



UNIVERSIDADE PRESIDENTE ANTÔNIO CARLOS - UNIPAC
Faculdade de Direito

THIAGO AUGUSTO RIANI VIEIRA

**AS PROVAS ILÍCITAS NO PROCESSO PENAL E O PRINCÍPIO DA
PROPORCIONALIDADE**

JUIZ DE FORA
Novembro de 2011

THIAGO AUGUSTO RIANI VIEIRA

**AS PROVAS ILÍCITAS NO PROCESSO PENAL E O PRINCÍPIO DA
PROPORCIONALIDADE**

Monografia de conclusão de curso apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Presidente Antônio Carlos - UNIPAC, na área de Direito Processual Penal, como requisito parcial à obtenção de título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Rodrigo Ribeiro Rolli

JUIZ DE FORA
Novembro de 2011

AS PROVAS ILÍCITAS NO PROCESSO PENAL E O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao curso de Direito da Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

BANCA EXAMINADORA

RODRIGO RIBEIRO ROLLI
Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC

LEONARDO MENDONÇA
Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC

SANDRA BARA ALVES
Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC

Aprovado em 26/11/2011

Dedico esta monografia a minha namorada Suellen por todos os momentos das nossas vidas, aos meus tios Delinho, Fiu e Mite pelo carinho que sempre terão por mim, a minha mãe Solange pela compreensão e amor ao longo dos anos, e a meu orientador Rodrigo Ribeiro Rolli pelos ensinamentos e dedicações neste momento.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente agradeço a Deus e a Doutor João de Freitas por ter me guiado em todo esse caminho percorrido e por ter me dado forças nas horas mais difíceis que passei.

A minha estimada e querida namorada Suellen Aparecida Ferreira pelo amor, carinho e por toda fonte de luz em nossa caminhada.

Aos meus tios Delinho, Fiu e Mite por todo incentivo e confiança depositas em mim, além da estimada amizade existente entre nós.

A minha mãe Solange, meu exemplo de vida, pela criação e carinho em todos os momentos da minha vida.

RESUMO

A monografia busca analisar a admissibilidade e a inadmissibilidade das provas ilícitas na Constituição Federal e no Processo Penal, em face da perspectiva aplicação do Princípio da proporcionalidade. O princípio da proporcionalidade é um princípio constitucional implícito. Tal princípio se coaduna com a tese intermediária, ou seja, nem deve aceitar as provas ilícitas, nem deve as proibir; deve haver uma análise da proporcionalidade dos bens jurídicos.

Palavras chave: provas ilícitas. Proporcionalidade. Admissibilidade. Constituição.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO -----	8
1 DAS PROVAS -----	10
1.1 Definições gerais da prova: conceitos, finalidades, objetos, destinatários e meios-----	10
2 PRINCÍPIOS INFORMADORES APLICÁVEIS AO ESTUDO DA PROVA -----	14
2.1 Princípio da auto- responsabilidade das partes-----	14
2.2 Princípio da audiência contraditória-----	14
2.3 Princípio da comunhão da prova-----	15
2.4 Princípio da oralidade e da concentração-----	15
2.5 Princípio da publicidade-----	16
2.6 Princípio do livre convencimento motivado-----	16
3 RELATIVIDADE E RESTRIÇÕES AOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS -----	17
3.1 Conceito e características dos direitos fundamentais-----	17
3.2 Relatividade dos direitos e garantias fundamentais-----	18
4 DAS PROVAS ILÍCITAS NO PROCESSO PENAL E O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE -----	20
4.1 Provas ilegítimas-----	20
4.2 Provas ilegais-----	20
4.3 Provas ilícitas-----	21
4.3.1 Corrente obstativa ou pela inadmissibilidade das provas ilícitas-----	21
4.3.2 Corrente permissiva ou pela admissibilidade das provas ilícitas-----	22
4.3.3 Corrente intermediária-----	22
5 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE -----	24
5.1 A trílice dimensão do Princípio da proporcionalidade: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito-----	25
5.2 O Princípio da proporcionalidade em favor do réu-----	26
CONCLUSÃO -----	27
REFERÊNCIAS -----	28

INTRODUÇÃO

O Estado atraiu para si a função de pacificar os conflitos existentes em uma sociedade; sendo o processo uma medida ordenadora de conflitos, do qual é utilizado para buscar a decisão da lide.

Desta forma para que as partes alcancem suas pretensões no processo, ou mais próximo possíveis, deverá valer-se do instituto das provas. O estudo do tema prova tem por amparo o Código de Processo Penal e a Constituição Federal de 1988.

Desta forma surge uma a problemática entre os operadores diante das interpretações. De um lado da balança, uns defendem que a aplicabilidade das provas ilícitas é inadmitida, em face da literalidade Constitucional. No outro lado da balança, porém, há quem afirme que sua aplicabilidade é admitida, em face de sua interpretação teleológica.

Assim, haverá situações fáticas em que se constatará uma colisão de direitos fundamentais caracterizada por um conflito concreto entre dois valores ou bens em contradição, simultaneamente protegidos pela Constituição.

Nestas hipóteses, uma interpretação sistemática apenas, não é suficiente para harmonizar o ordenamento jurídico-constitucional, tornando-se necessário a visualização da problemática pela ótica da **teoria da proporcionalidade**.

Neste viés, verifica-se que a aplicabilidade do princípio da proporcionalidade se julga importante, uma vez que, ele é utilizado para ponderar conflitos existentes.

Diante do que foi exposto a cima, pode-se concluir que, não há pacificação quanto à admissibilidade ou não das provas ilícitas, pois a divergência tem ocorrido porque de um lado está o princípio da inadmissibilidade das provas ilícitas e de outro os princípios inerentes aos direitos fundamentais.

Para tanto, far-se-á um estudo sobre o tema proposto, o qual será dividido em seis capítulos.

No primeiro capítulo serão apresentadas as questões relativas à prova penal, apresentando sua conceituação, objetivo, finalidade, meio e destinatários;

No segundo capítulo serão abordados os princípios que regem a atividade probatória e a limitação dessa atividade;

No terceiro capítulo discorrer-se-á acerca dos direitos e garantias fundamentais, conceito, características e a relatividade desses direitos;

No quarto capítulo serão feitas abordagens a respeito das provas ilícitas, mormente as diferenças entre esta e as provas ilegais e as provas ilegítimas, bem como, suas correntes doutrinárias;

No quinto capítulo discorrer-se-á sobre o princípio da proporcionalidade, sua tríplice dimensão no processo penal (adequação, necessidade e princípio da proporcionalidade em sentido estrito, além do princípio em favor do acusado;

A pesquisa consistiu no estudo da legislação ordinária e constitucional, doutrina e jurisprudência, cujos recursos utilizados para a coleta de dados foram de monografias e doutrinas, sendo empregado o método dedutivo.

1 DAS PROVAS

Na prática processual a prova é de fundamental importância para buscar a verdade dos fatos levados a juízo ou o mais próximo possível deles, pois é através dos elementos apresentados que o julgador formula sua convicção para decidir a lide de forma justa.

Desta forma, antes mesmo de adentrarmos no campo das provas obtidas ilicitamente e sua atuação junto ao princípio da proporcionalidade, faremos um apanhado geral do estudo de provas como, seu conceito, sua finalidade, seus meios, seus destinatários e por fim os princípios que as regem.

1.1 Definições Gerais da prova: conceitos, finalidades, objetos, destinatários e meios

Toda demanda judicial requer um processo, e é no processo que os destinatários indiretos, as partes, expõem suas alegações, que serão confirmadas por meio de provas.

A prova possui importância no processo judicial de modo que visa produzir uma certeza ou o mais próximo possível. Logo, a prova pode ser produzida de várias formas, quais seja, com a realização de perícia (prova pericial), a oitiva de testemunhas (prova testemunhal), o depoimento das partes, a juntada de documentos (prova documental), etc.

Embora o conceito de prova envolva aspectos variados, este não é unívoco, sendo utilizado tanto no seu campo forense como no seu campo comum. Assim segundo Aurélio Buarque de Holanda Ferreira (2001, p. 564), significa “tudo aquilo que atesta a veracidade ou a autenticidade de algo; ato de provar”.

A palavra prova tem origem no latim *probatio*, e significa exame, reconhecimento e verificação. Neste viés de ideias, podemos concluir que provar é sinônimo de estabelecer a existência de determinada situação fática.

Nas palavras de Fernando Capez (2011, p. 344), “a palavra prova é um conjunto de atos praticados pelas partes, pelo juiz e por terceiros (p. ex., peritos), destinados a levar ao magistrado a convicção acerca da existência ou inexistência de um fato...”

Neste viés, dentro de um ordenamento jurídico brasileiro, a prova representa um conjunto de meios usados pelas partes e reconhecidos pelo juiz como sendo verdade dos fatos alegados.

Corroborando sobre o conceito de prova, Gomes; Grinover e Scarance (2004, pp. 141-142), de forma similar, afirmam que o termo prova não é unívoco. Para os autores, a prova,

em uma primeira acepção, indica o conjunto de atos processuais praticados para averiguar a verdade e formar o convencimento do juiz sobre os fatos. Num segundo sentido, designa o resultado dessa atividade. No terceiro, aponta para os meios de provas.

E por fim, a palavra prova na doutrina de Paulo Rangel (2010, p. 454) é o

meio instrumental de que se valem os sujeitos processuais (autor, juiz e réu) de comprovar os fatos da causa, ou seja, os fatos deduzidos pelas partes como fundamento do exercício dos direitos de ação e defesos.

Portanto, a prova é o meio pelo qual se visa o convencimento do julgador, a fim de levar a verdade real e buscando-se uma decisão final justa.

Partindo do que foi dito, cumpre frisar que, é sabido que um dos objetivos do processo é convencer o juiz a respeito da verdade de um fato litigioso. Nesse sentido no entender de Tourinho Filho (2001, p. 432), “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”.

Assim, a prova constitui-se em elemento de vital importância para o processo capaz de reconstruir um fato ocorrido, de forma suficiente para convencer o magistrado.

Todavia, somente os fatos julgados como relevantes para a decisão da causa podem ser objetos de prova, isto é, nem todos os fatos devem ser submetidos à atividade probatória, como por exemplo, **os fatos axiomáticos** (intuitivos), evidentes por si mesmos e **os fatos notórios** (o notório não necessita de prova), que são manifestamente públicos e de conhecimento geral. Tanto a notoriedade como a evidência jamais podem ser colocadas em dúvida, devendo ser aceitas sem discrepância.

Nesse sentido ensina Capez (2011, p. 344):

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.

Portanto, pode-se dizer que o objeto de prova são os fatos a ser provado, o *thema probandum*. Que significa, tornar os fatos, alegados pelas partes, conhecidos do juiz, convencendo-o de sua veracidade.

Na mesma linha, Mirabete (2006, p. 250) assevera que:

objeto da prova é o que se deve demonstrar, ou seja, aquilo sobre o que o juiz deve adquirir o conhecimento necessário para resolver o litígio. Abrange, portanto, não só o fato criminoso e sua autoria, como todas às circunstâncias objetivas e subjetivas que possam influir na responsabilidade penal e na fixação da pena ou na imposição medida de segurança. [...]

Ademais, independem de prova os fatos que gozam de uma presunção legal de existência ou veracidade. Diante disso, há de se verificar que, o legislador fez presumir de modo absoluto ou relativo, a veracidade de determinados fatos, os denominados de presunções legais.

Por fim, fatos considerados inúteis ou impertinentes, não relacionados com a causa estão dispensados de comprovação.

Há de se ressaltar, no que se refere à prova de direito, esta não carece de prova, bastando apenas ser alegado, pois o magistrado é obrigado a conhecê-lo, é o que a doutrina denomina de (*iura novit curia*), **dei-me os fatos que te darei o direito**.

Todavia, tratando-se de direito municipal, estadual, estrangeiro ou consuetudinário, é necessário demonstrar o teor e a vigência da norma, se assim o juiz determinar (art. 337 do CPC).

Vale lembrar que a principal finalidade da prova é formar a convicção do juiz, razão pela qual este é o principal destinatário da prova. Já de forma indireta, as partes também são consideradas destinatárias.

Verificando que a prova visa formar a convicção do julgador, seus meios, são às vias pelas quais as partes apresentam os fatos ocorridos, seja direta ou indiretamente seja eles previstos em Lei ou não, pois a prova assume fundamental importância, pois é através dela que os fatos são comprovados em juízo.

Esclarece Capez (2011, p.378) que:

o meio de prova compreende tudo quanto possa servir, direta ou indiretamente, à demonstração da verdade que se busca no processo [...], vigora no direito processual penal o princípio da verdade real, de tal sorte que não há de se cogitar qualquer espécie de limitação à prova, sob pena de se frustrar o interesse estatal na justa aplicação da lei.

Vigora no direito processual penal o princípio da verdade real, o qual não poderá haver nenhuma limitação à prova, o que acabaria por ferir o interesse do Estado na justa aplicação da lei.

Nesse sentido, já decidiu o Egrégio Supremo Tribunal Federal¹:

¹BRASIL. STF, HC n. 69.204-4/SP, 1ª Turma, Relator. Ministro Carlos Velloso. DJU 04/09/1992.

visando o processo penal o interesse público ou social de repressão ao crime, qualquer limitação à prova prejudica a obtenção da verdade real e, portanto, a justa aplicação da lei. A investigação deve ser a mais ampla possível, já que tem como objetivo alcançar a verdade do fato, da autoria e das circunstâncias.

Sobre o que dito, já é pacífico na doutrina e a jurisprudência em afirmar que o rol dos meios de provas disciplinados no Código de Processo Penal é meramente exemplificativo, tendo em vista que a outros meios de produção de prova, como às chamadas provas inominadas.

Assim, a fim de que os objetivos das provas sejam alcançados, faz mister o estudo de seus princípios, princípios estes que lhe são próprios, destacando-se o princípio da auto-responsabilidade das partes, princípio da audiência contraditória ou princípio do contraditório, princípio da comunhão da prova, princípio da oralidade, princípio da concentração, princípio da publicidade e do princípio do livre convencimento motivado.

2 PRINCÍPIOS INFORMADORES APLICÁVEIS AO ESTUDO DAS PROVAS

Antes mesmo de adentrar aos estudos dos princípios que regem as provas, é viável mencionar o seu conceito.

Segundo Palácio (2006, p. 1094), “princípio é derivado do latim *principium*, quer dizer origem, começo, preceito, regra, causa primária, indicando o começo ou origem de qualquer coisa”.

2.1 Princípio da auto-responsabilidade das partes

Segundo este princípio, cada parte a de suportar todas consequências de suas alegações, ou seja, a prova é feita por quem alega. Assim, se as partes não produzirem as provas para a comprovação dos fatos alegados em juízo, não sofre pena alguma, apenas deixa de lucrar o que obteria se tivesse praticado.

Entende-ser por esse princípio, na lição de Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar (2009. p, 330), “as partes assumem as conseqüências de sua inação. A frustração ou o êxito estão ligados à conduta probatória do interessado no transcorrer da instrução”.

2.2 Princípio da audiência contraditória

Pode-se entender por este princípio, sendo aquele direito que assegura as partes ao contraditório, ou seja, toda prova admite contraprova, não sendo admissível a produção de uma delas sem o conhecimento da outra parte, pois não havendo conhecimento da outra parte, o processo poderá ser considerado nulo de pleno direito.

O contraditório e a ampla defesa são considerados como garantia constitucional amparados pela Constituição Federal do Brasil de 1988 que, no seu inciso LV, do art. 5º, assim prescreve:

Art. 5º [...]
[...]

LV- 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. (BRASIL, 1988)

Assim seguindo este raciocínio, Capez ((2011, p. 384) esclarece que “toda prova admite a contra prova, não sendo admissível a produção de uma delas sem o conhecimento da outra parte”.

2.3 Princípio da comunhão da prova

No campo penal a prova pertencente ao processo e não a uma das partes. Portanto, embora a prova seja dirigida ao juiz, não lhe pertence exclusivamente, podendo ser invocada por qualquer dos litigantes, mesmo aquele que não a produziu.

Consoante aduz Nestor Távora (2009, p. 330) “a prova não pertence à parte que a produziu e sim ao processo. Se a parte deseja desistir de prova que tenha proposto, a parte contrária deve obrigatoriamente ser ouvida”.

Ainda nesta linha, para a doutrina do processualista Fernando Capez (2011, p. 384), “para o qual não há prova pertencente a uma das partes; as provas produzidas servem a ambos os litigantes e ao interesse da justiça. As provas, na realidade, pertencem ao processo, até porque são destinadas à formação da convicção do órgão julgador”.

2.4 Princípio da oralidade e da concentração

Este princípio tem como determinante a predominância a palavra falada. Assim os testemunhos, interrogatórios, depoimento, etc. serão sempre orais. Tal princípio ganhou destaque pela sua previsão no art. 62 da lei nº 9.099/1995.

Em decorrência ao princípio da oralidade, encontra-se o princípio da concentração, razão o qual se busca concentrar toda a produção de provas numa única audiência, ou no menor número delas, e o princípio da imediatidade, aproximando o juiz do contexto probatório, com as provas produzidas perante a autoridade.

2.5 Princípio da publicidade

Todos os atos processuais em regra, quanto à produção e colheita de provas são públicos (art. 93, IX, da CF/88 e art. 792, caput, do CPP), a exceção ocorrerá somente no caso de segredo de justiça ou quando forem previstas legalmente.

No ordenamento jurídico consagra o que os doutrinadores chamaram de princípio da publicidade absoluta, entre eles Tourinho Filho (2010. p, 61) “que no Direito Pátrio vigora o princípio da publicidade absoluta, como regra”; já que a regra é que todo ato processual seja público (art. 792, do CPP).

Sobre o tema, Capez (2011, p. 384) escreve que “os atos judiciais (e, portanto a produção de provas) são públicos, admitindo-se somente com exceção o segredo de justiça”.

2.6 Princípio do livre convencimento motivado

O ponto relevante em um processo é aquele após a colheita das provas, onde o magistrado irá apreciar e valorar as provas constantes nos autos, de forma a fundamentar sua decisão. O princípio do livre convencimento motivado é reconhecido no item VII da Exposição de Motivos do Código de Processo Penal, e amparado no art. 155 do CPP², que dispõe:

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

Entende-se, portanto, por livre convencimento motivado, “quando o juiz tem inteira liberdade de julgar, valorando as provas, colhidas em regular contraditório, como bem quiser, sem, contudo arredar-se dos autos” (Tourinho Filho 2010. p, 60).

² BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Vade Mecum universitário RT. 2. ed. rev., amp. e atual. São Paulo: 2010.

3 RELATIVIDADE E RESTRIÇÕES AOS DIRETOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS

Em busca da relativização dos direitos fundamentais do homem, a Constituição Federal trouxe em seu Título II um largo rol de direitos e garantias fundamentais, dentre eles, encontra-se a inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos, o qual será estudado, com ênfase na sua admissibilidade frente ao princípio da proporcionalidade.

As provas obtidas por meios ilícitos quando admissíveis, estarão violando princípios, princípios estes da própria Carta Magna, como o da inviolabilidade, da intimidade, do domicílio, entre outros, e se caso a inadmissibilidade for utilizada de modo extremo, ou seja, absoluto estará também violando princípios, como o direito de liberdade, de ampla defesa e contraditório, o direito de prova.

Diante disso, faz-se mister o estudo a cerca dos direitos e garantias fundamentais, apontando sua conceituação e apresentando suas características essenciais.

3.1 Conceito e características dos direitos fundamentais

A Constituição Federal de 1988 arrola em seu art. 5º o que ela denomina de direitos fundamentais - direitos esses, que dizem respeito aos direitos e garantias de toda e qualquer pessoa humana, os quais devem ser usados de modo protetivo, por todo sistema jurídico.

Para a doutrina de Silva (2006, p. 175) é difícil conceituar os direitos fundamentais, uma vez que

a ampliação e transformação dos direitos fundamentais do homem no envolver histórico dificultam definir-lhes um conceito sintético e preciso. Aumenta essa dificuldade a circunstância de se empregarem várias expressões para designá-los, tais como: direito naturais direitos humanos, direitos do homem, direitos individuais, direitos públicos subjetivos, liberdades fundamentais, liberdades públicas e direitos fundamentais do homem.

Toda via, o autor conclui que

direitos humanos fundamentais constitui a expressão mais adequada a este estudo, porque, além de referir-se a princípios que resumem a concepção do mundo e informam a ideologia política de cada ordenamento jurídico, é reservada para designar, no nível do direito positivo, aquelas prerrogativas e

instituições que se concretiza em garantias de convivência digna, livre e igual de todas as pessoas (2006, p. 178).

Para Moraes (2000, p. 39) o conceito de direitos fundamentais se traduz como

o conjunto institucionalizado de direitos e garantias do ser humano que tem por finalidade básica o respeito a sua dignidade, por meio de sua proteção contra o arbítrio do poder estatal e o estabelecimento de condições mínimas de vida e desenvolvimento da personalidade humana.

À sombra dos direitos fundamentais do homem e em virtude de sua supremacia, os direitos fundamentais apresentam diversas características que lhe são próprias, quais sejam: **historicidade** - os direitos fundamentais como qualquer outro, nascem, modificam-se e desaparecem. Sua fundamentação se dá no direito natural; **inalienabilidade** - não há possibilidade de transferi-los, seja a título gratuito ou oneroso, porque não são de conteúdo econômico-patrimonial; **imprescritibilidade** - os direitos fundamentais nunca deixam de ser exigíveis pela falta de uso, ou seja, o simples fato de não exercer. Vale dizer, que a prescrição é um instituto jurídico que somente atinge a exigibilidade dos direitos de caráter patrimonial, não a exigibilidade de direitos personalíssimos, como é o caso; **irrenunciabilidade** - os direitos não podem ser objetos de renúncia; **inviolabilidade** - os direitos de outrem não podem ser desrespeitados por nenhuma autoridade ou lei infraconstitucional, sob pena de responsabilização civil, penal ou administrativa; **universalidade** - os direitos fundamentais são dirigidos a todo ser humano em geral sem restrições, independente de sua raça, credo, nacionalidade ou convicção política; **efetividade** - o Poder Público deve atuar para garantir a efetivação dos Direitos e Garantias Fundamentais, usando quando necessários meios coercitivos; **complementaridade** - os direitos fundamentais devem ser sempre interpretados em conjunto com os outros princípios, e nunca de forma isolada.

3.2 Relatividade dos direitos e garantias fundamentais

Os direitos fundamentais do homem consubstanciados no art. 5º da nossa Carta Magna de 1988 têm como característica a historicidade, onde tais direitos surgiram através de um longo processo de evolução, sendo assim, toda a sociedade deve respeitar e proteger os direitos a ela inerentes.

Contudo, a doutrina e a jurisprudência já se solidificaram dizendo que os direitos e garantias individuais elencados na Constituição Federal não são absolutos, encontrando seus

limites nos demais direitos e garantias igualmente consagradas na Carta Magna (Princípio da relatividade ou convivência das liberdades públicas).

Nesse sentido, um direito fundamental pode ser limitado internamente por seu próprio alcance material ou por uma norma restritiva infraconstitucional, desde que prevista no próprio enunciado do dispositivo constitucional, obedecendo às regras de competência para edição de tal ato e, ainda havendo justificação constitucional para a restrição.

Na ilustre lição de Moraes (2008, p. 32),

os direitos fundamentais não podem ser utilizados como um verdadeiro escudo protetivo da prática de atividades ilícitas, nem tampouco como argumento para afastamento ou diminuição da responsabilidade civil ou penal de criminosos, sob pena de total consagração ao desrespeito a um verdadeiro Estado de Direito.

A própria Declaração dos Direitos Humanos das Nações Unidas, expressamente em seu art. 29 afirma que

Toda pessoa tem deveres para com a comunidade, posto que somente nela pode-se desenvolver livre e plenamente a sua personalidade. No exercício de seus direitos e no desfrute de suas liberdades todas as pessoas estarão sujeitas às limitações estabelecidas pela lei como a única finalidade de assegurar o respeito dos direitos e das liberdades dos demais, e de satisfazer as justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar de uma sociedade democrática. Estes direitos e liberdades não podem, em nenhum caso, serem exercidos em oposição com os propósitos e princípios das Nações Unidas. Nada na presente Declaração poderá ser interpretado no sentido de conferir direito algum ao Estado, a um grupo ou uma pessoa, para empreender e desenvolver atividades ou realizar atos tendentes a supressão de qualquer dos direitos e liberdades proclamados nessa Declaração.

Interessa dizer que como deve proceder no caso de colisão entre os direitos fundamentais. Haverá colisão ou conflito sempre que o exercício de um direito fundamental colide com outro de direito fundamental (colisão entre os próprios direitos fundamentais). Com isso sempre que a Constituição proteger simultaneamente dois bens ou valores em contradição concreta haverá colisão. Entende-se que não há hierarquia entre os princípios constitucionais, uma vez que estão todos no mesmo patamar constitucional.

Logo, havendo conflito entre os direitos fundamentais, deverá o intérprete utilizar o princípio da concordância máxima harmoniosa, que se traduz na aplicação ao caso concreto, dos direitos com a necessária ponderação, de forma a reduzir o alcance de um deles, evitando, assim, a completa destruição de um ou de outro.

Passar-se-á agora ao objeto de estudo do trabalho monográfico, que são as provas ilícitas no processo penal e o princípio da proporcionalidade.

4 DAS PROVAS ILÍCITAS NO PROCESSO PENAL E O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Passa-se agora ao estudo do tema principal do trabalho monográfico, onde será analisada a questão da problemática da utilização ou não da prova ilícita no processo penal, apresentando as várias teorias a respeito da admissibilidade ou não das provas obtidas por meio ilícitos.

Acompanhando o tema prova, vê-se que sua vedação pode estar estabelecida tanto em norma processual quanto em norma de direito material, surgindo em nível doutrinário à diferença entre prova ilegítima, de prova ilícita e de prova ilegal.

4.1 Provas ilegítimas

São aquelas que violam uma regra de direito processual e os de princípios constitucionais da mesma espécie.

A luz dos processualistas Távora e Rosmar (2009. p, 312), pode ser citado como exemplo de prova ilegítima, “laudo pericial subscrito por apenas um perito não oficial (§ 1º, art. 159, CPP)”.

4.2 Provas ilegais

A prova ilegal é aquela obtida com o desrespeito as normas legais, sejam elas relativas ao direito material ou processual.

Neste sentido, Grinover, Fernandes e Gomes Filho (2004, p. 157) escrevem que

prova ilegal é toda vez que sua obtenção caracterize violação de normas legais ou de princípios gerais do ordenamento, de natureza processual ou material. Quando a proibição for colocada por uma lei processual, a prova será ilegítima (ou ilegitimamente produzida); quando, pelo contrário, a proibição for de natureza material, a prova será ilicitamente obtida.

Os mesmos autores exemplificam as provas ilegais, como sendo aquelas “obtidas com violação do domicílio (art. 5º, XI, da CF) ou das comunicações (art. 5º, XII, da CF); as conseguidas mediante tortura ou maus-tratos (art. 5º, III, da CF), as colhidas com infringência à intimidade (art. 5º, X, da CF) etc” Grinover, Fernandes e Gomes Filho (2004, p. 157).

Muito se discutiram sobre a admissibilidade ou não das provas ilícitas. Assim a doutrina criminalista destaca três diferentes correntes a respeito da admissibilidade ou não das provas obtidas por meio ilícitos, quais sejam:

4.3 Provas ilícitas

São aquelas decorrentes de violação ao direito material penal, civil, comercial, etc. A título de exemplo, tem-se a confissão mediante tortura (lei 9455/97); interceptação telefônica realizada sem autorização judicial (art. 10 da Lei nº 9296/96), etc.

A prova pode ser considerada ilícita, também, quando obtida com afronta ao princípio constitucional, como, por exemplo, a violação de domicílio (art. 5º, XI, da CF/88).

Na lição de Grinover, Fernandes e Gomes Filho (2004. pp. 157-158) a prova ilícita pode ser conceituada como sendo a “prova colhida infringindo-se normas ou princípios colocados pela Constituição e pelas leis, frequentemente para a proteção das liberdades públicas e dos direitos da personalidade e daquela sua manifestação que o direito à intimidade”

O art. 157 do Código de Processo Penal, com redação dada pela Lei n. 11690/2008, dispõe que provas ilícitas são aquelas “obtidas em violação a normas constitucionais ou legais”.

4.3.1 Corrente obstativa ou pela inadmissibilidade das provas ilícitas

Dessa corrente pode se extrair que, a prova julgada como ilícita, deverá ser sempre rejeitada, em qualquer caso, pouco importando o direito em questão. Assim prevê o inciso LVI, art. 5º, da Constituição Federal: “São inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por

meios ilícitos. Assim, nunca serão aceitos no processo, uma vez que ofende o direito material penal.

Filia-se a essa corrente, Francisco das Chagas Lima Filho³, que afirma que: “a prova obtida por meios ilícitos deve ser banida do processo, por mais alto e relevante que possam se apresentar os fatos apurados”.

4.3.2 Corrente permissiva ou pela admissibilidade das provas ilícitas

Segundo essa corrente, a prova julgada ilícita deverá sim ser usada, uma vez que para o interesse da justiça o foco é sempre a busca da verdade real, ainda que baseadas em meios ilícitos. Assim sendo, não é porque uma prova deixa de ser obtida licitamente que deixará, também, de demonstrar a verdade. Vale ressaltar que ilícitos são os meios utilizados para a obtenção da prova e não o seu conteúdo.

Sobre o tema, Grinover, Fernandes e Gomes Filho (2004, p. 162) escrevem que, “quando a prova, aparentemente ilícita, for colhida pelo próprio acusado, tem-se entendido que a ilicitude é eliminada por causas legais, como a legítima defesa, que excluem a antijuricidade”

Ocorre que, nenhuma das correntes acima transcritas conseguiu resolver de maneira suficiente e razoável a problemática das provas ilicitamente obtidas, fazendo assim surgir a terceira corrente.

4.3.3 Corrente intermediária

A corrente intermediária surgiu das colisões entre a teoria obstativa e a teoria permissiva, sendo considerada como uma alternativa diferente dos extremos.

No dias atuais o que se vem acatando é a corrente intermediária, que se tem por base o princípio da proporcionalidade, onde deve ser analisado o caso concreto pelo juiz, fazendo-

³ <<http://jus.com.br/revista/texto/4534>>.

se um juízo de ponderação, a fim de verificar quais dos direitos tutelados possuem maior relevância.

No mundo das provas ilícitas, o princípio da proporcionalidade tornou-se um meio termo, uma vez que admite em certos casos a possibilidade ou não da utilização dessas provas no processo.

Assim só serão aceitas as provas obtida em violação de norma constitucional em situações excepcionais quando, no caso, o bem jurídico alcançado com esta, ser de alto valor que o bem sacrificado pela ilicitude da obtenção.

Filia-se a essa corrente, o ilustre Nelson Nery Júnior (1997), que leciona:

Não devem ser aceitos os extremos: nem a negativa peremptória de emprestar-se validade e eficácia à prova obtida sem o conhecimento do protagonista da gravação sub-reptícia, nem a admissão pura e simples de qualquer gravação fonográfica ou televisiva. (A propositura da doutrina quanto à tese intermediária é a que mais se coaduna com o que se denomina modernamente de princípio da proporcionalidade), Devendo prevalecer, destarte, sobre as radicais

Portanto, o princípio da proporcionalidade constitui instrumento de restrição à moderna doutrina constitucional de proibição das provas ilícitas, prevendo sua utilização sempre que o interesse tutelado se sobrepuser à tutela de outro de menor valia.

5 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Nos dias atuais, os princípios ajudam na compreensão global do nosso sistema jurídico, além do que são peças-chaves na construção da ciência jurídica. Analisando a parte prática, os princípios são verdadeiras normas jurídicas, que devem ser observados na solução do caso concreto. Dessa forma, conhecer os princípios do direito é condição para aplicá-los corretamente.

Assim, surge o princípio da proporcionalidade que teve seu marco no período pós-guerra na Alemanha, a partir da onde foi desenvolvida a chamada teoria da proporcionalidade (*verhältnismässigkeitsprinzip*).

O princípio da proporcionalidade emerge como defensor dos direitos fundamentais, os quais são tutelados em um Estado Democrático de Direito como o nosso. Assim sendo, quando se for constatado que há, no caso concreto, conflitos entre princípios nenhum dispositivo da Constituição pode simplesmente ser desconsiderado, ou ao mesmo tempo o Estado não pode se eximir de sua função jurisdicional.

Deste modo, é indispensável à adoção de um princípio que ordene os conflitos surgidos entre aqueles princípios protegidos pela Constituição, exercendo a função de sopesar os valores presentes em um caso concreto. Daí a importância da adoção do princípio da proporcionalidade para ordenar os conflitos.

Diante da larga discussão a respeito do princípio da proporcionalidade, tem-se que doutrina e jurisprudência já se solidificaram o entendimento dizendo que se encontra implicitamente. Entretanto, o que encontra divergência é saber qual dispositivo da Constituição pode servir de amparo legal para tal princípio.

Barros (2000) “defende a posição de que o princípio da proporcionalidade deriva de diversos preceitos da Constituição brasileira, por exemplo: art. 1º, III (dignidade da pessoa humana); 3º I (sociedade livre, justa e solidária); 5º, II (princípio da legalidade)”.

Na lição de Bonavides,

é pacífico a presença implícita do referido princípio fundamentado no art. 5º, § 2º da Constituição da República de 1988: “os direitos e garantias fundamentais expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

Observa-se que o princípio da proporcionalidade possui como principal finalidade a busca em equilibrar os direitos e garantias individuais. Assim se caso for verificado que existe um conflito entre os princípios, é preciso que haja uma ponderação de valores.

5.1 A tríplice dimensão do princípio da proporcionalidade: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito

O princípio em estudo se desdobra em três subprincípios, quais sejam: princípio da adequação, princípio da necessidade e o princípio da proporcionalidade em sentido estrito.

Cada restrição ou limitação de uma liberdade a um direito garantido pela Constituição deve ser adequada, necessária e proporcional a proteção de outro bem, que poderá ser de igual ou superior valor. Assim, deve-se não só averiguar a admissibilidade constitucional da restrição, como também, sua compatibilidade com o princípio ora estudado, ou seja, examiná-lo sobre sua tríplice dimensão: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

O princípio da adequação revela uma exigência de qualquer medida restritiva que deve ser adequada à consecução do resultado pretendido, caso contrário, se não for apta para tanto, deve ser declarada sua inconstitucionalidade.

Segundo J.J. Canotilho (apud, D' Urso, 2007, pp. 66-67)

o princípio da conformidade ou da adequação impõem que a medida adoptada para a realização do interesse público deva ser apropriada à prossecução do fim ou fins a ele subjacentes. Consequentemente, a exigência de conformidade pressupõe a investigação e a prova de que o acto do poder público é apto para e conforme os fins justificativos de sua adopção [...]. Trata-se, pois, de controlar a relação de adequação medida-fim.

Já o princípio da necessidade implica dizer se um princípio tem mais ou menos peso em certas situações.

Desta forma o eminente constitucionalista J.J. Canotilho (apud, D' Urso, 2007, p. 67) averba que o “princípio da necessidade ou da menor ingerência possível coloca a tônica na ideia de que o cidadão tem o direito à menor desvantagem possível [...]”.

Com relação ao princípio da proporcionalidade *stricto sensu*, ponderação ou justa medida, pressupõe que os princípios têm pesos diferentes no caso concreto e que os de maior peso têm precedência. Assim, os ganhos devem superar as perdas.

Agora um estudo do princípio ora trabalhado em face da sua problemática nas provas obtidas ilicitamente.

Segundo Capez (2011, pp. 351-352)

A teoria reza que, sempre em caráter excepcional e em casos extremamente graves, tem sido admitida a prova ilícita, baseando-se no princípio do equilíbrio entre os valores contrastantes (admitir uma prova ilícita para um caso de extrema necessidade significa quebrar um princípio geral para

atender uma finalidade excepcional justificável). Para essa teoria, a proibição das provas obtidas por meio ilícito é um princípio relativo, que, excepcionalmente, pode ser violado sempre que estiver em jogo um interesse de maior relevância ou outro direito fundamental com ele contrastante.

No entendimento do autor, a prova ilícita poderá ser usada sim, desde que haja uma ponderação entre os valores conflitantes. Desta forma um princípio de menor valor, pode sopesar em detrimento de outro de menor valor. Em suma, será proporcionada uma alternativa solucionadora que respeitem ao máximo todos os interesses envolvidos.

Assim sendo, (Grinover, Scarance e Magalhães, 2004 apud, CAPEZ, 2011, p. 352) esclarecem que é praticamente unânime o entendimento que admite “a utilização no processo penal, da prova favorável ao acusado, ainda que colhida com infringência a direitos fundamentais seus ou de terceiros”.

5.2 O princípio da proporcionalidade em favor do réu

Antigamente a doutrina discutia se há possibilidade de admitir em benefício do acusado a prova ilícita pela aplicação do princípio da proporcionalidade, uma vez que, havia uma colisão entre princípios constitucionais. de um lado, o princípio da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos, e o princípio de liberdade.

Hoje na pós-modernidade deste a doutrina e jurisprudência, vem aceitando largamente sua utilização pelo fato de que nenhum direito fundamental é absoluto. Portanto, não pode alguém ser injustiçado pela não admissão da prova obtida por meios ilícitos, seja para ser condenado seja para receber pena mais grave.

Neste contexto, a aplicação do princípio da proporcionalidade no processo, impera o princípio do favor rei, que segundo o doutrinador Fernando Capez (2003, p. 39), “o princípio "favor rei" consiste em que qualquer dúvida ou interpretação na seara do processo penal, deve sempre ser levada pela direção mais benéfica ao réu”.

CONCLUSÃO

Pelo que foi exposto, é de se concluir que, a presente monografia teve por pesquisa as provas ilícitas no processo penal e o princípio da proporcionalidade, é de extrema relevância para os dias atuais.

Verificou-se, primeiramente, sobre o conteúdo da prova no processo penal, pois seu desconhecimento levaria a não compreensão ideal do tema abordado. Assim, constatou-se que a prova pertence ao processo e não aos seus destinatários. Além do que a prova é um meio de comprovação da verdade real, e através dela busca-se ter uma decisão justa e favorável a quem de direito. Frisa-se que toda decisão judicial deve ser fundamentada, como disposto em texto constitucional, (art.93, IX, CF/88), sob pena de nulidade.

Todavia, neste contexto, verifica-se que a Constituição Federal adotou o Princípio da Inadmissibilidade das provas ilícitas. Assim, a regra é que a prova julgada ilícita deveria ser rechaçada.

Porém, a doutrina e a jurisprudência brasileira, avocam pela necessidade de se levar em cada caso concreto, o Princípio da Proporcionalidade para se obter uma ponderação dos bens conflitantes.

REFERÊNCIAS

- ALBERTON, Amarildo. **Admissibilidade das provas ilícitas no processo penal**. 68 fls. Monografia apresentada a Universidade do Sul de Santa Catarina – UNISUL, Tubarão, 2008.
- CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 10ª. ed. rev e atual. São Paulo: Saraiva, 2003.
- CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- CREMONEZI, Heloísa. **Provas ilícitas: interceptação telefônica e a constitucionalidade do parágrafo único da lei nº 9296/96**, 80 fls., monografia apresentada AS FACULDADES INTEGRADAS “Antônio Eufrásio de Toledo”, Presidente Prudente, 2002.
- D’URSO, Flávia. **Princípio constitucional da proporcionalidade no processo penal**. 1º ed. São Paulo: Atlas, 2007.
- GRINOVER, Ada Pelegri; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As nulidades no processo penal**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- Holanda Ferreira, Aurélio Buarque de. **(minidicionário Aurélio da língua portuguesa Século XXI**, 4ª. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira 2001, p. 564).
- JÚNIOR, Nelson Nery. **Proibição da prova ilícita**. 4ª. ed. São Paulo, 1997.
- MIRABETE, Júlio Fabrini. **Curso de processo penal**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2006.
- MORAES, Alexandre. **Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º ao 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2000.
- MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 23º. ed. São Paulo: Atlas, 2008.
- RAMOS, Lizandréia Baldessa. **A (IN) admissibilidade das provas ilícitas no processo penal: Quanto às interceptações telefônicas**. 117 fls. Monografia apresentada a Universidade do Vale do Itajaí, Biguaçu, 2008.
- RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 18. ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de processo penal**. 3. ed. rev. atual. e aumen. São Paulo: Saraiva, 2001.
- TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de processo penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- SILVA, De Palácio e. **Vocabulário Jurídico**. 27. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

SILVA, José Afonso Da. **Curso de direito constitucional positivo**. 27. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar R. **Curso de direito processual penal**. 3. ed. rev., amp. e atual. Salvador: Juspodivm, 2009.