

**(UNICOC – PÓS-GRADUAÇÃO
PRAETORIUM INSTITUTO DE ENSINO, PESQUISA E ATIVIDADES DE
EXTENSÃO EM DIREITO)**

PROVAS ILÍCITAS E O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Grazziela de Oliveira e Sousa Lacerda

Almenara/Minas Gerais
15/07/2011

GRAZZIELA DE OLIVEIRA E SOUSA LACERDA

PROVAS ILÍCITAS E O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado pela aluna Grazziela de Oliveira e Sousa Lacerda à disciplina de Metodologia da Pesquisa Jurídica do programa de pós-graduação em Direito do Praetorium e UNICOC, como requisito parcial para a obtenção do título de Especialista em direito penal e processo penal.

Orientador: Me. Juarez Monteiro de Oliveira Júnior

Almenara/Minas Gerais

2011

Grazziela de Oliveira e Sousa Lacerda
Provas Ilícitas e o Princípio da Proporcionalidade

Trabalho apresentado à disciplina de
Metodologia da Pesquisa Científica do
Praetorium e UNICOC.

Juarez Jr.

Me. Juarez Monteiro de Oliveira Júnior (orientador)

Leandro Eustáquio

Me. Leandro Eustáquio de Matos Monteiro (avaliador)

Prof. Suplente (examinador suplente)

Data da aprovação: _____ de _____ de 20____.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus por continuar firme na batalha, a minha família pelo incentivo constante.

RESUMO

A presente monografia apresenta como tema central a aplicação do princípio da proporcionalidade em matéria de prova ilícita.

Primeiramente, fez-se necessário a análise de questões fundamentais que circundam o objetivo enfocado, quais sejam: o conceito de provas e meios de provas, a prova ilícita no ordenamento jurídico brasileiro, considerações gerais sobre princípios até alcançar elementos suficientes para a exposição do princípio da proporcionalidade.

A Carta Magna inaugurou um novo período de estabilidade democrática e marcou um grande avanço na tutela dos Direitos Fundamentais, evidenciada principalmente pelo controle da atividade estatal persecutória.

A constituição Federal, bem como a Lei 11.690/08 objetivando proteger Direitos fundamentais taxou de maneira peremptória a vedação da prova ilícita. Não obstante, a existência de um critério fixo e objetivo pode dar ensejo há um conflito entre interesse/ princípios.

Nesse cenário o princípio da proporcionalidade fica delineado como a possibilidade do intérprete, em um caso concreto, admitir uma prova ilícita para evitar um mal maior, como a condenação injusta ou a impunidade de perigosos.

Sob este ângulo, doutrina e jurisprudência se posicionam para a defesa ou condenação da utilização do princípio da proporcionalidade em matéria de prova ilícita.

Para a realização desta monografia foi utilizada basicamente pesquisa à doutrina, legislação e jurisprudência.

Palavras-chave:

Provas ilícitas; princípios; princípio da proporcionalidade

ABSTRACT

This monograph presents as a central theme that the principle of proportionality in respect of illegal evidence.

First, it was necessary to the analysis of key issues surrounding the goal focused, namely: the concept of evidence and means of evidence, illegal evidence in the Brazilian legal system, general considerations on principles to achieve sufficient exposure to the principle proportionality.

The Constitution inaugurated a new period of democratic stability and marked a major advance in the protection of fundamental rights, as evidenced mainly through control of the persecutory state activity.

The Federal Constitution and the Law 11.690/08 aiming to protect fundamental rights so peremptory rated sealing of illegal evidence. Nevertheless, the existence of a fixed and objective criteria can give rise there is a conflict between interest / principle. In this scenario the principle of proportionality is delineated as the possibility of the interpreter, in one case, an admitted illegal evidence to avoid a greater evil, as the wrongful conviction of dangerous or impunity.

From this angle, doctrine and jurisprudence stand for the defense or condemnation of the use of the principle of proportionality in respect of illegal evidence.

In carrying out this research paper has been used primarily to doctrine, law and jurisprudence.

Keywords:

Illegal evidence, principles, principle of proportionality

SUMÁRIO

| | |
|--|-----------|
| INTRODUÇÃO | 7 |
| CAPÍTULO 1 | |
| PROVAS ILÍCITAS | 7 |
| 1.1 Considerações preliminares e conceito de Prova | 8 |
| 1.2 Meios de prova | 9 |
| 1.3 A prova ilícita no Ordenamento Jurídico brasileiro | 11 |
| CAPÍTULO 2 | |
| PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE | 15 |
| 2.1 Considerações gerais sobre Princípios | 15 |
| 2.2 Conceito e Fundamentos do Princípio da Proporcionalidade | 17 |
| 2.3 Elementos do Princípio da Proporcionalidade | 20 |
| CAPÍTULO 3 | |
| À APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE EM MATÉRIA DE PROVAS ILÍCITAS SOB A ÓTICA DA DOCTRINA E JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA | 22 |
| 3.1 Considerações preliminares | 22 |
| 3.2 Aplicação do princípio da proporcionalidade em matéria de prova ilícita para beneficiar o réu | 27 |
| 3.3 Aplicação do Princípio da Proporcionalidade em matéria de prova ilícita em favor da Sociedade | 29 |
| CONCLUSÃO | 32 |
| REFERÊNCIAS | 34 |

INTRODUÇÃO

A partir da Constituição de 1988, a vedação da prova ilícita no processo aparece como nova garantia constitucional, surgido da necessidade de se criar novos mecanismos de proteção aos direitos fundamentais.

O objetivo deste trabalho é refletir sobre a possibilidade de se utilizar o princípio da proporcionalidade em matéria de provas ilícitas ótica da lei 12.016/2009, confrontando-os aos consagrados direitos e garantias fundamentais dos indivíduos estampados na Lei Fundamental.

Para a sua realização, pesquisou-se legislação, doutrina e jurisprudência.

O método utilizado na abordagem do tema foi o indutivo, partindo-se de conceitos fundamentais sobre a prova e princípios até se chegar à análise da aplicação do princípio da proporcionalidade em matéria de prova ilícita sob a ótica da doutrina e jurisprudência.

Com o intuito de desenvolver uma explanação didática sobre o assunto, dividiu-se o trabalho em três capítulos.

O primeiro capítulo foi necessário estabelecer uma conexão entre provas, meios de provas e provas ilícitas, retratando as bases e conceitos que os fundamentaram.

No segundo capítulo, inicia-se o estudo do princípio da proporcionalidade com algumas considerações sobre os princípios de forma genérica, em seguida apresenta-se os conceitos e fundamentos formulados por diversos autores.

Em seguida, ainda no segundo capítulo, uma passagem pelo Direito Comparado e a evolução histórica do princípio da proporcionalidade, passando pelos elementos que compõe o princípio da proporcionalidade.

No terceiro capítulo, o objetivo foi fazer uma análise da aplicação do princípio da proporcionalidade em matéria de provas ilícitas sob a ótica da doutrina e jurisprudência brasileira, questionando a extensão dessa aplicação em favor do réu e da sociedade.

1 PROVAS ILÍCITAS

1.1 Considerações preliminares e conceito de Prova

Antes de adentrar ao tema específico do presente trabalho e objetivando uma melhor compreensão dos contornos da prova ilícita, torna-se necessário fazer uma digressão sobre o instituto das provas.

Guilherme de Souza Nucci discorrendo sobre a origem da palavra prova nos ensina:

“o termo prova se origina do latim-probatio, que significa ensaio, verificação, inspeção, exame, argumento, razão, aprovação ou confirmação. Dele, deriva o verbo provar-probare- significando ensaiar, verificar, examinar, reconhecer por experiência, aprovar, estar satisfeito com algo, persuadir alguém a alguma coisa ou demonstrar. (NUCCI, 2008, p. 388).

A prova está intimamente ligada à demonstração da verdade dos fatos, sendo inerente ao desempenho do direito de ação e defesa.

Urge salientar que a expressão prova, nos domínios da ciência jurídica processual, pode se apresentar com nuances diversas.

Num primeiro momento pode-se visualizar a expressão empregada como a atuação das partes no processo com a intenção de evidenciar a existência do fato que pretendem demonstrar em juízo.

Pode se apresentar ainda como o modo como a parte pretende evidenciar os fatos que deseja demonstrar em juízo.

Por fim, pode ser utilizada como convencimento do juiz de acordo com os elementos constantes dos autos do processo.

Discorrendo sobre o tema Guilherme de Souza Nucci pondera:

“Há fundamentalmente três sentidos para o termo prova:

- a) ato de provar, é o processo pelo qual se verifica a exatidão ou a verdade do fato alegado pela parte no processo (ex: fase probatória)
- b) meio: trata-se do instrumento pelo qual se demonstra a verdade de algo (ex. prova testemunhal);
- c) resultado da ação de provar: é o produto extraído da análise dos instrumentos de prova oferecidos, demonstrando a verdade de um fato.” (NUCCI, 2008, p.388).

Ao conceituar de forma geral, Carlos Henrique Bezerra Leite de forma sintética, afirma que prova, nos domínios do direito processual “é o meio lícito para demonstrar a veracidade ou não de determinado fato com a finalidade de convencer o acerca da sua existência ou inexistência” (LEITE, 2004, p.359).

É necessário ressaltar, que no processo penal, matéria do presente trabalho, quando se fala em prova, deve-se ter em mente a busca da verdade, também denominada de material, real ou substancial, expressão empregada para se contrapor a verdade formal ou instrumental do processo civil.

Sob este ângulo Eugênio Pacelli de Oliveira prela que “as provas no processo desempenham uma função muito bem definida, a saber: a reconstrução da realidade histórica, sobre a qual se pronunciará a certeza quanto a verdade dos fatos, para fins de formação da coisa julgada”. (Oliveira, 2009, p. 300)

1.2 Meios de Prova

Meios de prova é tudo aquilo que pode ser utilizado, direta ou indiretamente, para demonstrar o que se alega no processo.

De acordo com José Frederico Marques “os meios de prova são as fontes, os meios pelos quais o juiz recebe os elementos ou motivos de prova. Através deles é que o magistrado forma a sua convicção e as partes procuram demonstrar os fatos que alegaram. (MARQUES, 1965, p. 274)

De acordo com NUCCI “os meios de prova são todos os recursos, diretos ou indiretos, utilizados para alcançar a verdade dos fatos no processo”. (NUCCI, 2008. p.389).

Já para BARBOSA MOREIRA os meios de prova são “pontes através dos quais os fatos passam para chegar, primeiro, aos sentidos, depois à mente do juiz”. (MOREIRA, 2006, p.212).

Os meios de prova podem se lícitos, ou seja, admitidos pelo ordenamento jurídico, assim também como podem ser ilícitos, significando contrariedade ao ordenamento.

Sob este enfoque, deve-se ressaltar que de acordo com o ordenamento jurídico brasileiro apenas os meios de prova lícitos devem se considerados pelo juiz na formação da sua convicção.

Assim, todas as provas que não contrariarem o ordenamento jurídico podem se produzidas no processo penal, com exceção daquelas expressamente vedadas pelo Código de Processo Penal (art. 155, parágrafo único), referente ao estado das pessoas.

Vejamos na íntegra referida vedação:

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

Parágrafo único. Somente quanto ao estado das pessoas serão observadas as restrições estabelecidas na lei civil.

Sobe este enfoque, não há negar que o próprio princípio da liberdade probatória apesar de constituir a regra também é relativo, pois encontra seu termo no princípio da vedação das provas obtidas por meios ilícitos.

Nestor Távora e Rosmar Rodrigues prelecionam nesse exato sentido:

O princípio da liberdade probatória não é absoluto. O intuito da busca da verdade real e a amplitude da produção probatória, fazendo-se aproveitar outros meios de prova que não os disciplinados no CPP, encontram limites. A Carta Magna, no seu art.5, inciso LVI, traz o principal obstáculo, consagrando a

inadmissibilidade, no processo, das “das provas obtidas por meio ilícitos”. (TAVORA; RODRIGUES, 2010, p.350).

1.3 Provas ilícitas no Ordenamento Jurídico Brasileiro

Os Direitos Fundamentais no homem, pautado no positivismo jurídico, encontra-se interligado a mecanismos voltados para sua defesa, para sua manutenção.

José Afonso da Silva preleciona no seguinte sentido “não basta que um direito seja reconhecido e declarado, é necessário garanti-lo, porque virão ocasiões em que será discutido e violado”.(SILVA, 1993, p.183).

Referidas garantias incumbidas da missão de proteger os direitos declarados foram constituídas com o objetivo de limitar o poder.

Entre as inúmeras garantias previstas no texto Constitucional se encontra o princípio da inadmissibilidade de utilização, em juízo, das provas obtidas por meio ilícito.

Nesse sentido ao dispor sobre o direito fundamental do jurisdicionado, o art. 5º da Constituição Federal, inciso LVI, dispôs:

Art. 5º CF. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

LVI- são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meio ilícitos.

De acordo com José Adalberto Aranha “o termo ilícito tem um sentido amplíssimo. Tudo quanto a lei não permite que se faça ou que é praticado contra o Direito, a justiça, os bons costumes, a moral social e a ordem pública”. (ARANHA, 1994, p.44).

Guilherme de Souza Nucci ao fazer uma alusão aos meios ilícito afirma que “eles abrangem não somente os que forem expressamente proibidos por lei, mas também os imorais, antiéticos, atentatórios à dignidade e a liberdade da pessoa

humana e aos bons costumes, bem como os contrários aos princípios gerais de direito. (NUCCI, 2008, p.390).

Apoiados na referida garantia Constitucional, vários autores brasileiros passaram a definir o conceito de prova ilícita, aparecendo em diversas passagens a correlação com a prova ilegítima.

Alexandre de Moraes, nessa direção obtempera:

Que as provas ilícitas não se confundem com as provas ilegais e as ilegítimas. Enquanto, as provas ilícitas são obtidas com infringência ao direito material, as prova ilegítimas são as obtidas com desrespeito ao direito processual. Por sua vez, as provas ilegais seria o gênero do qual as espécies são as provas ilícitas e as ilegítimas, pois configuram-se pela obtenção com violação de natureza material ou processual ao ordenamento jurídico. (MORAES, 2008, p. 109).

Já Guilherme de Souza Nucci, compondo uma posição diferente enuncia:

Em primeiro lugar, tomou-se como gênero a expressão provas ilícitas, do qual surgem as espécies: as obtidas em violação as normas constitucionais ou legais. Naturalmente, constituem provas ilegais as que afrontam qualquer norma da legislação ordinária, por isso, envolvem tanto as penais quanto as processuais penais. (NUCCI, 2008, p.391).

Fredie Didier também faz uma alusão ao tema dispondo:

O conceito de prova ilícita é amplo, alcançando aquela prova que “contraria o ordenamento jurídico, visto pelo prisma dilatado da Constituição, que abrange tanto a ordem constitucional e a infraconstitucional quantos os bons costumes, a moral e os princípios gerais do direito. (DIDIER JR, 2009, p. 33).

Ocorre que não obstante a previsão Constitucional inadmitindo a prova ilícita no processo, não existia no ordenamento jurídico brasileiro uma regulamentação infraconstitucional sobre o tema.

Nesse contexto, objetivando dar fim as inúmeras divergências doutrinárias, o legislador infraconstitucional regulamentou o art. 5º, inciso LVI, da Constituição Federal, por meio da Lei 11.690/08, que, dentre outros temas, tratou da prova ilícita.

Referida norma estabeleceu o conceito de provas ilícitas contida na Constituição Federal como sendo as obtidas em violação a normas constitucionais, de modo que hoje não se distingue mais se a norma legal é material ou processual.

Segundo (DIDIER, 2009) a classificação contrapondo provas ilícitas e provas ilegítimas é inadequada, vez que ela sempre será inadmissível no processo, pouco importando a natureza jurídica da regra de direito violada.

Flavio Gomes preleciona no mesmo sentido:

prova ilícita é a que viola regra de direito material, constitucional ou legal, no momento de sua obtenção (confissão mediante tortura, v.g.). Essa obtenção, de qualquer modo, sempre se dá fora do processo (é, portanto, sempre extraprocessual). Prova ilegítima é a que viola regra de direito processual no momento de sua obtenção em juízo (ou seja: no momento em que é produzida no processo). A prova ilegítima, como se vê, é sempre intraprocessual (ou endoprocessual).

(...) a CF, no art. 5.º, LVI, somente seria aplicável às provas ilícitas ou ilícitas e ilegítimas ao mesmo tempo, ou seja, não se aplicaria para as provas (exclusivamente) ilegítimas. Para esta última valeria o sistema da nulidade, enquanto para as primeiras vigoraria o sistema da inadmissibilidade. Ambas as provas (ilícitas ou ilegítimas), em princípio, não valem (há exceções, como veremos), mas os sistemas seriam distintos. Essa doutrina já não pode ser acolhida (diante da nova regulamentação legal do assunto. (GOMES, 2008)

A lei 11.690/08 ainda dispôs expressamente o que seria a inadmissibilidade prevista no texto Constitucional, que pelo novo regramento significa o desentranhamento da prova ilícita dos autos do processo para que não sirva de base para uma decisão judicial. Nesses termos dispôs a nova redação do art. 157 do CPP:

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

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

§ 2º Considera-se fonte independente aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova.

Nesse cenário, a legislação pátria é peremptória em repudiar toda e qualquer forma de prova ilícita.

No entanto, a rigidez do dispositivo constitucional, bem como da legislação infraconstitucional que vela pela inadmissibilidade das provas ilícitas no processo (art. 5º, inciso LVI, da CF c/c art.157 do CPP) vem sendo atenuado pela doutrina, e pela própria jurisprudência, com embasamento na teoria da proporcionalidade, desenvolvida na Alemanha.

Segundo essa teoria, a proibição das provas obtidas por meios ilícitos é um princípio relativo, como os demais direitos e garantias fundamentais consagrados no texto Constitucional.

Nesse contexto, considerando que nenhuma liberdade pública é absoluta, vislumbra-se, em determinados casos, sua violação, como no caso em que se percebe que o direito tutelado é mais importante que o direito à intimidade ou à liberdade de comunicação que se está violando.

2 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

2.1-Considerações gerais sobre Princípios

O Direito Constitucional contemporâneo erigiu a força normativa dos princípios constitucionais a posição preponderante na pirâmide normativa, suplantando a doutrina positivista das normas programáticas.

Por constituírem a primeira etapa na concretização dos valores, os princípios possuem um elevado conteúdo axiológico, tornando-se imprescindível como critério de decisão em todo e qualquer discurso normativo.

Em seu patamar atual, os princípios passaram a ser tratados como normas jurídicas, convivendo ao lado das regras.

Na moderna concepção de sistema jurídico, deve-se ter em mente um sistema normativo aberto de regras e princípios capazes de captarem a mudança da realidade e estarem abertas às novas concepções.

Sobre princípio Robert Alexy nos ensina:

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. Para se chegar a uma decisão é necessário um sopesamento nos termos da lei de colisão. (ALEXY, 2007, p.117).

O eminente doutrinador Celso Antonio Bandeira de Mello também formulou excelente conceito para melhor compreensão da espécie normativa chamada de princípios:

"Princípio é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, dispositivo fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. (MELLO, 2004, p. 841-842).

Nesses termos, observa-se que os princípios se caracterizam por possibilitar que a medida de seu cumprimento se dê em diferentes graus. Ao contrário das regras que, quando válidas, devem ser cumpridas na exata medida de suas prescrições, os princípios são “mandamentos de otimização”, ou seja, normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes.

É evidente que os princípios constitucionais devem conviver de forma harmônica, não obstante, algumas vezes, quando aplicados simultaneamente, tornam-se antagônicos e de difícil compatibilidade.

Em tais circunstâncias, a única forma para compatibilizar o exercício simultâneo de dois princípios constitucionais é o sacrifício (provisório) de um em benefício do outro. Para adequar um princípio ao outro deverá haver o mínimo possível de restrição e, sempre, salvaguardando a essência dos direitos constitucionais envolvidos na questão sob pena da decisão tornar-se ilegítima.

Os princípios possuem uma dimensão que não é própria das regras jurídicas: a dimensão do peso ou importância. Assim, quando se entrecruzam vários princípios, quem há de resolver o conflito deve levar em conta o peso relativo de cada um deles.

Discorrendo sobre as tensões existentes entre os princípios Eugênio Pacelli de Oliveira pondera:

O critério mais utilizado para resolver eventuais conflitos ou tensões entre princípios constitucionais igualmente relevantes baseia-se na chamada ponderações de bens e/ ou interesses, presente até

mesmo nas opções mais corriqueiras. O exame normalmente realizado em tais situações destina-se a permitir a aplicação, no caso em concreto, da proteção mais adequada possível a um dos direitos em risco, e da maneira menos gravosa aos outros. Fala-se então, em proporcionalidade. (Oliveira, 2009, p. 328).

2.2 Conceito e Fundamentos do Princípio da Proporcionalidade

Após uma análise sobre como o ordenamento jurídico brasileiro se posicionou em relação a vedação da prova ilícita, não parece razoável a postura inflexível com que referida prova é desprezada em toda e qualquer situação.

Isso porque em vários momentos, este direito conduzido de forma absoluta no ordenamento vai entrar em confronto direto com outros direitos também alçados a categoria de direitos fundamentais.

Numa visão pós- positivista, o ordenamento jurídico deve ser considerado como um sistema, onde a constituição seria o elo entre seus elementos, por ser a origem comum de todas as normas.

O princípio da unidade da constituição consiste em uma especificação da interpretação sistemática.

Partindo dessa premissa, o fundamento para que uma norma seja analisada na conexão total na qual ela se insere, e não isoladamente, decorre da conexão e interpretação entre os elementos individuais da constituição.

É inegável que referido princípio serviu de alicerce para a construção jurídica do princípio da proporcionalidade.

Como nos ensina Eugênio Pacelli “para não irmos muito longe, lembraríamos que Beccaria, no longínquo ano de 1764, no clássico *Dei delicti e delle pene* “dos delitos e das penas já lutava pela proporcionalidade das penas” (Oliveira, 2009, p. 128).

A tendência no Estrangeiro e no Brasil é a afirmação da natureza constitucional do princípio da proporcionalidade.

O reconhecimento do princípio da proporcionalidade como princípio constitucional se deve à doutrina e à farta jurisprudência do Tribunal Constitucional

Alemão no período pós Guerra, que procurou evitar os abusos cometidos no império Nazista.

Deve-se ressaltar que nos Estados Unidos o princípio da proporcionalidade ficou conhecido como princípio da razoabilidade. Embora haja doutrina afirmando a distinção entre referidos princípios, no presente trabalho, serão tratados como sinônimos.

Sob este ângulo argumenta Eugênio Pacelli de Oliveira “o princípio da razoabilidade, ao menos no que respeita a questão da possibilidade de admissão de provas ilícitas, não difere do princípio da proporcionalidade anteriormente mencionado. (OLIVEIRA, 2009, p.329).

Com apoio nesta teoria, a prova ilícita tem sido admitida, em caráter excepcional e em casos extremamente graves, baseando-se no princípio do equilíbrio dos valores contrastantes.

Significa que os bens protegidos pela constituição devem ser tratados de modo que a afirmação de um não implique o sacrifício total do outro, ou seja, havendo colisão entre dois ou mais direitos fundamentais, o intérprete deve utilizar-se deste princípio, a fim de coordenar e combinar os bens jurídicos em conflito, realizando uma redução proporcional do âmbito de alcance de cada um deles.

A concretização não deve afastar globalmente uma norma para aplicação total da outra, devendo haver uma otimização de todas as normas e bens tutelados envolvidos.

Cabe ao interprete, em primeiro lugar, tentar a harmonização dos valores envolvidos reduzindo proporcionalmente o âmbito de aplicação de um deles.

A doutrina brasileira tem considerado a proporcionalidade como um princípio constitucional implícito, sendo que muitas teses foram levantadas sobre sua natureza jurídica.

Uma tese se desenhou de maneira relevante: é a de que a teoria da proporcionalidade é derivada do princípio do devido processo legal substancial.

Esta posição é adotada por Fredie Didier quando ensina:

As decisões judiciais não de ser, ainda, substancialmente devidas. Não basta a sua regularidade forma; é necessário que uma decisão seja substancialmente razoável e correta. Daí, fala-se em um princípio do devido processo legal substantivo, aplicável a todos os tipos de processo, também. É dessa garantia que surgem os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, aqui tratados como manifestação de um mesmo fenômeno. (D.IDIER, 2009, p.32).

O próprio STF tem decisão apontando essa posição, publicada no informativo n 38: vejamos:

O princípio da proporcionalidade que extrai a sua justificação dogmática de diversas cláusulas constitucionais, notadamente daquela que veicula a garantia do substantive *due processo of law*-acha-se vocacionado a inibir e neutralizar os abusos do Poder Público no exercício de suas funções, qualificando-se como parâmetro de aferição da própria constitucionalidade material dos atos estatais.¹

Feitosa Pacheco também comenta sobre a natureza jurídica do princípio da proporcionalidade:

A pluralidade de fundamentos normativos do princípio da proporcionalidade decorre da sua inerência ao direito. Posto isto é possível interpretá-lo como corolário de entes normativos variados como princípio do Estado do Direito, princípio do devido processo legal, princípio da razoabilidade, da igualdade, caráter principal das normas de direitos fundamentais, idéias de direitos fundamentais etc. (FEITOSA, 2007, p.12).

Em sua obra, comentando sobre o princípio da proporcionalidade, Helenilson Cunha deixa evidente que:

Afirmar a submissão do Estado ao princípio da proporcionalidade significa impor um limite jurídico, de estatura constitucional, à ação normativa estatal. Depreende-se, portanto, que o princípio da

¹ STF, RE.374.981, RTJ 176/580, Rel. Celso de Mello, Pleno, 28/032005.

proporcionalidade é corolário de uma ordem jurídica na qual a Constituição Federal assume o ápice do sistema normativo. Essa supremacia da Constituição constitui o ponto de partida para a compreensão do princípio da proporcionalidade, como bem destacado pelo ilustre professor.

É oferecido ao aplicador, conforme se posiciona a maioria da doutrina, o princípio da proporcionalidade, capaz de indicar, em cada caso concreto, a solução mais adequada, porque é a mais suave e a mais vantajosa, oferecendo maior proteção com o menor sacrifício. Ou seja, em todo conflito prévio à aplicação do direito, deverão ser sopesados, proporcionalmente, os valores em jogo, em busca da solução que melhor recomponha os direitos lesados ou ameaçados.

Nessa mesma direção Paulo Bonavides conclui:

Com efeito, o critério da proporcionalidade é tópico, volve-se para a justiça do caso concreto ou particular, se aparenta consideravelmente com a equidade e é um eficaz instrumento de apoio as decisões judiciais que após submeterem o caso a reflexões pós e contras, a fim de averiguar se na relação entre os meios e fins não houve excesso, concretizam assim a necessidade do ato decisório de correção (BONAVIDES, 1997, p. 387)

2.4 Elementos do Princípio da Proporcionalidade

A doutrina tem adotado uma subdivisão do princípio da proporcionalidade objetivando impor um método argumentativo capaz de fundamentar as intervenções em Direitos Fundamentais.

O professor Willis Santiago (2000) nos ensina que o princípio da proporcionalidade tem um conteúdo que se reparte em três “subprincípios”, a saber: a) princípio da proporcionalidade em sentido estrito ou máxima do sopesamento; b) princípio da adequação e c) princípio da exigibilidade ou máxima do meio mais suave ou necessidade.

A terminologia utilizada para se referir a esses elementos que compõem o princípio da proporcionalidade é variável. Embora apareçam com diversas denominações, há um consenso entre os autores em admitir que o princípio da proporcionalidade é formado pela combinação dos três elementos citados.

O primeiro subprincípio chamado de adequação consiste em estabelecer a regra de que toda intervenção em direitos fundamentais deve ser adequada para contribuir a uma obtenção de fim constitucionalmente legítimo. Assim, os meios utilizados pelo legislador devem ser adequados e necessários à consecução dos fins visados.

Sob o princípio da adequação Humberto Ávila (2004, p. 116) dispõe que “A adequação exige uma relação empírica entre o meio e o fim: o meio deve levar à realização do fim. Isso exige que o administrador utilize um meio cuja eficácia (e não o meio, ele próprio) possa contribuir para a promoção gradual do fim”.

Já o subprincípio da necessidade é também denominado como princípio da intervenção mínima que significa que o meio não será necessário se o objetivo almejado puder ser alcançado com a adoção de medida que se revele a um só tempo adequada e menos gravosa.

Refere-se, na verdade, na utilização do meio que menos interfira em um direito fundamental, sem adentrar no ponto específico entre adequação entre meios e fins.

Discorrendo sobre o subprincípio da necessidade Humberto Ávila afirma:

O exame da necessidade envolve a verificação da existência de meios que sejam alternativos àquele inicialmente escolhido pelo poder Legislativo ou Poder Executivo, e que possam promover igualmente o fim sem restringir, na mesma intensidade, os direitos fundamentais afetados. (ÁVILA, 2004, p.122).

Por fim, o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito exige que o Estado procure sopesar as vantagens e desvantagens da medida tomada, e, assim, decidir pela tomada ou não do ato. Este princípio só deverá ser analisado após a observância dos dois outros anteriormente mencionados, pois, às vezes, apesar de a medida ser adequada e exigível, poderá não ser proporcional em sentido estrito.

Nessa direção encontra-se a doutrina de Humberto Ávila (2004, p. 124), “O exame da proporcionalidade em sentido estrito exige a comparação entre a importância da realização do fim e a intensidade da restrição aos direitos fundamentais”.

Nesse contexto, parece razoável a exigência de que toda restrição de direitos precisa ser adequada, necessária e proporcional, no sentido que deve ser apropriada para a consecução dos fins da norma, deve limitar os direitos o menos possível e deve traduzir uma justa medida entre o interesse público e o direito limitado.

3 À APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE EM MATÉRIA DE PROVAS ILÍCITAS SOB A ÓTICA DA DOUTRINA E JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA

3.1 Considerações preliminares

É inegável que o princípio da proporcionalidade ganhou relevância extrema para o dia-a-dia do aplicador do Direito.

Questão complexa que a Constituição e a lei infraconstitucional deixou por conta dos doutrinadores e da jurisprudência diz respeito à aplicação do princípio da proporcionalidade em matéria de provas ilícitas. Não há maiores dificuldades no sentido de se admitir a prova ilícita em favor do réu (leia-se: para comprovar sua inocência). De outro lado, não há consenso no que concerne a utilizar as provas ilícitas em favor da sociedade (pro societate), para fundamentar uma condenação.

A Constituição Federal expressamente cuida da inviolabilidade da comunicação telefônica, como regra, autorizando, por exceção, que, por ordem judicial, para fins de investigação criminal ou instrução processual penal, ocorra a interceptação, com a conseqüente gravação, para utilização como meio de prova.

Por conseguinte, a lei 9.296/96 disciplina a forma legal para a ocorrência da interceptação telefônica.

Fernando Capez esboça com nitidez as modalidades em que a interceptação se desdobra, possibilitando-nos identificar dentre elas as lícitas e as ilícitas. Vejamos:

- a) interceptação telefônica em sentido estrito: consiste na captação da conversa telefônica por um terceiro, sem o conhecimento dos interlocutores (é o chamado “grampeamento”)
- b) escuta telefônica: ocorre quando um terceiro capta a conversa, com o consentimento de apenas um dos interlocutores;
- c) interceptação ambiental: é a captação da conversa entre presentes, efetuada por um terceiro, dentro do ambiente em que se situam os interlocutores, sem o conhecimento por parte destes.
- d) escuta ambiental: é a interceptação de conversa entre presentes, realizada por um terceiro, com o conhecimento de um ou alguns.
- e) gravação clandestina: é a praticada pelo próprio interlocutor ao registrar sua conversa (telefônica ou não), sem o conhecimento da outra parte. (CAPEZ, 2008, p.35).

Ainda de acordo com CAPEZ (2008) com a entrada em vigor da Lei 9296/96, somente foi agasalhado e dotado de não ilicitude as interceptações telefônicas nas modalidades interceptação telefônica em sentido estrito e a escuta telefônica.

Devem, pois, a gravação clandestina, a escuta ambiental e a escuta telefônica, por exclusão, serem consideradas como provas ilícitas, inadmissíveis, dessa forma, de serem utilizadas em juízo, em conformidade com o art. LVI, do art. 5º da Constituição Federal, vez que não há na legislação brasileira lei regulamentado a matéria, encontrando-se na mesma situação das interceptações telefônicas antes do advento da Lei n. 9.296/96.

Ocorre que após a introdução do princípio da proporcionalidade no direito brasileiro, apesar de não haver consenso, muitos doutrinadores apoiados em importantes julgados dos nossos tribunais vem aceitando a admissibilidade da gravação clandestina.

Fernando Capez se posicionou sobre o assunto:

Entendemos que o problema assim se coloca: a gravação telefônica em regra será lícita, salvo quando flagrantemente atentatória à intimidade alheia. A interceptação em sentido estrito e a escuta telefônica, quando feitas fora das hipóteses legais ou sem autorização judicial, não devem ser admitidas, por afronta ao direito a privacidade. No entanto, excepcionalmente, mesmo quando colhidas ilegalmente, tais evidências poderão ser aceitas em atenção ao princípio da proporcionalidade. (CAPEZ, 2008, p. 548).

Atualmente, o STJ tem se posicionado de forma semelhante:

A gravação de conversas através do telefone da vítima, com o seu conhecimento, nas quais restam evidentes extorsões cometidas pelos réus, exclui suposta ilicitude dessa prova².

O STF chegou a se manifestar pela inadmissibilidade do laudo de gravação de conversa telefônica obtida por meios ilícitos, por se tratar de gravação realizada por um dos interlocutores, sem conhecimento do outro, havendo a gravação sido feita com inobservância do princípio do contraditório e utilizada com violação à privacidade alheia.

Inadmissibilidade, como prova, de laudo de gravação de conversa telefônica obtido por meios ilícitos (art. 5º, LVI da Constituição Federal), por se tratar de gravação realizada por um dos interlocutores, sem conhecimento do outro, havendo a gravação sido feita com inobservância do princípio contraditório, e utilizada com violação à privacidade alheia (art. 5º, X, da CF)³.

Todavia, julgados mais recentes mostra uma modificação no entendimento desta Corte:

² STJ, 5 Turma, HC 23.891/PA, Rel. Min. Felix Fischer, J. 23-9-2003, DJ 28-10-2003, p.308.

³ STF, Ação Penal 307-3/ DF, Plenário, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJU, 13-10-1995.

Considera-se prova lícita a gravação telefônica feita por um dos interlocutores da conversa, sem o conhecimento do outro. Afastou-se o argumento de afronta ao art.5, XII, da Constituição, uma vez que esta garantia constitucional refere-se à interceptação telefônica de conversa feita por terceiros, o que não ocorre na hipótese⁴.

Outro ponto interessante é o que diz respeito as provas ilícitas por derivação, também conhecida como (frutos da árvore envenenada ou efeito à distância), que de acordo com Guilherme de Souza Nucci “advém do preceito bíblico de que a árvore envenenada não pode dar frutos bons” (NUCCI, 2008, p.89).

Conceituando as provas ilícitas por derivação Fernando Capez preceitua:

As provas ilícitas por derivação são aquelas lícitas em si mesmas, mas produzidas a partir de um fato ilícito. Por exemplo: documento apreendido em domicílio, em diligência de busca e apreensão sem prévia ordem judicial (CAPEZ, 2008, p.540).

É evidente que serão ilícitas as provas advindas de uma outra prova que foi produzida por mecanismos ilícitos.

Ademais, O STF se manifestou no sentido de considerar as chamadas provas ilícitas por derivação inadmissíveis pelo ordenamento jurídico nacional.⁵

A Lei A lei 11.690/08 veio então e regulamentou expressamente a questão envolvendo as provas ilícitas por derivação quando dispôs:

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

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

⁴ STF, HC 75.338/RJ, Rel. Min. Nelson Jobim, J.11-3-1998.

⁵ Plenário, APn 307-3/ DF, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJU, 13-10-1995.

§ 2º Considera-se fonte independente aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova.

Urge frisar que apesar da regulamentação legal vedando o acolhimento das provas ilícitas por derivação a própria lei fez a ressalva, admitindo-as quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras.

Ao que parece se trata na verdade não de exceção mas sim do acolhimento da teoria da descoberta inevitável, que significa que a prova seria descoberta por outros meios legais.

A jurisprudência pátria tem entendimento no sentido de que a proibição citada acima pode ser atenuada com base no princípio da proporcionalidade:

HABEAS CORPUS. FURTO QUALIFICADO. CONDENAÇÃO. OBTENÇÃO DE DOCUMENTO DE TRANSFERÊNCIA BANCÁRIA. SIGILO BANCÁRIO. AUSÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. PROVA SUPOSTAMENTE ILEGAL. ILICITUDE DAS DEMAIS PROVAS POR DERIVAÇÃO. PACIENTES QUE NÃO PODEM SE BENEFICIAR COM A PRÓPRIA TORPEZA. CONHECIMENTO INEVITÁVEL. NULIDADE. NÃO OCORRÊNCIA.

1. Ao se debruçar sobre o que dispõe o art. 5º, XII, da Constituição Federal, é necessário que se faça sua interpretação com temperamentos, afinal, inexistente, no ordenamento pátrio, direito absoluto. Assim, diante do caso concreto, cabe ao intérprete fazer uma ponderação de valores.

2. A inviolabilidade dos sigilos é a regra, e a quebra, a exceção. Sendo exceção, deve-se observar que a motivação para a quebra dos sigilos seja de tal ordem necessária que encontre apoio no princípio da proporcionalidade, sob pena de se considerarem ilícitas as provas decorrentes dessa violação.

3. Assim, a par da regra da liberdade dos meios de prova, excetua-se a utilização daquelas obtidas por meios ilegais, conforme dispõe o inciso LVI do art. 5º da Constituição Federal, inserindo-se, nesse contexto, as oriundas da quebra de sigilo sem autorização judicial devidamente motivada.(...)

Ordem denegada.⁶

Nesse cenário, restou evidenciado que não há no ordenamento jurídico brasileiro direito absoluto. É imprescindível ponderar os interesses em questão, quando se viola uma garantia qualquer.

3.2 Aplicação do princípio da proporcionalidade em matéria de prova ilícita para beneficiar o réu

Não há negar que o conflito entre bens jurídicos tutelados pelo ordenamento leva o intérprete a dar prevalência àquele bem de maior relevância.

Nessa seara, na defesa e para assegurar a liberdade, como bem maior do ser humano, o acusado pode se utilizar da prova ilícita para provar a sua inocência. Encontrando-se em uma situação excepcional e extremamente grave, pois que somente com essa prova, ilícita, poderá evitar que seja privado da sua liberdade injustamente, o réu ou o acusado tem a possibilidade de dela fazer uso sem que seu ato constitua um ato ilícito, embora, assim o seja, na sua natureza.

Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar nesse sentido explicitam:

Se de um lado está o jus puniendi estatal e a legalidade na produção probatória, e o do outro o status libertatis do réu, que objetiva demonstrar a inocência, este último bem deve prevalecer, sendo a prova utilizada, mesmo que ilícita, em seu benefício. (TAVORA; ALENCAR, 2010, p.359).

Ada Pellegrini Grinover, Scarance Fernandes e Magalhães Gomes corroboram com esse entendimento:

Não deixa de ser, em última análise, manifestação da proporcionalidade a posição praticamente unânime que reconhece a possibilidade de utilização, no processo penal, da prova favorável ao acusado, ainda que colhida com infringência a direitos fundamentais seus ou de terceiros. (GRINOVER, SCARANCE, MAGALHÃES, 2001, p.116).

⁶ HC N 52.995- AL. Rel. Min OG Fernandes. DJU 16-09-2010.

Luiz Francisco Torquato Avolio finaliza sobre a aceitação da prova ilícita para defesa do réu:

A aplicação do princípio da proporcionalidade sob a ótica do direito de defesa, também garantido constitucionalmente, e de forma prioritária no processo penal, onde impera o princípio do *favor rei* é de aceitação quase unânime pela doutrina e jurisprudência. (AVOLIO, 1995, p.66)

Nesse contexto, parece que a doutrina nacional é bem flexível no sentido de aceitar a prova ilícita quando se trata de prova favorável ao acusado (concepção da prova ilícita utilizada *pro reo*).

Fernando Capez justifica a concepção da prova ilícita da seguinte forma:

A aceitação do princípio da proporcionalidade *pro reo* não apresenta maiores dificuldades, pois o princípio que veda as provas obtidas por meios ilícitos não pode ser usado como um escudo destinado a perpetuar condenações injustas. Entre aceitar uma prova vedada, apresentada como único meio de comprovar a inocência de um acusado, e permitir que alguém, sem nenhuma responsabilidade pelo ato imputado, seja privado injustamente de sua liberdade, a primeira opção é, sem dúvida, a mais consentânea com o Estado Democrático de Direito e a proteção da dignidade humana (CAPEZ, 2008, p. 543).

O eminente doutrinador Luiz Flávio Gomes argumenta nesse sentido:

Excepcionalmente, em face do princípio da proporcionalidade, será admitida a prova ilícita em benefício do acusado, para provar a sua inocência, jamais para incriminá-lo (GOMES, 1997, p.105-107).

Denílson Feitosa, invoca tanto a legítima defesa como o princípio da proporcionalidade para a utilização pelo réu de uma prova ilícita:

E não imagino, data vênua, não ser assim considerada a possibilidade de o réu fazer uso de uma prova ilícita em legítima defesa de seu direito fundamental individual agredido, uma vez que a própria legislação infra-constitucional expressamente dota de não ilicitude a prova produzida nesse contexto (art 160, I CC) e tendo em

vista o caráter relativo da proibição da inadmissibilidade de utilização das provas ilícitas frente à teoria da proporcionalidade. (PACHECO, 2005, p.552).

Frise-se, também, que a garantia da inadmissibilidade de provas ilícitas deriva do sistema protetivo da liberdade do cidadão, é resultado da consagração do princípio “standart” da dignidade da pessoa humana pelos sistemas garantistas. Assim sendo, busca a proteção do cidadão em face do Estado Punitivo não devendo servir de fundamento para privar um inocente de seu direito fundamental à liberdade.

Assim, por meio do princípio da proporcionalidade, atenua-se, nos casos concretos a inadmissibilidade de prova ilícita em prol do réu.

3.3 Aplicação do Princípio da Proporcionalidade em matéria de prova ilícita em favor da Sociedade

Questão mais complexa e que tem gerado acirrada polêmica é a invocação do princípio da proporcionalidade para tutelar os interesses da acusação (pro societate).

Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar são peremptórios ao afirmar que:

A proporcionalidade invocada como capa da condenação acaba por remontar o discurso da possibilidade de exilar do manto constitucional algumas pessoas que, pelo grau de periculosidade, devem ser tratadas como verdadeiras inimigas do Estado, não cidadãs, e portanto, à margem do núcleo básico de proteção aos direitos individuais (TAVORA; ALENCAR, 2010, p.361)

Denílson Feitoza Pacheco admite a utilização da prova ilícita além da tutela do réu em situações extremas e excepcionais:

Em situações extremas e excepcionais se pode admitir a utilização de prova ilícita pro societate, pois, do contrário, o estado estaria sendo incentivado a violar direitos fundamentais, o que iria frontalmente contra a própria noção de provas ilícitas, que foram

originariamente idealizadas e instituídas exatamente para dissuadir o Estado de violar direitos fundamentais. O princípio constitucional da legalidade, por sua vez, também não se prestaria a esse intento, pois sua função precípua de defesa é a de garantir direitos fundamentais em face do Estado e não o contrário. (PACHECO, 2006, p.553).

Fernando Capez sobre o assunto pondera:

A prova se imprescindível, deve ser aceita e admitida, a despeito de ilícita, por adoção do princípio da proporcionalidade, que deve ser empregada pro reo ou pro societate. Ressalvamos apenas a prática de tortura, que por afrontar normas de direito natural, anteriores e superiores às próprias Constituições, jamais pode ser admitida, seja para que fim for. (CAPEZ, 2008, p.545).

Guilherme de Souza Nucci comentado sobre o tema esclarece:

Não conseguimos, com a devida vênia dos que pensam em contrário, admitir uma liberdade maior para a atuação policial, desgarrada das proteções constitucionais, em nome da segurança pública, pois ainda não possuímos um Estado-investigação preparado e equilibrado. Não se pode conceder carta branca a quem não se educou, sob a era da democrática Constituição de 1998, razão pela qual somos favorável a manutenção dos critérios da proibição da prova ilícita.

(...) Se o réu alega ter sido violentado e agredido na fase policial, muitas vezes, produz-se uma investigação superficial, muito tempo depois, que realmente nada leva de concreto- seja porque a prova desfez-se pelo passar do tempo, seja porque o Estado não tem interesse efetivo em detectar suas falhas-razão pela qual a prova termina sendo aceita e o acusado condenado, na prática, com base em prova obtida por meio ilícito. (NUCCI, 2007, p.339).

No tocante a jurisprudência, o Superior Tribunal de Justiça em um julgado surpreendente, admitiu a utilização da prova ilícita pro societate.

Constitucional e processo penal. Hábeas 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. 5 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 (verfassungsaktualisierung), base para o entendimento de que a cláusula constitucional invocada é relativa. A jurisprudência norte-americana, mencionada em precedente do Supremo Tribunal Federal, não é tranqüila. Sempre é invocável o princípio da Razoabilidade (reasonableness). O princípio da exclusão das provas obtidas (Exclusionary Rule) também la pede temperamentos. Ordem denegada⁷.

O STF também já tem julgado nessa direção conforme aponta Guilherme de Souza Nucci (2008):

A administração penitenciária, com fundamento em razões de segurança pública, pode, excepcionalmente, proceder à interceptação da correspondência remetida pelo sentenciados, eis que a cláusula da inviolabilidade do sigilo epistolar não pode constituir instrumento de salvaguarda de práticas ilícitas.⁸

Nesse diapasão, dúvidas não há que a aplicação do princípio da proporcionalidade em matéria de prova ilícita em favor da sociedade constitui problemática importante e necessita ser debatido por toda a sociedade, não havendo, todavia, entendimento doutrinário e jurisprudencial predominante.

⁷ HC 3.982/RJ, Rel. Min. Adhemar Maciel. J. 5-12-1995, DJU, 26 fev. 1996, p.408, apud Boletim Informativo IBCCrim, maio 1996.

⁸ STF, HC 70814-5, Rel. Min. Celso de Mello, DJU, 24-6-1994.

CONCLUSÃO

Diante de tudo que foi exposto no presente trabalho, conclui-se que o ordenamento jurídico pátrio evoluiu com relação aos mecanismos de proteção dos direitos fundamentais, ampliando as possibilidades de uso de instrumentos capazes de assegurá-los.

A Constituição ao criar o princípio da vedação da prova ilícita marcou um avanço incomensurável na efetivação jurisdicional do Estado Democrático de Direito, uma vez que é inconcebível uma persecução criminal pautada na punição do indivíduo a qualquer preço.

Na busca incessante de limitar o poder do estado e blindar as garantias constitucionais a Carta Magna e a lei infraconstitucional estabeleceram de forma peremptória a vedação da prova ilícita.

Ocorre que no sistema jurídico pós positivista, o direito Constitucional erigiu a força normativa dos princípios a posição hegemônica na pirâmide normativa. E dentro dessa dimensão, caso ocorra a colisão entre dois ou mais princípios válidos, deve-se levar em conta para a solução do problema o peso relativo de cada um mediante a ponderação e o balanceamento dos valores e interesses envolvidos.

Nesse contexto, o princípio da proporcionalidade surgiu como instituto capaz de flexibilizar à inadmissibilidade das provas ilícitas, quando, sopesando o caso concreto, chegue-se a conclusão que a exclusão da prova ilícita levaria à absoluta perplexidade e evidente injustiça.

Apesar da complexidade do tema, a doutrina e jurisprudência brasileira tem atenuado por meio do princípio da proporcionalidade a garantia Constitucional da vedação da prova ilícita.

Nesse cenário, dois contornos ganharam relevância no presente trabalho: a aplicação do princípio da proporcionalidade em matéria de prova ilícita em defesa do réu e da sociedade.

No tocante a utilização da prova ilícita em defesa do réu por meio do princípio da proporcionalidade tanto a doutrina como a jurisprudência tem se posicionado a favor, vez que o contrário poderia perpetuar condenações injustas.

Já no tocante a aplicação do princípio da proporcionalidade para admitir a prova ilícita em favor da sociedade, a celeuma é grande entre os doutrinadores, e ao que parece só o tempo será capaz de determinar a posição que a jurisprudência vai adotar.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. **Teoria dos princípios**. 7.ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. **Da prova no Processo Penal**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 1994.
- ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios, da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. São Paulo: Malheiros, 2004.
- AVOLIO, LUIZ Francisco Torquato. **Provas ilícitas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 12^a ed., revista e atualizada. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.
- CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal: legislação Penal Especial**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- CARNELUTTI, Francesco. **A prova Civil**. Lisa Pary Scarpa (trad.). 2.ed. Campinas: Bookseller, 2002.
- DIDIER JR, Fredie et al. **Curso de Direito Processual Civil**. 4. ed. Bahia: Jus PODIVM, 2009.
- GOMES, Luiz Flávio. **Lei 11.690/2008 e provas ilícitas: conceito e inadmissibilidade**. Disponível em <http://www.lfg.com.br> 12 julho. 2008.
- GOMES, Luiz Flávio; CERVINI, Raúl. **Crime organizado: enfoques criminológicos, jurídico e político- criminal**. 2.ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1997.
- GRINOVER, Ada Pelegrini; FERNANDES, Antônio Scarance; Gomes Filho, Antônio Magalhães. **As nulidades no processo penal**. 7. ed, São Paulo:RT, 2005.
- GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Teoria processual da constituição**. São Paulo: Celso Bastos Editor: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 2000.
- LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de Direito Processual do Trabalho**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2004.
- MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1965.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 17. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

MENDES, Gilmar Ferreira et al. **Curso de Direito Constitucional**.2.ed.São Paulo: Saraiva, 2008.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Anotações sobre o título 'Da Prova' do Novo Código Civil. Reflexos do Novo Código Civil no Direito Processual**. Salvador: edições Jus PODIVM, 2006.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. E.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 6.ed edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Curso de Processo Penal**.11.ed.Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009.

PARENTONI. Roberto Bartolomei. As alterações no Processo Penal: Tribunal do Júri, provas e procedimentos. Breves considerações sobre o processo, teses e defesa penal. Leme: J.H.Mizuno, 2008.

PACHECO, Denílson Feitoza. **Direito processual penal**. 4. ed., Niterói: Impetus, 2006.

PACHECO. Denílson Feitosa. **O princípio da proporcionalidade no Direito Processual Brasileiro**. 1.ed. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2007.

PACHECO, Denílson Feitosa, **Direito Processual Penal: Teoria crítica e Práxis: Suplemento Eletrônico da 5ª Edição**, Rio de Janeiro: Impetus, 2008.

SILVA, José dos Santos. **Curso de Direito Constitucional positivo**.11. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 4.ed. Salvador: Jus PODVUM, 2010.

De Jure Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, n. 15 (jul./dez. 2010). Belo Horizonte: Ministério Público do Estado de Minas Gerais, 2010.