para essa utilização, excludente da antijuridicidade.- Afastada a ilicitude de tal conduta - a de, por legítima defesa, fazer gravar e divulgar conversa telefônica ainda que não haja o conhecimento do terceiro que está praticando crime -, é ela, por via de consequência, ilícita e, também consequentemente, essa gravação não pode ser tida como prova ilícita, para invocar - se o artigo 5º, LVI, da Constituição com fundamento em que houve violação da intimidade (art. 5º, X, da Carta Magna). “Habeas corpus” indeferido.³⁰

26 OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 20. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016, p. 318.

27 GRINOVER, Ada Pellegrini.; FERNANDES, Antônio Scarance.; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **As Nulidades no Processo Penal**. 9. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 162.

28 TÁVORA, Nestor.; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de processo penal**. 11. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 634.

29 ARAÚJO, Dalvaney Aparecida de.; DOROTEL, Junior Cesar. (In)Admissibilidade provas ilícitas no processo penal: um estudo sob a ótica do princípio da proporcionalidade. **Revista de Criminologias e Políticas Criminais**, Curitiba, v. 2, n. 1, p. 16-35, Jul./Dez. 2016, p. 33 Disponível em: <www.indexlaw.org/index.php/revistacpc/article/download/1449/pdf>. Acesso em: 16 jul. 2023.

30 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 74678-SP**. Rel. Min. Moreira Alves, Brasília, DF, 10 jun. 1997. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/742275/habeas-corpus-hc-74678-sp>>. Acesso em: 03

Em recente julgado, o Superior Tribunal de Justiça reafirmou esse entendimento, conforme colaciona-se parte da decisão que admitiu a prova obtida por intermédio de gravação clandestina:

AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 311.804 - PE (2013/0098281-7) RELATOR : MINISTRO JORGE MUSSI AGRAVANTE: ALMI JOSÉ DE CARVALHO AGRAVANTE : CARLOS SAMUEL DE CARVALHO AGRAVANTE : CARLOS ROBERTO CORDEIRO DE ARAÚJO AGRAVANTE : SILVIO ALBERTO DE FARIAS REGO ADVOGADO : MARCO AURELIO SE SIQUEIRA FREIRE - PE018716 AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL DECISÃO Trata-se de agravo interposto por ALMI JOSÉ DE CARVALHO, CARLOS SAMUEL DE CARVALHO, CARLOS ROBERTO CORDEIRO DE ARAÚJO e por SÍLVIO ALBERTO DE FARIAS REGO contra a decisão que inadmitiu o recurso especial por eles manejado em face do acórdão proferido pela Quarta turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região. [...] No entanto, no caso dos autos, não há que se falar em violação a referido direito, uma vez que as gravações/ filmagens realizadas durante a investigação policial, com o intuito de averiguar denúncias de delito praticado por funcionários públicos, no exercício da função de Policiais Rodoviários Federais, foram realizadas em locais públicos, ora em rodovia federal, ora dentro do Posto da Polícia Rodoviária Federal. [...] Acrescente-se, ainda, quanto à legalidade da gravação feita [...], que a jurisprudência entende ser lícita gravação realizada pela vítima do delito [...].³¹

Não obstante, também há interpretação de admissibilidade das provas ilícitas em benefício do réu, pois a norma de vedação (art. 5º, inciso LVI,³² da Constituição Federal), é uma garantia do indivíduo, não podendo ser interpretada em seu desfavor. Nas palavras de Edilson Mougenot Bonfim: “[...] se a vedação quanto à proibição da prova ilícita nada mais é do que garantia do indivíduo, jamais poderia ser interpretada em seu desfavor”.³³

Além dos argumentos *supra*, Barbosa Moreira fundamenta a utilização das provas ilícitas no processo penal sob o enfoque do princípio da igualdade substancial.³⁴ Isso, pois, segundo o doutrinador

[...] é sempre mais cômoda a posição da acusação, porque os órgãos de repressão penal dispõe de maiores e melhores recursos que o réu. Em tal perspectiva, ao favorecer a atuação da defesa no campo probatório, não obstante posta em xeque a igualdade formal, se estará tratando de restabelecer entre as partes a igualdade substancial.³⁵

Destaca-se, desde logo, que o entendimento de Barbosa Moreira invocando o princípio da igualdade substancial, refletirá sobre o posicionamento do doutrinador a respeito da admissibilidade das provas ilícitas *pro societate*, conforme ainda será exposto.³⁶

Em consulta ao acervo da jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do

jul. 2023.

31 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo em Recurso Especial nº 311804-PE**. Rel. Min. Jorge Mussi, Brasília, DF, 24 de ago. 2017, grifou-se. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/492315174/agravo-em-recurso-especial-aresp-311804-pe-2013-0098281-7>>. Acesso em: 16 set. 2023.

32 Art. 5º [...]. LVI - sãs inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos.

33 BONFIM, Edilson Mougenot. **Curso de processo penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 425. No mesmo sentido: OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 20. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016, p. 378.

34 MOREIRA, José Carlos Barbosa. **A constituição e as provas ilicitamente obtidas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p. 148.

35 MOREIRA, *loc cit.*

36 *Vide* Tópico 5.3.

Paraná, contraditoriamente à posição doutrinária e jurisprudencial majoritária, vislumbra-se a decisão em que inadmitiu a produção de prova ilícita em benefício do réu:

DECISÃO: ACORDAM os Desembargadores integrantes da Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, por unanimidade de votos, em denegar o presente habeas corpus, cassando a liminar anteriormente deferida. EMENTA: HABEAS CORPUS - HOMICÍDIO QUALIFICADO - GRAVAÇÃO AMBIENTAL CLANDESTINA - PROVA ILÍCITA - DESENTRANHAMENTO QUE SE IMPÔE - INTELIGÊNCIA DO ART. 157, CAPUT, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL - ORDEM DENEGADA. É ilícita, devendo ser desentranhada do processo, a prova obtida por meio de captação ambiental de conversa entabulada entre os réus, sem autorização judicial ou de algum dos interlocutores. [...] O impetrante sustenta que juntou ao processo principal a gravação de uma conversa entabulada entre a corré e o paciente, os quais teriam um relacionamento amoroso, que demonstraria a inocência deste, mas, por decisão ilegal da Dra. Juíza de Direito, foi determinado o desentranhamento dessa prova, o que, segundo alega, caracteriza manifesto cerceamento de defesa. Constitui entendimento jurisprudencial pacífico, o de que 'é lícita a prova consistente em gravação ambiental realizada por um dos interlocutores sem conhecimento do outro' (STF, RE nº 583.937 QO-RG, Relator Ministro Cezar Peluso), mas a hipótese dos autos não se enquadra nessa orientação, já que o próprio impetrante reconhece que foi ele, na qualidade de advogado de um dos interlocutores, quem gravou, com um telefone celular, o referido diálogo, o qual ocorreu em uma sala da Delegacia de Polícia, no momento em que os acusados foram deixados a sós. Ou seja, a referida captação ambiental foi realizada sem autorização judicial ou mesmo dos interlocutores, e, de acordo com o escólio de Eugênio Pacelli de Oliveira, 'a gravação clandestina feita por terceiros já é, ela mesma, ilícita', independentemente do conteúdo (Curso de Processo Penal, Editora Atlas, 17ª edição, página 346) [...].³⁷

Outrossim, insta salientar que a doutrina ressalta ser os efeitos da aplicação do princípio da proporcionalidade invocada exclusivamente a provar a inocência do acusado, não podendo prejudicar terceiros, sob pena de se transformar em uma "proporcionalidade às avessas", conforme destaca o excerto doutrinário de Nestor Távora.³⁸

5.3 O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E A ADMISSIBILIDADE DAS PROVAS ILÍCITAS PRO SOCIETATE

Ao revés do que foi exposto no item anterior em que a doutrina e a jurisprudência entendem pela aplicação do princípio da proporcionalidade quando em benefício do réu, o tema ganha um novo colorido, quando se trata de aplicar o aludido princípio quando em seu prejuízo.

Conforme pode-se observar em consulta de cursos e manuais de processo penal e

37 PARANÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. **Habeas Corpus nº 13414229-PR**. Rel. Des. Campos Marques, Curitiba, PR, 23 maio 2015. Disponível em: <<https://tj.pr.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/186166079/habeas-corpus-hc-13414229-pr-1341422-9-acordao>>. Acesso em: 15 set. 2023.

38 TÁVORA, Nestor.; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de processo penal**. 11. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 633. No mesmo sentido: LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de direito processual penal**: volume único. 4. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 630.

constitucional, a doutrina mostra-se bastante divergente em (in)admitir as provas obtidas por meios ilícitos quando em prejuízo ao réu. Esse dado reflete também na jurisprudência, conforme será visto.

Invoca-se, primeiramente, os argumentos favoráveis à admissibilidade das provas ilícitas *pro societate*.

Entretanto, convém, desde logo, ressaltar que parte da doutrina não admite, em nome do princípio da proporcionalidade, a utilização das provas ilícitas quando há o emprego de tortura contra o acusado. Nesse sentido, destaca Ana Paula Furlan Teixeira, com reforço de sua justificativa na doutrina de Norberto Avena:

Deve-se, portanto, analisar a prova conjuntamente com o princípio da proporcionalidade, a imprescindibilidade da prova e o seu emprego *pro reo* ou *pro societate*. Observa-se, no entanto, que a tortura, por ser contrária às regras de direito natural não pode ser aceita, pois o ordenamento jurídico não pode se coadunar com afrontas a direitos da pessoa humana, não servindo como prova. Avena entende no mesmo sentido, propugnando que não há credibilidade para a prova obtida mediante tortura, sendo que esta foi colhida mediante o sofrimento alheio, não podendo o magistrado, em nenhuma hipótese, presumi-lo verdadeiro.³⁹

Superado esse ponto, ressalta-se a posição de Eugênio Pacelli de Oliveira, pela possibilidade de utilização da prova ilícita em favor da acusação quando não estiver em risco a aplicabilidade potencial e finalística da norma prevista no art. 5º, inciso LVI,⁴⁰ da Constituição Federal. Segundo essa doutrina:

[...] diríamos que o critério de proporcionalidade poderá validamente ser utilizado, nas hipóteses em que não estiver em risco a aplicabilidade potencial e finalística da norma de inadmissibilidade. Por aplicabilidade potencial e finalística estamos nos referindo à função de controle da atividade estatal (responsável pela produção da prova) que desempenha a norma do art. 5º, LVI, da CF. Assim, quando não se puder falar no incremento ou no estímulo da prática de ilegalidade pelos agentes produtores da prova, pensamos ser possível, em tese, a aplicação da regra da proporcionalidade.⁴¹

Sendo assim, para Pacelli “[...] a norma da vedação da prova ilícita dirige-se ao Estado,⁴² produtor da prova, e não ao particular”⁴³ e, para reforçar seu argumento, aduz que “Não por outra razão, o direito norte-americano, exatamente a fonte de nossa vedação das provas ilícitas, aceita, sem maiores problemas, a prova ilícita obtida por particulares.”⁴⁴

39 TEIXEIRA, Ana Paula Furlan. Prova ilícita. **Direito & Justiça**, Porto Alegre, v. 35, n. 2, p. 160-181, jul./dez. 2009, p. 178. Disponível em: <revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/fadir/article/download/8249/6237>. Acesso em: 13 jul. 2023.

40 Art. 5º [...]. LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos.

41 OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 20. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016, p. 378.

42 Não obstante, hodiernamente, conforme aponta Paulo Gustavo Gonet Branco, os direitos fundamentais devem ser interpretados sob uma eficácia objetiva, sendo que ela “[...] enseja, ainda, a discussão sobre a eficácia horizontal dos direitos fundamentais - eficácia desses direitos na esfera privada, no âmbito das relações entre particulares. (BRANCO, Paulo Gustavo Gonet.; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 166-167).

43 OLIVEIRA, *op cit.*, p. 380.

44 OLIVEIRA, *loc cit.*

Esse também é o entendimento de Mougenot, porém, fazendo alusão à possível afronta ao princípio do livre convencimento do juiz e da busca da verdade real no processo. São suas palavras:

Assim, a busca da verdade real ganha amplitude no moderno processo penal, uma vez que a inadmissibilidade absoluta das provas obtidas por meios ilícitos, conquanto notável garantia constitucional-processual, afronta o princípio do livre convencimento do juiz, na medida em que obriga o magistrado a desconsiderar a realidade, ou seja, a busca da verdade real. [...] Imagine-se a situação do magistrado que, sabendo da existência de provas que permitirão o esclarecimento dos fatos sobre os quais ele deverá decidir, não possa determinar a sua produção. Ou se já se encontrar nos autos, deverá ignorá-las e decidir de forma oposta àquela decorrente de sua convicção? [...] Ressalva-se, contudo, que o STF não admitiu, com base no princípio da proporcionalidade, a prova ilícita, em prejuízo do acusado.⁴⁵

Invoca-se, também, o instituto da legítima defesa para justificar a utilização de tais provas no processo penal, afastando, por conseguinte, a ilicitude delas. Nesse sentido, é o excerto doutrinário de Alexandre de Moraes:

O que ocorre na hipótese é a ausência de ilicitude dessa prova, vez que aqueles que a produziram agiram em legítima defesa de seus direitos humanos fundamentais, que estavam sendo ameaçados ou lesionados em face das condutas anteriormente ilícitas. Assim agindo - em legítima defesa - a ilicitude na colheita da prova é afastada, não incidindo, portanto, o inciso LVI, art. 5º, da Carta Magna.⁴⁶

Exemplifica o doutrinador, a incidência da legítima defesa em tema de provas quando da “[...] possibilidade de utilização de uma ‘carta confidencial’ remetida pelo sequestrador aos familiares do sequestrado”⁴⁷. E assim prossegue:

Certamente essa carta poderia ser utilizada pelo juiz, sem que se falasse em desrespeito ao sigilo das correspondências, pois o sequestrador foi quem, primeiramente, desrespeitou os direitos fundamentais do sequestrado e de seus familiares que, em legítima defesa, produziram tal prova.⁴⁸

O Supremo Tribunal Federal já decidiu nesse sentido, conforme colaciona a seguinte decisão:

Captação, por meio de fita magnética, de conversa entre presentes, ou seja, a chamada gravação ambiental, autorizada por um dos interlocutores, vítima de concussão, sem o conhecimento dos demais. Ilicitude da prova excluída por caracterizar-se o exercício de legítima defesa de quem a produziu. Precedentes do Supremo Tribunal HC 74.678, DJ de 15-8- 97 e HC 75.261, sessão de 24-6-97, ambos da Primeira Turma.⁴⁹

45 BONFIM, Edilson Mougenot. **Curso de processo penal**. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 425-426.

46 MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 30. ed. São Paulo: atlas, 2014, p. 120.

47 MORAES, *loc cit.*

48 MORAES, *loc cit.*

49 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Especial nº 212.081-RO**. Min. Rel. Octavio Gallotti, Brasília, DF, 05 dez. 1997. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/diarios/77876594/trt-15-judiciario-07-10-2014-pg-844>>. Acesso em: 27 jun. 2023.

Com outro argumento, fazendo alusão à possíveis conflitos que podem surgir entre princípios fundamentais, podendo um deles prevalecer sobre o outro, Fernando Capez é adepto da admissibilidade das provas ilícitas em favor da acusação, conforme pode-se observar de seu excerto doutrinário:

[...] surgindo conflito entre princípios fundamentais da Constituição, torna-se necessária a comparação entre eles para verificar qual deva prevalecer. Dependendo da razoabilidade do caso concreto, ditada pelo senso comum, o juiz poderá admitir uma prova ilícita ou sua derivação, para evitar um mal maior, como, por exemplo, a condenação injusta ou a impunidade de perigosos marginais.⁵⁰

Em consulta ao acervo jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, constata-se a decisão pela admissibilidade da prova obtida por meio ilícito, pois, *in casu*, verificou-se o plano de fuga de presos considerados perigosos, bem como o plano de sequestro de um juiz de direito, sendo violado o sigilo de correspondência em uma determinada penitenciária. Assim, decidiu-se pela admissibilidade da prova obtida por meio ilícito:

E M E N T A: HABEAS CORPUS - ESTRUTURA FORMAL DA SENTENÇA E DO ACÓRDÃO - OBSERVÂNCIA - ALEGAÇÃO DE INTERCEPTAÇÃO CRIMINOSA DE CARTA MISSIVA REMETIDA POR SENTENCIADO - UTILIZAÇÃO DE CÓPIAS XEROGRÁFICAS NÃO AUTENTICADAS - PRETENDIDA ANÁLISE DA PROVA - PEDIDO INDEFERIDO. - A estrutura formal da sentença deriva da fiel observância das regras inscritas no art. 381 do Código de Processo Penal. O ato sentencial que contém a exposição sucinta da acusação e da defesa e que indica os motivos em que se funda a decisão satisfaz, plenamente, as exigências impostas pela lei. - A eficácia probante das cópias xerográficas resulta, em princípio, de sua formal autenticação por agente público competente (CPP, art. 232, parágrafo único). Peças reprográficas não autenticadas, desde que possível a aferição de sua legitimidade por outro meio idôneo, podem ser validamente utilizadas em juízo penal. - A administração penitenciária, com fundamento em razões de segurança pública, de disciplina prisional ou de preservação da ordem jurídica, pode, sempre excepcionalmente, e desde que respeitada a norma inscrita no art. 41, parágrafo único, da Lei n. 7.210/84, proceder a interceptação da correspondência remetida pelos sentenciados, eis que a cláusula tutelar da inviolabilidade do sigilo epistolar não pode constituir instrumento de salvaguarda de práticas ilícitas. - O reexame da prova produzida no processo penal condenatório não tem lugar na ação sumaríssima de habeas corpus.⁵¹

Ao comentar a última decisão, Antônio Scarance Fernandes mostra-se adepto à admissibilidade das provas ilícitas em favor da acusação. Segundo o doutrinador:

Na outra situação - violação de correspondência dos presos para impedir a fuga de presídio e para evitar a prática de seqüestro (*sic*) de juiz de direito, com perigo para a vida do magistrado - a proporcionalidade é verificada entre duas normas constitucionais de natureza material: a proteção ao sigilo da correspondência, superada pela necessidade de ser preservada a

50 CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 373.

51 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 70814-SP**. Min. Rel. Celso de Mello, Brasília, DF, 01 mar. 1994. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14706523/habeas-corpus-hc-70814-sp>>. Acesso em: 01 ago. 2023.

segurança do presídio e a vida do juiz de direito; aqui, a prova obtida não será considerada ilícita e, por isso, não há afronta à regra de sua inadmissibilidade no processo.⁵²

Em seguida, prossegue o doutrinador afirmando sua posição quanto à possível aplicação do princípio da proporcionalidade quando o beneficiário é a acusação:

[...] **não** se trata, contudo, 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 quer proteger.⁵³

Em recente julgado, o Superior Tribunal de Justiça admitiu às provas ilícitas no processo penal, com violação à intimidade do réu, invocando como um dos seus fundamentos o princípio da proporcionalidade:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. DESCABIMENTO. PROCESSO PENAL. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO. TRÁFICO DE DROGAS. EXTRAÇÃO DE FOTO DO APARELHO CELULAR. AUSÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL PARA O ACESSO AOS DADOS. DIREITOS FUNDAMENTAIS À INTIMIDADE E À PRIVACIDADE. NULIDADE DA PROVA. DEPOIMENTO DE TESTEMUNHA. PRISÃO EM FLAGRANTE. FONTES INDEPENDENTES. CONDENAÇÃO FUNDADA EM PROVAS AUTÔNOMAS. FLAGRANTE ILEGALIDADE NÃO EVIDENCIADA. WRIT NÃO CONHECIDO. [...] E, de fato, existe ao menos um relevante interesse constitucional a indicar a importância do acesso das autoridades de persecução penal aos dados armazenados em aparelhos celulares de pessoas presas em flagrante. Trata-se do direito à segurança pública, estabelecido no artigo 144 da Constituição, norma que impõe ao Estado a obrigação de criar condições objetivas que possibilitem o efetivo acesso a tal serviço (RE 559.646-Agr, Rel. Min. Ellen Gracie, julgamento em 7.6.2011, Segunda Turma, DJE de 24.6.2011). Entre tais condições objetivas se insere, sem dúvida, a existência de mecanismos eficientes de investigação. Havendo, pois, outro preceito constitucional que se coloca, ao menos parcialmente, em conflito com o direito à intimidade – no que se refere aos dados armazenados em aparelhos celulares –, deve ser levado a cabo um processo de ponderação, que tome em consideração os interesses em jogo. Nesse processo de ponderação, não se deve atribuir primazia absoluta a um ou a outro princípio ou direito, mas deve haver um esforço para assegurar a aplicação das normas conflitantes, conquanto uma delas tenha de sofrer atenuação. Em tais casos, a restrição deve obediência ao princípio da proporcionalidade (MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonçalves, *Curso de Direito Constitucional*, 9. ed., São Paulo, Saraiva, 2014. pp. 293-294). É preciso, pois, que a restrição ao direito fundamental se apresenta como adequada, necessária e proporcional em sentido estrito (ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Trad. Ernesto Garzón Valdés, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002, pp. 111-115). O texto constitucional, ao abranger princípios e interesses conflitantes, reproduz as tensões existentes no seio da sociedade, cabendo ao legislador e ao intérprete encontrar o caminho de consenso através da aplicação do princípio da proporcionalidade [...].⁵⁴

52 FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 95.

53 *Ibid.*, p. 96, grifos do autor.

54 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 378.374-MG**. Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, Brasília, DF, 14 mar. 2017. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/450539619/habeas-corpus-hc-378374-mg-2016-0296595-7/inteiro-teor-450539629?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 15 set. 2023.

Em um outro julgado, a jurisprudência do Tribunal da Cidadania, com base no princípio da proporcionalidade, admitiu a utilização da prova ilícita colhida com infringência do sigilo da atividade bancária, pois haveria um golpe bancário efetuado pelos denunciados. Nesse sentido, colaciona-se parte da referida decisão:

A inviolabilidade dos sigilos é, portanto, a regra e a quebra, a exceção; como tal se deve observar que a fundamentação para a quebra dos sigilos seja de modo que encontre apoio no princípio da proporcionalidade, sob pena de serem consideradas ilícitas as provas obtidas dessa violação. Desse modo, a par da regra da liberdade dos meios de prova, excetua-se a utilização daquelas obtidas por meios ilegais, conforme dispõe o art. 5º, LVI, da CF/1988, inserindo-se, nesse contexto, as oriundas da quebra de sigilo sem autorização judicial devidamente motivada. Entretanto, no caso em foco, entendeu o Min. Relator haver peculiaridade que afasta, por completo, a proteção à violação de sigilo bancário que é reivindicada, isto é, tratou-se toda a operação bancária de um golpe efetuado por meio de um engodo.⁵⁵

Observa-se, portanto, que também o Superior Tribunal de Justiça, já admitiu a utilização de provas ilícitas, com base no princípio da proporcionalidade, em prejuízo do réu.

Analizando o tema sobre o viés do princípio da igualdade, em relação à paridade de armas, Barbosa Moreira também entende que se pode aplicar o princípio da proporcionalidade quando o beneficiário é a acusação, especialmente em situação em que o crime organizado esteja melhor amparado em relação aos órgãos de persecução penal.⁵⁶ São as palavras do doutrinador:

Em tal perspectiva, ao favorecer a atuação da defesa no campo probatório, não obstante posta em xeque a igualdade formal, se estará tratando de estabelecer entre as partes a igualdade substancial. O raciocínio é hábil e, em condições normais, dificilmente se contestará a premissa da superioridade de armas da acusação. Pode suceder, no entanto, que ela deixe de refletir a realidade em situações de expansão e fortalecimento da criminalidade organizada, como tantas que enfrentam as sociedades contemporâneas. É fora de dúvida que atualmente, no Brasil, certos traficantes de drogas estão muito mais bem armados que a polícia e, provavelmente, não lhes será mais difícil, que a ela, nem lhes suscitará maiores escrúpulos, munir-se de provas por meios ilegais.⁵⁷

Seguindo a mesma linha de pensar de Barbosa Moreira, Denilson Feitoza entende pela admissibilidade das provas ilícitas *pro societate*, todavia, faz o alerta de sua admissibilidade apenas em casos extremos e excepcionais, pois, caso contrário, o Estado seria incentivado a violar os direitos fundamentais, tornando-se inócua a regra que justamente foi idealizada para dissuadir o Estado de violá-los.⁵⁸

55 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 52.995-AL**. Rel. Min. Og Fernandes, Brasília, DF, 16 set. 2010. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/16947786/habeas-corpus-hc-52995-al-2006-0011608-1/inteiro-teor-17049120?ref=juris-tabs>

56 MOREIRA, José Carlos Barbosa. **A constituição e as provas ilicitamente obtidas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p. 148.

57 MOREIRA, *loc cit.*

58 FEITOZA, Denilson. **Direito processual penal**: teoria, crítica e práxis. 7. ed. rev. ampl. e atual. de acordo com as leis 11.983/2009, 12.015/2009, 12.039/2009 e 12.037/2009. Rio de Janeiro: Impetus, 2010, p. 730.

Há doutrinadores que consideram admissível as provas ilícitas quando entram em colisão a garantia de vedação às provas ilícitas e a preservação de bens jurídicos da sociedade, bem como o princípio da proteção penal eficiente, conforme exemplifica Thiago André Piraboran Ávila:

A polícia descobre que um grupo extremista instalou uma bomba no centro da cidade que está prestes a explodir a matar várias pessoas; prende ilegalmente o suspeito, (sem flagrante ou ordem judicial) e sem adverti-lo de seu direito constitucional ao silêncio, realiza seu interrogatório. O suspeito confessa sua participação na tentativa de cometer o ilícito e informa a efetiva localização da bomba; a polícia desloca-se até o local indiciado, encontra a bomba e consegue desarmá-la. Indaga-se: foi correta a conduta da Policia? Formalmente a prisão foi ilegal e o interrogatório violou o privilégio contra a auto-incriminação. Entretanto, a situação de urgência da informação, para salvar a vida de inocentes deve justificar a restrição. [...]. Assim, se a informação é lícita para salvar a vida dos civis, por que não pode ser utilizada na investigação criminal contra o investigado pela tentativa de homicídio coletivo? Caso se considere a informação prova ilícita e se aplique a teoria dos frutos da árvore envenenada, toda a investigação subsequente seria ilícita, o que atenta contra o princípio da proteção penal eficiente.⁵⁹

Nesse mesmo sentido, destaca Cleber Masson que nos Estados Unidos foi desenvolvida a teoria do cenário da bomba relógio para justificar, em casos excepcionais, o emprego de tortura, quando não há outro meio eficaz para conter atividades terroristas. São as palavras do doutrinador:

Nos Estados Unidos da América, desenvolveu-se a teoria do “cenário da bomba relógio”, com a finalidade de justificar o uso da tortura em situações excepcionais, em que não exista outra maneira eficaz de conter uma atividade terrorista. O raciocínio é o seguinte: uma ameaça de grandes proporções está na iminência de ser concretizada - bomba vai explodir - e, somente a tortura contra um prisioneiro constitui-se em meio idôneo para preservar a vida ou outro bem jurídico de pessoas de bem.⁶⁰

Ato contínuo, discorrendo sobre o desenvolvimento do princípio da proporcionalidade no direito processual penal Alemão, no campo da escuta telefônica, destaca Marco Antônio de Barros:

Confrontados com o problema, os autores alemães pronunciaram-se majoritariamente a favor da interpretação do § 100a) da StPO (*Strafprozessordnung*) - dispositivo que versa sobre a proibição de escuta telefônica -, reconhecendo o surgimento de um regime geral de luta contra a criminalidade mais grave. Produzindo na esteira de orientação claramente dominante no âmbito da jurisprudência, relaciona-se o princípio da proporcionalidade (ou ponderação de interesses) com o tema dos sacrificados

59 ÁVILA, Thiago André Piraboran. **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 na área de Direito, Estado e Constituição) - Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, Brasília, 2006, p. 109-110. Disponível em: <<http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/3103/1/Disserta%C3%A7%C3%A3o%20Provas%20Il%C3%ACitas.pdf>>. Acesso em: 30 ago. 2023.

60 MASSON, Cleber. **Direito Penal:** parte geral. Vol. 1. 11. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017, p. 114.

em sede de produção e valoração da prova por conta da prevenção e repressão das manifestações mais drásticas e intoleráveis da criminalidade.⁶¹

E, em seguida, conclui o doutrinador aduzindo que “[...] a jurisprudência da mais alta corte alemã passou a colecionar decisões francamente ditadas por um princípio geral de ponderação [...].”⁶²

Não bastasse isso, mais recentemente o tema veio em voga com o Projeto de Lei nº 13.964/2019, conhecido como Pacote Anticrime, que havia conferido a seguinte redação ao art. 8º-A, § 4º, à Lei 12.850/2013, nos seguintes termos: “§ 4º A captação ambiental feita por um dos interlocutores sem o prévio conhecimento da autoridade policial ou do Ministério Público poderá ser utilizada, em matéria de defesa, quando demonstrada a integridade da gravação.”

Todavia, o projeto de lei foi vetado pelo Presente da República, eis que considerou-se que não se poderia validar a captação ambiental ilícita apenas em benefício da defesa, sob pena de ofensa ao princípio da lealdade, da boa-fé objetiva e da cooperação entre os sujeitos processuais, além de haver possível retrocesso legislativo no combate ao crime. Eis as razões do veto:

“A propositura legislativa, ao limitar o uso da prova obtida mediante a captação ambiental apenas pela defesa, contraria o interesse público uma vez que uma prova não deve ser considerada lícita ou ilícita unicamente em razão da parte que beneficiará, sob pena de ofensa ao princípio da lealdade, da boa-fé objetiva e da cooperação entre os sujeitos processuais, além de se representar um retrocesso legislativo no combate ao crime. Ademais, o dispositivo vai de encontro à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que admite utilização como prova da infração criminal a captação ambiental feita por um dos interlocutores, sem o prévio conhecimento da autoridade policial ou do Ministério Público, quando demonstrada a integridade da gravação (v. g. Inq-QO 2116, Relator: Min. Marco Aurélio, Relator p/ Acórdão: Min. Ayres Britto, publicado em 29/02/2012, Tribunal Pleno).”⁶³

Com efeito, observa-se que o veto ao projeto de lei realizado pelo poder executivo ocorreu em virtude de se evitar a interpretação da impossibilidade de se considerar gravações ambientais clandestinas ilícitas em favor da acusação, em nome dos princípios da lealdade, da boa-fé objetiva e da cooperação, por meio dos quais deveriam prevalecer sobre a garantia que veda as provas ilícitas no processo penal.

Entrementes, em relação especificamente às gravações clandestinas, deve-se ressaltar que a doutrina majoritária e a jurisprudência são assentes em admitir sua utilização no processo penal, nas seguintes hipóteses: quando há investida criminosa por parte do agente; se não houver reserva de conversação; quando não houver violação ao sigilo⁶⁴.

61 BARROS, Marco Antônio de. **A busca da verdade no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 270-271.

62 *Ibid.*, p. 271.

63 BRASIL. **Legislação Informatizada - LEI Nº 13.964, DE 24 DE DEZEMBRO DE 2019 – Veto**. Diário Oficial da União, Brasília. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2019/lei-13964-24-dezembro-2019-789639-veto-159755-pl.html>>. Acesso em: 19 out. 2023.

64 LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de direito processual penal**: volume único. 8. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 860.

Inclusive, o Superior Tribunal de Justiça tinha o posicionamento de que é lícita a prova obtida mediante gravação ambiental realizada por um dos interlocutores sem o conhecimento dos demais, ainda que a polícia tenha fornecido e instalado o equipamento utilizado na gravação:

AGRADO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. CORRUPÇÃO PASSIVA. GRAVAÇÃO AMBIENTAL REALIZADA POR UM DOS INTERLOCUTORES. LICITUDE DA PROVA. PRECEDENTES. AGRADO NÃO PROVIDO. 1. O paciente, no exercício do cargo de Fiscal de Atividades Econômicas do Município do Rio de Janeiro, solicitou ao funcionário da empresa Midas Rio Convention Suítes a quantia de R\$ 80.000,00, para regularizar supostas pendências. 2. A gravação, tida por ilegal na impetração, foi realizada por Paulo Sérgio Reis (funcionário da empresa e um dos interlocutores) sob a supervisão de agentes da Delegacia Fazendária. 3. É lícita a prova obtida mediante gravação ambiental realizada por um dos interlocutores sem o conhecimento dos demais. Precedentes. 4. A jurisprudência desta Corte também é firme no sentido de que o fato de a polícia ter fornecido e instalado o equipamento utilizado na gravação não invalida a prova obtida. 5. Agrado regimental não provido.⁶⁵

Todavia, em julgado prolatado no dia 15/8/2023, o Superior Tribunal de Justiça assentou que a obtenção de prova por meio de gravação ambiental, envolvendo a participação dos órgãos de persecução estatal, sem autorização judicial, é ilícita. Houve, portanto, mudança de entendimento:

AGRADO REGIMENTAL EM RECURSO EM HABEAS CORPUS. ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. PECULATO. GRAVAÇÃO AMBIENTAL REALIZADA POR UM DOS INTERLOCUTORES SOB A ÉGIDE DA LEI N. 9.034/95 (COM REDAÇÃO DADA PELA LEI N. 10.217/2001). PARTICIPAÇÃO DO ÓRGÃO ACUSADOR. FORNECIMENTO DE APARATO DE GRAVAÇÃO. ILICITUDE DA PROVA. SUPERAÇÃO DE ENTENDIMENTO ANTERIOR. 1. A gravação realizada por um dos interlocutores sem o conhecimento do outro, não protegida por um sigilo legal (QO no Inq. n. 2116, Supremo Tribunal Federal) é prova válida. Trata-se de hipótese pacífica na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, pois se considera que os interlocutores podem, em depoimento pessoal ou em testemunho, revelar o teor dos diálogos. 2. A produção da prova obtida com colaboração de órgão estatal deve observar as fórmulas legais, tendo em conta a contenção da atuação estatal, cingindo-o, por princípio, às fórmulas do devido processo legal. Ao permitir a cooperação de órgão de persecução, a jurisprudência pode encorajar atuação abusiva, violadora de direitos e garantias do cidadão, até porque sempre vai pairar a dúvida se a iniciativa da gravação partiu da própria parte envolvida ou do órgão estatal envolvido. 3. A participação do Ministério Público na produção da prova, fornecendo equipamento, aproxima o agente particular de um agente colaborador ou de um agente infiltrado e, consequentemente, de suas restrições. 4. A participação da polícia ou do Ministério Público na produção da prova exerce a atração dos marcos legais, que, no caso, exigiam, repito, "circunstanciada autorização judicial". Não obtida a chancela do Poder Judiciário, opera a regra de exclusão, pois a prova em questão é ilícita. 5. Agrado regimental provido.⁶⁶

65 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no HC n. 547.920/RJ**, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 13/9/2022, DJe de 19/9/2022. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>>. Acesso em: 19 out. 2023.

66 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no RHC n. 150.343/GO**, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, relator para acórdão Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 15/8/2023, DJe de 30/8/2023. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>>. Acesso em: 19 out. 2023

Nesse ínterim, considerou-se que a gravação, realizada no ambiente, feita por um dos interlocutores com a colaboração do titular da ação penal, demanda autorização judicial, tratando-se de uma forma de contenção da atuação estatal.

Logo, considerou-se que participação dos órgãos de persecução penal na produção da prova, fornecendo equipamento, aproxima-se o particular que se vale da gravação de um agente colaborador ou de um agente infiltrado.

Ato contínuo, grande parte da doutrina processualista entende pela inadmissibilidade das provas ilícitas em prejuízo do réu. A jurisprudência dos Tribunais Superiores pátrios, ressalvadas as poucas decisões *supra*, não autorizam a aplicação do princípio da proporcionalidade em tema de admissibilidade das provas ilícitas em favor da acusação, conforme destaca Renato Brasileiro de Lima.⁶⁷ São as palavras do doutrinador, com a respectiva justificativa:

[...] a leitura da jurisprudência dos Tribunais Superiores pátrios não autoriza a conclusão afirmativa quanto à tese da admissibilidade das provas ilícitas *pro societate* com base no princípio da proporcionalidade. Prevalece o entendimento de que admitir-se a possibilidade de o direito à prova prevalecer em detrimento das liberdade públicas, indiscriminadamente, é criar um perigoso precedente em detrimento da preservação de direitos e garantias individuais: não seria mais possível estabelecer-se qualquer vedação probatória, pois todas as provas, mesmo que ilícitas, poderiam ser admitidas no processo, em prol da busca da verdade e do combate à criminalidade, tornando letra morta o dispositivo no art. 5º, LVI, da Constituição Federal.⁶⁸

Com essa mesma posição, mas fazendo alusão a um direito penal do inimigo, é a doutrina de Nestor Távora:

A proporcionalidade invocada como capa da condenação acaba por remontar o discurso da possibilidade de exilar do manto constitucional algumas pessoas que, pelo grau de periculosidade, devem ser tratadas como verdadeiras inimigas do Estado, não cidadãs, e portanto, à margem do núcleo básico de proteção aos direitos individuais. É o pensamento de Jakobs [...].⁶⁹

Conforme ante exposto, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, ressalvas as poucas decisões *supra*, segue essa linha de pensar. Em julgado referente a crimes envolvendo a dignidade sexual de menores, onde os denunciados guarneциam em seu consultório fotografias pornográficas, sendo elas furtadas por particular, entendeu o Pretório Excelso que as provas adquiridas eram inadmissíveis, pois adquiridas por meios ilícitos:

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

67 LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de direito processual penal**: volume único. 4. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 632.

68 LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de direito processual penal**: volume único. 4. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 632.

69 TÁVORA, Nestor.; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de processo penal**. 11. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 634.

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 [...].⁷⁰

Não obstante, Eugênio Pacelli de Oliveira faz severas críticas ao referido julgado, pois, para o doutrinador, o tribunal perdeu uma grande oportunidade de aplicar o princípio da proporcionalidade.⁷¹ Isso, pois, “a aplicação da norma de vedação às provas ilícitas *naquele caso* não cumpriu qualquer um de seus propósitos finalísticos.”⁷² E mais adiante prossegue o autor enfatizando que o destinatário da prova é o estado e não o particular:

Ora, se a mais relevante função desempenhada pela garantia da inadmissibilidade da prova ilícita, para além de sua dimensão ética, é servir como fator inibitório e intimidatório de práticas ilegais por parte dos órgãos responsáveis pela produção da prova, constata-se que, em nenhum momento, colocou-se em risco o incremento das atividades policiais abusivas. [...] E assim nos parece porque quem *produziu a prova* não foi o estado, e, sim um particular, que, à evidência, não se dedica a essa função (a de produzir provas para o processo penal). Pior: um dos autores da subtração da prova era uma das vítimas.⁷³

Em caso referente à policiais que realizaram gravação ambiental sem o assentimento do indiciado, não lhe assegurando as formalidades concernentes ao interrogatório, inclusive ao da informação da não produção de provas contra si mesmo (*nemo tenetur se detegere*), decidiu o Supremo Tribunal Federal que a garantia de vedação às provas ilícitas possui prevalência sobre o interesse na busca, a qualquer custo, da verdade real:

Prisão Ilegal e Prova Ilícita (Transcrições) HC 80.949-RJ* RELATOR: MIN. SEPÚLVEDA PERTENCE EMENTA: I. Habeas corpus: cabimento: prova ilícita. 1. Admissibilidade, em tese, do habeas corpus para impugnar a inserção de provas ilícitas em procedimento penal e postular o seu desentranhamento: sempre que, da imputação, possa advir condenação a pena privativa de liberdade: precedentes do Supremo Tribunal. II. Provas ilícitas: sua inadmissibilidade no processo (CF, art. 5º, LVI): considerações gerais. 2. **Da explícita proscrição da prova ilícita, sem distinções quanto ao crime objeto do processo (CF, art. 5º, LVI), resulta a prevalência da garantia nela estabelecida sobre o interesse na busca, a qualquer custo, da verdade real no processo:** consequente impertinência de apelar-se ao princípio da proporcionalidade - à luz de teorias estrangeiras inadequadas à ordem constitucional brasileira - para sobrepor, à vedação constitucional da admissão da prova ilícita, considerações sobre a gravidade da infração

70 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Informativo n. 197, Recurso Especial nº 251.445-GO**. Rel. Min. Celso de Mello, Brasília, DF, 03 ago. 2000. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo197.htm>>. Acesso em: 01 ago. 2023.

71 OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 20. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016, p. 378.

72 OLIVEIRA, *loc cit.*, grifos do autor.

73 *Ibid.*, p. 379.

penal objeto da investigação ou da imputação. III. Gravação clandestina de “conversa informal” do indiciado com policiais. 3. Ilcitude decorrente - quando não da evidência de estar o suspeito, na ocasião, ilegalmente preso ou da falta de prova idônea do seu assentimento à gravação ambiental - de constituir, dita “conversa informal”, modalidade de “interrogatório” sub-reptício, o qual - além de realizar-se sem as formalidades legais do interrogatório no inquérito policial (C.Pr.Pen., art. 6º, V) - , se faz sem que o indiciado seja advertido do seu direito ao silêncio. 4. O privilégio contra a auto-incriminação - nemo tenetur se detegere -, erigido em garantia fundamental pela Constituição - além da inconstitucionalidade superveniente da parte final do art. 186 C.Pr. Pen. - importou compelir o inquiridor, na polícia ou em juízo, ao dever de advertir o interrogado do seu direito ao silêncio: a falta da advertência - e da sua documentação formal - faz ilícita a prova que, contra si mesmo, forneça o indiciado ou acusado no interrogatório formal e, com mais razão, em “conversa informal” gravada, clandestinamente ou não [...].⁷⁴

O Tribunal de Justiça do Estado do Paraná já se pronunciou a respeito da tese de inadmissibilidade das provas ilícitas em nome da proporcionalidade, em processo que foi realizada interceptação telefônica sem fundamentação idônea:

APELAÇÃO CRIMINAL. ART. 1º, INCIS. I E V, DO DECRETO-LEI N° 201/67 (CRIMES DE RESPONSABILIDADE DE PREFEITO) E ART. 304 DO CP(USO DE DOCUMENTO FALSO). SENTENÇA ABSOLUTÓRIA COM FULCRO NO ART. 386, INCIS. III E VII, DO CPP. PLEITO MINISTERIAL DE REFORMA DA DECISÃO COM A CONDENAÇÃO DOS RÉUS ANTE A EXISTÊNCIA DE PROVAS VÁLIDAS E SUFICIENTES À COMPROVAÇÃO DOS CRIMES NARRADOS NA DENÚNCIA. INACOLHIMENTO. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA NA DECISÃO QUE DEFERIU AS ESCUTAS TELEFÔNICAS, BEM ASSIM NAS DECISÕES QUE AUTORIZARAM AS PRORROGAÇÕES. IMPRESCINDIBILIDADE DA MEDIDA NÃO DEMONSTRADA. NULIDADE DAS PROVAS. ART. 5º DA LEI N° 9.296/96. CONTAMINAÇÃO DAS PROVAS DERIVADAS. DOCUMENTAÇÃO QUE SOMENTE FOI DESCOBERTA POR MEIO DAS ESCUTAS TELEFÔNICAS. AFASTAMENTO DAS PROVAS ILÍCITAS QUE IMPOSSIBILITA A COMPROVAÇÃO DOS CRIMES IMPUTADOS AOS RÉUS. PEDIDO DE APLICAÇÃO DO PRÍNCIPIO DA PROPORCIONALIDADE. REJEIÇÃO. INOBSERVÂNCIA À LEI REGULAMENTADORA ANTERIORMENTE POSTA QUE IMPOSSIBILITA A POSTERIOR RELATIVIZAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS. TESTEMUNHAS QUE NEGAM QUAISQUER IRREGULARIDADES NAS COMPRAS FEITAS PELO MUNICÍPIO. COMPROVAÇÃO DE IRREGULARIDADES QUE SOMENTE PODERIA SER FEITA COM A ACEITAÇÃO DAS PROVAS ILÍCITAS. INSUFICIÊNCIA DE PROVAS. ABSOLVIÇÃO MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO. 1. A interferência do Estado na privacidade e intimidade das pessoas é (e deve ser) controlada por lei para a própria segurança dos cidadãos, sendo que as determinações legais que visam resguardar esses direitos devem ser atentamente observadas. [...] Sobre o princípio da proporcionalidade, Nucci leciona que “(...) não é momento para o sistema processual penal brasileiro, imaturo ainda em assegurar, efetivamente, os direitos e garantias individuais, adotar a teoria da proporcionalidade. Necessitamos manter o critério da proibição plena da prova ilícita, salvo nos casos em que o preceito constitucional se choque com

74 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 80.949-RJ.** Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Brasília, DF, 14 dez. 2001, grifou-se. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/776137/habeas-corpus-hc-80949-rj>>. Acesso em: 18 jun. 2023.

outro de igual relevância" (NUCCI, Guilherme de Souza. Código de processo penal comentado. 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 354/355). [...] Ante o dito, ACORDAM os Magistrados integrantes da Segunda Câmara Criminal do egrégio Tribunal de Justiça do Paraná, à unanimidade, em, negar provimento ao recurso.⁷⁵

Ato contínuo, para Aury Lopes Júnior a prova não pode ser utilizada contra o réu. Isso, pois, segundo o doutrinador, a prova ilícita apenas poderia ser admitida a fim de absolver um inocente. Sendo assim, eventual prova ilícita que seja utilizada contra o réu ou, até mesmo utilizada pelo réu, mas em prejuízo a terceiros, a prova seria ilícita e não poderia ser utilizada.⁷⁶

No mesmo sentido, este também o entendimento de Júlio Fabbrini Mirabete que ao comentar o tema, ensina que as provas ilícitas podem ser produzidas pelo réu, pois a norma de vedação é uma garantia individual oponível contra o estado.⁷⁷

Portanto, apesar dos vários argumentos favoráveis à utilização das provas ilícitas em prejuízo do réu, os quais são, inclusive, acompanhados por algumas decisões dos tribunais superiores, constata-se que, majoritariamente, ainda não se admite a aplicação do princípio da proporcionalidade em tema de provas ilícitas, *pro societate*.

Todavia, César Dario Mariano da Silva alerta que uma corrente contrária começa a surgir:

Atualmente, embora majoritária a doutrina e jurisprudência repelindo a utilização de provas ilicitamente obtidas, corrente contrária começa a surgir acolhendo o princípio da proporcionalidade em casos excepcionais e graves, tanto em favor quanto em desfavor do acusado, uma vez que nenhum direito ou garantia constitucional tem caráter absoluto.⁷⁸

Com efeito, é possível observar que há vozes doutrinárias sustentando pela superação do dogma da inadmissibilidade das provas ilícitas em favor da acusação, desde que seu juízo de admissão seja realizado de acordo com a proporcionalidade, muito embora as decisões judiciais recentes caminhem contrariamente à aplicação da tese.

75 PARANÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. **Apelação nº 7453854-PR**. Rel. Des. Carlos Augusto de Mello, Curitiba, PR, 26 jan. 2012. Disponível em: <<https://tj-pr.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21366478/7453854-pr-745385-4-acordao-tjpr/inteiro-teor-21366479>>. Acesso em: 18 set. 2023.

76 LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 613.

77 MIRABETE, Julio Fabbrine. **Código de processo penal interpretado**. 11. ed. 12. reimpr. São Paulo: Atlas, 2003, p. 457.

78 SILVA, César Dario Mariano da. Provas ilícitas e o princípio da proporcionalidade. **Carta Forense**, São Paulo, 10 nov. 2010. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/provas-ilicitas-e-o-princípio-da-proporcionalidade/6191>>. Acesso em: 12 jul. 2023.

CONCLUSÃO

Conforme pode-se observar, apesar da divergência em virtude da inexistência de previsão expressa no texto constitucional, a doutrina majoritária e a jurisprudência pátria entendem pela aplicação do princípio da proporcionalidade nos casos envolvendo conflitos entre direitos e garantias fundamentais como critério de interpretação judicial.

Entretanto, sua aplicabilidade ficaria condicionada a ausência de outros métodos tradicionais interpretativos, a exemplo da subsunção, ou seja, sua aplicação possui incidência significativa nos casos difíceis, justamente por envolver conflitos entre direitos e garantias fundamentais.

Em relação à aplicabilidade do aludido princípio em relação à norma insculpida no art. 5º, inciso LVI¹, da Constituição Federal, a doutrina e a jurisprudência mostram-se divergentes a depender do polo no processo que será beneficiado com a prova.

Se a doutrina e a jurisprudência são uníssonas em admitir, em nome do princípio da proporcionalidade, as provas ilícitas quando o beneficiário é o réu, divergem-se, no entanto, quando a aplicação destina-se em seu prejuízo (*pro societate*).

Os argumentos de admissibilidade em favor da acusação são diversos. Todavia, apesar dos vários doutrinadores, com os mais variados argumentos, inclusive, acompanhados de algumas decisões dos tribunais superiores, tradicionalmente, não se admitem a utilização das provas ilícitas em prejuízo do réu com embasamento na proporcionalidade. Entretanto, ressalta-se que há uma tendência de mudança de entendimento, conforme as novas orientações doutrinárias e jurisprudenciais expostas *supra*.²

Não obstante, o tema merece uma melhor reflexão doutrinária e jurisprudencial. Isso, pois, conforme exposto, a proporcionalidade tem por um de seus objetivos resolver os conflitos que se estabelecem entre direitos e garantias fundamentais, servindo, assim, como um critério interpretativo a cargo do juiz, para desenvolver sua decisão de forma racional.

Sendo assim, em tema de provas ilícitas, sua incidência, à luz da proporcionalidade, não se restringe a determinado polo ocupante da relação jurídica processual. Ao contrário, é analisado, para sua incidência, tão somente, se há conflitos entre direitos e garantias fundamentais que ocorrem no caso concreto, situação esta que pode se verificar quando a prova é ilícita e, ao mesmo tempo, desfavorável ou não ao réu.

Além disso, o princípio do *favor rei* ou *favor libertatis*³ não se reveste de caráter absoluto, pois, conforme exposto, não existe um princípio com caráter absoluto, devendo, em eventual colisão entre eles, haver uma precedência condicionada em virtude

1 Art. 5º [...]. LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos.

2 Vide tópico 5.3.

3 O princípio do *favor rei* ou *favor libertatis*, compõe um conjunto de privilégios processuais estabelecidos em favor do acusado, justificando-se exatamente pela situação inicial de desigualdade que coloca o acusado em posição inferior à ocupada pela acusação. (LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de direito processual penal*: volume único. 4. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 640).

das circunstâncias do caso concreto, sendo que essa decisão se realiza através da proporcionalidade.⁴

Aliás, conforme também exposto,⁵ não há direitos e garantias fundamentais com caráter absoluto, podendo, por isso, ser relativizados quando em conflito com outros direitos e garantias fundamentais, assumindo relevo ímpar a aplicação do princípio da proporcionalidade como técnica racional para resolução de conflitos entre direitos fundamentais.

Ademais, mesmo para aqueles que entendem ser a proporcionalidade uma regra para resolver conflitos entre princípios, conforme a doutrina de Alexy, seria possível a incidência da proporcionalidade, em virtude da natureza principiológica da norma prevista no art. 5, LVI, da Constituição Federal, conforme ensina parte da doutrina.

Não se poderia, então, segundo o próprio desenvolvimento da proporcionalidade, suprimi-la, *in abstrato*, de eventuais conflitos que surgem entre direitos e garantias fundamentais de seu âmbito de aplicação, sob pena de se desvirtuar sua função que, segundo a doutrina majoritária no Brasil, apresenta-se como aplicável a qualquer interpretação judicial envolvendo conflitos entre direitos ou garantias fundamentais.

Portanto, conclui-se que, apesar de o entendimento majoritário ser pela admissibilidade das provas ilícitas quando em benefício do réu e pela refutação, *in abstrato*, quando em seu prejuízo, pelo que foi exposto, o tema merece uma melhor reflexão doutrinária e jurisprudencial a fim de adaptá-lo à construção doutrinária da proporcionalidade.

Não obstante, o reconhecimento de admissibilidade das provas ilícitas em nome da proporcionalidade não deve ocorrer a qualquer custo, com base em tão somente em sopesamentos de bens jurídicos colidentes. Conforme visto, a proporcionalidade, compõe-se de três subprincípios.

É necessário, portanto, o órgão julgador, no momento de proceder ao exame da proporcionalidade, averiguar os três subprincípios, com a finalidade de limitar a utilização das provas ilícitas no processo penal, principalmente quando são utilizadas em prejuízo do réu.

Analisa-se, primeiramente, a adequação da medida intervintiva no direito fundamental. Após procede-se ao exame da necessidade da medida intervintiva, averiguando se não há medida menos gravosa apta a perseguir o objetivo pretendido. Por fim, procede-se ao exame da proporcionalidade em sentido estrito, sopesando os bens jurídicos em conflito *in concreto*.

Seguindo esse critério decisório, a maioria dos conflitos que se estabelecem em torno da prova ilícita podem ser resolvidos, desde logo, no plano da adequação e da necessidade, visto que o Estado possui à sua disposição diversos meios de obtenção de provas, devendo, assim, buscar os meios menos gravosos aos direitos e garantias fundamentais.

4 Sobre o assunto, *vide* tópico 4.4.

5 *Vide* tópico 3.

Todavia, a rigor, a doutrina processualista, nesse ínterim, analisa a admissibilidade das provas ilícitas, com um viés na ponderação das normas contrapostas, ou seja, na proporcionalidade em sentido estrito, o que, conforme visto, é seguido pela jurisprudência dos tribunais superiores.

Nesse sentido, merece, também, uma maior análise teórica por parte da doutrina e da jurisprudência os subprincípios da proporcionalidade, a fim de se limitar a utilização das provas ilícitas no processo penal, especialmente, quando em prejuízo do réu, bem como racionalizar as decisões judiciais.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Dalvaney Aparecida de.; DOROTEL, Junior Cesar. (In)Admissibilidade provas ilícitas no processo penal: um estudo sob a ótica do princípio da proporcionalidade. **Revista de Criminologias e Políticas Criminais**, Curitiba, v. 2, n. 2, p. 16 - 35, Jul/Dez. 2016. Disponível em: <www.indexlaw.org/index.php/revistacpc/article/download/1449/pdf>. Acesso em: 16 jul. 2016.

AVENA, Norberto. **Manual de Processo Penal**. 3. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: método, 2016.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4. ed. rev. 3. triagem. São Paulo: Malheiros, 2005.

ÁVILA, Thiago André Piraboran. **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 na área de Direito, Estado e Constituição) - Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, Brasília, 2006. Disponível em: <<http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/3103/1/Disserta%C3%A7%C3%A3o%20%20THIAGO%20ANDR%C3%89%20PIEROBOM%20DE%20%C3%81VILA-%20Provas%20Il%C3%ADcitas.pdf>>. Acesso em: 30 ago. 2023.

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

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 29. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2014.

BONFIM, Edilson Mougenot. **Curso de processo penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet.; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 05 de outubro de 1988. Brasília, DF, 05 out. 1988. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 02 ago. 2023.

BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 03 out. 1941. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Dec3689Compilado.htm>. Acesso em: 20 jun. 2023.

BRASIL. **Legislação Informatizada - LEI Nº 13.964, DE 24 DE DEZEMBRO DE 2019 – Veto**. Diário Oficial da União, Brasília. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2019/lei-13964-24-dezembro-2019-789639-veto-159755-pl.html>>. Acesso em: 19 out. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no HC n. 547.920/RJ**, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 13/9/2022, DJe de 19/9/2022. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>>. Acesso em: 19 out. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo em Recurso Especial nº 311804-PE**. Rel. Min. Jorge Mussi, Brasília, DF, 24 ago. 2017. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/492315174/agravo-em-recurso-especial-aresp-311804-pe-2013-0098281-7>>. Acesso em: 16 set. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus: 52.995-AL**. Rel. Min. Geraldo Og Nicéas Marques Fernandes, Brasília, DF, 16 set. 2010. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/16947786/habeas-corpus-hc-52995-al-2006-0011608-1/inteiro-teor-17049120?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 01 ago. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 7.216-SP**. Rel. Min. Edson Vidigal, Brasília, DF, 25 maio 1998. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/489220/recurso-ordinario-em-habeas-corpus-rhc-7216-sp-1998-0004035-8>>. Acesso em: 04 ago. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Informativo n. 75, Habeas Corpus nº 74.678-DF**. Rel. Min. Moreira Alves, Brasília, DF, 10 jun. 1997. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo75.htm>>. Acesso em: 27 jun. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Informativo n. 583, Habeas Corpus nº 90.376-RJ**. Rel. Min. Celso de Mello, Brasília, DF, 17 mar. 2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo583.htm>>. Acesso em: 31 jul. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Informativo n. 197, Recurso Especial nº 251.445-GO**. Rel. Min. Celso de Mello, Brasília, DF, 03 ago. 2000. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo197.htm>>. Acesso em: 01 ago. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Informativo n. 257, Reclamação nº 2.040-DF**. Rel. Min. Néri da Silveira, Brasília, DF, 21 fev. 2002. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo257.htm>>. Acesso em: 28 jun. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no RHC n. 150.343/GO**, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, relator para acórdão Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 15/8/2023, DJe de 30/8/2023. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>>. Acesso em: 19 out. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 378.374-MG**. Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, Brasília, DF, 14 mar. 2017. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/450539619/habeas-corpus-hc-378374-mg-2016-0296595-7/inteiro-teor-450539629?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 15 set. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 80.949-RJ**. Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Brasília, DF, 14 dez. 2001. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/776137/habeas-corpus-hc-80949-rj>>. Acesso em: 18 jun. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 70814-SP**. Rel. Min. Celso de Mello, Brasília, DF, 01 mar. 1994. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14706523/habeas-corpus-hc-70814-sp>>. Acesso em: 01 ago. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 74678-SP**. Rel. Min. Moreira Alves, Brasília, DF, 10 jun. 1997. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/742275/habeas-corpus-hc-74678-sp>>. Acesso em: 03 jul. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 23452-RJ**. Rel. Min. Celso de Mello, Brasília, DF, 16 set. 1999. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000020700&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 04 ago. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Especial nº 212.081-RO**. Rel. Min. Octavio Gallotti, Brasília, DF, 05 dez. 1997. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/diarios/77876594/trt-15-judiciario-07-10-2014-pg-844>>. Acesso em: 27 jun. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Especial nº 374981-RS**. Min. Rel. Celso de Mello, Brasília, DF, 28 mar. 2005. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo381.htm>>. Acesso em: 24 ago. 2023.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARNELUTTI, Francesco. **As misérias do processo penal**. 3. ed. 2. triagem. São Paulo: Edijur, 2015.

CORRÊA, Silvia Leme. **A PROVA PROCESSUAL PENAL ILÍCITA E A TEORIA DA PROPORCIONALIDADE**. 2006, 149 f. Dissertação (Mestrado em Direito, Setor de Ciências Jurídicas e Sociais) - Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2006. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp009453.pdf>>. Acesso em: 30 ago. 2023.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

CORRÊA, Silvia Leme. **A PROVA PROCESSUAL PENAL ILÍCITA E A TEORIA DA PROPORCIONALIDADE**. 2006, 149 f. Dissertação (Mestrado em Direito, Setor de Ciências Jurídicas e Sociais) - Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2006. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp009453.pdf>>. Acesso em: 30 ago. 2023.

COSTA, Roberta Pereira Negrão. **PROPORCIONALIDADE. UMA CLARIFICAÇÃO DO CONCEITO**. Disponível em: <www.agu.gov.br/page/download/index/id/1437974>. Acesso em: 31 ago. 2023.

DEZEM, Guilherme Madeira. **Curso de Processo Penal**. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2014.

FEITOZA, Denilson. **Direito processual penal: teoria, crítica e práxis**. 7. ed. rev. ampl. e atual. de acordo com as leis 11.983/2009, 12.015/2009, 12039/2009 e 12037/2009. Rio de Janeiro: Impetus, 2010.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GRECO FILHO, Vicente. **Manual de Processo penal**. 8. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010.

GRINOVER, Ada Pellegrini.; GOMES FILHO, Antonio Magalhães.; FERNANDES, Antonio Scarance. **As Nulidades no Processo Penal**. 9. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2006.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de direito processual penal**: volume único. 8. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2020

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**: volume único. 4. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016.

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

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

MASSON, Cleber. **Direito Penal**: Parte Geral. Vol. 1. 11. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 19. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005.

MIRABETE, Julio Fabbrine. **Código de processo penal interpretado**. 11. ed. 12. reimpr. São Paulo: Atlas, 2003.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **A constituição e as provas ilicitamente obtidas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

MUCCIO, Hidejalma. **Curso de processo penal**. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal**. 13. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

SILVA, César Dario Mariano da. Provas ilícitas e o princípio da proporcionalidade. **Carta Forense**, São Paulo, 10 nov. 2010. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/provas-ilicitas-e-o-princípio-da-proporcionalidade/6191>>. Acesso em: 15 jul. 2023.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 37. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2014.

STRECK, Lênio Luiz. Senso Incomum. Ministros do STJ não devem se aborrecer com a lei. **Consultor Jurídico - Conjur**, São Paulo, 07 jun. 2012. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2012-jun-07/senso-incomum-nao-aborreca-lei-ministra-nancy-andrighi>>. Acesso em: 22 ago. 2023.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 20. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016.

PARANÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. **Habeas Corpus nº 13414229-PR**. Rel. Des. Campos Marques, Curitiba, PR, 23 maio 2015. Disponível em: <<https://tj-pr.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/186166079/habeas-corpus-hc-13414229-pr-1341422-9-acordao>>. Acesso em: 15 set. 2023.

PARANÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. **Apelação nº 7453854-PR**. Rel. Des. Carlos Augusto de Mello, Curitiba, PR, 26 jan. 2012. Disponível em: <<https://tj-pr.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21366478/7453854-pr-7453854-4-acordao-tjpr/inteiro-teor-21366479>>. Acesso em: 18 set. 2023.

PARANÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. **Apelação nº 1308204-7**. Rel. Des. Ruy Alves Henrique Filho, Curitiba, PR, 20 ago. 2015. Disponível em: <<https://tj-pr.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/227126790/apelacao-apl-13082047-pr-1308204-7-acordao?ref=serp>>. Acesso em: 22 jun. 2023.

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 13. ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumes Juris, 2007.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

TÁVORA, Nestor.; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de processo penal**. 11. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016.

TEIXEIRA, Ana Paula Furlan. **Direito & Justiça**, Porto Alegre, v. 35, n. 2, p. 160-181, jul./dez. 2009. Disponível em: <revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/fadir/article/download/8249/6237> Acesso em: 13 jul. 2023.

TORNAGHI, Hélio. **Curso de processo penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de processo penal**. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

JEAN CARLOS FALCÃO MANOSSO - Graduado em Direito pela Universidade Estadual de Ponta Grossa (2018). Especialista em Direito Processual Penal e Prática Forense pela Universidade Estadual de Ponta Grossa, Brasil(2020). Autor de livros e artigos científicos relacionados a ciências jurídicas. Atualmente é Servidor Público do Ministério Público do Estado do Paraná (2023).

Curriculum lattes: <http://lattes.cnpq.br/3781890281097375>

PROVAS ILÍCITAS

E A PROPORCIONALIDADE



- 🌐 www.atenaeditora.com.br
- ✉ contato@atenaeditora.com.br
- 📷 [@atenaeditora](https://www.instagram.com/atenaeditora)
- FACEBOOK www.facebook.com/atenaeditora.com.br

PROVAS ILÍCITAS

E A PROPORCIONALIDADE



- 🌐 www.atenaeditora.com.br
- ✉ contato@atenaeditora.com.br
- 📷 [@atenaeditora](https://www.instagram.com/atenaeditora)
- FACEBOOK www.facebook.com/atenaeditora.com.br