



**CURSO DE PÓS GRADUAÇÃO EM DIREITO  
MÁRCIO AMORIM FRAGA**

**PROVA ILÍCITA NO PROCESSO PENAL – TEORIA DO FRUTO DA ARVORE  
ENVENENADA**

Salvador  
2017

**MÁRCIO AMORIM FRAGA**

**PROVA ILÍCITA NO PROCESSO PENAL – TEORIA DO FRUTO DA ARVORE  
ENVENENADA**

**Projeto de trabalho monográfico  
apresentado ao curso de Pós-Graduação  
da Faculdade Baiana de Direito como  
requisito à obtenção do título de  
Especialista em Ciências Criminais.**

Salvador  
2017

## DEDICATÓRIA

*Dedico este trabalho primeiramente a Deus, por ser essencial em minha vida, autor de meu destino, meu guia, socorro presente na hora da angústia, aos meus pais, pelo amor, incentivo e por serem meu exemplo de vitória, a Renata, pelo amor eterno e a meus irmãos e familiares.*

## AGRADECIMENTOS

A Deus por ter me dado saúde e força para superar às dificuldades.

A minha grandiosa mãe e o meu querido pai;

A todos os membros da minha família paterna e materna;

Meus agradecimentos aos amigos, companheiros de trabalhos e irmãos na amizade que fizeram parte da minha formação e que vão continuar presentes em minha vida com certeza;

Agradeço a todos os *professores* por me proporcionar o conhecimento não apenas racional, mas a manifestação do caráter e afetividade da educação no processo de *formação profissional*, por tanto que se dedicaram a mim, não somente por terem me ensinado, mas por terem me feito aprender;

A todos que direta ou indiretamente fizeram parte da minha formação, o meu muito obrigado.

*De tanto ver triunfar as nulidades; de tanto ver prosperar a desonra, de tanto ver crescer a injustiça. De tanto ver agigantarem-se os poderes nas mãos dos maus, o homem chega a desanimar-se da virtude, a rir-se da honra e a ter vergonha de ser honesto. (RUY BARBOSA).*

## RESUMO

É exatamente no conflito que se dá entre o chamado *jus libertatis x jus puniend* os quais estão intrinsecamente relacionados às exigências de proteção da coletividade e da pessoa humana, que se esteia a problemática ora citada neste trabalho. Em um primeiro momento, há o estudo do sistema probatório. Onde vemos que este passou por diversas fases através da história, adaptando-se a cultura, a política e aos costumes de cada sociedade. O Estado tem em suas mãos o *jus puniend*, ou seja, é ele que tem o poder de aplicar a lei. As provas são de grande relevância para o processo, pois é através delas que as partes podem no decurso do litígio apresentá-las com o fito de formar o convencimento do juiz. Ainda assim, a prova não fixa uma obrigação e sim um ônus, dessa forma, a prova passa a ser uma prerrogativa que cabe às partes demonstrar no processo um fato que alegou em seu favor. Não distante, como no processo penal procura-se por uma verdade real dos fatos, o magistrado não se deixa impor limites não se atendo apenas na iniciativa das partes, mas tem o dever de ser imparcial, este, não fica apenas como um mero expectador das provas ora produzidas pelas partes, ele pode e deve diligenciar para que se tenha convicção da verdade real dos fatos. Deve-se salientar que o direito à prova, assim como qualquer outro direito, não é sempre absoluto, nele incide certas limitações, não podendo jamais se antepor aos demais valores igualmente tutelados pelo legislador no nosso ordenamento jurídico, no sentido que o Estado não pode trivializar os direitos fundamentais com o mero intuito de obter provas. Nesse diapasão, temos as chamadas provas ilícitas, que são aquelas obtidas mediante transgressão de alguma norma de direito constitucional ou processual, e que ferem a dignidade da pessoa humana. É nesse contexto que surge o conflito entre o direito à liberdade do indivíduo como preceitua a nossa carta Magna e o poder de punir do Estado. Importante ressaltar que a Lei nº 11.690/2008 convalidou a inadmissibilidade das provas obtidas através de meios ilícitos. Também merecem destaque as provas ilegítimas que ferem uma norma de direito processual e as provas ilícitas por derivação, que foram obtidas de forma lícita, mas que se tornaram contaminadas porque nasceram de uma prova ilícita. Temos como demonstração a Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada nos reporta que uma prova obtida através de meio ilícito toma-se como ilícita todas as demais provas que dela resulte direta ou indiretamente. Perante as premissas acima, faz-se necessário citarmos o princípio da proporcionalidade. Onde dizemos de maneira simples que, ele busca o equilíbrio entre o exercício do poder e a proteção dos direitos do cidadão. Tal princípio fundamenta um verdadeiro abrandamento da vedação das provas ilícitas, pois havendo conflito entre bens jurídicos diferentes, deve existir uma ponderação, devendo o de menor valor ser sobreposto, mas somente em casos realmente excepcionais e relevantes. Entretanto, este princípio é de suma importância para a busca de uma justiça mais igualitária no nosso ordenamento jurídico.

**PALAVRAS CHAVES:** Direito Processual Penal; Prova Ilícita; Lei nº 11.690/2008; Teoria Dos Frutos da ÁRVORE ENVENENADA.

## ABSTRACT

It is precisely the conflict that occurs between *jus libertatis* x *jus puniend* which are intrinsically related to the protection requirements of the community and of the human person, which is the problem now stela cited in this paper. At first, there is the study of the probationary system. Where we see that this has gone through various phases throughout history, adapting to the culture, politics and customs of each society. The state has in his hands *jus puniend*, that is, he who has the power to enforce the law. The evidence is highly relevant to the process because it is through them that the parties may in the course of litigation presents them with the aim of forming the conviction of the judge. Still, the evidence does not set an obligation but a burden, therefore, evidence becomes a prerogative that it is for the parties to demonstrate a fact that in the process claimed in its favor. Not far, as in criminal proceedings demand by a real truth from facts, the judge does not let impose limits not sticking only to the initiative of the parties, it is not just as a mere spectator of the evidence now produced by the parties in the dispute, he You can and must ensure that it has convinced the real truth of the facts. It should be noted that the right to trial, as well as any other right, is not always absolute, it affects certain limitations and can not ever be raised against the other values are also protected by the legislator in our legal system, in the sense that the state can not trivialize the fundamental rights with the mere purpose of obtaining evidence. In this vein, we have the so-called illegal evidence, which are those obtained by violation of any standard of constitutional or legal right, and that hurt the dignity of the human person. It is in this context that the conflict between the right to freedom of the individual as precepts of our Constitution and the power to punish the state. Importantly, the Law No. 11.690 / 2008 convalidou the inadmissibility of evidence obtained through illicit means. Other highlights illegitimate evidence that hurt a rule of procedural law and the illegal evidence by derivation, which were obtained unlawfully, but which have become contaminated because they were born of an illicit test. We can show the Tree Fruits Theory Poisoned evidence obtained through illicit means is taken as illegal all the other evidence that it results directly or indirectly. Given the above assumptions, it is necessary to cite the principle of proportionality. Where we say simply that he seeks a balance between the exercise of power and the citizen's rights protection. This principle underlies a real slowdown in the sealing of illegal evidence, because there is no conflict between different legal interests, there must be a balance, with the lower value be overridden, but only in truly exceptional cases and relevant. However, this principle is of paramount importance to the search for a more egalitarian justice in our legal system.

**KEYWORDS:** Processual Criminal Law; Ilicita Proof; Law nº. 11.690/2008; Theory of Fruits of Poisoned Tree.

## SUMARIO

<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>11</b>
<b>1.BREVE HISTÓRICO DO SISTEMA PROBATÓRIO .....</b>	<b>13</b>
<b>2.PRESSUPOSTOS JURÍDICOS DO PROCESSO PENAL.....</b>	<b>17</b>
2.1 Noções introdutórias .....	17
2.2 Princípios.....	18
<b>3.PROVAS.....</b>	<b>28</b>
3.1 Conceito de prova .....	28
3.2 Da finalidade da prova.....	29
3.3 Classificação das provas.....	30
3.3.1 Quanto ao objeto.....	30
3.3.2 Quanto ao sujeito.....	31
3.3.3 Quanto à forma.....	31
3.4 Os meios de prova.....	32
3.5 Ônus da prova.....	33
<b>4.PRINCÍPIOS QUE NORTEIAM AS PROVAS.....</b>	<b>36</b>
4.1 Princípio Da vedação das provas obtidas por meio ilícito.....	36
4.2 Princípio da autoresponsabilidade das partes.....	37
4.3 Princípio do contraditório.....	37
4.4 Princípio do livre convencimento motivado ou persuasão racional.....	38
4.5 Princípio da aquisição da prova.....	39
4.6 Princípio da oralidade.....	40
4.7 Princípio da concentração.....	40
4.8 Princípio da publicidade.....	40

4.9 Princípio da liberdade probatória.....	41
4.10 Princípio do favor rei (in dubio pro reo) .....	41
4.11 O in dubio pro reo e a exclusão de ilicitude.....	42
<b>5. PROVAS ILÍCITAS.....</b>	<b>44</b>
5.1 Definição.....	44
5.2 Diferença entre prova ilícita e prova ilegítima.....	45
5.3 Limitação do Direito de prova.....	46
5.4 Admissibilidade das provas ilícitas e suas teorias.....	47
5.4.1 Teoria obstativa.....	48
5.4.2 Teoria permissiva.....	48
5.4.3 Teoria intermediária.....	49
5.5 Lei 11.690/2008: novas regras das provas ilícitas.....	50
5.6 Provas ilícitas por derivações .....	50
5.6.1 Teoria do fruto da árvore envenenada.....	50
<b>6. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE.....</b>	<b>54</b>
6.1 Breve histórico.....	54
6.2 Elementos do princípio da proporcionalidade.....	56
6.2.1 Princípio da adequação.....	56
6.2.2 Princípio da necessidade.....	56
6.3 Princípio da proporcionalidade em sentido estrito.....	57
6.4 Princípio da proporcionalidade à luz da Constituição de 1988.....	58
6.5 Princípio da proporcionalidade pro reo.....	59
6.6 Princípio da proporcionalidade pro societate.....	61
<b>7. CRÍTICA DOUTRINÁRIA A TEORIA DA PROPORCIONALIDADE.....</b>	<b>65</b>

<b>8. CONCLUSÃO.....</b>	<b>66</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>69</b>

## INTRODUÇÃO

Prova Ilícita não deixa de ser um tema deverás discutido, atual e controverso perante doutrinadores e a jurisprudência brasileira. A nossa própria Carta Magna de 1988 celebrou em seus artigos e incisos, diversos direitos fundamentais e cláusulas pétreas, como o direito à liberdade, à vida, à privacidade, não menos importante à intimidade, e o devido processo legal, trouxe também no rol dessas garantias e direitos fundamentais um assunto não menos importante que nos remete a restrição quanto à produção de provas no litígio através dos cognominados meios ilícitos, como preceitua o art. 5º, inciso LVI.

Tonificada com a Constituição, foi decretada a Lei nº 11.690/08, de 09 de junho de 2008 passou a valer também como norma processual, o que até então não figurava no nosso ordenamento jurídico, impedindo totalmente a utilização da prova ilícita, conforme dispõe o caput do novo 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”.

As principais razões para que haja no contexto processual penal as admissibilidades dos meios de prova podem ser elencadas como: a) no fato de não existir prova perfeita; e b) no necessário cumprimento do contraditório no processo; c) no princípio do livre convencimento motivado.

Em primeiro podemos destacar que, toda prova é apta para que o magistrado forme sua opinião perante os fatos a serem provados, seja essa em benefício da defesa ou da acusação. Em relação a isso, tanto as partes como o magistrado têm a sua inteira disposição a prerrogativa de buscar (seja através de diligências diretas ou por solicitação ou requisição) as provas que assim perceberem demonstrar a verdade real no processo penal.

Em segundo, reconhece-se que nenhuma prova poderá se sobrepor a outra. Perante isso, tenha-se afastado qualquer sistema que preveja a hierarquização ou tipologias de provas, possibilitando uma maior liberdade na busca dos meios mais eficazes e menos oneroso para a comprovação do fato no processo.

Em terceiro, não basta que o conjunto probatório seja lícito para formação da convicção do juiz. No mundo jurídico não se pode falar em processo justo sem a necessária retórica em torno das provas e contraprovas objetivando uma

confirmação ou refutação aos fatos aduzidos pelas partes no processo. Dito de outra forma, as partes devem participar ativamente da produção das provas. Assim, ao se taxar determinada prova há um claro prejuízo à dialética processual e à obtenção da verdade real dos fatos.

Justifica-se a escolha do tema por ser a prova um objeto de extrema importância para o processo penal, uma vez que é por meio desta que o juiz irá conhecer dos fatos pertinentes ao processo, sendo que o nosso ordenamento jurídico segue o princípio do *in dubio pro reo*, ou seja, a dúvida suscitada no processo favorece o réu, assim para que haja condenação é preciso que a autoria e a materialidade dos fatos no caso concreto sejam provadas, caso contrário o réu deverá ser absolvido por falta de prova.

Este trabalho monográfico terá como foco discutível questões sobre as provas colhidas ilícitamente e as garantias constitucionais, sendo que sua presença nos autos do processo pode mudar o rumo dos fatos e ludibriar o convencimento do magistrado e violar garantias previstas na Constituição Federal de 1988.

Iniciaremos com um breve histórico, detalharemos conceitos como a Teoria Geral da Prova, Conceito e Finalidade da Prova Lícita e Ilícita, Princípios das Provas, Prova Ilícita por Derivação, Uso da Prova Ilícita e sua inadmissibilidade, Posicionamento do STF e resultado do uso da Prova Ilícita no Processo Penal. Em um continuum, abordamos o desdobramento da prova e as teorias sobre a admissibilidade ou não das provas ilícitas.

## 1. BREVE HISTORICO DO SISTEMA PROBATÓRIO

Com o objetivo de melhor entendimento do processo penal e do nosso sistema probatório observamos que a análise da prova passou por diferentes fases através da história, moldando-se com a cultura, com os costumes e aos padrões político e econômico de cada sociedade.

Inicialmente, o método de apuração da verdade estava ligado à religião, onde os acusados eram submetidos a mecanismos de provas como: ordálias, juramentos e duelos para aferir sua verdade. Prevalencia nesses casos a verdade formal, onde se acreditava que o perdedor estaria sendo castigado por Deus através de intervenção divina.

Esse método era comumente chamado de os juízes dos Deuses, onde obrigavam os acusados a submeter-se a meios excruciantes para que fosse apurada a verdade, como a “prova de fogo”, a “prova das bebidas amargas”, a “prova das serpentes”, dentre outras. Na “prova das serpentes”, por exemplo, onde o acusado era colocado em um local no meio de centenas de cobras, se fosse mordido seria considerado culpado por força da vontade divina.

Consoante C.J.A. Mittermaier (1997, p. 17):

A confiança nas ordálias altamente testemunham ainda tendências vivas para o princípio da verdade formal: e nisto devemos ver uma consequência dessa crença enraizada no povo, de que a voz de Deus acaba por descobrir a verdade, e por dar proteção a quem tem por si o direito [...] Aos juízes de Deus (ordálias), constituem meio de prova decididamente formal, obrigando o juiz, embora com convicção diretamente contrária ao resultado de tal, a aceitar esse resultado como base e motivo de sua sentença.

Destarte, não haviam qualquer técnica de interrogatório ou respaldo jurídico, os julgamentos eram baseados somente em superstições, sem qualquer preocupação com a verdade real dos fatos.

Esse sistema arcaico permaneceu até o fim do século XII e no curso do século XIII, quando sob a égide do Direito canônico, que ainda não estava totalmente desvinculado da religião, a inquirição tomou lugar dos juízos de Deus, atribuindo a solução dos conflitos, não mais confiando às divindades os julgamentos.

Esse era o período inquisitivo, onde a confissão do acusado era o objetivo primordial da inquirição do acusado, visto que a obtenção da “verdade”, por todos os meios de provas possíveis era de fundamental importância para a punição das heresias.

Elegeu-se o método inquisitivo para dar guarita ao à igreja católica, que tinha vigilância sobre toda a sociedade, influenciado pela cultura e sociedade da época. A obsessão ilimitada da igreja pela verdade levou ao entendimento que a confissão era a “rainha das provas”, tendo um valor inequívoco, com a justificação que somente o acusado poderia ter o conhecimento preciso da realidade dos fatos. Assim, como efeito desse sistema inquisitório, o instrumento mais utilizado para obtenção dessas confissões era a tortura.

Em seguida ao período da inquisição tem início o sistema legal das provas, baseado em textos de Direito Romano e do Direito Canônico, estabeleceu-se em leis as regras para que fossem avaliadas as prova. Assim, ao juiz era dada a observância das provas, para saber quais seriam apreciadas e quais teriam validade no processo.

Poderíamos dizer que a prova tinha um valor já pré-fixado na norma, somente a combinação das provas admitidas e que tivessem sido anteriormente valoradas autorizaria a condenação do indivíduo, desse modo regulava-se detalhadamente os meios de provas, o que assegurou uma maior severidade da investigação, desaguando novamente na confissão, mesmo que fosse perante tortura, ainda era considerado o meio mais eficaz para a certeza necessária à condenação do réu.

Após esse período, com a falência do sistema repressivo das monarquias absolutistas e as grandes transformações sociais trazidas em decorrência da Revolução Industrial, proporcionou maior liberdade política para os povos, surtiu, assim, efeitos na esfera criminal, a qual passou a reavaliar o sistema das provas legais durante o processo.

Surgindo, então, o sistema do íntimo convencimento ou convicção, de forma que a observação dos fatos nos autos processuais deveria estar submetida à livre apreciação dos julgadores. A certeza residia na consciência do juiz, a avaliação das provas é deixada a sua inteira discricção, de forma que o magistrado sentenciava conforme a sua íntima convicção, sem necessidade de fundamentar o porquê da sentença.

Esse sistema é visto com moderação pela doutrina, pois toda decisão deve ser fundamentada. Apesar disso, podemos dizer que o nosso ordenamento jurídico ainda sofre influência desse sistema, exemplo no Tribunal do Júri, os jurados votam de maneira sigilosa e não precisam fundamentar.

A partir da Constituição de 1891, em seu art. 72, § 16º: Aos acusados se assegurará na lei a mais plena defesa, com os recursos e meios essenciais a ela; em 1934, o art. 113, n. 25: A lei assegurará aos acusados ampla defesa, com os meios e recursos essenciais a esta; mesmo na Carta do Estado Novo, de 1937, o art. 122 n° 11 incluía disposição segundo a qual a instrução criminal será contraditória, asseguradas antes e depois a formação da culpa, as necessárias garantias de defesa; no texto de 1946, o art. 141, § 25º: É assegurada aos acusados plena defesa. A instrução criminal será contraditória; e as mesmas garantias eram contempladas pelo art. 150, §§ 15º e 16º da Carta de 1967 e, ainda, no art. 153, §§ 15º e 16º da Emenda Constitucional n° 1, de 1969. E, por fim, a Magna Carta de 1988 que reiterou a imprescindibilidade do devido processo legal (art. 5º, inciso LIV) e do estado de inocência (art. 5º, inciso LVII).

A partir daí, com a evolução da doutrina legal, surgiu o sistema do livre convencimento motivado. Adotado por nosso ordenamento, jurídico, onde o magistrado tem ampla liberdade para apreciação das provas, todavia, a sua decisão deve ser totalmente fundamentada, respeitando as garantias processuais.

Em análise desse sistema, Tourinho Filho (1997, p. 122):

Sem o perigo do despotismo judicial que o sistema da íntima convicção ensejava e sem coactar os movimentos do Juiz no sentido de investigar a verdade como aconteceriam com o sistema das provas legais, está o sistema da livre apreciação ou livre convencimento [...] O juiz está livre de preceitos legais na aferição das provas, mas não pode abstrair-se ou alhear-se ao seu conteúdo. Não está dispensado de motivar a sua sentença.

Esse princípio encontra-se fixado em nosso sistema através de dois artigos, o primeiro o caput do artigo 155 do CPP, que dispõe: “O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvados as provas cautelares, não repetíveis e cautelares”, o

segundo o art. 93, inciso IX, que obriga toda decisão judicial ser fundamentada, sob pena de nulidade.

Por fim, compreende-se, que o sistema probatório está sempre sofrendo mudanças de acordo com a nova conjuntura político e social. E não raras vezes, a avaliação das provas está vinculada a todo um simbolismo que desagua em uma função persuasiva es ervem para fazer crer que existe uma verdade real dos fatos, é de suam importância que o juiz eleja versões trazidas pelas partes e possa também exercer sua valoração e incluir sua carga ideológica e aplica-la ao caso concreto.

## 2. PRESSUPOSTOS JURÍDICOS DO PROCESSO PENAL

### 2.1 Noções Introdutórias

Sobre o conceito de Processo Penal, assim afirma (CAPEZ, 2016, p. 76):

“Direito Processual Penal é o conjunto de princípios e normas que disciplinam a composição das lides penais, por meio da aplicação do Direito Penal objetivo”.

Ou seja, é por meio desse processo determinado por Lei que as lides serão solucionadas, efetivando assim, a jurisdição do Estado. Sobre o direito de punir do Estado:

O Estado, única entidade dotada de poder soberano, é o titular exclusivo do direito de punir (para alguns, poder-dever de punir). Mesmo no caso da ação penal exclusivamente privada, o Estado somente delega ao ofendido a legitimidade para dar início ao processo, isto é, confere-lhe o *jus perseguendi in judicio*, conservando consigo a exclusividade do *jus puniendi*. Esse direito de punir (ou poder-dever de punir), titularizado pelo Estado, é genérico e impessoal porque não se dirige especificamente contra esta ou aquela pessoa, mas destina-se à coletividade como um todo. Seria, aliás, de todo inconstitucional a criação de uma regra, unicamente, para autorizar a punição de determinada pessoa. (CAPEZ, 2016, p.76)

Como referenciado, o Estado é soberano e tem o dever de manter a ordem, posto isso, por meio da jurisdição o mesmo irá solucionar os conflitos. Ainda sobre sua função de punir:

Tal atuação é a tarefa por que o Estado, substituindo as partes em litígio, através de seus órgãos jurisdicionais, põe fim ao conflito de interesses, declarando a vontade do ordenamento jurídico ao caso concreto. Assim, o Estado-Juiz, no caso da lide penal, deverá dizer se o direito de punir procede ou não, e, no primeiro caso, em que intensidade pode ser satisfeito. É imprescindível a prestação jurisdicional para a solução do conflito de interesses na órbita penal, não se admitindo a aplicação de pena por meio da via administrativa. Até mesmo no caso das infrações penais de menor potencial ofensivo, em que se admite a transação penal (jurisdição consensual), há necessidade da homologação em juízo. (CAPEZ, 2016, p.77)

Sobre a função do processo:

A finalidade do processo é propiciar a adequada solução jurisdicional do conflito de interesses entre o Estado-Administração e o infrator, através de uma sequência de atos que compreendam a formulação da acusação, a produção das provas, o exercício da defesa e o julgamento da lide. (CAPEZ, 2016, p.78)

Cumprе ressaltar que o processo seria uma espécie de gênero no qual os procedimentos são realizados com o intuito de solucionar a lide. Destaca-se que o procedimento será comum ou especial. Sobre isso:

O procedimento é o modo pelo qual são ordenados os atos do processo, até a sentença. De acordo com o art. 394 do CPP, o procedimento será comum ou especial. O procedimento comum divide-se em: (a) **ordinário**: crime cuja sanção máxima cominada for igual ou superior a quatro anos de pena privativa de liberdade, salvo se não se submeter a procedimento especial; (b) **sumário**: crime cuja sanção máxima cominada seja inferior a quatro anos de pena privativa de liberdade, salvo se não se submeter a procedimento especial; (c) **sumaríssimo**: infrações penais de menor potencial ofensivo, na forma da Lei n. 9.099/95, ainda que haja previsão de procedimento especial. Enquadram-se nesse conceito as contravenções penais e os crimes cuja pena máxima não exceda a dois anos (*vide* art. 61da Lei n. 9.099/95). Dessa forma, a distinção entre os procedimentos ordinário e sumário dar-se-á em função da pena máxima cominada à infração penal e não mais em virtude de esta ser apenada com reclusão ou detenção. (CAPEZ, 2016, p.78)

Como relatado, o Estado por meio da jurisdição buscará por meio do processo solucionar a lide. Desse modo, faz mister salientar que existem elementos presentes na constituição de uma lide. Sendo esses elementos: litígio, pretensão e interesse e o conflito de interesses. Sobre casa elementos:

Interesse é a disposição de satisfazer uma necessidade. Pretensão é a exigência de subordinação de um interesse alheio a um interesse próprio. O conflito de interesses ocorre sempre que houver incompatibilidade entre os interesses postos em relação. (CAPEZ, 2016, p.80)

Como o Estado é detentor supremo da jurisdição, cumprе ressaltar princípios da jurisdição.

## 2.2 Princípios

Um dos princípios é o princípio da investidura. Sobre esse princípio:

“A jurisdição só pode ser exercida por quem tenha sido regularmente investido na autoridade de juiz.” (CAPEZ, 2016, p.86)

Princípio da indelegabilidade. Sobre o referido princípio:

Segue o princípio geral segundo o qual é vedado a qualquer Poder delegar atribuições. A Constituição fixa as atribuições do Poder Judiciário, de modo que nem à lei nem aos próprios membros deste é dado dispor de outra forma, delegando, por conveniência ou critérios próprios, suas funções a outro órgão. Não exercendo a jurisdição em nome próprio, não tem o juiz poder para dela dispor, invertendo os critérios previamente definidos. À regra existem exceções, v. g., art. 102, I, *m*, da Constituição Federal. Anote-se, todavia, que a prática de atos por carta precatória não se insere dentre as exceções. Impedido de praticar atos processuais fora dos limites da comarca sujeita à sua jurisdição, o juiz deprecante nada mais faz do que solicitar a cooperação daquele realmente competente para fazê-lo, o juiz deprecado. Impossível falar em delegação de um poder que ele próprio (deprecante) não tem, por incompetência. (CAPEZ, 2016, p.86)

Inevitabilidade. Sobre o mencionado princípio:

A jurisdição impõe-se independente da vontade das partes, que a ela devem sujeitar-se. A situação das partes, quanto ao juiz, na relação processual, é de absoluta *subjeição*, sendo-lhes impossível evitar que, sobre sua esfera jurídica, se exerça a autoridade jurisdicional. (CAPEZ, 2016, p.86)

Sobre o princípio da inafastabilidade:

A lei não pode excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão ou ameaça a direito, nem pode o juiz, a pretexto de lacuna ou obscuridade da lei, escusar-se de proferir decisão (CF, art. 5º, XXXV; LINDB, art. 4º). É o Judiciário que profere, sobre o litígio, a última palavra. (CAPEZ, 2016, p.87)

Cumprir o princípio do juiz natural:

Um dos princípios fundamentais da função jurisdicional, eis que intimamente relacionado com a imparcialidade do juízo, a garantia do *juiz natural* foi trazida para o direito brasileiro, desde o início, em seu duplice aspecto: a) proibição de juízo ou tribunal de exceção (tribunal *ad hoc*), isto é, criado *ex post facto* para o julgamento de um determinado caso concreto ou pessoa (CF, art. 5º, XXXVII); b) garantia do juiz competente (CF, art. 5º, LIII), segundo a qual ninguém será subtraído ao seu juiz constitucionalmente competente. (CAPEZ, 2016, p.87)

Após destacar a função do Estado em solucionar a lide devido ao seu dever jurisdicional, será abordado o processo em si, assim como seus princípios. Sobre o processo:

O processo é o meio pelo qual o Estado procede à composição da lide, aplicando o direito ao caso concreto e dirimindo os conflitos de interesse. A jurisdição é, portanto, a função; o processo, o instrumento de sua atuação. Sem processo não há como solucionar o litígio (ressalvados os casos em que se admitem formas alternativas de pacificação), razão por que é instrumento imprescindível para resguardo da paz social. (CAPEZ, 2016, p.90)

No processo existem outros princípios importantes que precisam ser ressaltados.

Sobre o princípio da imparcialidade do juiz:

O juiz situa-se na relação processual entre as partes e acima delas (caráter substitutivo), fato que, aliado à circunstância de que ele não vai ao processo em nome próprio, nem em conflito de interesses com as partes, torna essencial a imparcialidade do julgador. Trata-se da capacidade subjetiva do órgão jurisdicional, um dos pressupostos para a constituição de uma relação processual válida. Para assegurar essa imparcialidade, a Constituição estipula garantias (art. 95), prescreve vedações (art. 95, parágrafo único) e proíbe juízes e tribunais de exceção (art. 5º, XXXVII). Dessas regras decorre a de que ninguém pode ser julgado por órgão constituído após a ocorrência do fato. (CAPEZ, 2016, p.96)

Princípio da igualdade processual:

Desdobramento do princípio consignado na Constituição Federal, art. 5º, *caput*, de que todas as pessoas são iguais perante a lei. Dessa forma, as partes devem ter, em juízo, as mesmas oportunidades de fazer valer suas razões, e ser tratadas igualmente, na medida de suas igualdades, e desigualmente, na proporção de suas desigualdades (CF, art. 5º, *caput*). No processo penal, o princípio sofre alguma atenuação pelo, também constitucional, princípio do *favor rei*, postulado segundo o qual o interesse do acusado goza de alguma prevalência em contraste com a pretensão punitiva. Expressões legais de tal prevalência são os textos dos arts. 609, parágrafo único (embargos infringentes e de nulidade) e 621 e s. (revisão criminal) do Código de Processo Penal. (CAPEZ, 2016, p.96)

Princípio do contraditório:

A bilateralidade da ação gera a bilateralidade do processo, de modo que as partes, em relação ao juiz, não são antagônicas, mas colaboradoras necessárias. O juiz coloca-se, na atividade que lhe incumbe o Estado-Juiz,

equidistante das partes, só podendo dizer que o direito preexistente foi devidamente aplicado ao caso concreto se, ouvida uma parte, for dado à outra manifestar-se em seguida. Por isso, o princípio é identificado na doutrina pelo binômio *ciência e participação*. (CAPEZ, 2016, p.97)

#### Princípio da ampla defesa:

Implica o dever de o Estado proporcionar a todo acusado a mais completa defesa, seja pessoal (autodefesa), seja técnica (efetuada por defensor) (CF, art. 5º, LV), e o de prestar assistência jurídica integral e gratuita aos necessitados (CF, art. 5º, LXXIV). Desse princípio também decorre a obrigatoriedade de se observar a ordem natural do processo, de modo que a defesa se manifeste sempre em último lugar. Assim, qualquer que seja a situação que dê ensejo a que, no processo penal, o Ministério Público se manifeste depois da defesa (salvo, é óbvio, nas hipóteses de contrarrazões de recurso, de sustentação oral ou de manifestação dos procuradores de justiça, em segunda instância), obriga, sempre, seja aberta vista dos autos à defensoria do acusado, para que possa exercer seu direito de defesa na amplitude que a lei consagra. (CAPEZ, 2016, p.98)

#### Princípio da ação ou demanda:

Cabe à parte a atribuição de provocar a atuação da função jurisdicional, uma vez que os órgãos incumbidos de prestá-la são inertes. Decorrência dessa regra é a impossibilidade de o juiz tomar providências que superem ou sejam estranhas aos limites do pedido (*ne eat iudex ultra petita partium*). É verdade que o juiz, sem modificar a descrição do fato contida na denúncia ou queixa, poderá atribuir-lhe definição jurídica diversa, ainda que, em consequência, tenha de aplicar pena mais grave (CPP, art. 383). Nesse caso não se caracteriza julgamento *ultra petita*, e sim a livre aplicação do direito pelo juiz, em virtude do princípio *jura novit curia*. (CAPEZ, 2016, p.99)

#### Princípio da disponibilidade e da indisponibilidade:

Disponibilidade é a liberdade que as pessoas têm de exercer ou não seus direitos. No direito processual civil é quase absoluta esta disponibilidade, já que as únicas limitações decorrem da natureza indisponível de certos direitos materiais. Por razão inversa, prevalece no processo criminal o princípio da indisponibilidade ou da obrigatoriedade. O crime é uma lesão irreparável ao interesse coletivo, decorrendo daí o dever de o Estado aplicar as regras jurídico-punitivas. Desse modo, a autoridade policial não pode se recusar a proceder às investigações preliminares (CPP, art. 5º) nem arquivar inquérito policial (CPP, art. 17), do mesmo modo que o Ministério Público não pode desistir da ação penal (CPP, art. 42) nem do recurso interposto (CPP, art. 576). É a regra da *irretratabilidade*. A Constituição, contudo, admite um abrandamento dessa regra, como já falado, permitindo transação em infrações penais de diminuta potencialidade lesiva (CF, art. 98, I, c/c a Lei n. 9.099/95, art. 76). (CAPEZ, 2016, p.100)

#### Princípio da oficialidade:

Em decorrência da indisponibilidade do processo penal, os órgãos incumbidos da *persecutio criminis* não podem ser privados. Sendo eminentemente pública a função penal, a pretensão punitiva do Estado também deve ser deduzida por agentes públicos. A Constituição consagra o princípio da oficialidade ao dispor que a ação penal pública é privativa do Ministério Público (CF, art. 129, I) e que a função de polícia judiciária incumbe à polícia civil (CF, art. 144, § 4º, c/c o CPP, art. 4º). (CAPEZ, 2016, p.100)

#### Princípio da oficiosidade:

As autoridades públicas incumbidas da persecução penal devem agir de ofício, sem necessidade de provocação ou de assentimento de outrem. O abrandamento é dado, novamente, pelos casos de ação penal de iniciativa privada (CPP, art. 5º, § 5º) e de ação penal pública condicionada. A regra não impede a provocação dos órgãos públicos por qualquer do povo, conforme o Código de Processo Penal, art. 27. (CAPEZ, 2016, p.101)

#### Da verdade formal ou dispositivo:

Regra de que o juiz depende, na instrução da causa, da iniciativa das partes quanto às provas e às alegações em que fundamentará sua decisão (*iudex secundum allegata et probata partium iudicare debet*). Segundo o princípio, pode o juiz dar-se por satisfeito, quanto à instrução do feito, com as provas produzidas pelas partes, rejeitando a demanda ou a defesa por falta de elementos de convicção. Este princípio é próprio do processo civil. Contudo, nota-se clara tendência publicista no processo, levando o juiz a assumir uma posição mais ativa, impulsionando o andamento da causa, determinando provas *ex officio* e reprimindo condutas abusivas ou irregulares. (CAPEZ, 2016, p.101)

#### Princípio da verdade material ou da livre investigação das provas:

Característico do processo penal, dado o caráter público do direito material *sub iudice*, excludente da autonomia privada. É dever do magistrado superar a desidiosa iniciativa das partes na colheita do material probatório, esgotando todas as possibilidades para alcançar a verdade real dos fatos, como fundamento da sentença. (CAPEZ, 2016, p.101)

#### Princípio do impulso oficial:

Instaurada a relação processual, compete ao juiz mover o procedimento de fase em fase, até exaurir a função jurisdicional. Em sua etimologia, a palavra processo traduz a ideia de avanço, marcha para a frente. O juiz deve movimentá-lo até o ato final, que é a sentença. (CAPEZ, 2016, p.102)

### Princípio da persuasão racional do juiz:

O juiz só decide com base nos elementos existentes no processo, mas os avalia segundo critérios críticos e racionais, devendo observar, na sua apreciação, as regras legais porventura existentes e as máximas de experiência. É o sistema que vale como regra. Opõe-se ao sistema da prova legal, que atribui valor absoluto aos elementos probatórios, obrigando o juiz a aplicá-los mecanicamente, sem qualquer valoração subjetiva (p. ex.: depoimento de uma única testemunha não vale), e ao sistema do julgamento *secundum conscientiam*, onde a decisão é livre de qualquer critério (Júri popular). (CAPEZ, 2016, p.102)

### Princípio da motivação das decisões judiciais:

As decisões judiciais precisam sempre ser motivadas (CF, art. 93, IX; CPP, art. 381). Outrora destinado apenas às partes e aos tribunais superiores com competência recursal, com vistas a possibilitar àquelas a impugnação das decisões e a estes o respectivo reexame, o princípio é visto hoje em seu aspecto político: garantia da sociedade, que pode aferir a imparcialidade do juiz e a legalidade e justiça das suas decisões. (CAPEZ, 2016, p.102)

### Princípio da publicidade:

A publicidade é garantia de independência, imparcialidade, autoridade e responsabilidade do juiz. Encontra exceção nos casos em que o decoro ou o interesse social aconselhem que eles não sejam divulgados (CPP, arts. 485, § 11, e 792, § 1º). Esta é a chamada *publicidade restrita*, segundo a qual os atos são públicos só para as partes e seus procuradores, ou para um reduzido número de pessoas. A restrição se baseia no art. 5º, LX, da CF, segundo o qual “a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem”. (CAPEZ, 2016, p.103)

### Princípio da lealdade processual:

Consiste no dever de verdade, vedando-se o emprego de meios fraudulentos (ilícitos processuais). Sua violação acarreta sanções de ordem processual. O princípio não mereceu acolhida no Código de Processo Penal, sendo este omissivo a respeito. Todavia, a fraude destinada a produzir efeitos em processo penal foi tipificada no Código Penal como crime apenado com detenção (CP, art. 347). (CAPEZ, 2016, p.104)

### Princípio da economia processual:

O processo é instrumento, não se podendo exigir um dispêndio exagerado com relação aos bens que estão em plena disputa. Exprime a procura da máxima eficiência na aplicação do direito, com o menor dispêndio de atos processuais possível. No processo penal, não se anulam atos imperfeitos quando não prejudicarem a acusação ou a defesa e quando não influírem na apuração da verdade substancial ou na decisão da causa (CPP, arts. 563 e 566). Outras situações em que se aplica o princípio são: a reunião de processos conexos ou em relação de continência (CPP, arts. 76 e 77), a reconvenção, a ação declaratória incidental, o litisconsórcio etc. (CAPEZ, 2016, p.104)

#### Princípio da celeridade processual:

De acordo com o art. 8º do Pacto de São José da Costa Rica (Convenção Americana sobre Direitos Humanos, promulgada pelo Decreto n. 678, de 6-11-1992), são garantias judiciais: “1. Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e *dentro de um prazo razoável*, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, *na apuração de qualquer acusação penal* formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza”. Muito embora no Brasil já acolhêssemos o princípio da celeridade processual com base no Pacto de São José da Costa Rica, a EC n. 45/2004 cuidou de erigi-lo expressamente em garantia constitucional, acrescentando um novo inciso ao art. 5º, o LXXVIII, o qual prevê que “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”. (CAPEZ, 2016, p.105)

#### Princípio do duplo grau de jurisdição:

Trata-se da possibilidade de revisão, por via de recurso, das causas já julgadas pelo juiz de primeiro grau. O princípio em epígrafe não é tratado de forma expressa fora do Pacto de San José. Decorre ele, no plano constitucional, da própria estrutura atribuída ao Poder Judiciário, incumbindo-se a Constituição, nos arts. 102, II, 105, II, e 108, II, de outorgar competência recursal a vários órgãos da jurisdição, reportando--se expressamente aos tribunais, no art. 93, III, como órgãos do Poder Judiciário de segundo grau. Há casos preceituados na própria Lei Maior de inexistência do duplo grau de jurisdição, como, por exemplo, as hipóteses legais de competência originária do Supremo Tribunal Federal (CF, art. 102, I). (CAPEZ, 2016, p.105)

#### Princípio do juiz natural:

Está previsto no art. 5º, LIII, da Constituição Federal, que dispõe que ninguém será sentenciado senão pelo juiz competente. Significa dizer que todos têm a garantia constitucional de ser submetidos a julgamento somente por órgão do Poder Judiciário, dotado de todas as garantias institucionais e pessoais previstas no Texto Constitucional. Juiz natural é, portanto, aquele previamente conhecido, segundo regras objetivas de competência estabelecidas anteriormente à infração penal, investido de

garantias que lhe assegurem absoluta independência e imparcialidade. Do princípio depreende-se também a proibição de criação de tribunais de exceção, com os quais, evidentemente, não se confundem as jurisdições especializadas, que são meras divisões de atividade jurisdicional. (CAPEZ, 2016, p.107)

#### Princípio do promotor natural:

Este princípio também deflui da regra constante do art. 5º, LIII, da Constituição, e significa que ninguém será processado senão pelo órgão do Ministério Público, dotado de amplas garantias pessoais e institucionais, de absoluta independência e liberdade de convicção e com atribuições previamente fixadas e conhecidas. O Plenário do STF, por maioria de votos, vedou a designação casuística de promotor, pela Chefia da Instituição, para promover a acusação em caso específico, uma vez que tal procedimento chancelaria a figura do chamado “promotor de exceção” (HC 67.759/RJ, rel. Min. Celso de Mello, *RTJ*, 150/123). Fica, portanto, afastada a possibilidade de nomeação de um promotor para exercer as funções de outro, já regularmente investido no respectivo cargo (nesse sentido: STF, Pleno, HC 69.599, rel. Min. Sepúlveda Pertence, *DJU*, 27 ago. 1997, p. 17020). Observe-se que, quando ainda não tiver sido criado por lei o cargo, evidentemente não se poderá cogitar de promotor natural para o mesmo, podendo o Procurador-Geral designar qualquer órgão para o exercício daquela função. (CAPEZ, 2016, p.107)

#### Princípio da verdade real:

No processo penal, o juiz tem o dever de investigar como os fatos se passaram na realidade, não se conformando com a verdade formal constante dos autos. Para tanto, o art. 156, II, faculta ao juiz, de ofício, determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante. Esse princípio é próprio do processo penal, já que no cível o juiz deve conformar-se com a verdade trazida aos autos pelas partes, embora não seja um mero espectador inerte da produção de provas. (CAPEZ, 2016, p.108)

#### Destaca-se o princípio da legalidade:

Os órgãos incumbidos da persecução penal não podem possuir poderes discricionários para apreciar a conveniência ou oportunidade da instauração do processo ou do inquérito. No caso de infrações penais insignificantes, não pode ser aplicado o princípio *minima non curat praetor*, pois este decorre do princípio da oportunidade, estranho ao processo penal. Assim, a autoridade policial, nos crimes de ação pública, é obrigada a proceder às investigações preliminares, e o órgão do Ministério Público é obrigado a apresentar a respectiva denúncia, desde que se verifique um fato aparentemente delituoso. (CAPEZ, 2016, p.111)

#### Princípio da autoritariedade:

“Os órgãos investigantes e processantes devem ser autoridades públicas (delegado de polícia e promotor ou procurador de justiça). A ação penal privada também configura exceção a esta regra.”. (CAPEZ, 2016, p. 112)

#### Princípio da iniciativa das partes:

O juiz não pode dar início ao processo sem a provocação da parte. Cabe ao Ministério Público promover privativamente a ação penal pública (CF, art. 129, I) e ao ofendido, a ação penal privada, inclusive a subsidiária da pública (CPP, arts. 29 e 30; CF, art. 5º, LIX). Com base neste princípio, alguns tribunais têm sustentado a insubsistência do recurso *ex officio*, previsto nos arts. 5743. e 746 do Código de Processo Penal. O princípio é decorrência da adoção, pelo direito processual brasileiro, do sistema do processo acusatório. (CAPEZ, 2016, p.113)

#### Princípio da identidade física do juiz:

Consiste na vinculação do juiz aos processos cuja instrução acompanhou. Não vigorava no processo penal, salvo no que dissesse respeito ao júri popular, no qual os mesmos jurados que presenciassem a produção da prova testemunhal e assistissem aos debates deveriam julgar os fatos. Com o advento da reforma processual penal, o princípio da identidade física do juiz passou a ser uma imposição legal constante da redação do art. 399, § 2º, do CPP, o qual dispôs que: “O juiz que presidiu a instrução deverá proferir a sentença”. Esse princípio deverá ser aplicado a todos os procedimentos. Na realidade, ele veio ao encontro da nova sistemática dos procedimentos penais que privilegiou o princípio da oralidade, do qual decorre a concentração dos atos processuais em audiência única e o imediato contato do juiz com as provas. (CAPEZ, 2016, p.114)

#### Princípio do devido processo legal:

Consiste em assegurar à pessoa o direito de não ser privada de sua liberdade e de seus bens, sem a garantia de um processo desenvolvido na forma que estabelece a lei (*due process of law* – CF, art. 5º, LIV). No âmbito processual garante ao acusado a plenitude de defesa, compreendendo o direito de ser ouvido, de ser informado pessoalmente de todos os atos processuais, de ter acesso à defesa técnica, de ter a oportunidade de se manifestar sempre depois da acusação e em todas as oportunidades, à publicidade e motivação das decisões, ressalvadas as exceções legais, de ser julgado perante o juízo competente, ao duplo grau de jurisdição, à revisão criminal e à imutabilidade das decisões favoráveis transitadas em julgado. (CAPEZ, 2016, p.115)

#### Inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos:

São inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos (CF, art. 5º, LVI). As provas obtidas por meios ilícitos constituem espécie das chamadas provas vedadas. Prova vedada é aquela produzida em contrariedade a uma norma legal específica. A vedação pode ser imposta por norma de direito material ou processual. Conforme a natureza desta, a prova poderá ser catalogada como ilícita ou ilegítima, respectivamente. Assim, ao considerar inadmissíveis todas as “provas obtidas por meios ilícitos”, a Constituição proíbe tanto a prova ilícita quanto a ilegítima. Provas ilícitas são aquelas produzidas com violação a regras de direito material, ou seja, mediante a prática de algum ilícito penal, civil ou administrativo. Podemos citar como exemplos: a diligência de busca e apreensão sem prévia autorização judicial ou durante a noite; a confissão obtida mediante tortura; a interceptação telefônica sem autorização judicial; o emprego do detector de mentiras; as cartas particulares interceptadas por meios criminosos (cf. art. 233 do CPP) etc. Provas ilegítimas são as produzidas com violação a regras de natureza meramente processual, tais como: o documento exibido em plenário do Júri, com desobediência ao disposto no art. 479, *caput* (CPP); o depoimento prestado com violação à regra proibitiva do art. 207 (CPP) (sigilo profissional) etc. (CAPEZ, 2016, p.116)

Após destacar e relatar todos os supracitados princípios de natureza penal, faz mister tratar das provas especificamente.

### 3. DA PROVA

#### 3.1 Conceito de Prova

O termo prova vem do Latim – probatio – que tem significado de ensaio, verificação, inspeção, exame, argumento, confirmação; deste termo deriva o verbo provar, em latim “probare”, que significa estar satisfeito com algo, demonstrar algo.

A prova tem como finalidade reconstituir os fatos, da autoria e da materialidade convencendo e subsidiando sucintamente o magistrado fazendo com que o mesmo venha a formar uma ideia de como se trilhou o caminho dos fatos e tentando dar plena convicção para que se faça um juízo de valor acerca dos fatos exibidos pelas partes em litígio.

GRINOVER (2009, p.21) traz em suas palavras que nem sempre a certeza e a verdade coincidem:

[...] verdade, em geral, é a conformidade da noção ideológica com a realidade; a crença na percepção desta conformidade é a certeza. Ela é, portanto, um estado subjetivo da alma, podendo não corresponder à verdade objetiva. Certeza e verdade nem sempre coincidem: por vezes, tem-se certeza do que objetivamente é falso; por vezes duvida-se do que objetivamente é verdadeiro. E a mesma verdade que aparece certa a uns, a outros parece duvidosa, e, por vezes, até mesmo falsa a outros.

Ainda na trilha do conceito de prova FERNANDO CAPEZ (2009, p.243). cita:

[...] toda circunstância, fato ou alegação referente ao litígio sobre os quais pesa incerteza, e que precisam ser demonstrados perante o juiz para o deslinde da causa. São, portanto, fatos capazes de influir na decisão do processo, na responsabilidade penal e na fixação da pena ou medida de segurança, necessitando, por essa razão, de adequada comprovação em juízo.

Portanto, a prova não tem apenas como intuito de ratificar, na fase instrutória do processo, a veracidade ou falsidade de uma afirmação feita pela parte, bem como a realidade ou não de um fato. Provar é produzir a verdade mesmo que esta

seja em desacordo ao que se demonstra nos autos do processo, pois a finalidade da prova é a finalidade do direito, ou seja, o objetivo final é que se faça justiça.

Mirabete (2008, p.256) salienta:

Para que o juiz declare a existência da responsabilidade criminal e imponha sanção penal a uma determinada pessoa é necessário que adquira a certeza de que se foi cometido um ilícito penal e que seja ela a autora. Para isso, deve-se convencer de que são verdadeiros determinados fatos, chegando á verdade quando a idéia da forma em verdade trata a instrução, essa demonstração que deve gerar no juiz a convicção de que necessita para o seu convencimento é o que constitui a prova.

A prova no processo penal não deve se ater apenas a verossimilhança, é necessário um elevado grau de exatidão sobre a prova do fato e a autoria, pois havendo duvidas em relação à materialidade e autoria o magistrado deve de pronto absolver o réu por “Insuficiência de Provas” como preceitua o artigo 386, inciso VI, do CPP nas atividades processuais. Não podemos projetar uma pena com base em provas colhidas num passado para se colher uma os efeitos num futuro próximo, pois o homem que outrora praticou o fato não é o mesmo que estará em julgamento em virtude do lapso prazal, por isso as provas buscam recriar condições satisfatórias para que o magistrado reconstrua todo o fato e possa deliberar sobre a peça acusatória.

### 3.2 Da Finalidade Da Prova

Analisando o que foi discorrido sobre o conceito de prova, pode se dizer que a finalidade da prova no litígio é formar o convencimento do magistrado sobre um fato que é trazido à baila para dentro do processo, e por transcendência, dar lastro às decisões por ele tomadas.

Cordero, afirma que:

Os processos são máquinas retrospectivas que se dirigem a estabelecer se algo ocorreu e quem o realizou, cabendo às partes formular hipóteses, e ao juiz acolher a mais provável, com estrita observância de determinadas normas, trabalhando com base em um conhecimento empírico.

### 3.3 Classificação das Provas

#### 3.3.1 Quanto ao objeto

Podemos enunciar que o objeto da prova, ou *thema probandum*, é a coisa, o fato, ou seja, o episódio ou circunstância que deve ser demonstrado durante o processo. As provas podem ser tipificadas como diretas ou indiretas. Onde as primeiras são destinadas a demonstrar o fato principal da lide, são aquelas que por si só já comprovam o fato, já as provas indiretas são aquelas destinadas à demonstração de fatos secundários no processo, quando um fato segundo prova o principal. São tidas como provas indiretas as presunções e indícios.

Nem todos os fatos devem estar submetidos à atividade probatória, apenas aqueles que interessam diretamente a lide é que suscitam o empenho da parte em demonstrá-los. Além de concernentes, só devem ser postos a prova os fatos que são realmente relevantes, pois estes sim podem influir na decisão da lide.

Citando, José Frederico Marques (2000, p. 332), “Objeto in concreto da prova são os fatos relevantes para a decisão do litígio. Donde excluir-se, do procedimento instrutório, toda prova não pertinente ou irrelevante”.

Para Mirabete, (2006, p. 250):

O objeto da prova refere-se, pois, aos fatos relevantes para a decisão da causa, devendo ser excluídos aqueles que não apresentam qualquer relação com o que é discutido e que, assim, nenhuma influência pode ter na solução do litígio.

O fato incontroverso não é excluído do objeto da prova no processo penal, ou seja, aquele que as partes admitem.

De acordo com Vincenzo Manzini apud José Frederico Marques (1965, p. 332): “O juiz penal não está obrigado a admitir o que as partes afirmam contestes, uma vez que lhe é dado indagar sobre tudo que lhe pareça duvidoso e suspeito”.

Todavia, não precisam ser provados os fatos incontestes (intuitivos), aqueles que se tornam evidentes por si mesmos, v.g, se alguém provar que estava em um determinado lugar na hora do crime, este não precisa comprovar que não estava no local do crime. Fatos que tem notoriedade também não precisam ser provados, fatos

notórios são aqueles em que o conhecimento faz parte da cultura de uma sociedade, por exemplo, que o Dia do trabalhador é comemorado no dia 01 de maio. Além disso, fatos duvidosos não precisam ser provados, pois, presumir é tomar como verdadeiro um fato, independentemente de prova. Diferencia-se a presunção absoluta (*juris et de jure*), que não admite prova em contrário, da presunção relativa (*juris tantum*) que admite prova em contrário.

Segundo (MOSSIN, 1998, p. 207):

Ainda, quanto ao objeto, à prova pode ser plena ou semiplena. A prova plena é aquela que é convincente e completa a respeito dos fatos. É aquela de que se gerou a certeza relativamente ao fato e foi produzida segundo as regras legais, culminando em esclarecer, tornar irrefutável, a controvérsia diante do fato afirmado.

Já a prova semiplena pode ser aquela que traz uma mera probabilidade, não apresentando uma convicção segura, não gera uma certeza incontestável sobre os fatos, distinguindo-se da prova plena.

### 3.3.2 Quanto ao sujeito

As provas, quanto ao sujeito, seguimos a doutrina de Fernando Capez (1998): onde o mesmo vislumbra que a prova pode ser pessoal ou real onde a primeira é aquela que encontra sua origem na pessoa, consiste em afirmações pessoais e conscientes, como as realizadas nas declarações ou narração do que se sabe a respeito do fato, temos como exemplo o interrogatório, depoimentos, as conclusões periciais. A segunda consiste em uma análise de uma coisa externa e distinta da pessoa, e que podem atestar dada afirmação: podemos citar como exemplo o lugar, o cadáver, a arma etc.

### 3.3.3 Quanto à forma

No que se diz respeito quanto à forma, ainda citando Fernando Capez a prova é testemunhal: resultado do depoimento prestado por pessoa estranha ao processo sobre fatos de seu conhecimento relacionados ao litígio; prova documental: aquela

produzida por meio de documentos; e em seguida temos a prova material: obtida por meio químico, biológico ou físico, por exemplo: corpo de delito, vistorias, exames e etc.

### 3.4 Os Meios de Prova

São aqueles utilizados pelo juiz para o conhecimento dos fatos, são todas ações perpetradas para demonstrar a verdade dos fatos. Como no processo penal brasileiro vigora o princípio da verdade real, não existe limitação em relação aos meios de prova, de modo que as partes podem utilizá-los livremente, pois havendo limitação dessas, prejudicaria a obtenção da verdade real. Sobre o tema, Julio Fabrini Mirabete, (2000, p. 171):

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

Podemos vislumbrar que no processo penal o interesse público ou social de repressão ao crime, qualquer que seja a limitação à prova, prejudica a obtenção da verdade real, e, em virtude, uma justa aplicação da lei. Nesse sentido podemos citar decisão do Egrégio Supremo Tribunal Federal:

Visando o processo penal o interesse público ou social de repressão ao crime, qualquer limitação à prova prejudica a obtenção da verdade real e, portanto, a justa aplicação da lei. A investigação deve ser a mais ampla possível, já que tem como objetivo alcançar a verdade do fato, da autoria e das circunstâncias (STF, HC n. 69.204-4/SP, 1ª Turma, Rel. Min. Carlos Velloso, DJU 04/09/1992).

Não muito longe, no Código de Processo Penal, podemos identificar certas limitações ao “princípio da liberdade dos meios de prova”, não sendo esse princípio

absoluto. O disposto no parágrafo único do artigo 155 diz que devem ser observadas as mesmas exigências e formalidades da lei civil para a prova quanto ao estado das pessoas v.g.: morte, casamento e parentesco são situações que somente se provam mediante as respectivas certidões, (art. 1543 do Código Civil) assim ainda como exemplo temos o artigo 158 do CPP, que exige o exame de corpo de delito para as infrações que deixam lesões ou vestígios, não admitindo que este seja suprido pela confissão do acusado, e ainda a inadmissibilidade das provas obtidas por meio ilícito, presente no artigo 5º, inciso LVI, da Constituição Federal, contudo essa regra, também não é absoluta.

Nesse patamar, recentemente, ocorreu alteração no Código de Processo Penal dada pela redação da Lei 11.690 de 2008, em seu artigo 157 que passou dispor da seguinte forma:

Art. 157 – São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais.

§ 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.

Conforme estabelece Prado (2006, p.6), *“meio de prova é tudo o que possa ser utilizado para a demonstração da ocorrência dos fatos alegados e perseguidos no processo”* (DERMECIAN; MALALY Apud PRADO).

Os meios de prova são, portanto, todos os recursos, materiais ou não, que direta ou indiretamente, oferecidos ao magistrado como meio de conhecimento para que se tenha a formação da imagem de um crime e que o resultado seja a tomada de decisão, são esses meios a prova testemunhal, documento, pericia.

### 3.5 Ônus da Prova

A palavra ônus tem sua origem latina “ônus”, significado: fardo, peso, carga, imposição.

A prova não consolida um dever, uma obrigação e sim um encargo, um ônus, como o próprio nome diz.

Para Fernando Capez, (1998, p. 242): *“A prova não constitui uma obrigação processual e sim um ônus, ou seja, a posição jurídica cujo exercício conduz seu titular a uma condição mais favorável”*.

Faz-se necessário estabelecer diferenças entre ônus da prova e obrigação. A Obrigação decorre de um dever estritamente ligado à obrigatoriedade, já o ônus o cumprimento é facultativo, mas neste caso a parte não terá a vantagem que deveria se tivesse atuado no processo.

Para Moraes e Lopes (Paulo Heber de Moraes e João Batista Lopes, apud NUCCI, 2006, p. 366): *“O ônus é a subordinação de um interesse próprio a outro interesse próprio, enquanto a obrigação significa a ‘subordinação de um interesse próprio a outro, alheio’*”.

Assim, o ônus trata de uma faculdade que as partes têm de demonstrar no processo o que alegaram em interesse próprio, ressalte-se que a produção de provas exercida pelo autor, no momento em que este apresenta denúncia ou queixa, exige-se um mínimo de provas pré-constituídas que a justifiquem, sob pena de não aceitação, trata-se do chamado *fumus boni iuris*, ou fumaça do bom direito, aquilo que se vê de longe, que é apresentado pela característica peculiar do fato e de sua existência material, além dos indícios suficientes da autoria (PRADO, 2006).

Ainda de acordo com Fernando Capez (1998, p. 243):

A principal diferença entre a obrigação e o ônus reside na obrigatoriedade de fazer. Vemos que na obrigação a parte tem o dever de praticar o ato, sob pena de violar a lei, no ônus o cumprimento dessa obrigação é facultativo, de modo que o seu não adimplemento não significa que a atuação é contrária ao direito. Neste último caso, contudo, embora não tendo afrontado o ordenamento legal, a parte arcará com o prejuízo decorrente de sua inercia no processo ou deixará de obter a vantagem que poderia advir de sua atuação.

Podemos Distinguir ainda a obrigatoriedade da defesa, por exemplo, a prática de atos defensórios que são necessários, e a presença às audiências, onde a ausência incidirá uma sanção que é a nulidade e a revelia, da produção de provas que é apenas um ônus. Desse modo, vemos que defender-se ou ser defendido seria uma obrigação processual, enquanto a produção de provas é um ônus.

O art. 156 do CPP dispõe:

A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício: inciso II: determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.

Em regra, todo aquele que alega um fato é encarregado de fazer a prova, mas a própria parte final do dispositivo traz uma exceção, no entanto, essa faculdade do juiz determinar a produção de provas é complementar.

Conforme Antônio Milton de Barros (2001, p. 09):

Os fatos constitutivos são aqueles que dizem respeito à tipicidade e à autoria. Fatos extintivos são aqueles que têm eficácia de fazer cessar a relação jurídica, (por exemplo: prescrição, decadência, etc.). Fatos impeditivos todos os que excluem o elemento vontade livre e consciente (erro de fato, coação irresistível, as causas de exclusão da culpabilidade etc.) Fatos modificativos são todos aqueles que dão um novo aspecto ao fato (ex. a exclusão de antijuridicidade).

O direito, em regra, não precisa ser provado, bastando apenas ser apontado, daí temos a máxima: *da mihi factum, dabo tibi ius*, ou seja: dê-me o fato que eu te darei o direito, como sempre no âmbito jurídico existe uma exceção a essa regra, por exemplo, se a parte alegar, durante o processo, direito municipal ou estadual, deverá provar a sua identidade no ordenamento jurídico, conforme ensina Hélio Tornaghi apud Heráclito Antônio Mossin (1998, p. 218):

Embora não havendo, na lei em vigor, preceito legal que obrigue a parte a provar o Direito estadual ou municipal, a mesma estará dispensada de fazê-lo. Trata-se em verdade, de Direito pátrio que o juiz, se não conhece, deverá diligenciar para conhecê-lo.

Portanto, se a parte alegar um direito municipal, estadual, alienígena e o consuetudinário e o juiz dele não conhecer, deve o magistrado impor a parte que prove a sua existência.

## 4. PRINCIPIOS QUE NORTEIAM AS PROVAS

Os princípios são considerados em suma os pilares do ordenamento jurídico do nosso país, em relação aos princípios que são ligados as provas, temos o princípio da vedação das provas obtidas através de meios ilícitos, o princípio da auto responsabilidade das partes, princípio do contraditório, princípio do livre convencimento motivado ou persuasão racional, princípio da aquisição da prova, princípio da oralidade, princípio da concentração, princípio da publicidade e o princípio da liberdade probatória.

### 4.1 Princípio da Vedação das Provas Obtidas por Meio Ilícito

Este princípio está esculpido no art. 5º, inciso LVI da Constituição Federal do Brasil de 1988, segundo o qual “*são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos*”, então podemos conceber que ninguém poderá sofrer uma condenação em um processo que tenha sido sustentado em provas obtidas ilicitamente.

A inadmissibilidade dessas provas ilícitas tem o condão de inibir a produção de práticas probatórias injustas e ilegais, desprendendo certo controle na atividade do estado, assegurando os direitos fundamentais presentes na Carta Magna. Conforme ensina Paulo Rangel (2012, p.420):

A vedação da prova ilícita é inerente ao Estado Democrático de Direito que não admite a prova do fato e, conseqüentemente, punição do indivíduo a qualquer preço, custe o que custar. Os direitos previstos na Constituição, já dissemos, são direitos naturais, agora positivados, não havendo mais razão para o embate entre o direito natural e o direito positivo, como no passado. Hodiernamente, o grande embate é entre normatividade e efetividade dos direitos previstos na Constituição, ou seja, estão previstos, disciplinados, consagrados (normatizados), mas não são garantidos, aplicados, concedidos (efetivados).

Então, o juiz é livre para investigar fatos ora imputados na peça exordial pelo titular da ação penal pública, porém esta investigação encontra limites dentro de um processo que deve ser ético, movido por princípios políticos e sociais que visam à

manutenção de um estado democrático de direito. A vedação às provas lícitas no processo penal brasileiro salvaguarda direitos e garantias individuais como o direito à intimidade, à privacidade, à inviolabilidade de domicílio, que são direitos expressos na carta Magna e ininterruptamente violados.

#### 4.2 Princípio da Autoresponsabilidade das Partes

É o princípio onde as partes acolhem e sustentam qualquer consequência em virtude de sua inatividade, negligência, atos intencionais ou erro, durante o litígio. Este princípio está intimamente relacionado com o chamado ônus da prova, onde cabe as partes, autora e ré, apresentar as provas necessárias e adequadas que lhes permitam triunfar na lide..

Como explica Adalberto José Queiroz Telles de Camargo Aranha (2006, p. 32 e 33): *“assume e suporta as consequências de sua inatividade, negligência, erro ou atos intencionais, pois tem o encargo de apresentar em juízo os elementos comprobatórios das alegações feitas e que lhe compete demonstrar”*.

Ainda leciona sobre este assunto Fernando Capez (2012, p. 400) *“as partes assumem as consequências de sua inatividade, erro ou atos intencionais”*.

#### 4.3 Princípio do Contraditório

Segundo Prado (2009, p.06) o princípio do contraditório está esculpido no Art.5º, LV, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, onde toda vez que for produzida ou disposta prova por uma das partes, deverá dar-se conhecimento a outra parte, para que a mesma apresente manifestação.

Também diz Mirabete (2006, p.60): *“Toda prova admite contra prova, não sendo admissível a produção de uma delas sem o conhecimento da outra parte(princípio do contraditório)”*

Concluimos assim que todo e qualquer elemento de prova que seja exibido em audiência contraditória deve ser levada ao conhecimento da outra parte respeitando o princípio basilar no ordenamento jurídico que é o do contraditório.

#### 4.4 Princípio do Livre Conhecimento Motivado ou Persuasão Racional

Esse sistema está entre a tríade que seria a “livre convicção”, onde o magistrado ficaria livre para apreciar e valorar as provas sem nenhuma necessidade de motivar ou fundamentar suas decisões (exemplo no que tange ao Tribunal do Júri). “A Prova Legal”, onde o juiz se atém a um valor preestabelecido pelo legislador em relação a prova, ficando restringido na sua atividade de julgar.

E por fim temos a “persuasão racional” ou livre convencimento, trata-se do poder dado ao magistrado para decidir o mérito da lide segundo seu livre arbítrio e convencimento, de acordo com as provas mostradas a ele, devendo, contudo fundamenta-lo no processo, deixando claro para as partes sua decisão.

O nosso Código de Processo Penal Brasileiro adota majoritariamente o Princípio da Persuasão Racional, conforme previsto no artigo 155 do CPP:

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

De acordo com Nucci (2008, p.339):

[...] a) livre convicção: é o método concernente à valoração livre ou a íntima convicção do magistrado, significando não haver necessidade de motivação para suas decisões. É o sistema que prevalece no Tribunal do Júri, visto que os jurados não motivam o voto; b) prova legal: é o método ligado à valoração taxada ou tarifada da prova, significando o preestabelecimento de um determinado valor para cada prova produzida no processo, fazendo com que o juiz fique adstrito ao critério fixado pelo legislador, bem como, restringido na sua atividade de julgar. [...] Há resquícios desse sistema, como ocorre quando a lei exigir determinada forma para produção de alguma prova v.g., art. 158, CPP, demandando o exame de corpo de delito para a formação da materialidade da infração penal, que deixar vestígios, vedando a sua produção através da confissão; c) persuasão racional: é o

método misto, também chamado de convencimento racional, livre convencimento motivado, apreciação fundamentada [...]. Trata-se do sistema adotado, majoritariamente, pelo processo penal brasileiro, que encontra inclusive fundamento na Constituição Federal (art.93, IX), significando a permissão dada ao juiz para decidir a causa de acordo com seu livre convencimento, devendo, no entanto, cuidar de fundamentá-lo, nos autos, buscando persuadir as partes e a comunidade em abstrato.

Sobre o tema ainda temos alguns julgados a expor:

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. ABSOLVIÇÃO EM PRIMEIRO GRAU. CONDENAÇÃO PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. RECONHECIMENTO DA VÍTIMA COERENTE E HARMÔNICO COM O CONJUNTO PROBATÓRIO. FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO NÃO CARACTERIZADA. PRINCÍPIO DO LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA.

1. Quanto ao sistema de valoração das provas, o legislador brasileiro adotou o princípio do livre convencimento motivado, segundo o qual o juiz, extraindo a sua convicção das provas produzidas legalmente no processo, decide a causa de acordo com o seu livre convencimento, em decisão devidamente fundamentada.

2. Ainda que não apontada, efetivamente, nenhuma outra prova para dar suporte à acusação, a não ser o depoimento da vítima prestado no inquérito policial e ratificado em juízo, é plenamente admissível que, dependendo do contexto probatório produzido nos autos, desde que haja coerência e harmonia, essa prova seja utilizada validamente como fundamento único para condenar o réu.

3. Conclusão em sentido contrário daquela a que chegou o Juiz da causa ensejaria profunda e indevida incursão na seara fático-probatória do processo, incabível na via estreita do habeas corpus.

4. Ordem denegada.

#### 4.5 Princípio da Aquisição da Prova

Este princípio versa que uma vez a parte produza a prova e anexe ao processo, a mesma passará a se constituir parte dele, não mais pertencerá às partes, poderá ser aduzida por ambos os litigantes.

Fernando Capez (2012, p.400) diz que:

Isto é no campo penal, não há prova pertencente a uma das partes; as provas produzidas servem a ambos os litigantes e ao interesse da justiça. As provas, na realidade, pertencem ao processo, até porque são destinadas à formação da convicção do órgão julgador.

#### 4.6 Princípio da Oralidade

Nesse princípio deve haver a predominância da fala ao invés da escrita, as provas que forem produzidas pelas partes durante o transcorrer do processo deverão ser relatadas de forma oral. Segundo Aranha (2006 p. 33-34): “os depoimentos serão sempre orais, não sendo possível substituí-los por outros meios, como declarações particulares. No júri e no processo sumário os debates são orais”.

#### 4.7 Princípio da Concentração

Observa-se que nesse princípio toda a produção de provas deverá ser feita na audiência, dando assim mais celeridade em sua coleta e trazendo fluidez ao processo.

Vale ressaltar que a concentração deve obedecer certos ritos impostos pelo legislador para o tipo de crime que será trazido a baila, se no objeto a acusação é pública ou privada.

Com referência ao princípio da concentração, Capez (2007, p.315): afirma que: “como consequência do princípio da oralidade, busca-se concentrar toda a produção de prova na audiência”.

#### 4.8 Princípio da Publicidade

Nesse princípio preconiza que todo ato processual e consequente produção de provas devem ser praticados publicamente, sendo vedados apenas os atos que requerem segredo de justiça.

Tal dispositivo está expresso na Carta Magna de 1988 no art. 5º, inciso LX da Constituição Federal do Brasil de 1988, que prevê “a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem”.

Também citando esse principio leciona Capez (2007, p.315) “os atos judiciais (e, portanto a produção de provas) são públicos, admitindo-se somente como exceção o segredo de justiça”.

#### 4.9 Principio da Liberdade Probatória

Está expresso no artigo 198 do Código Processual Penal, podendo ser citado como o direito em que às partes tem de provarem fatos relevantes ao processo, utilizando-se de qualquer meio de prova. A liberdade esta auferida na ampla e garantida possibilidade de se provar tudo, através de todos os meios, desde que nos termos previstos pelo Código Processual Penal Brasileiro e pela Constituição Federal.

Vemos aqui o que destaca Marcus Vinicius Boschi (2008, p. 163):

No seu objetivo de realizar justiça, tentando chegar o mais próximo possível da denominada “verdade real”, não existem limitações aos meios de prova no processo penal, portanto, tudo o que lícito, for idôneo será como prova, consagrando-se, assim, o princípio da liberdade dos meios de prova colocados à disposição dos sujeitos processuais. Entretanto, esse princípio não é absoluto, pois o artigo em comento estabelece restrições quanto às provas sobre o “estado das pessoas”, que devem ser aquelas estabelecidas na lei civil.

#### 4.10 Principio do Favor Rei (*in dubio pro reo*)

Boa parte da doutrina, diz que tal princípio, é a base de toda legislação processual penal em um Estado Democrático de Direito, fundamentado na história política e social bem como presente explicitamente no nosso ordenamento jurídico, lastreado por um critério superior de liberdade e democracia.

Pode-se dizer que, este princípio fundamenta-se no reconhecimento dos princípios do direito natural como alicerçado na sociedade, princípios estes que aliados à soberania do povo e ao culto em prol da liberdade, constituem os elementos indispensável à democracia.

Tal princípio está presente no art. 9º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, e por sua vez nasce no movimento filosófico-humanitário denominado “Iluminismo”.

É de bom alvitre ressaltar que este princípio está fixado pela Constituição Federal do Brasil de 1988, no art.5º, LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Aí está, portanto, o princípio: enquanto não definitivamente condenado, presume-se o réu inocente.

Dentro do Processo Penal, inúmeros dispositivos legais levam a concluir pela aplicação do princípio do Favor Rei ou também usualmente conhecido como in dúbio pro reo, como nota-se, na própria proibição da reforma da sentença para pior como no art. 617, do CPP - O tribunal, câmara ou turma atenderá nas suas decisões ao disposto nos arts. 383, 386 e 387, no que for aplicável, não podendo, porém, ser agravada a pena, quando somente o réu houver apelado da sentença.

Nas palavras de Mirabete (2001, p. 849-850):

Deve ser absolvido o réu se não existir prova suficiente para a condenação. Refere-se à lei genericamente aos casos em que, excluídas todas as hipóteses anteriores, não pode a ação ser julgada procedente por falta de provas indispensáveis à condenação. Assim, é cabível a absolvição pelo princípio “*in dúbio pro reo*”.

Destarte, podemos dizer que o princípio do favor rei, pode ser entendido como um princípio superior em que fica inserido o princípio acessório da Presunção de Inocência, em que pese não ser o entendimento de boa parte dos doutrinadores, que os classificam como princípios autônomos.

#### 4.11 O *In Dúbio Pro Reo* e a Exclusão de Ilicitude

A partir da nossa Constituição, que explicitamente reza o princípio da inocência, não cabe ao imputado provar absolutamente nada, cabendo somente ao acusador (não ao juiz) desconstruir esse mantra, sendo direito do acusado exercer o seu direito ao silêncio nessa desconstrução - (direito de silêncio – *nemo tenetur se detegere*).

Na presunção de inocência, como formalidade de solução da incerteza judicial, o princípio do *in dubio pro reo* esta consolidada a atribuição da carga probatória a quem acusa e reforça a regra de que deverá haver um julgamento (não se pode condenar o réu sem que sua culpabilidade tenha sido suficientemente demonstrada nos autos). A única asserção exigida pelo processo penal refere-se à prova da autoria e da materialidade, necessárias para que se conclua uma sentença condenatória. Do contrário, em não sendo alcançado o convencimento, a absolvição é imperativa no processo, cabe ao Ministério Público o ônus de provar a existência de um delito. Segundo Aury Lopes Junior “Gravíssimo erro é cometido por numerosa doutrina (e rançosa jurisprudência), ao afirmar que à defesa incumbe a prova de uma alegada excludente. Nada mais equivocado, principalmente se compreendido o dito até aqui. A carga do acusador é de provar o alegado; logo, demonstrar que alguém (autoria) praticou um crime (fato típico, ilícito e culpável). Isso significa que incumbe ao acusador provar a presença de todos os elementos que integram a tipicidade, a ilicitude e a culpabilidade e, logicamente, a inexistência das causas de justificação”.

## 5. PROVAS ILICITAS

### 5.1 Definição

Entende-se por prova ilícita quando esta é produzida, não obedecendo às normas constitucionais ou legais, pode-se chamar esta de prova ilícita, e assim deve ser excluída do processo, conforme permeia o art. 157, caput, do CPP “São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais”.

Temos duas maneiras para classificar as provas ilícitas, que podem ser de forma ampla (*lato sensu*) e de forma genérica. A forma *Lato Sensu*, abrange não apenas as provas que afrontam a Carta Magna, como também as contrárias às leis ordinárias e em relação aos bons costumes, v.g. utilizar da tortura como meio para a confissão de um ilícito, prática esta prevista na CF/88 em seu art. 5º inciso III.

Em sentido *Stricto Sensu*, são as provas que são consideradas proibidas e vedadas. Assim pode-se dizer que as provas ilícitas são produzidas com a violação do direito material, legal e constitucional.

Em suma, prova ilícita seria aquela que foi obtida violando os princípios constitucionais por mais simples que sejam ou os preceitos legais de natureza material, tendo como exemplos de provas ilícitas, a confissão mediante tortura, coação ou maus-tratos, violando a incolumidade física e o princípio da dignidade da pessoa humana, a interceptação telefônica sem autorização judicial, a busca e apreensão domiciliar sem autorização judicial ou durante a noite.

Ainda segundo o entendimento de Grinover, Scarance e Magalhães (2001, p. 132):

A questão da denominada “prova ilícita” ubica-se, juridicamente, na investigação a respeito da relação entre o ilícito e o inadmissível no procedimento probatório e, sob o ponto de vista da política legislativa, na encruzilhada entre a busca da verdade em defesa da sociedade e o respeito a direitos fundamentais que podem ver-se afetados por esta investigação.

## 5.2 Diferença entre Prova Ilícita e Prova Ilegítima

A posição da maioria dos doutrinadores brasileiros esta no sentido de diferenciar a prova ilícita da prova ilegítima. Há atualmente uma divergência entre prova ilegítima e prova ilícita, mas esses conceitos não devem ser confundidos, apesar de ambas não serem aceitas pelo nosso direito processual, pois a prova ilícita fere barbaramente o direito material enquanto a prova ilegítima o direito processual.

Enfim, prova ilícita consiste na prova obtida por meios não admitidos pela nossa legislação pátrias ou meios não ortodoxos que contrariam direitos zelados por alguma legislação, seja ela ordinária, complementar, Constitucional, etc. Este entendimento é corroborado pela decisão abaixo que se segue:

[...] Prova ilícita. Interceptação escuta e gravação telefônicas e ambientais. Princípio da Proporcionalidade. Encobrimento da própria torpeza. Compra e Venda com dação em pagamento. Verdade processualizada. Doutrina e jurisprudência. 1 – Prova ilícita é a que viola normas de direito material ou os direitos fundamentais, verificável no momento de sua obtenção. Prova ilegítima é a que viola as normas instrumentais, verificável no momento de sua processualização. Enquanto a ilegalidade advinda da ilegitimidade produz a nulidade do ato e a ineficácia da decisão, a ilicitude comporta um importante dissídio acerca de sua admissibilidade ou não, o que vai desde a sua inadmissibilidade, passando da admissibilidade a utilização do princípio da proporcionalidade. 2 – O princípio da proporcionalidade, que se extrai dos artigos 1º e 5º da Constituição Federal, se aplica quando duas garantias se contrapõem. A lei nº 9.296/96 veda, sem autorização judicial, a interceptação e a escuta telefônica, mas não a gravação, ou seja, quando um dos interlocutores grava a própria conversa. A aplicação há de ser uniforme ao processo civil, em face da comunicação entre os dois ramos processuais, mormente dos efeitos de uma sentença penal condenatória no juízo cível e da prova emprestada. 3 – A garantia da intimidade, de forte conteúdo ético, não se destina a proteção da torpeza, da ilicitude, mesmo que se trate de um ilícito civil. Na medida em que o requerido, deliberadamente, confessa ao autor o negócio realizado, mas diz que este não conseguiria prová-lo, pretende acobertar-se sob o manto da torpeza, com a inadmissibilidade da gravação. A conduta do autor manteve-se dentro dos estritos limites da justa causa, da necessidade de reaver seu crédito, sem interferência ou divulgação para terceiros. 4 – A prova testemunhal, ainda que indiciária roborada a existência do negócio jurídico havido entre as partes [...] (Apelação Cível nº 70004590683, TJRS, 2ª Câmara Especial Cível, Rel. Des. Nereu José Giacomolli, Data do julgamento 09.12.2002, negado provimento, unânime).

Logo, prova ilegítima é aquela que tende em ofender uma norma de direito processual, temos como exemplo, quando é tomado depoimento de pessoa que em virtude de sua profissão deve guardar sigilo como médico, psicólogos e padres, essa

prova é certamente considerada nula, pois a prova estará em desacordo com o que preceitua a lei processual penal.

Enquanto prova ilícita é aquela que ataca diretamente uma norma de direito material (constitucional ou penal), a ilicitude ocorre em razão da forma pela qual a prova é colhida. (tortura poderia ser um exemplo).

Conforme Dicionário jurídico brasileiro, José Naufel, e Dicionário de tecnologia jurídica, Pedro Nunes a palavra ilegítimo conota a tudo aquilo *“a que faltam qualidades ou requisitos exigidos pela lei para ser por ele reconhecido ou posto sob sua proteção”*.

Ainda citando o Dicionário de tecnologia jurídica, Pedro Nunes, o termo ilícito tem um sentido mais amplo: *“Tudo quanto à lei não permite que se faça ou que é praticado contra o direito, a justiça, os bons costumes, a moral social e a ordem pública”*.

Referindo-se ao momento que acontece a transgressão ou ilícito; na prova ilegítima a ilegalidade acontece quando a mesma é inserida no processo, ou seja, é em um momento posterior a sua colheita, já as provas ilícitas a violação ocorre exatamente no momento de sua colheita, podendo ser anterior ou concomitante ao processo, mas dá-se externamente a este.

Concluimos que algumas provas ilícitas também podem ter características de ilegítimas, se a lei processual também impedir que ela seja produzida em juízo. Sobre tal utilização ou não dessas provas ilícitas e ilegítimas veremos em outro momento, ao tratar da Lei 11.690/08, a nova lei direcionada a provas ilícitas.

### 5.3 Limitação do Direito a Prova

Conforme foi abordado anteriormente, a liberdade na produção de provas no curso processual não é absoluta, existindo limites, que devem ser de acordo com os princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa. Como aduz Antônio Magalhães Gomes Filho apud Pedro Henrique Demercian e Jorge Assaf Maluly (1999, p. 252):

Direito das partes de introdução, no processo, das provas que entendam úteis e necessárias à demonstração dos fatos em que se assentam suas pretensões, embora de índole constitucional, não é, entretanto, absoluto. Ao contrário, como qualquer direito, também está sujeito a limitações decorrentes da tutela que o ordenamento confere a outros valores e interesses igualmente dignos de proteção.

Algumas limitações podem ser vistas no Código de Processo Penal: são impedimento para depor de pessoas que, em razão de função, ministério, ofício ou profissão, devam guardar segredo como preceitua o CPP em seu artigo 207, a extinção da punibilidade em virtude do óbito do autor da infração penal que deve ser provada através da respectiva certidão (art. 62 do CPP).

A limitação na liberdade probatória existe em função da convivência das liberdades, de forma que não deve atentar contra a ordem pública e às liberdades individuais. Sobre o tema: Grinover, Scarance e Magalhães (2007, p. 154):

Os direitos do homem, segundo a moderna doutrina constitucional, não podem ser entendidos em sentido absoluto, em face da natural restrição resultante do princípio da convivência das liberdades, pelo que não se permite que qualquer delas seja exercida de modo danoso à ordem pública e às liberdades alheias. As grandes linhas evolutivas dos direitos fundamentais, após o liberalismo, acentuaram a transformação dos direitos individuais em direitos do homem inseridos na sociedade.

Assim, no processo penal está em jogo à liberdade do indivíduo, o Estado não deve trivializar os direitos fundamentais para obter provas a qualquer custo, de forma que o processo deve estar atento às regras que regem a atividade do magistrado e das partes.

#### *5.4 Admissibilidade das provas ilícitas e suas teorias*

Aqui iremos discorrer sobre aspecto que dizem respeito à questão quanto admitir a prova ilícita como válida e eficaz no ordenamento jurídico de cada país, existindo três correntes doutrinárias, que serão abaixo elencadas e analisadas.

#### 5.4.1 Teoria obstativa

Esta teoria pode ser entendida como aquela que considera inadmissível a prova obtida por meio ilícito, em qualquer circunstância, pouco importando a relevância do direito em debate na lide.

Isso indica que a teoria obstativa se apoia no fato de que a prova obtida através de meio ilícito deve ser sempre rejeitada, considerando assim não apenas a afronta ao direito positivo, mas também aos princípios gerais do direito, nas Constituições assecuratórias de um critério extenso quanto ao reconhecimento de garantias individuais.

Os doutrinadores que defendem a teoria obstativa afirmam, conforme Francisco das Chagas Lima Filho, que "*a prova obtida por meios ilícitos deve ser banida do processo, por mais altos e relevantes que possam se apresentar os fatos apurados*".

Ainda sobre esta teoria Camargo Aranha leciona: (2006, p. 64):

O direito é todo unitário, formando um universo, e não composto por compartimentos estanques, por áreas separadas e irreduzíveis. Ora, se a prova é ilícita, afronta ao direito em seu universo, não sendo admissível no processo, ainda que não seja instrumental a norma violada. Não se pode admitir que o mesmo fato fosse objeto de julgamentos diferentes: condenado e prestigiado apenas porque se dividiu o direito em ramos autônomos. O ilícito, desde que reconhecido, contamina todo o direito e não somente partes separadas.

De acordo com esta teoria, o direito não deve acolher alguém que tenha infringido preceito legal para obter qualquer prova, em prejuízo alheio. Nestes casos, o órgão judiciário tem o dever de ordenar o desentranhamento dos autos da prova que fora ilicitamente obtida, não lhe reconhecendo eficácia ou validade.

#### 5.4.2 Teoria permissiva

De acordo com esta teoria ao contrário da anterior, a prova obtida ilicitamente tem eficácia e validade no ordenamento jurídico.

Em todos os casos, deve imperar o interesse da Justiça na busca da verdade dos fatos, sendo que a ilicitude na obtenção da prova não deve ter o condão de retirá-la ou invalidá-la como elemento útil para formar o convencimento do magistrado.

Mais uma vez citando a explanação de Camargo Aranha (2006, p. 65):

Como o mundo jurídico reconhece em favor do Estado uma presunção de legalidade e moralidade de todos os atos praticados, não se pode admitir por parte de seus agentes o uso de meios condenáveis, ombreando-se aos marginais combatidos.

Em suma, para esta teoria, a prova obtida ilicitamente será aceita e validada eficazmente no processo por entender que o ilícito se refere ao meio que se usou para obtenção e não ao seu conteúdo. Significa dizer que o infrator será penalizado em relação à violação praticada, mas o teor do elemento probatório dessa prova deverá contribuir para a formação da convicção do magistrado.

#### 5.4.3 *Teoria intermediária*

No meio da teoria Obstativa e Permissiva surge uma terceira corrente que é a Intermediária a qual não defende nenhum dos dois pontos, ou seja, nem a inadmissibilidade absoluta da prova ilícita prevista na Constituição (teoria obstativa), tampouco a admissibilidade absoluta da prova ilícita que é condenada pela Constituição (teoria permissiva).

Pode ser chamado princípio da proporcionalidade, que carece, primeiramente, que falemos do exame da sua evolução. A ideia de proporção já existia nos paradigmas do pensamento jurídico ocidental e tinha a conotação de direito, assemelhando-se muito a essa noção.

Ressaltamos que essa posição será estudada em outro tópico enfocando o princípio da proporcionalidade existente em nosso ordenamento.

Vislumbramos que, sem dúvida, o Estado criou “empecilho” contra procedimentos arbitrários na busca das provas contra o indivíduo, deixando

expresso nos direitos e garantias fundamentais restrições na obtenção de provas no processo penal.

Vejamos abaixo, a nova lei sobre provas ilícitas que veio solidificar a tendência de inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos.

### **5.5 Lei 11.690/2008: Novas Regras das provas Ilícitas**

Foi sancionada no dia 09 de junho a Lei 11.690/2008, que alterou dispositivos do Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, relativos à prova especificamente os artigos 155, 156, 157, 159 com seus parágrafos e incisos.

Cumprе ressaltar que o § 4º (vetado) desta Lei trazia em seu bojo o seguinte texto: *O juiz que conhecer do conteúdo da prova declarada inadmissível não poderá proferir a sentença ou acórdão.*

É de suma destacar a importância da referida norma, caso tivesse sido aprovada, pois, ia se concretizar a chamada teoria da descontaminação do julgado. No entanto, com o motivo de dar mais celeridade ao processo, afirma-se que o tempo que o juiz substituto levaria para tomar conhecimento de toda a instrução criminal seria prejudicial à celeridade processual.

Conforme dispõe essa Nova Lei, passa a existir no ordenamento jurídico norma processual vedando a utilização da prova ilícita, uma vez que Constituição Federal era quem vetava a mesma. Deste modo, as provas ilícitas e sua derivação por violarem norma de direito processual deverão ser desentranhadas do processo, logo que descobertas, havendo a sanção correspondente que é a inadmissibilidade processual.

### **5.6 Provas Ilícitas por Derivação**

São aquelas provas que foram obtidas de forma lícita, e, provém de outra prova anterior que tenha sido colhida ilicitamente. Trata-se da hipótese em que a

partir de uma prova colhida ilicitamente, se chega a informações, elementos, que isoladamente, seriam lícitos. Um exemplo é o caso de confissão mediante tortura, onde o produto do crime é apreendido através da indicação do acusado.

Nas palavras de Prado (Impetus, 2009, p.14): “*trata-se da prova lícita em si mesma, mas cuja produção decorreu, ou derivou de outra prova, tida por ilícita*”.

Com o surgimento da Lei 11.690/2008, ficou clarificada a inadmissibilidade das provas derivadas das ilícitas, com apenas duas exceções: quando não houver o nexo de causalidade entre a prova precedente e a posterior, ou quando a prova for obtida de forma independente da primeira. Dessa forma, tudo vai depender do vínculo, ou seja, do “nexo de causalidade” se a prova foi obtida de forma totalmente independente da primeira (ilícita), não há que se falar em contaminação.

#### 5.6.1 Teoria do fruto da árvore envenenada

Teoria nascida nos Estados Unidos da América (*Fruit of the Poisonous Tree*) cita que uma prova que tiver sido obtida através de meio ilícito tornará ilícita todas as demais provas a que dela advenha seja direta ou indiretamente, assim, o vício da origem que contamina determinada prova transmite-se a todas as demais decorrentes.

Tal fundamento é muito bem colocado por AVOLIO (2003: p.68), *ipsis litteris*:

É tradicional, contudo, a doutrina cunhada pela Suprema Corte norte americana dos 'frutos da árvore envenenada' - *fruits of the poisonous tree* - segundo a qual o vício da planta se transmite a todos os seus frutos. Assim, a partir da decisão proferida no caso "Silverthorne Lumber Co. v. United States" (251 US385; 405. Ct. 182; 64 L. Ed.319), de 1920, as cortes passaram a excluir a prova derivadamente obtida a partir de práticas ilegais. Acreditava-se que, com isso, similarmente ao pensamento que ensejou a concepção da *exclusionary rule*, a polícia ficaria desencorajada de proceder a buscas e apreensões ilegais. Nos debates que se seguiram desde o julgamento do caso 'Mapp vs. Ohio', alegou-se que a regra da exclusão não alcançou substancial refratamento da má-conduta policial, e estudos empíricos confirmaram esse ponto de vista. Além disso, no que se refere à confissão extorquida, há pelo menos um argumento no sentido de que não seria digna de confiança, a não ser em situações onde a prova, embora obtida ilicitamente, demonstra claramente a culpa do acusado.

Ainda em relação à teoria dos frutos da árvore envenenada aduz Fernando da Costa Tourinho Filho:

Na verdade, ao lado das provas ilícitas, temos a doutrina do fruit of the poisonous tree, ou simplesmente fruit doctrine, “frutos da árvore envenenada”, adotada nos Estados Unidos desde 1914 para os Tribunais Federais, e nos Estados, por imperativo constitucional, desde 1961, United States, 251 US 385 (1920), quando a corte decidiu que o Estado não podia intimar uma pessoa a entregar documentos cuja existência fora descoberta pela polícia por meio de uma prisão ilegal. Nisso Consiste a doutrina do fruto da árvore envenenada. Aliás, a Suprema Corte já vinha sufragando a tese de inadmissibilidade das provas ilícitas por derivação, ou da doutrina denominada fruit of the poisonous tree. No Habeas Corpus n. 69.912/RS, Ministro Sepúlveda Pertence, como relator, observou: ‘Vedar que se possa trazer ao processo a própria gravação das conversas telefônicas, mas admitir que as informações nelas colhidas possam ser aproveitadas pela autoridade, que agiu ilicitamente, para chegar a outras provas, que sem tais informações não colheria, evidentemente, é estimular, e não reprimir a atividade ilícita da escuta e da gravação clandestina e conversas privadas... E finalizando: ou se leva às últimas consequências a garantia constitucional ou ela será facilmente contornada pelos frutos da informação ilicitamente obtida (informativo STF n. 36, de 21-6-1996). (2010, p. 533).

Em um julgado mais recente temos:

**APELAÇÃO CRIME. PROVA OBTIDA ILICITAMENTE. NULIDADE POR DERIVAÇÃO (TEORIA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA). AUSÊNCIA DE LASTRO PROBATÓRIO AUTÔNOMO.**

1. Contexto dos autos que indica que a abordagem ao veículo tripulado pelos recorrentes, com a apreensão das substâncias entorpecentes noticiadas na denúncia, só pode ser operacionalizada a partir de escuta telefônica reconhecidamente havida sem a devida chancela jurisdicional.

2. Inexistência, no caso, de fonte autônoma a permitir a apreensão das drogas em questão, dado que anteriormente à abordagem só havia denúncias anônimas vagas contra os acusados ( Teoria da Fonte Independente ).

3. Impossibilidade, outrossim, de se aplicar a Teoria da Descoberta Inevitável , dado que os policiais sabiam, de antemão, a partir dos registros telefônicos ilícitos, que encontrariam drogas com os recorrentes. Não há indicativos de que o elemento probatório colhido ilicitamente seria inevitavelmente descoberto por outros meios, desta vez legal.

4. Reconhecimento, no caso concreto, da Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada, dado que toda a prova produzida ao longo da fase inquisitorial e judicial se deu a partir daquela interceptação telefônica realizada ilicitamente. Assim, é necessário reconhecer que a própria prova da materialidade do delito se encontra prejudicada, a ensejar a absolvição de ambos os acusados. Aplicação do artigo 5º, inciso LVI, da Constituição Federal, c/c 157, do CPP.

(TJ-RS, Relator: Odone Sanguiné; Data de Julgamento: 09/06/2011, Terceira Câmara Criminal).

Analisando o julgado acima, podemos dizer que quando uma prova lícita houver sido produzida através de uma prova ilícita, aquela acaba sendo contaminada com a ilicitude desta. Pode-se dar como exemplo do caso em tela acima a escuta telefônica que está sendo feita sem autorização judicial, e no transcorrer acaba-se por ter o conhecimento que dentro de veículo se encontra certa quantidade de entorpecente, sendo feita a apreensão pela polícia do entorpecente e executado os trâmites legais, mas obtida através da escuta telefônica sem autorização judicial, tendo esta prova tornando-se ilícita onde no entendimento dos Desembargadores aplicou-se a Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada.

## 6. PRINCIPIO DA PROPORCIONALIDADE

### 6.1 Breve Histórico

Como vimos anteriormente em se tratando de princípios, eles são parte complementar do Direito Positivo, que juntamente com as regras formam a base do nosso sistema normativo.

De acordo com este contexto, Ruy Samuel Espínola (2002, p. 60):

Hoje, no pensamento jurídico contemporâneo, existe unanimidade em se reconhecer aos princípios o status conceitual e positivo de norma de direito, de norma jurídica. Para este núcleo de pensamento, os princípios têm eficácia positiva e negativa sobre comportamentos públicos ou privados bem como sobre a interpretação e a aplicação de outras normas, como as regras e outros princípios derivados de princípios de generalizações mais abstratas.

Por volta de 1850, na França, conforme Braga (2009, p.95) ensina, a concepção de proporcionalidade surgiu nas ações que tinham como fulcro a limitação ao excesso de poder, e desenvolveu-se para coibir abusos dos agentes estatais. Nesse sentido destaca o autor:

[...] a ideia inicial de proporcionalidade (não expressa) foi vinculada à de limitação administrativa, e se desenvolveu através da jurisprudência do Conselho de Estado nos recours pour excès de pouvoir, onde a doutrina do détournement de pouvoir ou teoria do desvio de poder tomou fôlego, disseminando a idéia de que os atos administrativos poderiam ser controlados, nos casos de desvio de finalidade.

No direito francês, este princípio foi utilizado no início como forma de conter e controlar o poder administrativo. Mais tarde, a jurisprudência francesa foi se direcionando no sentido da reflexão quanto ao custo-benefício, surgindo, a partir daí, uma manifestação sólida quanto ao princípio da proporcionalidade.

Mas ele teve sua origem e modelagem na Alemanha, Desse modo, tal poder deixou de ser ilimitado e indeterminado passando a ser limitado pelas normas que reconhecem os direitos individuais.

Pode-se aferir que o aspecto constitucional do princípio da proporcionalidade (*Verhältnismässigkeitsprinzip*) se originou pela Corte Constitucional Alemã, também denominado como princípio da proibição de excesso (*Übermassverbot*).

Ensina Fernando Capez (2008, p. 36): “Foi na Alemanha, no período do pós-guerra, que se desenvolveu a chamada teoria da proporcionalidade (*Verhältnismässigkeitsprinzip*)”.

Consoante Avolio (1999 p. 67-68):

A jurisprudência alemã [...] admite exceções à proibição geral de admissibilidade (e de utilizabilidade) das provas formadas ou obtidas ‘inconstitucionalmente’, quando se trata de realizar exigências superiores de caráter público ou privado, merecedoras de particular tutela. Chega-se, portanto, ao princípio da Guterund Interessenabwagund (ou seja, o princípio do ‘balanceamento dos interesses e dos valores’) e, reflexamente, ao *Verhältnismässigkeitsprinzip* (ou seja, o princípio da proporcionalidade entre o meio empregado e a finalidade pretendida). A mais expressiva colaboração da doutrina e jurisprudência alemãs para o tema deve-se, especialmente, ao correto enfoque dos valores a serem balanceados.

Os Estados Unidos tratam do princípio da proporcionalidade como princípio da razoabilidade, que qualifica tudo quanto seja conforme a razão tem sentido bastante amplo.

No Brasil Maria Sylvia Zanella Di Pietro apud Luiz Francisco Torquato Avolio (1999, p.62), tratou do princípio da proporcionalidade, a respeito dos limites do poder de polícia, afirma que esta vetado o seu exercício, pelo Poder Público:

[...] ir além do necessário para a satisfação do interesse público que se visa proteger; a sua finalidade não é destruir os direitos individuais, mas, ao contrário, assegurar o seu exercício, condicionando-os ao bem estar social, só poderá reduzi-los quando em conflito com interesses maiores da coletividade e na medida estritamente necessária à consecução dos fins estatais.

Na atualidade, a teoria da proporcionalidade ou da razoabilidade, consiste numa inserção doutrinária e jurisprudencial inserida no sistema da inadmissibilidade da prova obtida ilicitamente, mas certamente em um caso concreto, existindo confronto entre os valores constitucionalmente salvaguardados, permite-se uma escolha ao que tem maior valor.

## 6.2 Elementos do Princípio da Proporcionalidade

Podemos ressaltar que o princípio da proporcionalidade em sentido amplo é estabelecido por três elementos, são eles: princípio da adequação (*Geeignetheit*), princípio da necessidade (*Enforderlichkeit*) e a proporcionalidade em sentido estrito (*Verhältnismässigkeit*). Iremos discorrer sobre eles.

### 6.2.1 Princípio da adequação

O meio empregado deve ser idôneo à consecução do resultado esperado ou seja, a adequação dos meios pressupõe que qualquer medida deve ser se basear na idoneidade, esta apta para alcançar o fim pretendido.

Para Canotilho (1998, p.387): “O *princípio da conformidade ou adequação impõe que a medida adotada para realização do interesse público seja apropriada à prossecução do fim ou fins a ele subjacentes. Trata-se, pois, de controlar a relação de adequação medida-fim*”.

### 6.2.2 Princípio da necessidade

O princípio da necessidade, ou da exigibilidade, também é conhecido como: princípio da menor interferência possível, do mínimo de intervenção, do meio mais suave, do meio mais moderado, da subsidiariedade, o juiz há de indicar qual o meio mais idôneo e que produziria consequências menos prejudiciais, entre os vários meios adequados ao fim esperado.

Bem observa Sylvania Marlene de Castro Figueiredo (2005, p. 190) seguindo o entendimento de Canotilho:

Com base nesse subprincípio em tela, o cidadão tem direito à menor desvantagem possível para a obtenção de determinado fim. Portanto, o meio eleito deve ser, simultaneamente, eficaz e menos desvantajoso, ou melhor, mais suave para os cidadãos. A medida, para ser admissível, deve

ser estritamente necessária ao alcance do interesse público visado, ou não deve exceder os limites indispensáveis ao fim que almeja.

Pode-se afirmar que só haverá exigibilidade se o meio for idôneo à consecução do fim almejado. Dessa forma, conclui-se que o princípio da necessidade traz em seu bojo o requisito da adequação. Nesse contexto, Gilmar Ferreira Mendes, citando Pieroth e Schlink apud Suzana de Toledo Barros (2000, p. 81) ressalta que *“apenas o que é adequado pode ser necessário, mas o que é necessário não pode ser inadequado”*.

Assim, dentro do contexto da utilização da prova ilícita constatar se este causará o menor prejuízo possível ao indivíduo e, não existindo outro meio menos penoso, apurar se este é indispensável.

### 6.3 Princípio da Proporcionalidade em Sentido Estrito

Este princípio está ligado a ponderação ou adequação das ações relacionados entre meios e fins, devendo-se ponderar as vantagens e desvantagens para atingir o fim almejado, destarte medidas desproporcionais estão proibidas, pois sendo a medida excessiva não haverá proporcionalidade.

Essa proporcionalidade em sentido estrito busca o equilíbrio, balizamento entre bens e valores, à medida que estabelece, sempre que possível, a precedência de um sobre o outro.

Portanto, o referido princípio busca o equilíbrio de bens e valores e é nesse sentido que se projeta a indagação sobre a utilização ou não da prova ilícita. Por fim, o princípio da proporcionalidade nos permite, quando há dois interesses em questão, definir qual deve preceder, no caso concreto, tendo como lastro as medidas que melhor atendam aos requisitos da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

#### 6.4 Princípio da Proporcionalidade à Luz da Constituição de 1988

Como já elencado, o princípio da proporcionalidade não está expressamente previsto na Constituição Brasileira, mas é um princípio que se encontra implícito, que possui respaldo em diversas normas Constitucionais. Este e outros princípios conectam-se a normas presentes na Constituição. Adiante serão apresentados alguns destes princípios e normas.

Quando se aplica o princípio da proporcionalidade em um caso concreto de abuso de poder ou para resguardar algum direito fundamental da nossa carta Magna que possa ter sido violado, tem se presente a proteção ao princípio da dignidade da pessoa humana que pretende garantir o respeito recíproco e uma existência digna.

Presente na nossa Carta Magna, esta o princípio da dignidade da pessoa humana, que norteia o nosso cotidiano, previsto no art. 1º, III, da CRFB/88, possui diversas interpretações e grande arcabouço teórico, dentre esses, pode-se citar a proteção dos direitos inalienáveis do homem (por exemplo: o direito a vida e a liberdade) e a garantia de meios fundamentais para o desenvolvimento de alguém como pessoa ou a proteção contra imposição de condições degradantes e subumanas de vida.

O princípio da proporcionalidade não habita expressamente no nosso ordenamento jurídico, como cita Paulo Bonavides (2001, p. 395), *“a proporcionalidade existe como norma esparsa no texto constitucional, e não como norma geral de direito escrito”*.

Pode-se aduzir com essas premissas que o princípio da proporcionalidade, enquadra-se como um princípio abrangente do direito, uma vez que o art. 5º, § 2º da CF, dispõe que os direitos ora expressos na Constituição não excluem outros decorrentes dos princípios por ela adotados. Nesse sentido, a lição de Paulo Bonavides (2001, p. 397):

O princípio da proporcionalidade é, por conseguinte, direito positivo em nosso ordenamento constitucional. Embora não haja sido formulado como ‘norma jurídica global’, flui do espírito que anima em toda a sua extensão e profundidade o § 2º, do artigo 5º, o qual abrange a parte não escrita ou não expressa dos direitos e garantias fundamentais da Constituição, a saber, aqueles direitos e garantias cujo fundamento decorre da natureza do

regime, da essência impostergável do Estado de Direito e dos princípios que este consagra e que fazem inviolável a unidade da Constituição.

Ainda de acordo com o Supremo Tribunal Federal temos:

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 (STF, MS n 23.452/RJ, Plenário, Rel. Min. Celso de Mello, DJU 12/05/2000).

É lícita a gravação de conversa telefônica feita por um dos interlocutores, ou com sua autorização, sem ciência do outro, quando há investida criminosa deste último. É inconsciente e fere o senso comum falar-se em violação do direito à privacidade quando o interlocutor grava diálogo com sequestradores, estelionatários ou qualquer tipo de chantagista (STF, HC n.75.337-8/RJ, Plenário, Rel. Min. Nelson Jobim, DJU 25/09/1998).

A despeito da existência do princípio constitucional da proibição da utilização das provas ilícitas clarificado na Carta Magna (art. 5º, inciso LVI) e a ratificação desse princípio com a alteração do art. 157 do CPP, que veio confirmar a sua vedação, existe uma tendência abrandando a sua não utilização, pois, às vezes, um interesse tutelado se sobrepõe a outro de menor valor.

Em suma, existem em nosso ordenamento jurídico, decisões favoráveis ao princípio da proporcionalidade, alegando a premissa que nenhum direito é absoluto.

### 6.5 Princípio da Proporcionalidade *Pro Reo*

A proibição constante em nosso ordenamento jurídico da não utilização das provas obtidas por meios ilícitos constitui importante garantia de exercício do direito de um indivíduo contra o Estado, ou seja, garantia que este Estado exercendo seu pleno jus puniend deve utilizar-se apenas de meios lícitos para punir o indivíduo.

Leciona Fernando Capez (2008, p. 37):

A aceitação do princípio da proporcionalidade *pro reo* não apresenta maiores dificuldades, pois o princípio que veda as provas obtidas por meios ilícitos não pode ser usado como um escudo destinado a perpetuar condenações injustas. Entre aceitar uma prova vedada, apresentada como único meio de comprovar a inocência de um acusado, e permitir que alguém, sem nenhuma responsabilidade pelo ato imputado, seja privado injustamente de sua liberdade, a primeira opção é, sem dúvida, a mais consentânea com o Estado Democrático de Direito e a proteção da dignidade humana.

O princípio da proporcionalidade *pro réu* se baseia na possibilidade de utilização de uma prova ilícita em benefício do acusado, ainda que colhida com infringência a normas e direitos fundamentais seus ou de terceiros. A utilização da prova ilícita em favor da defesa pode ser aceita pela doutrina amparada pelo princípio do direito da ampla defesa e do favor rei.

No sentido desse pensamento Grinover, Fernandes, Magalhães (2001, p. 136-137):

Alias, 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 colhida com infringência a direitos fundamentais seus ou de terceiros. Trata-se de aplicação do princípio da proporcionalidade, na ótica do direito de defesa, também constitucionalmente assegurado, e de forma prioritária no processo penal, todo informado pelo princípio do favor rei.

Para ilustrar tal posicionamento da nossa doutrina, parafraseamos os ensinamentos de TOURINHO FILHO (1999: p.234):

É preciso que nos pratos afilados da balança sejam pesados os bens jurídicos envolvidos, e, a evidência, a tutela do direito de liberdade do indivíduo es um valor más importante para la sociedade que a tutela do outro bem protegido pela proteção do sigilo. Assim, uma interceptação telefônica, mesmo ao arrepio da lei, se for necessariamente essencial a demonstrar a inocência do acusado, não pode ser expungida dos autos. Entre o sigilo das comunicações e o direito de liberdade, este supera aquele.

São utilizados nos tribunais como argumento é que o princípio da inadmissibilidade das provas ilícitas ora aqui exposto, esta inserido dentro dos

direitos e garantias fundamentais do indivíduo, não podendo esta norma ser usada para prejudicar e sim para assegurar outros direitos:

Evidentemente, seria uma aberração considerar como violação do direito à privacidade a gravação pela própria vítima, ou por ela autorizada, de atos criminosos, como o diálogo com sequestradores, estelionatários e todo tipo de achacadores. No caso, os impetrantes esquecem que a conduta do réu apresentou, antes de tudo, uma intromissão ilícita na vida privada do ofendido, esta sim merecedora de tutela. Quem se dispõe a enviar correspondência ou a telefonar para outrem, ameaçando-o ou extorquindo-o, não pode pretender abrigar-se em uma obrigação de reservar por parte do destinatário, o que significa o absurdo de qualificar como confidencial a missiva ou a conversa. (STF - I a T. - HC nº 74.678-1/SP - Rei. Mm. Moreira Alves, votação unânime, Diário da Justiça, Seção 1, 15 ago. 1997 - Serviços de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal - Ementário nº 1.878-02).

Existem alguns doutrinadores que pregam a utilização da prova ilícita a favor do réu como estado de necessidade ou legítima defesa e que o réu não estaria agindo contra a lei, pois, a mesma possibilita estes institutos.

De acordo com o fundamento acima, Rangel (2008, p.439) aduz:

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

## 6.6 Princípio da Proporcionalidade *Pro Societate*

Este princípio envolve proteger valores fundamentais para a sociedade, ao contrário da proporcionalidade pro réu, não é aceito pela doutrina no nosso ordenamento jurídico, de forma que o Estado não pode se utilizar de prova ilícita contra o indivíduo a favor da sociedade.

É justamente nesse sentido a existência da vedação das provas obtidas por meio ilícito previsto no art. 5º, inciso LVI, e reiterada pelo caput art. 157 do CPP, à

medida que o Estado possui inúmeras maneiras legítimas e eficazes de realizar a persecução penal e condenar um criminoso.

Não obstante, uma pequena parte da doutrina ampara o princípio da proporcionalidade *pro societate*, principalmente nos casos em que envolve crimes de alto vulto quanto lesividade da sociedade.

Essa alta lesividade ainda enfrenta vários desafios diante da corrupção que assola o nosso país, além da falta de estrutura e policiamento, que se soma à uma problemática legislação penal e por vezes antiquada, obscura e que favorece a impunidade aos olhos da sociedade.

Segundo Maria Cecília Pontes Carnaúba (2000, p. 21-22) em relação a premissa acima:

Não é correto que um Estado se proponha a promover a justiça e permaneça sistematicamente deixando impunes crimes de alto poder lesivo para a sociedade, sob o argumento e o modo de coleta das provas foi acintoso à privacidade do criminoso [...] A questão é preocupante quando se sabe que, em determinados casos, somente pela ingerência na esfera de privacidade alheia é possível a obtenção de provas em alguns delitos. Tome-se como exemplo o caso dos crimes que trazem prejuízos ao erário público.

Diante de tamanha organização criminosa a estrutura judiciária acaba enfrentando dificuldades e maculando a eficácia do sistema punitivo criminal que por esses motivos, muitas vezes nestes tipos de delitos a captação de provas só seria praticável com a violação de algum direito ou garantia fundamental do indivíduo presente na Carta Magna, v.g. o direito à intimidade com as interceptações telefônicas.

Podemos vislumbrar na decisão abaixo:

Prova criminal – Interceptação Telefônica – Inviolabilidade do sigilo que não tem caráter absoluto – Aplicação do princípio da proporcionalidade – Hipótese em que a polícia tendo suspeita razoável sobre o envolvimento no comércio de drogas, obteve autorização judicial – Recurso provido. Havendo conflitância entre o direito à intimidade e o direito à prova (due process of law), deve prevalecer o que atenda ao interesse maior, vale dizer ao interesse da sociedade (ApCrim nº 185.901-3 - Indaiatuba - 3ª Câmara Criminal - Relator Segurado Braz - 30/10/95 - v.u.).

Mendonça (2009, p.60) faz alusão a questão da aplicação da proporcionalidade em favor da sociedade:

[...] a questão da proporcionalidade em desfavor do cidadão. Segundo os defensores desta tese, “a efetiva realização da justiça penal constitui um importante interesse do Estado de Direito, que, em determinadas circunstâncias, pode, justificar o sacrifício dos direitos individuais; à vista disso, entende-se legítima a derrogação de certas regras de exclusão de prova, ditadas pelo interesse de proteção ao indivíduo, em nome da prevenção e repressão das formas mais graves de criminalidade”.

Um exemplo eficaz da aplicação do princípio da proporcionalidade para beneficiar a sociedade é o caso no qual um agente penitenciário violou correspondências dos internos evitando tanto a fuga, como o sequestro de um juiz federal que estava prestes a se consumar.

Interessante acórdão do STF:

A administração penitenciária, com fundamento em razões de segurança pública, pode, excepcionalmente, proceder à interceptação da correspondência remetida pelos sentenciados, eis que a cláusula da inviolabilidade do sigilo epistolar não pode constituir instrumento de salvaguarda de práticas ilícitas" (STF, HC 70.814-5, rel. Min. Celso de Mello, DJU, 24 jun. 1994, p. 16649). A prova, se imprescindível, deve ser aceita e admitida, a despeito de ilícita, por adoção do princípio da proporcionalidade, que deve ser empregada Pro reo ou pro societate. Ressalvamos apenas a prática de tortura, que, por afrontar normas de direito natural, anteriores e superiores às próprias Constituições, jamais pode ser admitida, seja para que fim for. A tendência, entretanto, tanto da doutrina quanto da jurisprudência, é a de aceitar somente pro reo a proporcionalidade (STF, 1ª T., HC 74.678/DF, rel. Min. Moreira Alves. Apud Uadi Lammêgo Bulos, Constituição Federal anotada, cit., p. 245)

FERNANDES (2005: 94) defende que:

A norma constitucional que veda a utilização no processo de prova obtida por meio ilícito, deve ser analisada à luz do princípio da proporcionalidade, devendo o juiz, em cada caso, sopesar de outra norma, também constitucional, de ordem processual ou material, não supera em valor aquela que estaria sendo violada.

Rangel destaca que não há nenhum dispositivo legal que autorize esse chamado princípio *do in dubio pro societate*. O ônus da prova, já dissemos, é do Estado e não do investigado.

Por derradeiro, enfrentando a questão na esfera do Tribunal do Júri, segue o autor explicando que, se há dúvida, é porque o Ministério Público não logrou êxito na acusação que formulou em sua denúncia, sob o aspecto da autoria e materialidade, não sendo admissível que sua falência funcional seja resolvida em desfavor do acusado, mandando-o a júri, onde o sistema que impera, lamentavelmente, é o da íntima convicção. (...) A desculpa de que os jurados são soberanos não pode autorizar uma condenação com base na dúvida.

## 7. CRITICAS DOUTRINARIAS A TEORIA DA PROPORCIONALIDADE

Resumidamente, existem duas críticas em relação à teoria da proporcionalidade são elas: a primeira afirma que utilizando tal princípio, o juiz estaria usurpando o papel do legislador, ou seja, criando normas jurídicas e como segunda refere-se a uma relativização dos direitos fundamentais o que favoreceria uma ameaça aos princípios da segurança jurídica e igualdade.

Como cita Suzana de Toledo Barros (2000, p. 203-204):

A crítica repousa, precipuamente, nas seguintes objeções: a) A constância da utilização da proporcionalidade pode provocar uma demasiada intervenção do Judiciário na esfera reservada ao legislativo, de maneira a que o juiz sub-rogue-se no papel político do legislador, a quem cabe instituir a disciplina jurídica dos direitos fundamentais [...] b) A ideia de dar primazia a uma decisão material justa ao caso concreto conduz a um relativismo da aplicação da lei o que importa em séria ameaça aos princípios da segurança jurídica e igualdade, sobre os quais repousa a própria noção de justiça.

Apesar das críticas, devemos salientar que deve ter certa ponderação de interesse, o magistrado não arbitra soluções e sim faz adequações a lei conforme o caso concreto.

O Estado deve procurar acordar interesses coletivos e individuais e só podem ser justificados, dentro do limite necessário. Dessa forma, o limite ultrapassado pelo legislador, lesando o núcleo dos direitos fundamentais, implica na atuação judicial em nome do princípio da proporcionalidade por outro lado, tanto a jurisprudência e a doutrina admitem a aplicação do princípio da proporcionalidade em favor da defesa do réu, chamada de "*prova ilícita pro reo*".

Entretanto, FERNANDES (2005: 94) reafirma que não é o caso de se o invocar o princípio contra ou a favor do acusado, mas verificar em cada caso, em cada situação concreta, se a restrição ao direito do réu é necessária, adequada e justificável, ante ao valor a ser protegido.

## 8. CONCLUSÃO

A inadmissibilidade absoluta das provas ilícitas estabelecida intrinsecamente pela Constituição Federal no artigo 5º, LVI, torna o sistema jurídico injusto e contraditório, produzindo resultados indesejáveis.

Percebe-se, como exemplo de resultados indesejáveis da inadmissibilidade absoluta a impossibilidade de um réu poder valer-se de uma interceptação telefônica clandestina, a qual demonstra a sua inocência, apenas para preservar-se, o direito a intimidade dos interlocutores. Outros exemplos foram repetidamente analisados durante o estudo.

Por outro lado, a aplicação pura e simples da admissibilidade das provas, aplicando o princípio da proporcionalidade, igualmente pode gerar resultados desastrosos no nosso ordenamento jurídico.

O princípio da proporcionalidade é da essência do próprio conceito de justiça, ou seja, de estabilidade, e ao invocá-lo, sem limitações, modificaria a garantia da inadmissibilidade da prova ilícita, vazia e inócua.

As restrições à aplicação do princípio da proporcionalidade se fazem necessários, para em primeira instância dar efetividade à garantia constitucional da inadmissibilidade e, em segundo lugar, para tomar o sistema harmônico e coerente.

A admissibilidade das provas ilícitas pro reo, frente ao da proporcionalidade, encontra a simpatia da doutrina e da jurisprudência, as quais convergem acerca da sua aceitação.

Realmente, as provas ilícitas produzidas em favor do réu, via de regra, devem ser admitidas no processo penal, visando a busca pela sua inocência e a preservação de sua liberdade de ir e vir.

Nestes casos, a admissibilidade encontra fundamentação na própria legítima defesa, a qual é da essência do próprio instinto de sobrevivência do indivíduo, o qual acima de tudo, pela própria natureza, deve buscar a autopreservação.

Porém, a doutrina e a jurisprudência fixaram que, para a admissibilidade nestes casos, deve-se observar que a prova somente poderia sido produzido por esta via e na medida do extremamente necessário.

Além da observância de tais requisitos, deve ser observado, ainda, um quesito importante que seria a razoabilidade, a qual é uma das facetas do princípio da proporcionalidade, pois senão chegaríamos ao cúmulo da possibilidade do réu extorquir, mediante tortura, o depoimento de uma testemunha, a qual apesar de verídicas suas declarações, teve sua integridade física violada.

Já a inadmissibilidade pura e simples da prova ilícita pro societate, em face do princípio da proporcionalidade, também produz resultados por deverás indesejáveis gerando injustiças, e insegurança jurídica, deixando fora do alcance da lei, por exemplo, as organizações criminosas.

Por outro lado, a admissibilidade em todos os casos, aplicando-se irrestritamente o princípio da proporcionalidade, fragilizaria a garantia da inadmissibilidade das provas ilícitas.

O maior problema da admissibilidade ou inadmissibilidade das provas ilícitas ocorre quando do embate entre estas e o direito à intimidade. Com relação ao direito à vida, a integridade física, a inviolabilidade do domicílio, não há grandes dificuldades em se inadmitir a prova ilícita, vez que fatalmente a desproporcionalidade da prova é evidente e não deve ser admitida, devendo-se preservar aqueles valores, em detrimento da busca pela manutenção da ordem pública, sem prejuízo da punição dos infratores.

No entanto, quando são postas em confronto a segurança da coletividade, a inocência do réu e a preservação da ordem pública, em face do direito a intimidade, o tal garantia encontra um verdadeiro óbice na sua razão de ser.

Certo é que para muitos cidadãos, a intimidade é um verdadeiro escudo, o qual garante o direito a expressão, tornando-se mais valioso que a própria vida, mas ao vivermos em uma sociedade, cada qual abriu mão de parcela de seus direitos em prol da consecução de um ideal em comum.

A justificativa de que vivemos em um Estado de Direito é a inadmissibilidade das provas ilícitas para proteção, pura e simples do direito à intimidade, sem observância das demais circunstâncias, é o preço que se paga por vivermos em tal Estado é insuficiente para preservação deste.

Ao acarearmos a violação do direito à intimidade na produção de uma prova e o direito à segurança da coletividade é sem dúvida indiscutível que este apresenta uma importância muito maior que aquele e não é razoável, sacrificarmos este.

O próprio legislador constituinte já debateu tal entrevero, tanto que admitiu a interceptação telefônica, na forma da lei.

Por tais motivos, a aplicação do princípio da proporcionalidade *pro societate* para a admissibilidade da prova ilícita deveria se restringir somente quando a prova for obtida mediante violação explícita do direito à intimidade, verificando-se, caso a caso e, principalmente, se a mesma era extremamente necessária e se era o único meio possível de se obter determinada prova.

Devemos, ainda, admitir a prova ilícita nestes casos, somente em situações excepcionais, onde a lacuna legal abre espaço para o preenchimento pelo operador do direito, sem desmerecer, em nenhum momento as disposições legais, em especial, no caso das interceptações telefônicas, onde deve haver uma justificativa absolutamente plausível para a sua realização sem autorização judicial, vez que na grande maioria das comarcas do país há um juiz e um membro do Ministério Público de plantão.

A admissibilidade da prova ilícita por derivação deve seguir o mesmo destino do principal, devendo como constante somente ser admitida, caso a prova originária tenha sido admitida, ainda que ilícita.

Concluimos que a admissibilidade da prova ilícita no processo penal somente é possível em duas situações, *pro reo* quando este agir na e legítima defesa de suas liberdades, devendo-se observar a razoabilidade, a necessidade e a excepcionalidade e *pro societate*, podendo-se violar exclusivamente o direito à intimidade, face ao princípio da proporcionalidade, em casos excepcionais, cabendo ao magistrado, no caso concreto, analisar detidamente os valores postos, para analisar se a garantia da inadmissibilidade da prova ilícita não causara uma violação de um bem jurídico de valor mais relevante.

## 9. REFERÊNCIAS

ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. **Da prova no processo penal**, 7 ed. rev. e atualizada – São Paulo: Saraiva, 2006;

AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas ilícitas: interceptações telefônicas e gravações clandestinas, atualizada em face da Lei nº 9.296/96 e jurisprudência**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999;

BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. 2. ed. Brasília: Brasília.Jurídica, 2000;

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2001;

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Habeas Corpus nº. 100909 / DF, Rel. Laurita Va. **Livre Convencimento Motivado**. Publicado em 02/06/2008. Disponível em:<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=livre+convencimento+motivado&&b=A COR&p=true&t=&l=10&i=28> Acesso em 15/03/2015;

BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm). Acesso em:04/04/2015;

BRAGA, Valeschka e Silva. **Princípios da proporcionalidade e da razoabilidade**. Curitiba: Juruá, 2009;

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**, 14 ed. Ver. e atual. – São Paulo: Saraiva 2007;

CAPEZ, Fernando - **Curso de processo penal**. – 23. ed. – São Paulo : Saraiva, 2016.

CAPEZ, Fernando; **Curso de processo penal**, 19 ed. Ver. E atual. – São Paulo: Saraiva 2012;

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000;

FIGUEIREDO, Sylvia Marlene de Castro. **A interpretação constitucional e o princípio da proporcionalidade**. São Paulo: RCS, 2005;

FILHO, Fernando da Costa Tourinho. **Manual de processo penal**, 11 ed. Ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009;

FILHO, Fernando da Costa Tourinho. **Manual de processo Penal**, 14 ed. Ver. e Atual. São Paulo: Saraiva, 2012;

GRINOVER, Ada Pellegrine; FERNANDES, Antonio Scaranze; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As nulidades no processo penal**. 7. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001;

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**, 14 ed. Ver. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2007;

CORDERO, Franco. **Procedimiento Penal**, cit., p. 11;

DEMERCIAN, Pedro Henrique; MALULY, Jorge Assaf. **Curso de processo penal**. São Paulo: Atlas, 1999;

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de princípios constitucionais: elementos teóricos para uma formulação dogmática constitucionalmente adequada**. São Paulo: RT, 2002;

MENDONÇA, Andrey Borges de. **Nova reforma do Código de Processo Penal: comentada por artigo**. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009;

MIRABETE, Julio Fabrini. **Processo Penal**. 18 ed. Editora Atlas. 2006;

MITTERMAIER, C. J. A. **Tratado da prova em matéria criminal**. Tradução: Herbert Wuntzel Heinrich. Campinas: Bookseller, 1997;

PRADO, Leandro Cadenas. **Provas ilícitas – teoria e interpretação dos tribunais superiores**. 2 ed. – Rio de Janeiro: Impetus, 2009;