WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

Centro Universitário do Distrito Federal – UDF
Coordenação do Curso de Direito

IGOR COSTA G. DE OLIVEIRA

PROVAS ILÍCITAS E A SUA APLICAÇÃO NO PROCESSO PENAL COM BASE NO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Brasília - DF
2014

WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

IGOR COSTA G. DE OLIVEIRA

PROVAS ILÍCITAS E SUA APLICAÇÃO NO PROCESSO PENAL COM BASE NO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Trabalho de conclusão de curso apresentado à Coordenação de Direito do Centro Universitário do Distrito Federal - UDF, como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito Orientador: Valdinei Cordeiro Coimbra.

Brasília -DF
2014

WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

IGOR COSTA G. DE OLIVEIRA

PROVAS ILÍCITAS E SUA APLICAÇÃO NO PROCESSO PENAL COM BASE NO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Trabalho de conclusão de curso apresentado à Coordenação de Direito do Centro Universitário do Distrito Federal - UDF, como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito Orientador: Valdinei Cordeiro Coimbra.

Brasília, _____ de _____ de 2014

Banca Examinadora

_____
Nome do Examinador
Titulação
Instituição a qual é filiado

_____
Nome do Examinador
Titulação
Instituição a qual é filiado

_____
Nome do Examinador
Titulação
Instituição a qual é filiado

Nota: _____

Reprodução parcial permitida desde que citada a fonte.

Oliveira, Igor Costa Gonçalves de.
Provas ilícitas : aplicação no processo penal com base no princípio da proporcionalidade / Igor Costa Gonçalves de Oliveira. – 2014.
xx, f.

Trabalho de conclusão de curso apresentação à Coordenação de Direito do Centro Universitário do Distrito Federal – UDF, como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em direito. Orientador: Valdinei Cordeiro Coimbra.

1. Processo Penal. 2. Provas I. Provas ilícitas

Dedico à minha mãe, um exemplo de guerreira, de trabalhadora, de mulher e de vencedora. Que esta pesquisa seja também fruto do seu suor.

AGRADECIMENTO

Agradeço a Deus pela oportunidade de ter acesso aos estudos, à Santíssima Virgem e ao Glorioso São José pela graça da perseverança e dedicação nesse tempo de graduação e por transformar os estudos em caminho de santidade. Agradeço à minha mãe Carla, pelo esforço diário, por tudo que me ensinou, minha eterna professora. Agradeço a todas as pessoas que me ajudaram de maneira direta e indireta nesses anos de faculdade, em especial a Natália Costa que sempre me incentivou e auxiliou nessa caminhada, e a Pauline Ramm, que nesse final de curso surgiu para fazer renascer em mim o amor pelo Direito e também para ser uma grande amiga. Agradeço ao meu pai, Manoel Felipe, que me ensinou que os erros do passado não impedem de ter um recomeço e se lançar para o futuro.

"Porque a palavra do Senhor é reta, em todas as suas obras resplandece a fidelidade: ele ama a justiça e o direito, da bondade do Senhor está cheia a terra."

Salmos 32,4-5

RESUMO

A presente pesquisa tem como objetivo precípuo estudar a possibilidade da utilização das provas ilícitas no processo penal, em casos excepcionais, com fundamento no princípio da proporcionalidade. Em relação à temática das provas, o princípio da inadmissibilidade das provas ilícitas é uma garantia fundamental protegida pela Constituição Federal, porém buscando defender também a ampla defesa e o contraditório, é possível utilizar-se do princípio da proporcionalidade como um sistema de freios e contrapesos para utilizar as provas ilícitas em benefício do réu. Essa ponderação, utilizada pela proporcionalidade, vem demonstrar que nenhum princípio é absoluto de modo a anular outro princípio que também é importante de defendido pela nossa Carta Magna. Examina-se então, com base em muitos princípios constitucionais, posicionamento de renomados doutrinadores na cadeira do processo penal, a possibilidade de se utilizar as provas ilícitas em casos excepcionais, nos quais não existem outros meios de provas possíveis de garantir que o Magistrado julgue com condições de se alcançar a proteção dos bens jurídicos tutelados pelo nosso Direito.

Palavras-chave: Provas ilícitas. Princípio da Proporcionalidade. (in)Admissibilidade. Processo Penal. Ampla defesa e contraditório.

ABSTRACT

This research is mainly focused on study the possibility of using illegal proofs in the Criminal Procedure in exceptional cases, under the principle of proportionality. Towards proofs' theme, the principle of inadmissibility of illegal proofs is a fundamental guarantee protected by the Federal Constitution. On the other hand, trying to defend also the legal process and the right to adversary proceedings, it's possible to use the principle of proportionality as a system of checks and balances so that the illegal proofs might be used in benefit of the accused. This analysis, by proportionality, shows that no principle is absolute in a way that may cancel other principle that is also important and defended by our Magna Carta. Then, it is studied, based on many constitutional principles and on the opinion of renowned doctrinators in Criminal Procedure, the possibility of use illegal proofs in exceptional cases, in which there are no others forms of evidence that can guarantee the Magistrate's judgment to be in condition of achieving the protection of the legal issues falling under our Law.

Key Words: Illegal proofs. Principle of Proportionality. (in)Admissibility. Criminal Procedure. Legal process and right to adversary proceedings.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ABREVIATURAS

Art. por artigo
Ed. por edição
Ampl. por ampliada
p. por página
Min. por ministro

SIGLAS

CP – Código Penal
CPP - Código de Processo Penal
CF – Constituição Federal
HC – *Habeas Corpus*
STF – Supremo Tribunal Federal
STJ – Superior Tribunal de Justiça
RE – Recurso Extraordinário
AI – Agravo de Instrumento
CPI - Comissão Parlamentar de Inquérito
CPM – Código Penal Militar
CRFB – Constituição da República Federativa do Brasil

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO 11

1 TEORIA DA PROVA 13

1.1 FINALIDADE DA PROVA 14
1.2 MEIOS DE PROVA 15
1.3 PROVAS ILÍCITAS 16
1.4 INADMISSIBILIDADE DAS PROVAS ILÍCITAS 21

2 PRINCIPIOS CONSTITUCIONAIS 26

2.1 PRINCÍPIO DA VERDADE REAL 27
2.2 PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO 28
2.3 PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA 32
2.4 PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL 35
2.5 PRINCÍPIO DO LIVRE CONVENCIMENTO DO JUIZ 38
2.6 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE 41

3 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E A APLICAÇÃO DAS PROVAS ILÍCITAS NO PROCESSO PENAL 46

3.1 PROVAS ILÍCITAS PRO SOCIETATE 47
3.2 PROVAS ILÍCITAS PRO REO 51

CONCLUSÃO 56

REFERÊNCIAS 58

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa tem como objetivo geral estudar a possibilidade da utilização das provas ilícitas no processo penal, buscando utilizar-se de uma ponderação de princípios conflitantes, com base no princípio da proporcionalidade, buscando proteger uma garantia fundamental com o mínimo de prejuízo à norma conflitante.

Para poder alcançar o objetivo geral, alguns objetivos específicos foram estudados. Primeiramente foi definido o conceito de prova e também a sua necessidade no ordenamento jurídico, analisou-se a sua finalidade e também os seus meios. Finalizando a teoria geral da prova foi definido o que é a prova ilícita, estudou-se também a sua inadmissibilidade. Para poder melhor compreender a possibilidade de se utilizar das provas ilícitas no processo penal com base no princípio da proporcionalidade, alguns outros princípios relacionados às provas também foram devidamente estudados.

As provas ilícitas são vedadas no processo penal brasileiro com base no princípio da inadmissibilidade das provas ilícitas, sendo garantido como um direito fundamental pela nossa Constituição Federal. Porém em casos excepcionais, boa parte da doutrina se posiciona favorável à utilização das provas ilícitas, quando não há outros meios para se alcançar a verdade real do processo.

Buscou-se defender nessa pesquisa a utilização das provas ilícitas em favor do réu (*pro reo)* devido à fragilidade do acusado em relação à acusação, que representa a sociedade. Quando é possível provar a inocência do acusado, será que estaríamos buscando a justiça, quando defendemos uma formalidade processual em detrimento da liberdade de uma pessoa inocente? Nesse pensamento, estudaram-se as possibilidades da utilização das provas ilícitas e todos os fundamentos legais para que as provas ilícitas sejam admitidas no processo penal. Utilizando-se do posicionamento dos mais renomados doutrinadores brasileiros, também de jurisprudências relacionadas à temática, chegou-se a conclusão das possibilidades de admissibilidade das provas ilícitas.

É possível a utilização das provas ilícitas no processo penal? Dentro do nosso processo penal a utilização das provas ilícitas é vedada por um princípio

constitucional, o princípio da inadmissibilidade das provas ilícitas, porém, neste trabalho através do princípio da proporcionalidade foi pesquisado a respeito de haver possibilidade da utilização das provas ilícitas em casos excepcionais. A proporcionalidade é o meio que foi utilizado para resolver o conflito existente entre o princípio da inadmissibilidade das provas ilícitas com outros princípios garantidores como a ampla defesa, contraditório.

No primeiro capítulo foi estudada a teoria geral da prova, passando pelos meios de prova, finalidade da prova, para depois entrar no estudo das provas ilícitas, buscando conceituar e defini-las. Foi realizado um estudo a respeito da inadmissibilidade das provas ilícitas no processo penal, com todas as suas peculiaridades. No segundo capítulo foram estudados os princípios que envolvem as provas, e também os princípios que conflitam com a inadmissibilidade das provas ilícitas, nos casos em que não há outro meio para se provar a inocência do acusado, a não ser a utilização das provas ilícitas. E por fim o princípio da razoabilidade que é o fundamento principal para a utilização das provas ilícitas no processo penal, como um meio de ponderação de princípios conflitantes. No terceiro e último capítulo foi estudado as modalidades de utilização das provas ilícitas, *pro socieate* ou em favor da sociedade, e *pro reo* ou em favor do réu, tendo como conclusão do capítulo e da pesquisa a possibilidade da utilização das provas ilícitas apenas em favor do réu.

1 TEORIA DA PROVA

Para alcançar o objetivo deste trabalho, faz-se necessário discorrer algumas linhas sobre teoria da prova e consequentemente conceituar prova de acordo com a doutrina Processual Penal.

Antes de qualquer coisa, provar é estabelecer a existência da verdade, e o meio para se alcançar isso são as provas. É demonstrar a veracidade do que se afirma. Podemos entender como prova todos os elementos produzidos pelas partes do processo, visando estabelecer a existência de alguns fatos, é um instrumento de verificação.[1]

Porém, com a finalidade de sermos técnicos, é imprescindível compreender que o termo prova é dotado de diversos significados:

a) Uma atividade realizada pelas partes, com a finalidade de demonstrar a veracidade de suas alegações;
b) Os meios e instrumentos capazes de comprovar a veracidade de uma afirmação ou existência de um fato trazido ao processo;
c) O resultado final, a convicção que surge no espírito de seu destinatário.[2]

Alguns autores preferem conceituar a prova de maneira mais genérica, trazendo assim um conceito mais adequado para fins didáticos. Temos o conceito de prova segundo Guilherme Souza Nucci:

> A prova é a demonstração lógica da realidade, no processo, por meio dos instrumentos legalmente previstos, buscando gerar, no espírito do julgador, a certeza em relação aos fatos alegados e, por consequência, gerando a convicção objetivada para o deslinde da demanda.[3]

Todos os meios e instrumentos de percepção empregados com a finalidade de comprovar a alegação de uma verdade, destinados à formação da

---

[1] TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Manual de processo penal. 15. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 563.
[2] BONFIM, Edilson Mougenot. Curso de processo penal – 7. ed. – São Paulo: Saraiva, 2012. p. 355-356.
[3] NUCCI, Guilherme de Souza. Provas no processo penal. 2. ed. Sao Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 17.

convicção do magistrado acerca dos elementos essenciais para o resolução da lide pode ser considerado como prova no processo penal.[4]

1.1 FINALIDADE DA PROVA

Após conceituar o que é prova, temos que analisar qual é a finalidade da prova, o mesmo que dizer qual é o objeto da prova. Dentro do processo penal a prova tem como finalidade precípua o convencimento do Juiz. Sendo assim, a prova vem com o objetivo de permitir que o julgador conheça os fatos sobre os quais ele fará incidir o direito pleiteado na lide.[5]

Em um contexto geral, a prova se liga à realidade, vinculando assim a verdade e à certeza, sendo voltada para a convicção dos seres humanos. Já no plano jurídico, cuida-se da demonstração evidente da veracidade ou autenticidade de algo ou fato. Sendo assim, com a prova, busca-se tornar para o magistrado a realidade de um fato, um episódio ou um acontecimento de maneira clara.[6] Logo quem prova, em regra, convence o Juiz.

Ressalta-se que podemos usar termo “objeto da prova” não só no convencimento do Juiz, mas também no sentido daquilo que deve ser provado, logo, enquadra-se como objeto de prova, todos os fatos que versem a lide.[7]

O referido autor nos ensina de uma maneira mais específica a finalidade da prova dentro do Processo Penal:

> O objetivo ou finalidade da prova é formar a convicção do Juiz sobre os elementos necessários para a decisão da causa. Para julgar o litígio, precisa o Juiz ficar conhecendo a existência do fato sobre o qual versa a lide. Pois bem: a finalidade da prova é tornar aquele fato conhecido do Juiz, convencendo-o da sua existência.[8]

Podemos alegar que a prova judiciária tem um objetivo definido, que é o de reconstruir os fatos investigados no processo, buscando alcançar a realidade histórica, com a verdade dos fatos, exatamente como ocorreu no espaço e no tempo. Seria então a reconstrução da verdade. No sistema jurídico esta

---

[4] CAPEZ, Fernando. Curso de processo penal. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 372.
[5] BONFIM, Edilson Mougenot Curso de processo penal. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 356.
[6] NUCCI, Guilherme de Souza. Provas no processo penal. 2. ed. Sao Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 15.
[7] TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Manual de processo penal. 15. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 563.

reconstrução da verdade produzirá apenas uma certeza do tipo jurídico, que pode não corresponder à realidade histórica, mas que tem a pretensão de estabilizar as situações conflituosas que são objetos da lide penal.[9]

Com um cunho mais específico, podemos trazer o que Fernando Capez define como o objeto da prova no nosso ordenamento jurídico:

> Objeto da prova é 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. Somente os fatos que revelem dúvida na sua configuração e que tenham alguma relevância para o julgamento da causa merecem ser alcançados pela atividade probatória, como corolário do princípio da economia processual.[10]

No conflito existente na lide faz-se necessário encontrar a verdade real, alcançando assim a mais lídima justiça, que é o objetivo precípuo do judiciário. A prova na sua principal finalidade, que é o convencimento do Juiz a respeito dos fatos e acontecimentos alegados, torna-se um instrumento basilar para o Processo Penal.

1.2 MEIOS DE PROVA

Os meios de prova no Processo Penal são os instrumentos pessoais e materiais que são aptos a trazer para o processo a convicção da existência ou inexistência de um fato alegado.[11]

Assim define o que é meios de prova Paulo Rangel:

> Meios de prova são todos aqueles que o juiz, direta ou indiretamente, utiliza para conhecer da verdade dos fatos, estejam eles previstos em lei ou não. Em outras palavras, é o caminho utilizado pelo magistrado para formar a sua convicção acerca dos fatos ou coisas que as partes alegam[12]

---

[8] TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Manual de processo penal. 15. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 563.
[9] OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Curso de processo penal. 17. ed., rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2013. p. 325 e 326
[10] CAPEZ, Fernando. Curso de processo penal. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 372-373.
[11] FILHO, Grecco Vicente. Manual de processo penal. 9. ed. rev. e atual. – São Paulo. Saraiva, 2012. p.210
[12] RANGEL, Paulo. Direito Processual Penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 15ª ed. 2008. p.421.

Há basicamente dois modos de demonstrar a veracidade dos fatos alegados em um processo, e classificamos como: direto e indireto. Com essa classificação, nós temos então as provas diretas e as provas indiretas.[13]

Consideramos a prova como direta quando se referir diretamente ao fato probando. O fato é provado sem ter a necessidade de qualquer processo lógico de construção, é aquela prova que demonstra a existência do próprio fato que fora narrado nos autos. Temos como exemplos: a testemunha que presta depoimento sobre o que viu em um crime de homicídio. Também o laudo de exame de corpo de delito.

Já como prova indireta, entende-se por aquelas que não se dirige diretamente ao fato probando, mas sim, aquelas que se desenvolvem e chegam até ele. [14]Elas necessitam de um interposto fator, uma situação que possa atingir o fato almejado. Ambas as espécies de prova são utilizadas no nosso processo penal, tanto para absolver, como para condenar.[15]

De maneira mais direta, Tourinho Filho define os meios de prova como "tudo quanto possa servir, direta e indiretamente, à comprovação da verdade que se procura no processo: testemunha, documento, perícia, informação da vítima, reconhecimento, tudo são meios de prova".[16]

1.3 PROVAS ILÍCITAS

Definindo o que é prova e qual a sua finalidade, cumpre-se analisar as provas ilícitas. A nossa Carta Magna em seu art. 5º, LVI nos diz que "*são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos".*[17] O nosso Código de Processo Penal, seguindo a Constituição Federal, no art. 157 disciplina que

[13] NUCCI, Guilherme de Souza. Provas no processo penal. 2. ed. Sao Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 25.
[14] RANGEL, Paulo. Direito Processual Penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 15ª ed. 2008. p.421.
[15] NUCCI, Guilherme de Souza. Provas no processo penal. 2. ed. Sao Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 25.
[16] TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Manual de processo penal. 15. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 565.
[17] VADE MECUM COMPACTO. Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Luiz Roberto Curia, Livía Céspedes e Juliana Nicoletti. 9ª Ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 10.

"São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais".[18]

Todas as provas que são obtidas de maneira que viole princípios constitucionais ou preceitos legais de natureza material, são consideradas ilícitas.

São assim as provas ilícitas uma espécie de prova vedada, já indicando a sua inadmissibilidade no processo.

Dentro das provas vedadas, cumpre-se ressaltar que há uma diferença entre provas ilícitas e provas ilegítimas. Toda prova que esteja ferindo uma norma de direito processual é considerada ilegítima. Afirma-se isso segundo alguns dispositivos da lei processual penal, que exclui determinadas provas, como por exemplo, a proibição de depor em relação a fatos que envolvam o sigilo profissional. Já a prova ilícita, ou obtida por meio ilícito, é a prova que foi colhida com infração à norma ou princípios de direito material, principalmente constitucional.[19]

Ainda a respeito dessa diferenciação, vale trazer uma observação a respeito do momento em que surge a ilegalidade:

> A par da distinção no plano da natureza da norma violada, outra se faz quanto ao momento da transgressão: enquanto na prova ilegítima a ilegalidade ocorre no momento de sua produção no processo, a prova ilícita pressupõe uma violação no momento da colheita da prova, anterior ou concomitantemente ao processo, mas sempre externamente a esse.[20]

Essa distinção é feita apenas na doutrina, no campo da legislação essa diferenciação não existe, como afirma os autores Nestor Távora e Fábio Roque:

> Em doutrina, faz-se a distinção entre provas ilícitas, que são aquelas que violam o direito material (CP, legislação penal extravagante e princípios constitucionais penais) e ilegítimas que desatendem o direito processual (CPP, legislação processual extravagante e princípios processuais constitucionais). Contudo, não se faz tal distinção na legislação, de sorte que as provas ilícitas são entendidas como aquelas obtidas em violação às normas constitucionais e infraconstitucionais, englobando-se os princípios.[21]

Existem as chamadas provas ilícitas por derivação, que são aquelas que a ilicitude projeta-se na diligência. Seriam todas as provas que derivaram da

---

[18] VADE MECUM COMPACTO. Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Luiz Roberto Curia, Livía Céspedes e Juliana Nicoletti. 9ª Ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 583.

[19] AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. Provas ilícitas : interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas. 4 ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 51.

[20] AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. Provas ilícitas : interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas. 4 ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 51.

prova ilícita inicial, são as provas consequentes. Seguindo uma estrutura lógica e racional, buscando preservar os direitos e garantias humanas fundamentais. O sentido da ilicitude da derivação da prova ilícita original residem no fato de que nada adiantaria combater o mal-raiz, mas aceitar as suas ramificações, pois estão fundamentadas em um alicerce ilícito.[22] Provas ilícitas são desprezadas e, com elas, as provas que foram derivadas de sua origem.

Tal proibição está fundamentada no art. 157, §1º do Código de Processo Penal, no qual ensina que "*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".*

A nossa doutrina e jurisprudência traz a tona a "teoria da árvore dos frutos envenenados". A teoria segue o mesmo raciocínio das provas ilícitas por derivação, afirmando que as provas que decorrem de uma ilícita também terão o mesmo *status*, pois houve uma contaminação por cadeia.[23]Seriam aquelas em si mesmas lícitas, porém produzidas a partir de outra ilegalmente produzida. Temos como exemplo: a confissão extorquida mediante tortura, que venha fornecer informações corretas a respeito do lugar onde se encontra o produto do crime em análise pela lide, sendo então possível a sua apreensão. Tais provas não poderão ser aceitas pelo magistrado para fundamentar sua decisão, uma vez que elas foram contaminadas pelo vício de ilicitude existente em sua origem, logo todas as demais provas que tenham esta mesma origem ilícita serão consideradas ilícitas.[24]

> A teoria dos *fruits of the poisonous tree*, ou teoria dos frutos da árvore envenenada, cuja origem é atribuída à jurisprudência norte-americana, nada mais é que simples consequência lógica da aplicação do princípio da inadmissibilidade das provas ilícitas.[25]

A presente teoria diz respeito a um conjunto de regras jurisprudenciais nascidas na Suprema Corte norte-americana, em um acórdão que fora prolatado em 1920 no caso *Silverthorne Lumber Co. VS United States*, onde durante a

---

[21] ROQUE, Fábio; Távora, Nestor . Código de Processo Penal Para Concursos - Doutrina, Jurisprudência e Questões - 4ª Ed. 2013 p. 223.
[22] NUCCI, Guilherme de Souza. Provas no processo penal. 2. ed. Sao Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 35.
[23] ROQUE, Fábio; Távora, Nestor . Código de Processo Penal Para Concursos - Doutrina, Jurisprudência e Questões - 4ª Ed. 2013. p. 223.
[24] CAPEZ, Fernando. Curso de processo penal. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 376-377.
[25] OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Curso de processo penal. 17. ed., rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2013. p. 363.

investigação de um delito atribuído à empresa madeireira, alguns agentes federais obtiveram documentos incriminatórios pertencentes à empresa investigada sem mandado de busca e apreensão.[26]

Já no Brasil, muitos autores sustentam que a ilicitude da prova se transmite a tudo o que advier dela, com base nesta teoria, as provas ilícitas derivadas também são banidas do sistema jurídico.

Observa-se claramente isso no julgamento da nossa Suprema Corte:

> PROVA ILÍCITA E FALTA DE JUSTA CAUSA
> Não há justa causa para a ação penal quando a demonstração da autoria ou da materialidade do crime decorrer apenas de prova ilícita. Tendo em conta essa orientação, a Turma deferiu habeas corpus para, nos termos do art. 386, II, do CPP, absolver condenada nas penas do art. 251, caput, do CPM, por haver efetuado saques na conta de pensionista falecida, nos 5 meses posteriores ao óbito. Tratava-se de writ impetrado contra acórdão do STM que, embora reconhecendo a ilicitude da quebra de sigilo bancário sem autorização judicial, assentara que a confissão posterior da paciente seria suficiente para manter a condenação, aplicando à espécie o princípio da proporcionalidade. Esclareceu-se, ainda, que a mencionada confissão surgira como efeito da prova ilicitamente obtida, sendo razoável supor que não teria sido feita sem a quebra prévia do sigilo. Dessa forma, concluiu que a palavra da acusada, como meio de prova, também padeceria de ilicitude, agora por derivação. Por conseguinte, seriam imprestáveis as provas que fundamentaram a condenação imposta à paciente. HC 90298/RS, rel. Min. Cezar Peluso, 8.9.2009. (HC-90298)[27]

Tal sistema baseado na presente teoria tem as suas exceções, tal posicionamento é defendido por vários autores, observando-se que no plano prático, algumas dificuldades poderão surgir, pois não é tão simples a comprovação de que houve a derivação. Essa dificuldade estará presente na identificação concreta de que a prova efetivamente derivou da prova ilícita, devendo-se então encontrar o nexo de causalidade[28], vide as possibilidades:

> O sistema da prova ilícita por derivação comporta exceções. Admite-se a prova derivada em duas situações: a) quando não evidenciado o nexo de causalidade entre elas (derivada e ilícita); b) quando a derivada puder ser obtida por uma fonte independente da primeira, considerada ilícita.[29]

---

[26] BONFIM, Edilson Mougenot, Curso de processo penal. 7. ed. – São Paulo: Saraiva, 2012. p. 367.
[27] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas corpus 90.298-7. Min. Cezar Peluzo, 2ª Turma, Rio Grande do Sul, 08.set.2009. disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=604068> Acesso em: 22.mar.2014
[28] OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Curso de processo penal. 17. ed., rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2013. p. 363.
[29] NUCCI, Guilherme de Souza. Provas no processo penal. 2. ed. Sao Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 37.

A afirmativa tem como base o texto legal do §1º do art. 157 do Código de Processo Penal. É imperioso então analisar as duas possibilidades.

> a) Havendo um plexo de normas de provas no processo e inexistindo interligação entre elas, não há que se falar em contaminação.(...)
>
> b) Se as provas derivadas, no caso concreto, objetivamente seriam descobertas de outra maneira (idônea), não há que se falar em contaminação, pois a ilicitude pretérita não foi decisiva. Por esta razão, mesmo havendo vínculo entre a prova ilícita e a prova derivada, caso fique demonstrado que esta última seria descoberta de outra maneira legítima, não haverá extensão do vício. É o que se tem por teoria da descoberta inevitável.[30]

Em relação à primeira hipótese temos a teoria da fonte independente, que se baseia na ausência fática de nexo de causalidade ou de dependência. Na fonte de prova independente, a prova não se relaciona com os fatos que geraram a produção da prova contaminada. Já na segunda hipótese nós temos a teoria da descoberta inevitável. Nesta hipótese, a prova é admitida, mesmo que esteja presente o nexo de causalidade ou de dependência com a prova contaminada, por se tratar de meios de provas rotineiramente utilizados em determinadas investigações. Dessa maneira, evita-se a contaminação da totalidade das provas que sejam subsequentes à ilícita.[31]

Uma importante observação deve ser ressaltada: “Na realidade, as duas exceções legais não configuram provas ilícitas por derivação. A primeira hipótese é nítida e a segunda, embora menos clara, mostra o mesmo quadro”[32]

Na mesma linha das questões ligadas à inadmissibilidade das provas obtidas ilicitamente, há a teoria do encontro fortuito de provas. Fala-se em encontro fortuito de provas, quando a prova de determinada infração penal é obtida a partir de uma busca regularmente autorizada, porém para investigação de outro crime. Por exemplo, no caso de uma determinada investigação criminal, é autorizada judicialmente a interceptação telefônica em certo local, com a conseqüente violação de intimidade das pessoas que ali se encontram, não haverá porque negar

---

[30] ROQUE, Fábio; Távora, Nestor . Código de Processo Penal Para Concursos - Doutrina, Jurisprudência e Questões - 4ª Ed. 2013 p. 223.

[31] OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Curso de processo penal. 17. ed., rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2013. p. 363.

[32] NUCCI, Guilherme de Souza. Provas no processo penal. 2. ed. Sao Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 36.

a informação obtida que é relativa a outro crime, que não o inicialmente investigado.[33]

> Similar à fonte independente, o encontro fortuito de provas também é aceito no processo penal brasileiro e, da mesma forma, não é considerada derivada de prova obtida por meios ilícitos, pois por mais que a prova tenha sido obtida ilicitamente, ela viria a ser descoberta independentemente da prova anterior ilícita.[34]

No nosso ordenamento jurídico não temos um rol de provas consideradas ilícitas *a priori*. Logo, será necessário que em cada caso específico haja uma verificação dos meios de provas utilizados, descobrindo-se então se fere ou não o nosso ordenamento jurídico ou a esfera moralmente aceitável.[35]

1.4 INADMISSIBILIDADE DAS PROVAS ILÍCITAS

Como fora destacado a respeito das provas ilícitas, o nosso ordenamento jurídico, com base em um princípio constitucional, não admite a utilização das provas ilícitas no Processo Penal. A prova é proibida ou vedada quando for comprovada existência de violação à norma constitucional ou processual.

Há na nossa Carta Magna uma justa negação às provas ilícitas, pois assim como afirma Guilherme Souza Nucci: “O universo do ilícito constituí-se das variadas formas de lesão aos preceitos diversificados do ordenamento jurídico. O ilícito abrange toda e qualquer ofensa à Constituição Federal, por óbvio, e à legislação em geral”[36]

O processo, como instrumento utilizado pelo Estado para exercer a jurisdição, é pautado pela legalidade. Tal legalidade nada mais é do que a observação às normas constitucionais e legais que regem o nosso processo civil e penal. O Estado é então, o mecanismo utilizado pelas partes para conseguir a solução dos seus conflitos de interesses. Há necessidade de existir uma perfeição

---

[33] OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Curso de processo penal. 17. ed., rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2013. p. 365-366.
[34] HOLLANDA, Henrique Athayde de. A validade do encontro fortuito de provas – relativização das provas ilícitas. Disponível em: < http://tcconline.utp.br/wp-content/uploads/2012/03/A-VALIDADE-DO-ENCONTRO-FORTUITO-DE-PROVAS-A-RELATIVIZACAO-DAS-PROVAS-ILICITAS.pdf> Acesso em: 22.mar.2014.
[35] BONFIM, Edilson Mougenot, Curso de processo penal. 7. ed. – São Paulo: Saraiva, 2012. p. 365.
[36] NUCCI, Guilherme de Souza. Provas no processo penal. 2. ed. Sao Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 33.

nos atos judiciais para que eles possam produzir efeitos no ordenamento jurídico, sob pena de ser declarado inválido ou ineficaz. [37]

Para melhor compreender tal proibição, é necessário que alguns pontos sejam analisados com um maior cuidado.

Tal norma assecuratória que inadmite a utilização das provas ilícitas como fundamentação para uma sentença no Processo Penal, presta-se a tutelar direitos e garantias individuais, bem como que haja uma qualidade do material probatório a ser introduzido e valorado no processo.[38]

O que se busca na aplicação do princípio constitucional que veda as provas ilícitas, é garantir que o Estado, como defensor da justiça em uma sociedade, tenha que agir também nos conformes da lei. Não podendo buscar garantir de terceiros o cumprimento das normas jurídicas, utilizando de meios contaminados pela antijuricidade. Assim afirma Igor Luis Pereira, em sua obra:

> [...]A atividade probatória dos órgãos estatais do sistema penal deve observar os ditames da constituição e da lei, para que a segurança não se confunda com o arbítrio e a tirania. Aceitar provas ilícitas é sacrificar a liberdade e eleger como fim uma "segurança pública" que tem como meio uma persecução penal ilimitada, que pode realizar algo além da lei para atingir a condenação do ser humano.[...][39]

O Supremo Tribunal de Justiça, em sede de Habeas Corpus assim já julgou, utilizando a teoria do encontro fortuito de provas:

> PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. ART. 288 DO CÓDIGO PENAL. INÉPCIA DA DENÚNCIA OFERECIDA EM DESFAVOR DOS PACIENTES BASEADA EM MATERIAL COLHIDO DURANTE A REALIZAÇÃO DE INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA PARA APURAR A PRÁTICA DE CRIME DIVERSO. ENCONTRO FORTUITO. NECESSIDADE DE DEMONSTRAÇÃO DA CONEXÃO ENTRE O CRIME INICIALMENTE INVESTIGADO E AQUELE FORTUITAMENTE DESCOBERTO.
> I - Em princípio, havendo o encontro fortuito de notícia da prática futura de conduta delituosa, durante a realização de interceptação telefônica devidamente autorizada pela autoridade competente, não se deve exigir a demonstração da conexão entre o fato investigado e aquele descoberto, a uma, porque a própria Lei nº 9.296/96 não a exige, a duas, pois o Estado não pode se quedar inerte diante da ciência de que um crime vai ser praticado e, a três, tendo em vista que se por um lado o Estado, por seus órgãos investigatórios, violou a intimidade de alguém, o fez com respaldo constitucional e legal, motivo pelo qual a prova se consolidou lícita.

---

[37] SILVA, César Dario Mariano da. Provas ilícitas: princípio da proporcionalidade, interceptação e gravação telefônica, busca e apreensão, sigilo e segredo, confissão, Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) e Sigilo. 4ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 18.
[38] OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Curso de processo penal. 17. ed., rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2013. p. 343.
[39] SILVA, Igor Luis Pereira e. Princípios penais. Salvador: JusPODIVM, 2012. p. 323.

> II - A discussão a respeito da conexão entre o fato investigado e o fato encontrado fortuitamente só se coloca em se tratando de infração penal pretérita, porquanto no que concerne as infrações futuras o cerne da controvérsia se dará quanto a licitude ou não do meio de prova utilizado e a partir do qual se tomou conhecimento de tal conduta criminosa. *Habeas corpus* denegado. (HC 69.552/PR, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 06/02/2007, DJ 14/05/2007)[40]

O legislador constituinte, ao estatuir como direito e garantia fundamental a inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos, quer limitar a ação do Estado, utilizando como instrumento a limitação do princípio da liberdade da prova. Esta limitação envolve o respeito aos procedimentos de um processo ético, pois mesmo que o magistrado busque alcançar na análise das provas em um processo a verdade processual, ele não poderia sacrificar os princípios políticos e sociais que asseguram a existência de um Estado Democrático de Direito.[41]

A utilização desse princípio que veda a utilização das provas ilícitas é corriqueira no nosso ordenamento jurídico, vejamos este informativo do nosso Supremo Tribunal Federal, de número 633:

> São consideradas ilícitas as provas produzidas a partir da quebra dos sigilos fiscal, bancário e telefônico, sem a devida fundamentação. Com esse entendimento, a 2ª Turma deferiu habeas corpus para reconhecer a ilicitude das provas obtidas nesta condição e, por conseguinte, determinar o seu desentranhamento dos autos de ação penal. Na espécie, os pacientes foram denunciados pela suposta prática de crimes contra o Sistema Financeiro Nacional (Lei 7.492/86, artigos 11, 16 e 22, *caput*), lavagem de dinheiro (Lei 9.613/98, art. 1º, VI e VII ,e § 4º), e formação de quadrilha (CP, art. 288), por promoverem evasão de divisas do país, efetuarem operação de câmbio não autorizadas, operarem instituição financeira clandestina e, ainda, movimentarem recursos e valores paralelamente à contabilidade exigida pela legislação. Ressaltou-se que a regra seria a inviolabilidade do sigilo das correspondências, das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas (CF, art. 5º, XII), o que visa, em última análise, a resguardar também direito constitucional à intimidade (art. 5º, X). E, somente se justificaria a sua mitigação quando razões de interesse público, devidamente fundamentadas por ordem judicial, demonstrassem a conveniência de sua violação para fins de promover a investigação criminal ou instrução processual penal. No caso, o magistrado de primeiro grau não apontara fatos concretos que justificassem a real necessidade da quebra desses sigilos, mas apenas se reportara aos argumentos deduzidos pelo Ministério Público. Asseverou-se, ademais, que a Constituição veda expressamente, no seu art. 5º, LVI, o uso da prova obtida ilicitamente nos processos judiciais, no intuito precípuo de tutelar os direitos fundamentais dos atingidos pela persecução penal. Por fim, não se conheceu do writ na parte em que sustentada a

[40] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus 69552-3. 2ª Turma. São Paulo, 10.nov.1992. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=71819> Acesso em: 22.mar.2013

[41] RANGEL, Paulo. Direito Processual Penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 15ª ed. 2008. p.428-429.

> ilegalidade das prorrogações das interceptações telefônicas, em razão da perda superveniente do objeto, uma vez que o tribunal de origem concedera a ordem em favor dos pacientes. HC 96056/PE, rel. Min. Gilmar Mendes, 28.6.2011. (HC-96056)[42]

Ainda buscando assegurar a verdade real do processo, o devido processo legal, e tantos outros princípios que baseiam a inadmissibilidade da utilização das provas ilícitas no Processo Penal, Tourinho Filho, insiste: "Repugna ao bom senso possa o Magistrado valer-se de uma prova obtida criminosamente como razão para a sua sentença."[43]

A prova ilícita não apresenta uma idoneidade jurídica para convencer o magistrado, devendo ser desprezada, a fim de que não cause prejuízo na apuração da verdade no processo. Respeitando assim os direitos e garantias fundamentais da pessoa humana.[44]

Muitos doutrinadores posicionam-se contrários a utilização das provas ilícitas, seguindo assim o princípio protegido pela Constituição Federal:

> […] seria inconcebível que o Estado, para impor a pena, se utilizasse de métodos que não levassem em conta a proteção dos mesmos valores tutelados pela norma material. Semelhante contradição comprometeria o próprio fundamento da sanção criminal e, em conseqüência, a legitimação de todo o sistema punitivo.(sic)[45]
> Dentre os meios de prova, por critério constitucionalmente eleito, [...], somente se admitem as provas lícitas, ou seja, as que sejam obtidas por meios lícitos. Devem ser desprezadas as provas ilícitas, vale dizer, as que forem obtidas por mecanismos ilícitos.[46]

A norma constitucional ao determinar a vedação das provas ilícitas no nosso Processo Penal, vislumbra o dever o Estado de se estruturar adequadamente a fim de colher todos os meios de prova suficientes para o

---

[42] BRASIL. Supremo Tribunal Federal.Habeas Corpus. Min. Gilmar Mendes. Pernambuco, 28.jun.2011. Disponível em: < http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1968638> Acesso em 22.mar.2014

[43] TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Manual de processo penal. 15. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 568.

[44] WENZEL, Leiliane Freitas Almeida. Considerações ao princípio da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/Anais/Leiliane%20Freitas%20Almeida%20Wenzel_Efetividade%20e%20Garantias%20no%20Processo.pdf >. Acesso em: 02 mar. 2014.

[45] NUNES JÚNIOR, Flávio Martins Alves. Princípios do processo e outros temas processuais. Taubaté: Cabral Editora e Livraria Universitária, 2003. op. cit., p. 59.

[46] NUCCI, Guilherme de Souza. Provas no processo penal. 2. ed. Sao Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 25.

exercício de sua função jurisdicional, sem violar direitos e garantias individuais que também são protegidas pelo nosso Direito Pátrio.[47]

Ao estudarmos o instituto das provas no nosso Processo Penal, alguns princípios basilares que envolvem as provas também devem ser analisados. Para também estudar a solução para a problemática da aplicação das provas ilícitas no processo penal, teremos que conhecer alguns princípios que possibilitam a utilização. Analisando a importância dos princípios no nosso sistema jurídico, é imperioso o seu estudo.

[47] BARROSO, Frederico Sousa. Provas Ilícitas: Confronto entre as liberdades públicas e a efetividade do Processo Judicial. Disponível em: <http://www.escolamp.org.br/arquivos/II%20Concurso%20de%20monografias_03.pdf >. Acesso em: 03 mar. 2014.

2 PRINCIPIOS CONSTITUCIONAIS

Primeiramente devemos definir o que vem a ser um princípio, a fim de conseguir sua perfeita aplicação e compreensão. Assim define o Dicionário BARSA:

> 1. Momento, lugar ou trecho em que algo tem origem; início, começo. 2. Preceito, regra. 3. Causa Primária. 4. Preceito moral; máxima sentença. 5. Componente de uma máxima substância, especialmente o que lhe dá alguma qualidade ou efeito que a distingue de outros congêneres. 6. Componente de um remédio de que dependem certas propriedades deste. 7. Lei ou regra científica.[48]

Sabendo o que significa a palavra "princípio", podemos então falar de sua utilidade no processo penal.

Os princípios são como máximas doutrinárias, ou guias do pensamento jurídico, podendo também adquirir o caráter de normas de direito positivo. É de se observar que cada ramo do direito tem seus princípios que lhe são específicos. Toda ciência, mesmo nos casos de métodos técnicos jurídicos, é extraído de um conjunto de regras e princípios aplicáveis ao adequado a cada situação concreta.[49]

O Processo Penal, enquanto sistema jurídico de aplicação do Direito Penal, é estruturado em sólidas bases constitucionais, logo podemos afirmar que é regido por princípios constitucionais que são absolutamente inafastáveis, por isso, são fundamentais, tendo como função precípua garantir a proteção e tutela dos direitos individuais.[50]

> O Processo Penal é regido por uma série de princípios e regras que outra coisa não representam senão postulados fundamentais da política processual penal de um Estado. Quanto mais democrático for o regime, o processo penal mais se apresenta como um notável instrumento a serviço da liberdade individual.[51]

Através de uma operação de síntese crítica, a ciência processual moderna fixou os preceitos fundamentais que dão forma e caráter aos sistemas processuais.[52]

---

[48] Dicionário Barsa da língua portuguesa. Barsa Planeta Internacional. São Paulo: Barsa Planeta: 2008. p. 907

[49] VALE, Ionilton Pereira do. Princípios constitucionais do processo penal na visão do Supremo Tribunal Federal. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 33.

[50] OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Curso de processo penal. 17. ed., rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2013. p. 37.

[51] TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Manual de processo penal. 15. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 57.

[52] CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; e DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria Geral do Processo. 26ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 56.

Faz-se necessário o estudo e análise de alguns princípios constitucionais aplicados no Processo Penal em relação às provas, pois os princípios que regem o processo penal constituem o marco inicial que se utiliza para a construção de toda a dogmática jurídico-processual.

Levando-se em conta os escopos sociais e políticos tanto do processo, como do direito em geral, e seu compromisso com a moral e a ética, atribui-se uma grande relevância a certos princípios, que trazem em si muitas conotações éticas, morais, sociais e políticas, no qual se vale como algo externo ao sistema processual e servindo-lhe como sustentáculo legitimador.[53]

2.1 PRINCÍPIO DA VERDADE REAL

Toda atividade processual, principalmente a utilização e produção das provas, deve ter como finalidade o descobrimento dos fatos conforme a realidade, ou pelo menos, o máximo possível. O conjunto instrutório deve refletir, no maior grau de fidelidade, os acontecimentos relacionados ao fato investigado pela lide.[54]

No Processo Penal o juiz deve investigar como os fatos se passaram na realidade, não se conformando com a verdade formal constante nos autos da lide, tal busca pela realidade dos fatos é o princípio da verdade real. Tal princípio é próprio do Processo Penal, já que na seara cível, o juiz deve conformar-se com a verdade trazida aos autos pelas partes.[55]

A utilização das provas pelo Juiz, no Processo Penal em específico, é o meio que possibilita o alcance da verdade real, para assim poder decidir a lide.

Devemos lembrar que a função punitiva do Estado é dirigida àquele que tenha cometido uma infração. Logo o Processo Penal deve atender a expectativa de averiguar e descobrir a verdade real para pode fundamentar a sentença.[56]

Descobrir a verdade real, ou a chamada verdade processual, significa colher os elementos probatórios necessários e lícitos para comprovar, com certeza,

---

[53] CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; e DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria Geral do Processo. 26ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 56.
[54] BONFIM, Edilson Mougenot, Curso de processo penal. 7. ed. – São Paulo: Saraiva, 2012. p. 89.
[55] CAPEZ, Fernando. Curso de processo penal. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 75.
[56] TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Manual de processo penal. 15. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 58.

quem é o autor do fato que confrontou o comando normativo penal e qual maneira utilizada.[57]

O Juiz para se basear no momento de sentenciar, ele deverá buscar a verdade real. Porém devemos nos prender a realidade, pois o processo terá uma limitação e falibilidade humana. Por isso, o melhor seria afirmar, que buscamos uma verdade processual, pois mesmo que o Magistrado procure fazer uma reconstrução histórica do fato ocorrido, muitas vezes não alcançará por conta da limitação do material probatório utilizado.

Com isso, podemos afirmar que o Juiz decide segundo uma verdade processual, buscando dentro dos autos, um consenso entre os meios de provas. [58]

2.2 PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO

O princípio do contraditório é tratado no art. 5º, LV da nossa Constituição Federal, nos seguintes termos: “Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.[59]

Porém, ele também tem suas raízes no art. 1º,§ único da nossa Carta Magna, que nos afirma que todo poder emana do povo e o exercício da jurisdição nada mais é que o exercício de poder, logo, o povo, no caso as partes envolvidas no processo criminal, tem o direito de participar diretamente do exercício da jurisdição.[60]

Não somente na Constituição Federal trata do presente instituto, mas também pelo Pacto de São José da Costa Rica, que diz no seu art. 8º:

> 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

[57] FERNANDES, Humberto. Princípios constitucionais do processo penal brasileiro. Brasília: Brasília Jurídica. 2006. p. 141.
[58] op.cit. p. 142
[59] VADE MECUM COMPACTO. Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Luiz Roberto Curia, Livía Céspedes e Juliana Nicoletti. 9ª Ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 10.
[60] FERNANDES, Humberto. Princípios constitucionais do processo penal brasileiro. Brasília: Brasília Jurídica. 2006. p. 111.

> que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.[61]

Tal princípio é entendido como uma ciência bilateral dos atos do processo com a possibilidade de contrariá-los. Essa bilateralidade é composta por dois elementos, que são: informação e a reação, sendo a última raramente possibilitada quando se trata de direitos disponíveis. Essa bilateralidade é um requisito indispensável para garantir que o Magistrado alcance uma justiça lídima nas suas decisões, pois somente com uma parcialidade entre as partes, o Juiz pode utilizar-se de meios possíveis de alcançar a justiça.[62]

Paulo Rangel, citando Antonio Scarance Fernandes, nos ensina que:

> [...] no processo penal é necessário que a informação e a possibilidade de reação permitam um contraditório pleno e efetivo. Pleno porque se exige a observância do contraditório durante todo o desenrolar da causa, até seu encerramento. Efetivo porque não é suficiente dar à parte a possibilidade formal de se pronunciar sobre os atos da parte contrária, sendo imprescindível proporcionar-lhe os meios para que tenha condições reais de contrariá-los[63]

Inicialmente, a doutrina tradicional conceituava o princípio do contraditório como uma garantia que a parte tem de participação no processo, um meio de permitir a contribuição das partes para formar o convencimento do Juiz ao decidir a lide. Porém atualmente a doutrina procura dar um novo sentido ao instituto, acrescentando, uma efetiva igualdade processual. Logo, o princípio do contraditório não só passaria a garantir o direito à informação de qualquer dos fatos alegados, que são contrários ao seu interesse, e ao direito de reação a esses fatos, mas também, garantir que a oportunidade de resposta pudesse ser realizada na mesma intensidade e extensão, haveria então uma simétrica paridade.[64]

Contudo, devemos ressaltar que o contraditório não é apenas o direito de “dizer” e de “contradizer” sobre a matéria controvertida que envolve a lide, não é apenas o debate realizado entre as partes no processo de direito material, mas é precipuamente e exclusivamente, a igualdade de oportunidade no processo, é o

---

[61]BRASIL, Decreto 678 de 6 de novembro de 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm> Acesso em 22.mar.2013

[62] CUNHA JR., Dirley da. NOVELINO, Marcelo. Constituição Federal para concursos - Doutrina, Jurisprudência e Questões - 5ª Ed. 2014. p. 89.

[63] RANGEL, Paulo. Direito Processual Penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 15ª ed. 2008. p.16.

[64] OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Curso de processo penal. 17. ed., rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2013. p. 43.

igual tratamento às partes, que tem como fundamento principal a liberdade de todos perante a lei. É a simétrica participação no processo, entre as partes.[65]

Tratando a respeito do princípio do contraditório em abordagem relativa às provas, Pacelli nos ensina que:

> [...] o contraditório é um dos princípios mais caros ao processo penal, constituindo verdadeiro requisito de validade do processo, na medida em que a sua não observância é passível até de nulidade absoluta quando em prejuízo do acusado[...] quando se tratar de violação do contraditório em relação à acusação, será necessária a arguição expressa da irregularidade no recurso, sob pena de preclusão, ainda que cuide de nulidade absoluta.[66]

Ressaltando a importância do contraditório no processo, o nosso Supremo Tribunal Federal, na Súmula 707 traz uma nulidade relativa ao princípio do contraditório que diz: "constitui nulidade a falta de intimação do denunciado para oferecer contra-razões ao recurso interposto da rejeição da denúncia, não a suprindo a nomeação de defensor dativo". Em várias outras súmulas o Supremo Tribunal Federal utiliza o princípio do contraditório, como por exemplo na Súmula Vinculante nº 14, a respeito do acesso do advogado defensor ter acesso ao processo, tendo assim direito ao conhecimento da lide e dos argumentos, dando a possibilidade de defesa, e a súmula ensina que:

> É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa.[67]

A efetividade do contraditório será plena caso ele seja obedecido durante todo o desenrolar do processo, até seu transito em julgado. Também deve ser efetivo no sentido de que se deve proporcionar não somente uma mera participação, mas também, ter sérias condições de contrariar toda a argumentação da outra parte, inclusive nos casos em que o julgamento à revelia é admitido no nosso processo penal.[68]

Vicente Greco Filho, a fim de definir o princípio em análise, nos ensina:

> O contraditório pode ser definido como o meio ou instrumento técnico para a efetivação da ampla defesa, e consiste praticamente em:

---

[65] RANGEL, Paulo. Direito Processual Penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 15ª ed. 2008. p.17.
[66] OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Curso de processo penal. 17. ed., rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2013. p. 43.
[67] VADE MECUM COMPACTO. Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Luiz Roberto Curia, Livía Céspedes e Juliana Nicoletti. 9ª Ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 1599.
[68] FERNANDES, Humberto. Princípios constitucionais do processo penal brasileiro. Brasília: Brasília Jurídica. 2006. p. 115.

> poder contrariar a acusação; poder requerer a produção de provas que devem, se pertinentes, obrigatoriamente ser produzidas; acompanhar a produção das provas, fazendo, no caso de testemunhas, as perguntas pertinentes que entender cabíveis; falar sempre depois da acusação; manifestar-se sempre em todos os atos e termos processuais aos quais deve estar presente; e recorrer quando inconformado.[69]

O processo do contraditório significa que todos os atos que são praticados durante os procedimentos processuais sejam resultantes da participação ativa das partes. A aplicação deste princípio, não requer que cada ato seja comunicado e cientificado às partes, mas que, o Magistrado, antes de proferir cada decisão, deverá ouvir as partes, dando-lhes igual oportunidade para que se manifestem no processo, apresentando os argumentos considerados cabíveis, e também os contra argumentos. Além disso, deve-se observar o critério de igualdade estabelecido pelo princípio do contraditório, em que cada oportunidade concedida a uma das partes, deverá também ser igualmente concedida à parte contrária. Dessa maneira, deve o Magistrado assegurar que ambas as partes tenham iguais direitos na produção de provas e de se manifestar a respeito dos documentos juntados, e argumentos apresentados pelo *ex adversu* ou pelo próprio Juiz.[70]

Confirmando, ensina Paulo Rangel:

> O princípio do contraditório traz, como consequência lógica, a igualdade das partes, possibilitando a ambas a produção, em idênticas condições, das provas de suas pretensões.[71]

Um ponto é de grande importância de ressaltar: uma decisão judicial que tem como suporte a efetiva participação de ambas as partes em todas as fases do processo, tem uma maior probabilidade de aproximação dos fatos e do direito aplicável, na medida em que puder abranger a totalidade dos argumentos favoráveis e desfavoráveis, que foram alegados, a uma ou outra pretensão.[72]

Há doutrinadores que fazem uma divisão do contraditório em duas espécies, vejamos essa divisão feita por Mougenot:

> a) Contraditório real: assim se denomina o que se efetiva no mesmo tempo da produção probatória, como ocorre, por exemplo, durante a inquirição de testemunhas em juízo. Nessa oportunidade, confere-se imediatamente à parte contrária a possibilidade de reperguntas;

---

[69] FILHO, Grecco Vicente. Manual de processo penal. 9. ed. rev. e atual. – São Paulo. Saraiva, 2012. p.79

[70] BONFIM, Edilson Mougenot, Curso de processo penal. 7. ed. – São Paulo: Saraiva, 2012. p. 81-82.

[71] RANGEL, Paulo. Direito Processual Penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 15ª ed. 2008. p.18.

[72] OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Curso de processo penal. 17. ed., rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2013. p. 44.

> b) Contraditório diferido: o que ocorre posteriormente à produção da prova, ou seja, quando das alegações, debates, requerimentos e impugnações ulteriormente efetuadas pelas partes.[73]

Em sua aplicação no sistema probatório, o devido processo legal exige que haja a presença do contraditório após a colheita do material probatório no processo à elucidação do fato, sem este contraditório o processo será manifestamente nulo.[74]

> A prova há de ser produzida não só com a participação do acusador e do acusado, como também mediante a direta e constante supervisão do órgão julgador. De fato, com a inserção do princípio da identidade física do juiz no processo penal, o juiz que presidir a instrução deverá proferir a sentença (CPP, art. 399, § 2a, com redação dada pela Lei nº 11.719/08). Funcionando a observância do contraditório como verdadeira condição de existência da prova, só podem ser considerados como prova, portanto, os dados de conhecimento introduzidos no processo na presença do juiz e com a participação dialética das partes.[75]

Ainda a respeito do princípio do contraditório, merece ser feita uma ressalva em relação ao inquérito policial. O contraditório somente será exigido na fase processual, sendo assim, no inquérito policial não há que se falar em contraditório, pois o inquérito é visto como um procedimento administrativo, pois há apenas uma mera coleta de dados.[76]

Como decorrência do princípio do contraditório, um outro princípio faz-se necessário para que a atuação das partes seja plena, e é o princípio da ampla defesa.

2.3 PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA

Assim como o princípio do contraditório, o art. 5º, LV da nossa Carta Magna, protege o princípio da ampla defesa como uma garantia fundamental.

A respeito da ligação entre os dois princípios, assim ensina Renato Brasileiro:

> O direito de defesa está ligado diretamente ao princípio do contraditório. A defesa garante o contraditório e por ele se manifesta. Afinal, o exercício da ampla defesa só é possível em virtude de um dos elementos que compõem o contraditório - o direito à informação.

[73] BONFIM, Edilson Mougenot. Curso de processo penal. 7. ed. – São Paulo: Saraiva, 2012. p. 82-83.
[74] RANGEL, Paulo. Direito Processual Penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 15ª ed. 2008. p.19.
[75] LIMA, Renato Brasileiro de. Curso de processo penal. Niterói: Impetus, 2013. p. 15.
[76] FERNANDES, Humberto. Princípios constitucionais do processo penal brasileiro. Brasília: Brasília Jurídica. 2006. p. 117.

> Além disso, a ampla defesa se exprime por intermédio de seu segundo elemento: a reação.[77]

Apesar de haver essa ligação entre os dois princípios, os dois não se confundem. Para melhor entender essa linha tênue que diferencia os dois princípios, devemos entender que no processo penal, por força do princípio do devido processo legal, há duas posições antagônicas: uma delas obrigatoriamente na posição de defesa, e ai se aplica o princípio da ampla defesa, e havendo a necessidade de que cada uma tenha o direito de se contrapor aos atos e termos da parte contrária, aplicando-se então o principio do contraditório. Pode ser que haja uma violação ao princípio do contraditório, mas que não viole a ampla defesa, pois o contraditório não diz respeito, apenas, à defesa ou aos direitos do réu.[78]

O princípio da ampla defesa consubstancia-se no direito das partes oferecerem argumentos em seu favor, e demonstrá-los nos limites que sejam possíveis.[79]

Ainda estudando os ensinamentos de Renato Brasileiro, ele nos ensina a respeito da aplicabilidade da ampla defesa, quando se trata do réu, que “sob a ótica que privilegia o interesse do acusado, a ampla defesa pode ser vista como um direito; todavia, sob o enfoque publicístico, no qual prepondera o interesse geral de um processo justo, é vista como garantia”. [80]

É notória a importância da ampla defesa no processo, dando uma força ao acusado para atuar no processo de diversas formas, vejamos uma análise a respeito do princípio feita por Guilherme Souza Nucci:

> A ampla defesa gera inúmeros direitos exclusivos do réu, como é o caso de ajuizamento de revisão criminal – o que é vedado à acusação – bem como a oportunidade de ser verificada a eficiência da defesa pelo magistrado, que pode desconstituir o advogado escolhido pelo réu, fazendo-o eleger outro ou nomeando-lhe um dativo, entre outros.[81]

Tal princípio determina a participação efetiva da parte no processo penal. A ampla defesa abrange a autodefesa, a defesa técnica, a defesa efetiva e a

---

[77] LIMA, Renato Brasileiro de. Curso de processo penal. Niterói: Impetus, 2013. p. 16-17.
[78] op. cit. p.17
[79] BONFIM, Edilson Mougenot. Curso de processo penal. 7. ed. – São Paulo: Saraiva, 2012. p. 83.
[80] LIMA, Renato Brasileiro de. Curso de processo penal. Niterói: Impetus, 2013. p. 17.
[81] NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de processo penal e execução penal. 9. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2012. p. 92.

possibilidade de utilização de todos os meios de prova que são passíveis de demonstrar a inocência do acusado. [82]

Como defesa técnica, nós podemos considerar aquela defesa que é exercida em nome do acusado por um advogado habilitado, constituído ou nomeado, garantindo então a paridade de armas entre as partes no processo, diante da acusação, que, via de regra, é exercida pelo Ministério Público. A defesa técnica é considerada indispensável. Caso o réu não possa contratar um advogado, será nomeado um advogado dativo pelo Magistrado.[83]

O Código de Processo Penal, no seu art. 261, traz como condição *sine qua non* para o processamento do acusado:

> Art. 261. Nenhum acusado, ainda que ausente ou foragido, será processado ou julgado sem defensor.
> Parágrafo único. A defesa técnica, quando realizada por defensor público ou dativo, será sempre exercida através de manifestação fundamentada.[84]

Não sendo o bastante, o Superior Tribunal Federal na sua Súmula 523, diz que: “No processo penal, a falta da defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu.”[85]

A ampla defesa também abre ao réu o direito à autodefesa, que é exercida diretamente pelo acusado. Tendo o acusado o direito de influir diretamente na formação da convicção do Juiz, também de se fazer presente em todos os atos processuais.[86]

A respeito da defesa efetiva, o ordenamento jurídico em relação ao processo penal, não se satisfaz com a mera nomeação de um defensor, exige-se que a atividade efetiva do advogado no sentido de assistir o acusado. Pois essa defesa efetiva não se trata de mera aparência. Também, em nome da defesa

---

[82] SILVA, Igor Luis Pereira e. Princípios penais. Salvador: JusPODIVM, 2012. p. 270.
[83] BONFIM, Edilson Mougenot. Curso de processo penal. 7. ed. – São Paulo: Saraiva, 2012. p. 83.
[84] VADE MECUM COMPACTO. Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Luiz Roberto Curia, Livía Céspedes e Juliana Nicoletti. 9ª Ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 592.
[85] VADE MECUM COMPACTO. Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Luiz Roberto Curia, Livía Céspedes e Juliana Nicoletti. 9ª Ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 1591.
[86] BONFIM, Edilson Mougenot. Curso de processo penal. 7. ed. – São Paulo: Saraiva, 2012. p. 84.

efetiva, não é permitido que o mesmo advogado patrocine ambas as partes, não poderá defender réus com colidência de defesa.[87]

Renato Brasileiro, se tratando da efetividade da defesa, ensina:

> Para que seja preservada a ampla defesa a que se refere a Constituição Federal, a defesa técnica, além de necessária e indeclinável, deve ser plena e efetiva.
> Ou seja, não basta assegurar a presença formal de defensor técnico. No curso do processo, é necessário que se perceba efetiva atividade defensiva do advogado no sentido de assistir seu cliente.[88]

Podemos garantir que a ampla defesa é mais do que um direito, é uma garantia. Pois ao ser aplicada, é garantido ao acusado todos os meios de intervir no processo, e de outro que haja um processo justo, pois a defesa é sem dúvida uma condição de regularidade no processo, e também em toda jurisdição. [89]

2.4 PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

O princípio do devido processo legal, assim como a ampla defesa e o contraditório, é garantido como garantia fundamental pela nossa Constituição Federal, no seu art. 5º, LIV: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.[90]

O estudo do princípio do devido processo legal, tem início em um antecedente remoto no art. 39 da Magna Carta, outorgada por João Sem Terra, no ano de 1215, a seus barões na Inglaterra, onde falava-se inicialmente em *law of the land.*[91] Posteriormente que alguns textos se basearam na experiência constitucional americana do *due process of law,* que é reconduzida aos esquemas garantidores da nossa Carta Magna. Para que a privação dos direitos relativos à liberdade e à propriedade seja legítima, deverá ser observado um determinado

---

[87] FERNANDES, Humberto. Princípios constitucionais do processo penal brasileiro. Brasília: Brasília Jurídica. 2006. p. 122-123.
[88] LIMA, Renato Brasileiro de. Curso de processo penal. Niterói: Impetus, 2013. p. 21.
[89] FERNANDES, Humberto. Princípios constitucionais do processo penal brasileiro. Brasília: Brasília Jurídica. 2006. p. 119.
[90] VADE MECUM COMPACTO. Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Luiz Roberto Curia, Livía Céspedes e Juliana Nicoletti. 9ª Ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 10.
[91] FERNANDES, Antonio Scarance. Processo penal constitucional. 4ª. Ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2005. p. 45.

processo legalmente estabelecido, tendo como fundamento uma atividade legislativa moldada pelos procedimentos justos e adequados.[92]

Inicialmente foi predominante uma visão individualista do devido processo legal, que consistia no resguardo de direitos públicos subjetivos das partes. Perdeu essa característica após o surgimento de uma ótica publicista, na qual as regras do devido processo legal são garantias, não direitos, das partes de do justo processo.[93]

Como um corolário importante do princípio da legalidade, o devido processo legal vem a ser uma obrigatoriedade de todos os atos processuais, e obedece ao que se encontra prescrito na constituição.[94]

O devido processo legal pode ser considerado como uma espécie de princípio-síntese, que dá um fundamento a todo o sistema jurídico penal. A partir dele se desdobra os demais princípios processuais penais, assim como a ampla defesa e o contraditório. Ele atua como uma norma fundante de todo o edifício processual. Por uma espécie de cláusula *mater*, que ao mesmo tempo, dá origem e é formado por diversos princípios, cujo conteúdo se revela como direito fundamental. Logo, todo ato que ofende este princípio, e aqueles que dele se derivam, resulta uma nulidade absoluta de maneira implícita.[95]

Paulo Rangel demonstra a união dos princípios através do devido processo legal:

> Destarte, todos os outros princípios que serão abordados derivam deste em análise, pois não há verdade processual sem que, para que se possa descobri-la, respeitem-se os procedimentos delineados em lei.
> A condução coercitiva determinada pela autoridade judiciária, a busca e apreensão (arts. 240 e seguintes do CPP), bem como as medidas cautelares, visam a descoberta da verdade processual dos fatos, porém com respeito aos procedimentos delineados em lei.
> Não há como se respeitar o contraditório (art. 5º, LV, da CRFB), estabelecendo a igualdade das partes na relação jurídico-processual, sem o cumprimento do preceituado nos arts. 261, 263, 265 c/c 394 e seguintes, todos do CPP.
> Sem o devido processo legal, não pode haver contraditório.
> A inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos é uma garantia fundamental do processo que está compreendida no devido processo legal.

[92] CUNHA JR., Dirley da. NOVELINO, Marcelo. Constituição Federal para concursos - Doutrina, Jurisprudência e Questões - 5ª Ed. 2014. p.
[93] FERNANDES, Antonio Scarance. Processo penal constitucional. 4ª. Ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2005. p. 45.
[94] VALE, Ionilton Pereira do. Princípios constitucionais do processo penal na visão do Supremo Tribunal Federal. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 216.
[95] MACHADO, Antônio Alberto. Curso de processo penal. 4ª. Ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 60-61.

> O devido processo legal é o princípio reitor de todo o arcabouço jurídico processual. Todos os outros derivam dele.[96]

A garantia fundamental do devido processo legal possui dois importantes aspectos: o lado substantivo (material), que é de Direito Penal, e o lado procedimental (processual), de Processo Penal. No primeiro aspecto, encaixa-se o princípio da legalidade e dos demais princípios penais. Já em relação ao aspecto procedimental, cria-se um espectro de garantias fundamentais para que o Estado possa apurar e constatar a culpa de alguém, em relação ao fato delituoso que fora considerado suspeito, sendo assim passível de aplicação de uma sanção penal. O motivo para isso, é que o devido processo legal coroa os princípios processuais, chamando para si todos os elementos que fazem parte da estrutura do processo penal democrático.[97]

Diante desse princípio constitucional, surgem de maneira inerente a ele, com o postulado da proporcionalidade e algumas garantias constitucionais processuais, como o acesso à justiça, o juiz natural, a ampla defesa, o contraditório, a igualdade entre as partes, e também a exigência de uma imparcialidade do magistrado.[98]

Guilherme de Souza Nucci nos fala a respeito da aplicabilidade do devido processo legal no campo processual:

> No campo processual, o devido processo legal desenha-se em vários setores como supedâneo dos inúmeros direitos e garantias fundamentais para amparar o indivíduo, quando o suspeito ou acusado pelo Estado. Logo, seus mais visíveis princípios conseqüenciais são a ampla defesa e o contraditório. Porém, todos os demais princípios constitucionais processuais penais integram a sua órbita de ascendência.[99]

Podemos definir o devido processo legal no sentido de que, para que haja ou cerceamento da liberdade ou privação de bens, as formalidades previstas em lei devem ser respeitadas, e é de suma importância que essa lei esteja em conformidade com a Constituição.[100]

---

[96] RANGEL, Paulo. Direito Processual Penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 15ª ed. 2008. p.19.
[97] NUCCI, Guilherme de Souza. Princípios constitucionais penais e processuais penais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 62.
[98] CUNHA JR., Dirley da. NOVELINO, Marcelo. Constituição Federal para concursos - Doutrina, Jurisprudência e Questões - 5ª Ed. 2014. p.
[99] NUCCI, Guilherme de Souza. Princípios constitucionais penais e processuais penais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 64.
[100] FERNANDES, Humberto. Princípios constitucionais do processo penal brasileiro. Brasília: Brasília Jurídica. 2006. p. 50.

Sobre as garantias procedimentais do devido processo legal, ressalta-se a importância da existência de um procedimento tipificado, e a necessidade de que tal procedimento seja observado integralmente. Nos casos em que haja conexão entre vários crimes, o procedimento deverá ser mais amplo. Também abrange o direito de que a parte passe por um julgamento em um prazo razoável.[101]

Como exemplo da aplicabilidade do princípio em análise, o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula 70[102] que diz: "é inadmissível a interdição de estabelecimento como meio coercitivo para cobrança de tributos", também a Súmula 323[103], que em seu texto ensina que "é inadmissível a apreensão de mercadorias como meio coercitivo para pagamento de tributos", todas elas com base no devido processo legal.

Portanto, o devido processo legal é um princípio fundamental do processo penal, é também uma autentica garantia do cidadão, frente ao poder arbitrário por parte do Estado.[104]

2.5 PRINCÍPIO DO LIVRE CONVENCIMENTO DO JUIZ

Devemos analisar as formas e maneiras que o Magistrado poderá utilizar para avaliar as provas. Há três sistemas utilizados nos tempos modernos. Nestor Távora nos divide da seguinte maneira:

> a) O juiz é livre para decidir, sem a necessidade de motivação, e pela visível dificuldade de controle, pode valer-se do que não está nos autos. É, de regra, afastado do nosso ordenamento, subsistindo no Tribunal do Júri, quanto à atividade dos jurados;
> b) A lei preestabelece o valor de cada prova, cabendo ao juiz ajustar a decisão ao regramento normativo. O magistrado é despido da análise crítica, e a lei pode inclusive indicar a prova necessária para demonstrar determinado fato.[...]

[101] FERNANDES, Humberto. Princípios constitucionais do processo penal brasileiro. Brasília: Brasília Jurídica. 2006. p. 58.
[102] VADE MECUM COMPACTO. Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Luiz Roberto Curia, Livía Céspedes e Juliana Nicoletti. 9ª Ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 1582.
[103] VADE MECUM COMPACTO. Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Luiz Roberto Curia, Livía Céspedes e Juliana Nicoletti. 9ª Ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 1587.
[104] VALE, Ionilton Pereira do. Princípios constitucionais do processo penal na visão do Supremo Tribunal Federal. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 226.

> c) Existe a liberdade judicial para decidir, respeitando-se a necessária motivação, à luz daquilo que foi trazido nos autos do processo[...].[105]

No nosso sistema jurídico brasileiro, utilizamos o sistema que adota a livre convicção ou livre convencimento. Segundo esse princípio, o juiz tem a liberdade de valorar os elementos probatórios de acordo com a sua convicção, sendo livre inclusive de parâmetros legais. Porém a limitação desse livre convencimento é de que se faça por meio de uma apreciação racional dos elementos disponíveis, levando em consideração todo o seu conjunto, e contanto que fundamente sua decisão, indicando os elementos da prova preponderantes na formação de seu convencimento. Chamamos então de livre convencimento motivado.[106]

O processo é o mundo para o juiz, o art, 155 do Código de Processo Penal impede que o magistrado possa julgar com o conhecimento que tenha extraprocessual. Tal impedimento visa garantir a imparcialidade do juiz, e também que o juiz tenha a liberdade de julgar, valorando as provas, colhidas com a observância do contraditório, como bem quiser. A fundamentação é de rigor. A sentença com falta de fundamentação, não é uma sentença, pois todos devem saber qual foi o fundamento que o magistrado utilizou na sua valoração, dando inclusive margem para a aplicação da ampla defesa.[107]

Assim diz a inteligência do art. 155 do Código de Processo Penal:

> 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.[108]

É também chamado de persuasão racional, é o sistema adotado majoritariamente pelo processo penal brasileiro, tendo inclusive fundamento na nossa Constituição Federal, no art. 93, IX.[109]

---

[105] ROQUE, Fábio; Távora, Nestor . Código de Processo Penal Para Concursos - Doutrina, Jurisprudência e Questões - 4ª Ed. 2013 p. 218.
[106] BONFIM, Edilson Mougenot. Curso de processo penal. 7. ed. – São Paulo: Saraiva, 2012. p. 386.
[107] TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Manual de processo penal. 15. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 61.
[108] VADE MECUM COMPACTO. Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Luiz Roberto Curia, Livía Céspedes e Juliana Nicoletti. 9ª Ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 583.
[109] NUCCI, Guilherme de Souza. Código de processo penal comentado. 11 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 357.

Fernando Capez, confirmando a tese da persuasão racional ensina que:

> 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 [...], e ao sistema do julgamento *secundum conscientiam*, onde a decisão é livre de qualquer critério [...].[110]

Embora livre para formar o seu convencimento, o juiz sempre deverá declinar as razões que o levaram a considerar por tal ou qual prova no processo. Devendo fazer a sua fundamentação com base em uma argumentação racional, para que possa garantir as partes, em caso de insatisfação, o direito de confrontar a decisão utilizando-se das mesmas bases argumentativas.[111]

A liberdade na apreciação das provas implica reconhecer que o juiz quem dará qual a importância de cada prova, demonstrando-se que não existe uma hierarquia probatória. O juiz não poderá embasar sua sentença apenas nos elementos que foram colhidos no inquérito policial, pois este procedimento é essencialmente inquisitivo.[112]

De maneira sucinta Paulo Rangel esclarece a respeito da apreciação das provas:

> O sistema da livre convicção não estabelece valor entre as provas, pois nenhuma prova tem mais valor do que a outra nem é estabelecida uma hierarquia entre elas... a confissão do acusado deixa de constituir prova plena de sua culpabilidade. Todas as provas são relativas; nenhuma delas terá valor decisivo, ou necessariamente maior prestígio que outra[...][113]

Paulo Rangel citando Frederico Marques nos dá uma idéia a respeito do livre convencimento do juiz:

> Em primeiro lugar, o livre convencimento não significa liberdade de apreciação das provas em termos tais que atinja as fronteiras do mais puro arbítrio. Esse princípio libertou o juiz, ao ter de examinar a prova, de critérios apriorísticos contidos na lei, em que o juízo e a lógica do legislador se impunham sobre a opinião que em concreto podia o magistrado colher; não o afastou, porém, do dever de decidir segundo as ditames do bom senso, da lógica e da experiência.

---

[110] CAPEZ, Fernando. Curso de processo penal. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 69.
[111] OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Curso de processo penal. 17. ed., rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2013. p. 338.
[112] ROQUE, Fábio; Távora, Nestor . Código de Processo Penal Para Concursos - Doutrina, Jurisprudência e Questões - 4ª Ed. 2013. p. 218.
[113] RANGEL, Paulo. Direito Processual Penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 15ª ed. 2008. p.469.

> O livre convencimento que hoje se adota no direito processual não se confunde com o julgamento por convicção íntima, uma vez que o livre convencimento lógico e motivado é o único aceito pelo moderno processo penal[...][114]

O livre convencimento motivado é uma regra do nosso ordenamento jurídico, porém é imperioso anotar que essa regra é aplicável somente às decisões do juiz singular, pois tal princípio não se estende aos julgamentos do Tribunal do Júri, no qual não se impõe aos jurados o dever de fundamentar suas decisões e respostas aos quesitos. No Tribunal do Júri o princípio vigente é o da íntima convicção.[115]

Uma sentença sem motivação é uma sentença oculta para o povo, há na verdade uma função política na motivação, uma justificação judicial perante, não só as partes, mas a toda sociedade.[116]Demonstra-se então a imensa importância do princípio do livre convencimento do juiz no nosso ordenamento jurídico.

2.6 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

O princípio da proporcionalidade foi desenvolvido primeiramente na Alemanha, tendo como fundamento principal o pensamento dos jusnaturalistas e iluministas, com os quais se afirmaram as idéias de que a limitação imposta à liberdade individual, só será justificada em caso de concretização dos interesses coletivos superiores. Tais idéias influíram principalmente após a 2ª Guerra Mundial, na doutrina e jurisprudência, sendo denominado como princípio da proibição do excesso.[117]

Além da Alemanha, também contribuíram para essa sistematização os julgamentos do Tribunal Europeu de Direitos Humanos. O princípio passou a ser objeto de estudo, com especial atenção, nos mais diversos ramos do Direito e nos mais variados países, com larga aplicação no processo penal.[118]

Assim descreve a respeito da evolução do princípio Luiz Avolio:

---

[114] RANGEL, Paulo. Direito Processual Penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 15ª ed. 2008. p.470.
[115] OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Curso de processo penal. 17. ed., rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2013. p. 337-338.
[116] RANGEL, Paulo. Direito Processual Penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 15ª ed. 2008. p.470.
[117] FERNANDES, Antonio Scarance. Processo penal constitucional. 4ª. Ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2005. p. 54.
[118] op. cit. p. 54

> Foi na Alemanha, no período pós II Guerra Mundial, que, rompendo-se, juntamente com outros países, como o Japão, com a ancestral tradição da civil law, se reuniram condições para um expressivo desdobramento da doutrina das liberdades públicas, contemplada nos arts. 1 e 2 da Lei Fundamental. Já se partia da superação da dicotomia *substance-procedure,* pela jurisprudência alemã, no reconhecimento de que a vedação probatória dessumida dos preceitos constitucionais representava, ao menos em princípio, a 'sanção processual' de um ilícito praticado sob o plano 'substancial'. Vale dizer: já se pressupunha a existência de ofensa a valores garantidos pela lex superior.[119]

Foi também transportado para o direito americano, e nos Estados Unidos recebeu o nome de princípio da razoabilidade a partir da interpretação evolutiva da cláusula do devido processo legal.[120]Lá, de onde inclusive foi importado o princípio da vedação da utilização das provas ilícitas, está conectado, não com critérios de adequação, mas de controle dos atos do poder público.[121]

No Brasil ele foi primeiramente plantado nas raízes do Direito Administrativo, no qual foi utilizado como meio de limitação do excesso de poder, e logo passou a ocupar lugar cativo em toda a hermenêutica do Direito, e de modo particular, no controle de constitucionalidade das leis.[122]

Dentro do Direito Administrativo, o princípio da proporcionalidade, surgiu principalmente em função do poder de polícia do Poder Público, exercido pelo Estado. A doutrina então acabou ampliando a sua aplicação aos demais ramos do Direito, especialmente no campo das provas ilícitas.[123]

O princípio da proporcionalidade, também conhecido como razoabilidade, não se encontra expressamente na Constituição Federal, são eles princípios gerais de direito, aplicáveis a todos os ramos do nosso ordenamento jurídico. Embora sejam princípios implícitos, o Supremo Tribunal Federal, tem apontado a proporcionalidade como postulado do devido processo legal. Ele vem sendo utilizado pela nossa Corte Superior como instrumento no controle de

---

[119] AVÓLIO, Luiz Francisco Torquato. Provas ilícitas: interceptações telefônica clandestinas: São Paulo. Revista dos Tribunais. 1999. p. 67

[120] CAMPOS, Helena Nunes. Princípio da Proporcionalidade: a ponderação dos direitos fundamentais. Disponível em: <http://www.mackenzie.br/fileadmin/Pos_Graduacao/Mestrado/Direito_Politico_e_Economico/Cadernos_Direito/Volume_4/02.pdf> Acesso em: 22.mar.2014

[121] OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Curso de processo penal. 17. ed., rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2013. p. 374.

[122] OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Curso de processo penal. 17. ed., rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2013. p. 374.

[123] FARAH, Geisa Matos. Prova ilícita e sua aplicação no processo penal. Disponível em: < http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/Juridica/article/viewFile/849/826> Acesso em: 22.mar.2014

constitucionalidade das leis. Esse aspecto substantivo visa respeitar à proteção material direta dos bens e da liberdade em sentido amplo, isto é, à proteção direta desses bens jurídicos tutelados no ordenamento jurídico em si mesmo considerados.[124]

> Num primeiro momento importa referir o que se entende por proporcionalidade num sentido geral. A proporcionalidade surge vinculada à limitação do poder estatal, tendo em vista a tutela dos direitos individuais. Em linhas gerais, ao Estado cabe proceder a limitação destes direitos, de forma a atender o interesse público; dessa forma, o agir estatal deve observar a proporcionalidade nos meios a serem empregados e nos fins a serem alcançados.[125]

A teoria da proporcionalidade fora desenvolvida buscando balancear os bens jurídicos que estão se contrastando e verificar qual tem o maior peso.[126] Assim define Carolina Barros:

> Para hipóteses de conflitos entre princípios constitucionais, a doutrina aponta para a utilização do princípio da proporcionalidade. Esse princípio objetivará solucionar o conflito mediante a análise[...].[127]

Ao considerarmos os princípios, devemos fazer uma diferenciação entre princípio e regra. Pois princípios são normas jurídicas impositivas, compatíveis com vários graus de concretização, consoante condicionalismos fáticos e jurídicos, já as regras são normas que tem um caráter imperioso de exigência que é ou não é cumprida. Levando as definições em conclusão, a convivências de regras é antinômicas, logo elas se excluem, já os princípios podem coexistir, permitindo então um balanceamento de valores e interesses, levando em conta o seu peso e ponderação de outros princípios que ocasionalmente possam ser conflitantes.[128]

Há na doutrina uma discussão a respeito da natureza jurídica do princípio da proporcionalidade, se ele realmente é um princípio, no sentido de ser uma norma-princípio de necessária aplicação. Porém, aduz-se que não é apenas

---

[124] ALEXANDRINO,Marcelo. PAULO, Vicente. Direito administrativo descomplicado. 21ª Ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013. p. 208

[125] AQUERE, Fabiana Rodrigues. O princípio da proporcionalidade e a prova ilícita no direito penal brasileiro. Disponível em: < http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2010_2/fabiana_aquere.pdf> Acesso em: 22.mar.2014

[126] RANGEL, Paulo. Direito Processual Penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 15ª ed. 2008. p.438.

[127] FIDALGO, Carolina Barros. MUNHÓS. Jorge. Legislação Administrativa para concursos, Doutrina, jurisprudência e Questões de Concursos. Editora Jus Podium, 2014. p. 50.

[128] BARROSO, Frederico Sousa. Provas Ilícitas: Confronto entre as liberdades públicas e a efetividade do Processo Judicial. Disponível em:

um princípio, tal como são tradicionalmente concebidos, pois enquanto todos os demais princípios são relativos, não absolutos, ou seja admite uma flexibilização ou um balanço de valores, o princípio da proporcionalidade é um método interpretativo e de aplicação do direito para a solução do conflito que possa existir entre princípios. Logo se configura um princípio absoluto.[129]

No nosso ordenamento jurídico, tanto na doutrina como na jurisprudência, há um entendimento pacífico de que não existem direitos absolutos. Todo direito, por mais importante que possa ser, deverá conviver de maneira harmônica com os outros direitos.[130]

Dessa maneira, o princípio da razoabilidade ou proporcionalidade, tem como base o equilíbrio entre valores contrastantes.[131]

O critério hermenêutico mais utilizado para resolver os eventuais conflitos existentes entres os princípios constitucionais, de mesma relevância, é baseado na ponderação de bens e/ou interesses. O exame que é realizado tem como finalidade a aplicação, em cada caso concreto, da proteção mais adequada possível a um dos direitos em risco, e que prejudique da maneira mais sutil ao outro, por isso, fala-se então em proporcionalidade.[132]

Nestor Távora citando Alexy, ensina que:

> Princípios são mandamentos de otimização em face das possibilidades jurídicas e fáticas. A máxima da proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, exigência de sopesamento, decorre da relativização em face das possibilidades jurídicas. Quando uma norma de direito fundamental com caráter de princípio colide com um princípio antagônico, a possibilidade jurídica para a realização dessa norma depende do princípio antagônico. Para se chegar a uma decisão é necessário um sopesamento nos termos da lei de colisão.[133]

A proporcionalidade é utilizada no combate e no controle dos excessos legislativos que limitam de maneira demasiada ou inaceitável os direitos

---

<http://www.escolamp.org.br/arquivos/II%20Concurso%20de%20monografias_03.pdf >. Acesso em: 22.mar.2014

[129] BONFIM, Edilson Mougenot. Curso de processo penal. 7. ed. – São Paulo: Saraiva, 2012. p. 101.

[130] SILVA, César Dário Mariano da. Provas ilícitas: princípio da proporcionalidade, interpretação e gravação telefônica, busca e apreensão, sigilo e segredo, confissão, Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) e sigilo. 6ª Ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 16.

[131] PRADO, Leandro Cadenas. Provas Ilícitas – teoria e a interpretação dos tribunais superiores. Niterói, RJ: Impetus, 2009. p. 31.

[132] OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Curso de processo penal. 17. ed., rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2013. p. 373.

[133] NESTOR, Távora. ALENCAR, Rosmar Rodrigues. Curso de direito processual penal. 7ª Ed. rev. ampl. e atl. Editora Jus Podium, 2012. p. 389.

fundamentais, configurando-se em controle de constitucionalidade das leis e dos limites às liberdades de conformação do legislador.[134]

No que mais nos interessa, o princípio da proporcionalidade vem sendo utilizado pela jurisprudência alemã e de alguns países da Europa, principalmente, para fins de permitir, de maneira excepcional, a utilização das provas ilícitas.[135]

> No campo das provas ilícitas, a teoria da proporcionalidade surgiu como uma corrente intermediária concernente à possibilidade de admissão destas no processo penal, com o fim de evitar posições radicais. Tal princípio leciona que nenhuma garantia constitucional tem valor absoluto ou supremo de modo a tornar inválida outra de equivalente grau de importância.[136]

Utilizando-se de uma ponderação entre o princípio da inadmissibilidade da utilização de provas ilícitas, e o princípio da proporcionalidade, buscaremos estudar agora a possibilidade da utilização, de maneira excepcional, das provas ilícitas no nosso Processo Penal.

---

[134] BARROSO, Frederico Sousa. Provas Ilícitas: Confronto entre as liberdades públicas e a efetividade do Processo Judicial. Disponível em: <http://www.escolamp.org.br/arquivos/II%20Concurso%20de%20monografias_03.pdf >. Acesso em: 22.mar.2014

[135] OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Curso de processo penal. 17. ed., rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2013. p. 374.

[136] AQUERE, Fabiana Rodrigues. O princípio da proporcionalidade e a prova ilícita no direito penal brasileiro. Disponível em: < http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2010_2/fabiana_aquere.pdf> Acesso em: 22.mar.2014

3 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E A APLICAÇÃO DAS PROVAS ILÍCITAS NO PROCESSO PENAL

O princípio da proporcionalidade se desdobra em três subprincípios, que são: o da necessidade ou exigibilidade, o da adequação e o da proporcionalidade em sentido estrito. Será necessário quando não houver um outro meio a ser empregado menos lesivo aos direitos fundamentais. Será adequado quando o auxílio prestado é possível a obtenção do resultado almejado. E será com ponderação dos valores conflitantes e havendo uma adequação e exigibilidade dos meios a serem empregados, será possível o sacrifício de um direito ou garantia fundamental em defesa de igual ou superior.[137]

A respeito de se fundamentar a utilização das provas ilícitas no processo penal com o princípio da proporcionalidade, Pellegrini ensina que:

> A teoria, hoje dominante, da inadmissibilidade processual das provas ilícitas, colhidas com infringência a princípios ou normas constitucionais, vem, porém, atenuada por outra tendência, que visa corrigir possíveis distorções a que a rigidez da exclusão poderia levar em casos de excepcional gravidade. Trata-se do denominado verhaltnismassigkeit prinzip (sic), ou seja, de um critério de proporcionalidade, pelo qual os tribunais da então Alemanha Federal, sempre em caráter excepcional e em casos extremamente graves, têm admitido a prova ilícita, baseando-se no princípio do equilíbrio entre valores fundamentais contrastantes.[138]

A regra da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos, que está elencada no art. 5º, LVI da Constituição Federal, não é absoluta. Deve ela ser interpretada de forma coerente e razoável, mostrando uma certa proporção entre os bens jurídicos tutelados que se contrastam.[139]

Não podemos considerar a vedação das provas obtidas por meios ilícitos como uma garantia absoluta, pois, poderia gerar situações de inegável desproporção, com esta proteção conferida ao direito então violado, que é o da produção de prova, em detrimento da proteção do direito da vítima do delito.[140]

---

[137] SILVA, César Dário Mariano da. Provas ilícitas: princípio da proporcionalidade, interpretação e gravação telefônica, busca e apreensão, sigilo e segredo, confissão, Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) e sigilo. 6ª Ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 17.
[138] GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antônio Scarance; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. As nulidades do processo penal. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 160-161.
[139] RANGEL, Paulo. Direito Processual Penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 15ª ed. 2008. p.438.
[140] OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Curso de processo penal. 17. ed., rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2013. p. 374-375.

Leandro Cadenas Prado confirma a tese de que o princípio da inadmissibilidade das provas ilícitas não é absoluto:

> Sabe-se que não existe hierarquia entre os princípios. Devem sempre ser analisados no caso concreto, atribuindo-se valor a cada um dos princípios envolvidos. Se existir alguma circunstância mais importante a ser protegida que a vedação ao uso das provas ilícitas, pode-se, aplicando-se este princípio da proporcionalidade, afastar aquela proibição.[141]

Esta questão é uma das mais complexas no nosso processo penal, pois é de grande dificuldade fixar um critério minimamente objetivo para o aproveitamento da prova ilícita, pela proporcionalidade. Se a vedação das provas ilícitas tem por um de seus objetivos o controle da atividade estatal persecutória, que tem responsabilidade pela produção probatória, a existência de um critério fixo e objetivo já seria um verdadeiro estimulo a prática da ilegalidade, caso soubesse da possibilidade da produção ilícita da prova. Com a proporcionalidade surge o postulado da vedação de excesso. Diante desta corrente de pensamento, devemos crer que não é impossível a aplicação das provas ilícitas, porém devendo ser analisada cada situação concreta.[142]

Porém deve-se fazer uma ressalva a respeito da utilização do princípio da proporcionalidade para a aplicação das provas ilícitas no processo penal: a sua utilização só deverá ser possível para garantir a salvaguarda e manutenção de valores conflitantes, desde que sua aplicação única e exclusivamente em casos tão extraordinários, que levariam a resultados desproporcionais, inusitados e repugnantes se a prova ilicitamente colhida for inadmitida.[143]

Diante do que fora exposto, passemos a analisar as duas possibilidades de utilização das provas ilícitas: *pro societate* e *pro reo.*

3.1 PROVAS ILÍCITAS PRO SOCIETATE

Em relação ao possibilidade da utilização das provas ilícitas em desfavor do réu (*pro societate*) há uma grande divergência. Segundo ensina

---

[141] PRADO, Leandro Cadenas. Provas Ilícitas – teoria e a interpretação dos tribunais superiores. Niterói, RJ: Impetus, 2009. p. 31.
[142] OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Curso de processo penal. 17. ed., rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2013. p.375.

Barbosa Moreira, a aplicação da proporcionalidade em favor da sociedade para se utilizar das provas ilícitas é possível, por exemplo, nos casos de crime organizado, quando essa organização é considerada superior do que às Polícias e o Ministério Público. Logo a utilização das provas ilícitas seria um meio de garantir que o princípio da isonomia e da igualdade substancial na persecução criminal.[144]

No Habeas Corpus 3982, o Superior Tribunal de Justiça acolheu o princípio da proporcionalidade em desfavor do réu:

> Constitucional e processo penal. Habeas corpus. Escuta telefônica com ordem judicial. Réu condenado por formação de quadrilha armada, que se acha cumprindo pena em penitenciária, não tem como invocar direitos fundamentais próprios do homem livre para trancar ação penal (corrupção ativa) ou destruir gravação feita pela polícia. O inciso LVI do art. 5º da Constituição, que fala que 'são inadmissíveis... as provas obtidas por meio ilícito', não tem conotação absoluta. Há sempre um substrato ético a orientar o exegeta na busca de valores maiores na construção da sociedade. A própria Constituição Federal Brasileira, que é dirigente e programática, oferece ao juiz, através da 'atualização constitucional' (*Verfassungsa ktuali sierung*), base para o entendimento de que a cláusula constitucional invocada é relativa. A jurisprudência norte-americana, mencionada em precedente do Supremo Tribunal Federal, não é tranquila. Sempre é invocável o princípio da 'Razoabilidade' (*Reasonableness*). O princípio da exclusão das provas ilicitamente obtidas (*Exclusionary Rule*) também lá pede temperamentos. Ordem denegada[145]

Fernando Capez, fazendo um comentário a respeito do acórdão, ensina que:

> Embora seja praticamente pacífica a aplicação do princípio da proporcionalidade somente *pro reo*, o Superior Tribunal de Justiça, em um julgado, surpreendentemente admitiu sua incidência também *pro societate*.
> Anteriormente à Lei n. 9.296, de 24 de julho de 1996, que disciplinou a interceptação das comunicações telefônicas, a 6ª Turma do STJ, contrariando a orientação do STF, decidiu que, havendo expressa autorização do juiz, e contanto que esta autorização "não seja dada fora dos princípios lógicos", é perfeitamente viável a aceitação da prova obtida mediante interceptação telefônica, uma vez que a exigência constitucional de lei estabelecendo as hipóteses de restrição ao sigilo "só tem lugar sem a observância do sistema constitucional, e cairia em outro absurdo, o de que um texto feito em defesa da sociedade, do homem de bem, deve ser utilizado para proteger um marginal. Isso não entra na cabeça de ninguém, nem do

---

[143] GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antônio Scarance; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. As nulidades do processo penal. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 161.

[144] LIMA, Renato Brasileiro de. Curso de processo penal. Niterói: Impetus, 2013. p. 617.

[145] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus 3982. Min. Adhemar Maciel, Rio de Janeiro. Disponível em: < https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num_registro=199500628716&dt_publicacao=27-05-1996&cod_tipo_documento> Acesso em: 23.mar.2014

> juiz, dentro de seu equilíbrio, da sua isenção, porque o juiz também é humano, e percebe as coisas fora do processo".[146]

César Mariano da Silva, citando um questionamento de Camargo Aranha a respeito da utilização das provas ilícitas *pro societate*:

> Para tal teoria intermediária, propomos uma nova denominação: a do interesse preponderante. Em determinadas situações a sociedade, representada pelo Estado, é posta diante de dois interesses relevantes antagônicos e que a ela cabe tutelar: a defesa de um princípio constitucional e a necessidade de perseguir e punir o criminoso. A solução deve consultar o interesse que preponderar e que, como tal, deve ser preservado.
> A única prova obtida conta um sanguinário seqüestrador foi a gravação de uma conversa telefônica interceptada: absolve-se, preservando-se um princípio constitucional, ou condena-se, preservando a sociedade?[147]

Diante de uma problemática semelhante a essa, surge a necessidade de compatibilizar a proteção genérica dos direitos fundamentais, através da regra de exclusão, com o dever que o Estado tem de perseguir a criminalidade e puni-la.[148]

Para Scarance, não se trata de ser um princípio invocado a favor ou contra o acusado, mas deve se verificar, em cada caso específico, se a restrição que fora imposta a algum direito do acusado é necessária, adequada e justificável em face do bem jurídico que se protege.[149]

Assim o uso da proporcionalidade não seria exclusivamente a favor do réu, mas pode-se fazer o uso desta mesma teoria em prejuízo de alguém, porém em favor da sociedade, e sempre por via excepcional, levando em conta cada caso concreto.

Já Capez afirma que a admissibilidade das provas ilícitas em favor da sociedade seria possível quando demonstra a prevalência do interesse público na persecução penal, porém a atual jurisprudência dos Tribunais Superiores é a da sua não adoção. Afinal, as medidas excepcionais de constrição de direitos não

---

[146] CAPEZ, Fernando. Curso de processo penal .19. ed. – São Paulo : Saraiva, 2012. p. 369.
[147] SILVA, César Dário Mariano da. Provas ilícitas: princípio da proporcionalidade, interpretação e gravação telefônica, busca e apreensão, sigilo e segredo, confissão, Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) e sigilo. 6ª Ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 20.
[148] ÁVILA, Thiago André Pierobom de. Provas ilícitas e proporcionalidade. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007. p. 208.
[149] FERNANDES, Antonio Scarance. Processo penal constitucional. 4ª. Ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2005. p. 95.

podem ser transformadas em praticas comuns de investigação no nosso ordenamento jurídico.[150]

Em um artigo publicado, cita-se Brito, com a finalidade de defender a utilização das provas ilícitas em favor da sociedade:

> Esquecem-se, entretanto, os adeptos da impossibilidade de utilização de provas ilícitas *pro societate*, que a sua admissibilidade não ocorre em qualquer ocasião ou a arbítrio do Estado, sob pena de constituir uma clara violação aos princípios do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal, assegurados pela Constituição Federal.
> A utilização de provas ilícitas pelo Estado só é possível quando presentes cumulativamente os seguintes requisitos: a) em caráter excepcional; b) em situações de extrema gravidade; c) quando em contraste direitos fundamentais; e d) com expressa autorização da autoridade judicial.[151]

Os juristas que são contra o uso das provas ilícitas *pro societate* afirmam que tal permissão consiste em um suporte à constante postura de castigo assumida pela doutrina e jurisprudência brasileira. Destacam os motivos pelos quais parte da doutrina crê ser intolerável a prova ilícita em desfavor do réu. Primeiramente torna-se um estímulo a pratica da tortura pelos agentes do Estado, segundo trata-se de uma interpretação que tende a minimizar ou diminuir a eficiência de garantia fundamental que ao princípio da vedação das provas ilícitas tem como cláusula pétrea. Trata-se também de uma violação ao princípio do *in dubio pro reo,* e por fim, de uma violação ao princípio constitucional da ampla defesa.[152]

A utilização da proporcionalidade *pro societate* conflita de maneira direta com o devido processo legal e na presunção de inocência, e outros direitos fundamentais. Afinal são os direitos fundamentais que protegem o indivíduo da arbitrariedade estatal, pois essa é a sua função, defender a parte mais frágil que é o indivíduo. O Estado possui um vasto arsenal investigador e seria duvidoso que os direitos fundamentais do indivíduo fossem violados, afim de, beneficiar o Estado. Logo a maior parte da doutrina tem razão ao se posicionar contrária à utilização

---

[150] CAPEZ, Fernando. Curso de processo penal. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 380.
[151] LACHI, Rômulo. Exceções à inadmissibilidade das provas ilícitas no processo penal brasileiro. Disponível em: < http://www.unigran.br/revista_juridica/ed_anteriores/22/artigos/artigo07.pdf> Acesso em: 23.mar.2014.
[152] AQUERE, Fabiana Rodrigues. O princípio da proporcionalidade e a prova ilícita no direito penal brasileiro. Disponível em: < http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2010_2/fabiana_aquere.pdf> Acesso em: 23.mar.2014

das provas ilícitas, através do princípio da proporcionalidade, em desfavor do réu.[153]

3.2 PROVAS ILÍCITAS PRO REO

Após verificar que boa parte da doutrina se posiciona contrária à utilização das provas ilícitas em desfavor do réu, estudaremos agora a possibilidade da utilização em favor do réu (*pro reo*), que é a problemática principal desta pesquisa.

Como se percebe, o princípio da proporcionalidade tem lugar em algumas situações, nas quais, pode-se usar validamente de uma prova ilícita para absolver um réu. Já foi comprovado que outro caminho não é possível, afinal, o Estado não poderá fazer uso de uma prova ilícita para condenar um réu.[154]

No estudo comparado, a utilização das provas ilícitas *pro reo* se dá na análise de um primeiro ponto, que consiste no fato da prova ilícita normalmente é praticada por um particular. Os sistemas alemão e estadunidense provavelmente admitem a prova ilícita *pro reo* por se tratar exatamente de provas produzidas por particulares, pois contra trais sistemas não há proibições de admissibilidade de provas. No sistema espanhol, a utilização da prova ilícita é permitida para absolver o réu.[155]

Já no Brasil a maioria da doutrina admite a prova ilícita em favor do réu. Para Capez, a aceitação da proporcionalidade *pro reo* não cria muitas dificuldades, afinal, o nosso sistema jurídico não pode utilizar de direitos fundamentais para criar julgamentos injustos. Tendo a discricionariedade para escolher entre uma prova vedada, apresentada como único meio para comprovar a inocência de um acusado, e permitir que alguém seja privado injustamente de sua liberdade, sem ter nenhuma responsabilidade pelo ato criminoso imputado, não

---

[153] LACHI, Rômulo. Exceções à inadmissibilidade das provas ilícitas no processo penal brasileiro. Disponível em: < http://www.unigran.br/revista_juridica/ed_anteriores/22/artigos/artigo07.pdf> Acesso em: 23.mar.2014.
[154] PRADO, Leandro Cadenas. Provas Ilícitas – teoria e a interpretação dos tribunais superiores. Niterói, RJ: Impetus, 2009. p. 32.
[155] ÁVILA, Thiago André Pierobom de. Provas ilícitas e proporcionalidade. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007. p. 202.

resta dúvidas de que o Estado, buscando a mais lídima justiça, venha a se negar a proteger a dignidade da pessoa humana.[156]

Também devemos reconhecer que quando o acusado está sendo injustamente acusado e produz a prova ilícita, ele estará agindo em estado de necessidade, que é uma exclusão de ilicitude, e com a utilização da proporcionalidade, torna licita a utilização da prova.[157]

Assim se posiciona Pellegrini a respeito das provas ilícitas colhidas pelo acusado:

> [...] quando a prova, aparentemente ilícita, for colhida pelo próprio acusado, tem-se entendido que a ilicitude é eliminada por causas legais, como a legitima defesa, que exclui a antijuricidade.[158]

O nosso ordenamento jurídico, como instrumento de um Estado de Direito, que busca a aplicação da justiça nos conflitos judiciais existentes, deverá sempre preservar o princípio da inocência do réu, em quaisquer circunstancias. Não há como conceber a idéia da condenação de alguém em que o próprio Estado acredita ser inocente, apenas para defender uma formalidade processual.[159]

Tratando do objeto na utilização das provas ilícitas *pro reo*, Thiago Ávila ensina:

> No caso da utilização da prova *pro reo*, o valor em ponderação é diretamente a dignidade da pessoa do réu, injustamente acusado de um delito, com o risco de pagar com sua liberdade, perdendo alguns anos de sua vida, pela má apreciação dos fatos na atividade jurisdicional.[160]

Portanto, é possível ao acusado demonstrar sua inocência utilizando-se de prova obtida por meio ilícito, haja vista a preponderância do direito à liberdade sobre a inadmissibilidade da prova ilícita no processo penal.[161]

A prova ilícita poderia ser utilizada em favor da inocência, com a finalidade de evitar-se uma limitação na utilização de prova que, mesmo sendo

---

[156] CAPEZ, Fernando. Curso de processo penal .19. ed. – São Paulo : Saraiva, 2012. p. 369.
[157] ÁVILA, Thiago André Pierobom de. Provas ilícitas e proporcionalidade. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007. p. 203.
[158] GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antônio Scarance; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. As nulidades do processo penal. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 162.
[159] OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Curso de processo penal. 17. ed., rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2013. p.375.
[160] ÁVILA, Thiago André Pierobom de. Provas ilícitas e proporcionalidade. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007. p. 203.
[161] SILVA, César Dário Mariano da. Provas ilícitas: princípio da proporcionalidade, interpretação e gravação telefônica, busca e apreensão, sigilo e segredo, confissão, Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) e sigilo. 6ª Ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 18.

contrária aos ditames da lei, cumpra seu papel precípuo de inibir a condenação descabida.[162]

A proibição da prova ilícita é uma garantia individual contra o Estado, logo torna-se possível a utilização de prova favorável, mesmo que ilícita, em favor do réu. Afinal, a vedação nada mais é que uma garantia do indivíduo, e não seria concebível utilizar dessa garantia em seu desfavor.[163]

A fim de firma o convencimento da possibilidade da utilização da propocionalidade *pro reo*, analisemos o posicionamento de Nucci:

> [...] havendo produção de prova ilícita, demonstrativa da inocência do réu, deve-se utilizá-la, em nome do interesse maior de preservação da Justiça criminal equilibrada, que não privilegia o meio, em detrimento do resultado, ao cuidar da vida de um inocente.[164]

Quanto a possibilidade da admissão da proporcionalidade *pro reo*, três pontos significantes devem ser observados: o primeiro consiste em que muitos autores consideram que a hipótese não se trata da aplicação da proporcionalidade, propriamente dita, já que o réu obtém a prova no intuito de demonstrar sua inocência, logo está agindo em legítima defesa. Porém considera-se equivocada esta afirmação, afinal como já fora afirmado, o indivíduo está agindo em estado de necessidade. Em segundo lugar, independentemente de ser legítima defesa ou estado de necessidade, a ação do acusado é considerada uma excludente de ilicitude, sendo uma aplicação concreta do princípio da proporcionalidade. A terceira conclusão é de que a prova ilícita *pro reo* deve passar pelo crivo da ponderação dos interesses para ser justificada.[165]

Outra observação a respeito da utilização das provas ilícitas *pro reo* deve ser feita. Apesar da prova produzida por meio ilícito poder ser utilizada em benefício do ré, ela não poderá ser utilizada para prejudicar um correu, pois em relação a este ultimo prevalece o princípio constitucional que veda a utilização da prova ilícita. Assim, em um único processo, poderá uma situação curiosa ocorrer,

---

[162] NESTOR, Távora. ALENCAR, Rosmar Rodrigues. Curso de direito processual penal. 7ª Ed. rev. ampl. e atl. Editora Jus Podium. 2012. p. 390.
[163] BONFIM, Edilson Mougenot. Curso de processo penal. 7. ed. – São Paulo: Saraiva, 2012. p. 369.
[164] NUCCI, Guilherme de Souza. Princípios constitucionais penais e processuais penais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 327.
[165] ÁVILA, Thiago André Pierobom de. Provas ilícitas e proporcionalidade. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007. p. 204-206.

na qual um réu será absolvido com base em uma prova ilícita, mas esta mesma prova não poderá ser utilizada para condenar o outro.[166]

Dando respaldo à informação prestada, Nestor Távora ensina:

> Ademais, a prova ilícita utilizada para demonstrar a inocência, amparada pela proporcionalidade, não pode servir para prejudicar terceiros. Os efeitos são limitados à obtenção da inocência, não cabendo a utilização desta prova para demonstrar a culpa de outrem, no mesmo ou em outro processo, pois seria verdadeira proporcionalidade às avessas.[167]

Nem todo de tipo de prova ilícita poderá ser utilizada em favor do réu. Temos por exemplo, os casos das provas falsas, que não se confundem com a prova ilícita. Na prova falsa, o acusado realmente é culpado, e produz uma prova falsa, forja uma suposta interceptação telefônica que o inocenta, o problema não será solucionado com a admissibilidade da prova ilícita *pro reo*, e sim o critério será a sua valoração. Também obviamente, uma coação para um testemunho falso, não será alcançada pela proporcionalidade em favor do réu.[168]

Há também uma teoria chamada : exclusão da ilicitude da prova, na qual consiste que a prova, aparentemente ilícita, deve ser reputada como válida, nos casos em que a conduta do agente na sua captação está amparada pelas excludentes de ilicitude. Logo a ilicitude seria apenas ficta, pois o estado de necessidade autorizaria a medida. Logo a prova é considerada lícita, válida, valorável em qualquer sentido.[169]

Após as observações pertinentes à aplicação da proporcionalidade *pro reo*, faz-se necessário trazer um julgado do Supremo Tribunal Federal a respeito da temática:

> CONSTITUCIONAL. PENAL. GRAVAÇÃO DE CONVERSA FEITA POR UM DOS INTERLOCUTORES: LICITUDE. PREQUESTIONAMENTO. Súmula 282-STF. PROVA: REEXAME EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO: IMPOSSIBILIDADE. Súmula 279- STF. I. - A gravação de conversa entre dois interlocutores, feita por um deles, sem conhecimento do outro, com a finalidade de documentá-la, futuramente, em caso de negativa, nada tem de ilícita, principalmente quando constitui exercício de defesa. II. - Existência, nos autos, de provas outras não obtidas mediante gravação de conversa ou quebra de sigilo bancário. III. - A questão relativa às

[166] PEDROSO, Fernando de Almeida. Prova penal: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Editora Revita dos tribunais, 2005. p. 472.
[167] NESTOR, Távora. ALENCAR, Rosmar Rodrigues. Curso de direito processual penal. 7ª Ed. rev. ampl. e atl. Editora Jus Podium, 2012. p. 390-391.
[168] ÁVILA, Thiago André Pierobom de. Provas ilícitas e proporcionalidade. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007. p. 207.
[169] [169] NESTOR, Távora. ALENCAR, Rosmar Rodrigues. Curso de direito processual penal. 7ª Ed. rev. ampl. e atl. Editora Jus Podium, 2012. p. 392.

> provas ilícitas por derivação ¾ "*the fruits of the poisonous tree*" ¾ não foi objeto de debate e decisão, assim não prequestionada. Incidência da Súmula 282-STF. IV. - A apreciação do RE, no caso, não prescindiria do reexame do conjunto fático- probatório, o que não é possível em recurso extraordinário. Súmula 279-STF. V. - Agravo não provido.[170]

A fim de auxiliar os magistrados nessa análise subjetiva dos princípios conflitantes, deverá haver uma fixação de critérios de prevalência, a serem construídos pela jurisprudência e pela doutrina. Robert Alexy, tratando a respeito desses critérios, denomina de "relação de precedência condicionada", que consiste que em face de determinadas condições, esta ou aquela norma terá precedência. Salienta também que com o passar do tempo, com a evolução dos julgados tratando a respeito da temática da admissibilidade das provas ilícitas *pro reo*, os tribunais formariam uma pauta de valores, com regras de precedência de bens.[171]

Resta comprovado que a utilização das provas ilícitas *pro reo* consiste em uma ação definitivamente motivada, com a finalidade de buscar um meio de compatibilizar os princípios conflitantes, nos casos excepcionais, a fim de constituir a melhor maneira da aplicação da justiça em cada caso específico.

---

[170] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AI 503617 AgR. Relator: Min. Carlos Velloso. Segunda Turma, 1º de fevereiro de 2005. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=362535>. Acesso em: 23.mar.2014.

[171] FERNANDES, Antonio Scarance. Processo penal constitucional. 4ª. Ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2005. p. 60.

CONCLUSÃO

No presente trabalho foi estudada a teoria geral da prova, que envolve os meios de prova, a finalidade da prova, objeto da prova, na qual buscou analisar os aspectos gerais referentes ao instituto da prova no direito processual penal brasileiro. Definiu-se a importância do sistema probatório para o convencimento do Magistrado para concluir qual é a verdade real atingida pelo processo, as provas são o meio necessário para se comprovar a verdade relatada pelas partes, se os fatos alegados são realmente verídicos e condizem com a realidade. A prova tem como importância principal levar o Magistrado para a cena do delito e tirar suas conclusões para ter um convencimento verdadeiro a respeito da lide.

Na análise das provas, foi estudada também a prova ilícita, que é vedada no nosso ordenamento jurídico, e essa vedação é, inclusive, um direito fundamental garantido pela Constituição Federal. Também são vedadas as provas ilícitas que apesar de serem lícitas por si, são derivadas de uma prova ilícita, é a chamada teoria da árvore dos frutos envenenados.

Buscando atingir o objetivo de estudar a possibilidade da utilização das provas ilícitas no processo penal, foi-se necessário estudar alguns princípios relacionados às provas e a utilização do sistema probatório, analisando então o devido processo legal, incluindo o contraditório e a ampla defesa, concluindo que tais princípios desembocam no princípio da verdade real. Com a finalidade de buscar a verdade real no processo, o juiz utiliza de um princípio que é chamado de livre convencimento, no qual ele pode utilizar de todos os meios cabíveis para se convencer para decidir a lide, porém sempre tendo a obrigação de fundamentar a escolha. Nos casos excepcionais, no qual consiste a problemática da pesquisa, na falta de outros meios para convencer o juiz da inocência do acusado, nasce um conflito entre o devido processo legal, ampla defesa e contraditório com a inadmissibilidade das provas ilícitas no processo penal, e com a finalidade de resolver esse conflito que surge o princípio da proporcionalidade, utilizando-se de uma ponderação de relevância dos princípios, buscando defender o mais importante com o mínimo de prejuízo para o conflitante. A fundamentação da utilização das provas ilícitas no processo penal é o princípio da proporcionalidade.

Fez-se necessário o estudo dos princípios para chegar ao ponto crucial do problema proposto, que é a utilização das provas ilícitas no processo penal com base no princípio da proporcionalidade. Ao descobrir que a proporcionalidade é o meio utilizado para solucionar o conflito existente entre os princípios, resta apenas definir as possibilidades. Primeiro foi estudado as provas ilícitas *pro societate*, ou seja em favor da sociedade ou da acusação, porém tal posicionamento é rechaçado, afinal o Estado tem a obrigação de produzir as provas e não poderia utilizar de meios ilícitos para isso. O Estado já tem uma superioridade em relação ao acusado, logo não poderia utilizar desse meio para poder incrimina-lo. A segunda possibilidade é a utilização das provas ilícitas em favor do réu ou *pro reo*, na qual o acusado pode utilizar de provas ilícitas para provar sua inocência, porém sempre em casos excepcionais, nos quais não tem outro meio de atingir essa finalidade. No caso das provas ilícitas em favor do réu, surge o cenário onde uma pessoa seria condenada injustamente em defesa de uma formalidade processual, e utilizando da proporcionalidade, será avaliado o que importa mais, se é a liberdade de uma pessoa que de fato é inocente ou então a proteção das formalidades processuais.

Na presente pesquisa concluiu-se que é possível utilizar das provas ilícitas em favor do réu, afinal, os princípios não são absolutos e supremos, eles não são regras. Logo podemos concluir que ao buscar uma justiça verossímil, não podemos sacrificar bens jurídicos tão importantes como a liberdade individual em defesa das formalidades processuais. Acrescentou-se ao processo que a proporcionalidade pode trazer solução plausíveis, que realmente buscam alcançar a justiça em cada processo, que a dignidade da pessoa humana é superior à uma formalidade processual como é a inadmissibilidade das provas ilícitas. Porém devemos sempre ressaltar, que essa admissibilidade é apenas para casos excepcionais, afinal, o estudo não tem a finalidade de incentivar a prática do ilícito, e sim de se alcança a Justiça, que é o maior objetivo que o Direito como ciência tem. A presente pesquisa alcançará a todos os estudantes de direito, principalmente aqueles mais interessados nas ciências criminais, a raciocinar a luz do direito moderno, de concluir que o direito sempre evolui, e que nosso principal objetivo sempre será a Justiça.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO,Marcelo. PAULO, Vicente. Direito administrativo descomplicado. 21ª Ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013.

AQUERE, Fabiana Rodrigues. O princípio da proporcionalidade e a prova ilícita no direito penal brasileiro. Disponível em: < http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2010_2/fabiana_aquere.pdf> Acesso em: 22.mar.2014.

ÁVILA, Thiago André Pierobom de. Provas ilícitas e proporcionalidade. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007.

AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. Provas ilícitas : interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas. 4 ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

BARROSO, Frederico Sousa. Provas Ilícitas: Confronto entre as liberdades públicas e a efetividade do Processo Judicial. Disponível em: <http://www.escolamp.org.br/arquivos/II%20Concurso%20de%20monografias_03.pdf > Acesso em: 03 mar. 2014.

BONFIM, Edilson Mougenot. Curso de processo penal – 7. ed. – São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AI 503617 AgR. Relator: Min. Carlos Velloso. Segunda Turma, 1º de fevereiro de 2005. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=362535> Acesso em: 23.mar.2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus 69552-3. Min. Paulo Brossard 2ª Turma. São Paulo, 10.nov.1992. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=71819> Acesso em: 22.mar.2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus 3982. Min. Adhemar Maciel, Rio de Janeiro. Disponível em: < https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num_registro=199500628716&dt_publicacao=27-05-1996&cod_tipo_documento> Acesso em: 22.mar.2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas corpus 90.298-7. Min. Cezar Peluzo, 2ª Turma, Rio Grande do Sul, 08.set.2009. disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=604068> Acesso em: 22.mar.2014.

_____. Supremo Tribunal Federal.Habeas Corpus 96.056. Min. Gilmar Mendes. Pernambuco, 28.jun.2011. Disponível em: < http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1968638> Acesso em: 22.mar.2014.

CAMPOS, Helena Nunes. Princípio da Proporcionalidade: a ponderação dos direitos fundamentais. Disponível em: <http://www.mackenzie.br/fileadmin/Pos_Graduacao/Mestrado/Direito_Politico_e_Economico/Cadernos_Direito/Volume_4/02.pdf> Acesso em: 22.mar.2014

CAPEZ, Fernando. Curso de processo penal .19. ed. – São Paulo : Saraiva, 2012.

_____. Fernando. Curso de processo penal. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; e DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria Geral do Processo. 26ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

CUNHA JR., Dirley da. NOVELINO, Marcelo. Constituição Federal para concursos - Doutrina, Jurisprudência e Questões - 5ª Ed. 2014.

Decreto 678 de 6 de novembro de 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm> Acesso em 22.mar.2013

Dicionário Barsa da língua portuguesa. Barsa Planeta Internacional. São Paulo: Barsa Planeta: 2008.

FARAH, Geisa Matos. Prova ilícita e sua aplicação no processo penal. Disponível em: < http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/Juridica/article/viewFile/849/826> Acesso em: 22.mar.2014

FERNANDES, Antonio Scarance. Processo penal constitucional. 4ª. Ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2005.

_____. Humberto. Princípios constitucionais do processo penal brasileiro. Brasília: Brasília Jurídica. 2006.

FIDALGO, Carolina Barros. MUNHÓS. Jorge. Legislação Administrativa para concursos, Doutrina, jurisprudência e Questões de Concursos. Editora Jus Podium, 2014.

FILHO, Grecco Vicente Manual de processo penal. 9. ed. rev. e atual. – São Paulo. Saraiva, 2012.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antônio Scarance; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. As nulidades do processo penal. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

HOLLANDA, Henrique Athayde de. A validade do encontro fortuito de provas – relativização das provas ilícitas. Disponível em: < http://tcconline.utp.br/wp-content/uploads/2012/03/A-VALIDADE-DO-ENCONTRO-FORTUITO-DE-PROVAS-A-RELATIVIZACAO-DAS-PROVAS-ILICITAS.pdf> Acesso em: 22.mar.2014.

LACHI, Rômulo. Exceções à inadmissibilidade das provas ilícitas no processo penal brasileiro. Disponível em: < http://www.unigran.br/revista_juridica/ed_anteriores/22/artigos/artigo07.pdf> Acesso em: 23.mar.2014.

LIMA, Renato Brasileiro de. Curso de processo penal. Niterói: Impetus, 2013.

MACHADO, Antônio Alberto. Curso de processo penal. 4ª. Ed. São Paulo: Atlas, 2012.

NESTOR, Távora. ALENCAR, Rosmar Rodrigues. Curso de direito processual penal. 7ª Ed. rev. ampl. e atl. Editora Jus Podium, 2012.

NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de processo penal e execução penal. 9. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2012.

_____. Guilherme de Souza. Princípios constitucionais penais e processuais penais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

_____. Guilherme de Souza. Provas no processo penal. 2. ed. Sao Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

NUNES JÚNIOR, Flávio Martins Alves. Princípios do processo e outros temas processuais. Taubaté: Cabral Editora e Livraria Universitária, 2003.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Curso de processo penal. 17. ed., rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2013.

PEDROSO, Fernando de Almeida. Prova penal: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Editora Revita dos tribunais, 2005.

PRADO, Leandro Cadenas. Provas Ilícitas – teoria e a interpretação dos tribunais superiores. Niterói, RJ: Impetus, 2009.

RANGEL, Paulo. Direito Processual Penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 15ª ed. 2008.

ROQUE, Fábio; Távora, Nestor . Código de Processo Penal Para Concursos - Doutrina, Jurisprudência e Questões - 4ª Ed. 2013.

SILVA, César Dario Mariano da. Provas ilícitas: princípio da proporcionalidade, interceptação e gravação telefônica, busca e apreensão, sigilo e segredo, confissão, Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) e Sigilo. 4ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

_____. César Dário Mariano da. Provas ilícitas: princípio da proporcionalidade, interpretação e gravação telefônica, busca e apreensão, sigilo e segredo, confissão, Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) e sigilo. 6ª Ed. São Paulo: Atlas, 2010.

_____. Igor Luis Pereira e. Princípios penais. Salvador: JusPODIVM, 2012.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Manual de processo penal. 15. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

WENZEL, Leiliane Freitas Almeida. Considerações ao princípio da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/Anais/Leiliane%20Freitas%20Almeida

%20Wenzel_Efetividade%20e%20Garantias%20no%20Processo.pdf > Acesso em: 02 mar. 2014.

VADE MECUM COMPACTO. Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Luiz Roberto Curia, Livía Céspedes e Juliana Nicoletti. 9ª Ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013.

VALE, Ionilton Pereira do. Princípios constitucionais do processo penal na visão do Supremo Tribunal Federal. Rio de Janeiro: Forense, 2009.