

# PROVAS ILÍCITAS: CONFRONTO ENTRE AS LIBERDADES PÚBLICAS E A EFETIVIDADE DO PROCESSO JUDICIAL\*

Frederico Sousa Barroso

## INTRODUÇÃO

A questão da admissibilidade das provas colhidas ilicitamente é ponto crucial e controvertido no Direito pátrio e internacional, especialmente no processo penal.

Como se sabe, a história mostra a evolução ocorrida no campo dos direitos individuais, desde épocas longínquas, quando o Estado era representado na figura do príncipe, até o presente, com suas inovações tecnológicas e novos meios de comunicação. Em reação às arbitrariedades praticadas pelo príncipe, consolidou-se ao redor do cidadão uma esfera de direitos fundamentais, de cunho eminentemente individualista, com o objetivo de tutelá-lo contra ingerências indevidas do Poder Público. Estes direitos foram voltados contra ações do Estado, consubstanciando-se nos direitos de 1ª geração (liberdades clássicas, negativas ou formais) que visam a proteger liberdades de caráter individual. Posteriormente, diante de novos contextos sociais e das modernas relações subjetivas, surgiram novas gerações de direitos, sempre no resguardo do indivíduo ou da sociedade.

Por outro lado, vislumbra-se o dever do Estado de se estruturar adequada e modernamente a fim de colher as provas necessárias para o exercício de sua função jurisdicional sem necessidade de violar os direitos e as garantias individuais. A admissibilidade das provas ilícitas dentro de um processo judicial, com o escopo de instruí-lo para a obtenção de uma decisão judicial, aliados aos valores da personalidade, dignidade humana e intimidade, deve ser considerada com cautela e parcimônia. Desse modo bem explica José Rubens Machado de Campos:

Se, de fato, não é lícito desnudar a vida particular ou familiar de um indivíduo, seus hábitos e vícios, suas aventuras e preferências, *nulla necessitate iubente, a contrario sensu*, será legítimo desvendá-la, presentes determinadas justificativas. Não pode o princípio *la vie privée doit être murée* ser interpretado como se, em torno da esfera privada a ser protegida, devesse ser erguida uma verdadeira muralha. Pelo contrário, os limites da proteção legal deverão dispor de suficiente

---

\* Monografia apresentada como requisito parcial de conclusão do curso Ordem Jurídica e Ministério Público da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Orientador: Prof. Rogério Schietti Machado Cruz

elasticidade. O homem, como indivíduo que integra uma coletividade, precisa aceitar as delimitações que lhe são impostas pelas exigências da vida em comum. E as delimitações de sua esfera privada deverão ser toleradas tanto pelas necessidades impostas pelo Estado, quanto pelas esferas pessoais dos demais indivíduos, que bem poderão conflitar, ou penetrar por ela. Hipóteses se configuram em que o interesse público, justificando-se o sacrifício da intimidade, sendo que, como excludente de qualquer ilícito, aparece igualmente o consentimento daquele que tiver tido sua intimidade aparentemente violada, em suas duas espécies: tácito e expresso.<sup>1</sup>

Nesse mesmo tom, o mestre José Carlos Barbosa Moreira ensina que:

(...) o problema das provas ilícitas inclui-se entre os mais árduos que a ciência processual e política legislativa têm precisado enfrentar, dada a singular relevância dos valores eventualmente em conflito. De um lado, é natural que suscite escrúpulos sérios a possibilidade de que alguém tire proveito de uma ação antijurídica e, em não poucos casos, antiética; de outro lado, há o interesse público de assegurar ao processo resultado justo, o qual normalmente se impõe que não se despreze elemento algum capaz de contribuir para o descobrimento da verdade. É sumamente difícil, quiçá impossível, descobrir o ponto de perfeito equilíbrio entre as duas exigências contrapostas.<sup>2</sup>

Outro ponto que demonstra a relevância do tema refere-se ao vínculo indissolúvel existente entre a instrução probatória, a busca da verdade real no processo judicial e a finalidade do processo em realizar justiça. É imperioso a procura da verdade dos fatos para a perfeita aplicação da lei no caso concreto. Ressalte-se, todavia, que a busca da verdade não corresponde ao fim do processo nem está o juiz vinculado a decidir tão-somente quando a tiver encontrado, consoante os firmes ensinamentos de Marco Antonio de Barros.<sup>3</sup>

Vê-se, portanto, que este é um assunto de extrema relevância em nosso mundo e que invoca a emoção e o clamor público. O Poder Judiciário, na sua busca infundável de realização de justiça, anseia por respostas e conclusões quanto à discussão travada acerca das provas ilícitas.

---

<sup>1</sup> *op.cit.* in MENDONÇA, Rachel Pinheiro de Andrade. *Provas ilícitas: limites à licitude probatória*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2001. p.7.

<sup>2</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. A constituição e as provas ilicitamente obtidas. *Revista da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios*, Brasília, ano 03, n. 06, p.23, jul./dez. 1995.

<sup>3</sup> BARROS, Marco Antonio de. *A busca da verdade no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p.21.

# 1 DIREITO À PROVA

## 1.1 A PROVA E SEUS FUNDAMENTOS

A Carta Magna de 1988, em seu art. 5º, inciso XXXV, assegura ao cidadão que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, consubstanciando-se esta norma constitucional no Princípio do Direito de Ação, ou da Inafastabilidade do Controle Jurisdicional.

Constitui o supracitado princípio no direito que detém cada indivíduo de exigir do Estado a prestação jurisdicional a fim de solucionar o conflito intersubjetivo. Este é um direito do cidadão e um dever do Estado que tomou para si o monopólio da função jurisdicional.

Contudo, a efetividade do Direito de Ação com a respectiva consecução da medida jurisdicional pleiteada depende da ampla produção probatória para demonstrar a veracidade do direito alegado e promover o convencimento do juiz. Assim, o direito à prova, embora não esteja expressamente previsto no texto constitucional, é decorrência de um desdobramento do direito de ação e de defesa, do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, todos elencados no texto constitucional.

Antonio Magalhães Gomes Filho, em obra esboçada sobre o direito à prova, sintetiza bem o entendimento da doutrina:

O atual texto, além de consagrar as tradicionais cláusulas do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, inc. LV), também assegura o devido processo legal (art. 5º, inc. LIV) e a presunção de inocência (art. 5º, inc. LVII), dos quais também se extrai o direito de defender-se provando, que não somente é pressuposto de um processo justo e equitativo, mas também condição indispensável para que se possa obter, validamente, a prova da culpabilidade.

Na doutrina processual civil, o reconhecimento de um direito à prova, a partir dos princípios constitucionais, já foi salientado por Barbosa Moreira, Calmon de Passos e Nelson Nery Jr.; e, no processo administrativo, não é outra a conclusão de Odete Medauar:

“Para o processo penal, a igual entendimento chegaram Ada Pellegrini Grinover, ressaltando ser tal direito “aspecto insuprimível das garantias da defesa e do contraditório”, Rogério Lauria Tucci, que afirma ser ínsito à contraditoriedade da instrução criminal o ‘direito à prova legitimamente obtida ou produzida’ e Greco Filho, para quem o contraditório, como instrumento técnico para a

efetivação da ampla defesa, consiste praticamente em ‘(...) poder requerer a produção de provas que devem, se pertinentes, obrigatoriamente ser produzidas; (...)’<sup>4</sup> (sublinhado)

Luiz Francisco Torquato Avolio escreve que o direito de ação e de defesa guarda íntima relação com o direito à prova, sendo aquele subordinado “à efetiva possibilidade de servir-se dos instrumentos apropriados, as provas, com as quais se procura verificar aquele determinado evento”.<sup>5</sup>

Portanto, podemos concluir que “o direito à prova insere-se dentro dos princípios constitucionais do contraditório, ampla defesa, devido processo legal, dignidade humana, acesso irrestrito à jurisdição, entre outros, uma vez que permite às partes, titulares do direito de ação e de defesa, se manifestarem sobre as provas e contraprovas produzidas nos autos”.<sup>6</sup>

Em função do direito à prova, é facultado aos jurisdicionados todos os meios de prova hábeis a provar a verdade dos fatos em que se funda a ação ou a defesa, nos termos dos artigos 332 do CPC e 157 do CPP. Prescreve o art. 332 do CPC: “Todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa”.

Diante disso, sendo o direito à prova uma necessidade do processo e inerente aos princípios constitucionais vistos anteriormente, seria natural imaginar que o juiz gozasse da possibilidade de analisar e sopesar todas as provas que chegassem ao seu alcance, independentemente de sua origem lícita ou não, a fim de formar seu convencimento.<sup>7</sup> A primeira idéia é que não haveria limites à admissibilidade dos mais variados meios de prova.

José Carlos Barbosa Moreira ensina que “o direito à prova implica o plano conceptual na ampla possibilidade de utilizar quaisquer meios probatórios disponíveis.

---

<sup>4</sup> GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p.80 e 81.

<sup>5</sup> AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. *Provas ilícitas: interceptações telefônicas e gravações clandestinas*, atualizada em face da Lei 9.296/96 e da jurisprudência. 2.ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p.29.

<sup>6</sup> MENDONÇA, Rachel Pinheiro de Andrade. *Provas ilícitas: limites à licitude probatória*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p.4.

<sup>7</sup> SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de processo civil: processo de conhecimento*. 6.ed. rev. atual. com as leis 10.352, 10.358/2001 e 10.444/2002. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. vol. I. p.351.

A regra é a admissibilidade das provas e as exceções precisam ser cumpridamente justificadas”.<sup>8</sup>

Devis Echandia, citado por Ovídio Baptista, comenta que:

(...) o processo civil não é um campo de batalha no qual fosse permitido a cada contendor o emprego de todos os meios úteis e capazes de conduzir ao triunfo sobre o ‘inimigo’; ao contrário, o processo civil é instrumento destinado a tornar efetiva a observância e aplicação da lei e, em certos casos, é organizado para a solução de conflitos legais, de tal modo que seu emprego deve ser feito segundo padrões juridicamente válidos e legítimos, não sendo admissível que o magistrado – tanto no processo penal quanto no de qualquer outra natureza – se valha de expedientes e métodos ilegais, ou moralmente reprováveis, para assegurar o império da lei e do direito, movido pelo falso e universalmente recusado princípio de que ‘o fim justifica todos os meios’.<sup>9</sup>

Nasce, assim, a necessidade de se limitar a produção probatória em razão dos inúmeros valores e princípios consagrados na Constituição Federal de 1988, com idêntica hierarquia constitucional e que se confrontam constantemente. Todavia, mister observar que “a limitação absoluta do direito à prova viola indiretamente a garantia constitucional do direito de ação”.<sup>10</sup>

## 1.2 O DOGMA DA VERDADE REAL

A prova penal é uma reconstrução histórica.<sup>11</sup> Daí surge a comparação que os processualistas fazem “entre as atividades do juiz e do historiador, ambos interessados em fazer reviver no presente acontecimentos ocorridos no passado, com auxílio de provas”.<sup>12</sup>

---

<sup>8</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. A constituição e as provas ilicitamente obtidas. *Revista da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios*, Brasília, ano 03, n. 06, p.11, jul./dez. 1995.

<sup>9</sup> *op.cit.*, p.353.

<sup>10</sup> MENDONÇA, Rachel Pinheiro de Andrade. *op.cit.*, p.2.

<sup>11</sup> Neste ponto, coincidem os posicionamentos de Ada Pellegrini GRINOVER, Antonio Scarance FERNANDES e Antonio Magalhães GOMES FILHO, em *As nulidades no processo penal*, p.129, e Luiz Torquato AVOLIO, *op.cit.*, p.39.

<sup>12</sup> GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *op.cit.*, p.44.

Buscando reconstruir fatos pretéritos, Bettiol preconizava que:

(...) um princípio fundamental do processo penal é o da investigação da verdade material ou substancial dos fatos em discussão, para que sejam provados em sua subsistência histórica, sem distorções, obstáculos e deformações. Isso compreende que o legislador tenha de eliminar do código toda limitação à prova, e que o juiz tenha de ser deixado livre na formação do próprio convencimento.<sup>13</sup>

O entendimento supracitado resume bem o ideal que regia o processo penal durante décadas passadas, quando a justiça era atingida quando a sentença efetivasse o princípio da verdade material. O juiz deveria armar-se de absoluta liberdade e de ilimitados poderes na sua atuação, visando a descobrir a verdade.

Explicam os mestres Ada Pellegrini Grinover, Antonio Scarance Fernandes e Antonio Magalhães Gomes Filho que:

(...) a liberdade do juiz penal foi vista como instrumento essencial para a realização da pretensão punitiva do Estado: o juiz penal, diversamente do juiz civil, deveria ser dotado de poderes ilimitados, para efeito do acerto dos fatos, porque a descoberta da verdade, obtida de qualquer forma, é a premissa indispensável para alcançar o escopo ‘defesa social’. E é assim, que a busca da verdade se transmudou num valor mais precioso do que a proteção da liberdade individual.<sup>14</sup>

O dito princípio era aplicado com o intuito de alcançar um porto seguro e superior em que se assentava a simples verossimilhança, pois, para o processo penal, nunca foi suficiente a mera aparência de verdadeiro, conforme os dizeres de Marco Antônio de Barros.<sup>15</sup> Aqueles que sustentavam a supremacia do princípio da verdade material (igualmente chamado de verdade real ou substancial) no processo penal faziam-no com base na prevalência do interesse público e da “defesa social”.

Severas críticas foram feitas ao princípio supracitado. A crítica mais evidente é concernente à rígida aplicação da verdade-real no processo penal e a aplicação da verdade-formal no processo civil. Essa dicotomia não deve mais prosperar, eis que surgida com o errôneo pensamento da absoluta disponibilidade do processo civil e da intensa busca da “verdade” no processo penal.

---

<sup>13</sup> *apud* Antonio Magalhães GOMES FILHO. *op.cit.*, p.39.

<sup>14</sup> *op.cit.*, p.129.

<sup>15</sup> *op.cit.*, p.28.

É um grave equívoco pensar que o processo civil satisfaz-se com a verdade formal, pois, além das ações de estado, de caráter indisponível, o direito processual moderno revela uma tendência publicista, com ampla intervenção judicial no feito a fim de garantir a paz social e a efetivação da justiça. Poderíamos citar enorme variedade de direitos e interesses indisponíveis inseridos no processo civil moderno, como questões de estado, interesse coletivos e difusos como o consumidor, o meio ambiente, patrimônio público, etc.

Também se vê que o processo penal moderno sofreu inúmeras transformações que denotam a perda de vigor da aplicação absoluta da verdade real e a viabilidade do emprego do princípio da verdade formal em algumas medidas, como, por exemplo, menciona Marco Antonio de Barros,<sup>16</sup> o perdão do ofendido nas ações penais privadas, a possibilidade de transação penal nos Juizados Especiais Criminais e, ainda, em sentença absolutória transitada em julgado, quando do surgimento de novas provas que evidenciem a responsabilidade penal do réu absolvido, descabe falar em revisão criminal *pro societate*, eis que vedada pelo direito pátrio, que se satisfaz com a verdade formal operada na sentença que o absolveu.<sup>17</sup> As hipóteses mencionadas demonstram o enfraquecimento do dogma da verdade material no processo penal pátrio.

Outra crítica apontada ao Princípio da Verdade Real é sintetizada nas palavras de Marco Antônio de Barros:

O princípio era fim e não meio, visto que importava descobrir a verdade, a qualquer custo. Hoje, tal não sucede, pois não se pode perder de vista alguns parâmetros que regem a busca da verdade no moderno processo penal.

(...) a investigação da verdade não pode invadir a órbita da imoralidade a pretexto de transformar-se, ela própria, no objetivo supremo do processo penal. (...) Na realização da justiça não se compreende a subversão de preceitos morais condizentes com os direitos e garantias individuais nomeados pelo Direito Constitucional.<sup>18</sup>

Assim, a verdade real não justifica mais a colheita de qualquer prova, já que o ordenamento jurídico, inserido em um Estado Democrático de Direito, exige o desenvolvimento do processo dentro de regras morais e das garantias individuais estabelecidas em âmbito constitucional, como instrumento de garantia do réu que é.

---

<sup>16</sup> *ibidem*, p.35.

<sup>17</sup> Igual lição nos é dada por Antonio Carlos de Araújo CINTRA, Ada Pellegrini GRINOVER e Cândido Rangel DINAMARCO, em *Teoria geral do processo*. 11.ed. São Paulo: Malheiros, 1995. p.65.

<sup>18</sup> *op.cit.*, p.36 e 37.

Segundo Luiz Francisco Torquato Avolio,

(...) a moderna doutrina processual entende que o juiz deve investigar a verdade material, não se contentando apenas com os fatos que a acusação e a defesa submetem à sua consideração, mas admite limites a essa atividade.<sup>19</sup>

A moral, a ética e os direitos e as garantias individuais impõem restrições à busca da verdade material, que prejudica a reconstrução fiel e integral dos fatos pretéritos. Contudo, esse é o preço a ser pago em benefício da preservação de direitos e garantias individuais proeminentes.<sup>20</sup>

## **2 LIMITES AO DIREITO À PROVA**

### **2.1. ASPECTOS PROCESSUAIS E EXTRAPROCESSUAIS**

O direito à produção de provas no processo, não obstante o assento constitucional, não é absoluto.

Antonio Magalhães Gomes Filho diz que:

(...) o método probatório judiciário constitui, na verdade, um conjunto de regras mais amplo, cuja função garantidora dos direitos das partes e da própria legitimação da jurisdição implica limitações ao objeto da prova, aos meios através dos quais os dados probatórios são introduzidos no processo, além de estabelecer os procedimentos adequados às operações relacionadas à colheita do material probatório, ou mesmo, em certas situações, o valor da prova obtida.<sup>21</sup>

Assim, as restrições ao direito à prova de uma das partes assegura o direito da parte contrária a uma prova obtida, produzida e valorada corretamente. Desse modo, podemos concluir que ao direito à prova corresponde um direito à exclusão das provas que contrariem o ordenamento.<sup>22</sup>

Os limites probatórios revelam aspectos de direito substancial (extraprocessuais, políticos ou materiais), como a constatação de violação aos direitos fundamentais esculpidos na Carta Magna; e de direito processual (lógicos, epistemológicos), referente à admissibilidade da prova no processo.

---

<sup>19</sup> *op.cit.*, p.41.

<sup>20</sup> BARROS, Marco Antonio de. *op.cit.*, p.37.

<sup>21</sup> *op.cit.*, p.92.

<sup>22</sup> *ibidem*, p.93.

Outro aspecto relevante refere-se aos momentos da atividade probatória que se desdobram em quatro etapas: a) as provas são propostas (indicadas ou requeridas); b) admitidas (quando o juiz se manifesta sobre sua admissibilidade); c) produzidas (introduzidas no processo); e d) apreciadas (valoradas pelo juiz).<sup>23</sup>

## 2.2 EXCLUSÃO DE PROVAS (*EXCLUSIONARY RULES*)

Como visto, em nosso ordenamento jurídico a produção de provas encontra algumas restrições determinadas por finalidades processuais (razões epistemológicas) ou extraprocessuais (razões políticas). Como exemplos dessas limitações, nosso Código de Processo Penal fornece algumas restrições:

a) quanto à pessoa que fornece a prova

Art. 206 – A testemunha não poderá eximir-se da obrigação de depor. Poderão, entretanto, recusar-se a fazê-lo o ascendente ou o descendente, o afim em linha reta, o cônjuge, ainda que desquitado, o irmão e o pai, a mãe, ou o filho adotivo do acusado, salvo quando não for possível, por outro modo, obter-se ou integrar-se a prova do fato e de suas circunstâncias.

Art. 207 – São proibidas de depor as pessoas que, em razão de função, ministério, ofício ou profissão, devam guardar segredo, salvo se, desobrigadas pela parte interessada, quiserem dar o seu testemunho.

b) quanto ao objeto da prova:

Art. 155 – No juízo penal, somente quanto ao estado das pessoas, serão observadas as restrições à prova estabelecidas na lei civil.

Art. 62 – No caso de morte do acusado, o juiz somente à vista da certidão de óbito, e depois de ouvido o Ministério Público, declarará extinta a punibilidade.

c) quanto ao modo e o lugar da produção da prova

Art. 395 – O réu ou seu defensor poderá, logo após o interrogatório ou no prazo de 3 (três) dias, oferecer alegações escritas e arrolar testemunhas.

Art. 406 – (...) § 2º – Nenhum documento se juntará aos autos nesta fase do processo.

Art. 475 – Durante o julgamento não será permitida a produção ou a leitura de documento que não tiver sido comunicado à parte contrária,

---

<sup>23</sup> Ada Pellegrini Grinover *et. al.* *As nulidades no processo penal*, p.133.

com antecedência, pelo menos, de 3 (três) dias, compreendida nessa proibição a leitura de jornais ou qualquer escrito, cujo conteúdo versar sobre matéria de fato constante do processo.

d) quanto à relevância ou pertinência da prova

Art. 212 – As perguntas das partes serão requeridas ao juiz, que as formulará à testemunha. O juiz não poderá recusar as perguntas da parte, salvo se não tiverem relação com o processo ou importarem repetição de outra já respondida.

Art. 184 – Salvo o caso de exame de corpo de delito, o juiz ou a autoridade policial negará a perícia requerida pelas partes, quando não for necessária ao esclarecimento da verdade.

O sistema anglo-americano apresenta regras de exclusão de provas que objetivam correta apuração da verdade e encontram fundamento no julgamento feito por populares, como é notório no *common law*, os quais poderiam ser facilmente iludidos e influenciados por provas inidôneas.

Este sistema apresenta duas categorias. A primeira é o *exclusionary rules of intrinsic policy*, que consiste na exclusão de provas determinadas por finalidades processuais; compor-se-iam de normas que tutelam a idoneidade da prova. Exemplificando, teríamos regras de exclusão sobre a capacidade de testemunhar de certas pessoas (crianças, doentes mentais, etc.), que não possuem testemunhos confiáveis; vedação às testemunhas auriculares, conhecedoras dos fatos “por ouvir dizer” (*hearsay rule*); vedação às provas relacionadas aos antecedentes do acusado, que poderiam levar o júri a reconhecer sua culpabilidade em função de outros fatos, e não por aquele que está sendo julgado; proibição da ouvida de opinião das testemunhas (*opinion rule*); entre outras.

Outra categoria é a da *exclusionary rules of extrinsic policy*, baseada na exclusão de provas por motivos políticos; compor-se-ia de normas que tutelam os direitos e as garantias do cidadão. Apresenta uma subdivisão em privilégios (*privileges*) e exclusões decorrentes de violação a direitos. Os privilégios são aqueles entre cliente e advogado, paciente e médico, fiel e clérigo, jornalista e fonte, marido e mulher, o privilégio da não-auto-incriminação, entre outros, que tutelam o sigilo e a esfera individual contra intromissões. Nosso CPP, em seu artigo 207, traz exemplo de tal privilégio limitador à liberdade de prova, ao proibir o depoimento de pessoas que, em razão de função, ministério, ofício ou profissão, devam guardar segredo. Entre as exclusões derivadas de violação a direitos, teríamos o direito à assistência de advogado, o direito à intimidade e inviolabilidade do domicílio e das comunicações.

## 2.3 DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS (LIBERDADES PÚBLICAS)

Ao lado do direito à prova, existem outros direitos e valores igualmente resguardados pela ordem jurídica constitucional.

Desse modo, podemos colocar a intimidade, a vida privada, a dignidade da pessoa humana, a honra, a imagem, entre outros, não só como direitos fundamentais do cidadão, mas também como barreiras limítrofes à atuação do Estado em sua atividade processual.

Contudo, pela extensa série de direitos e garantias constitucionais, tais direitos não podem ser tidos como absolutos, diante do constante choque a que se submetem. O princípio da convivência das liberdades obriga a uma relativização dos direitos, evitando-se que sejam exercidos de modo danoso à ordem pública e às liberdades alheias.

Os direitos individuais são direitos do homem inserido na sociedade, portanto considerados em conjunto, dentro de um contexto social, não como um direito isolado e único. Por essa razão, vigora a relatividade dos direitos e dos princípios de nosso ordenamento, que ora tenderiam à preservação dos direitos e das garantias individuais, ora tenderiam à proteção da instrumentalidade do processo e da defesa social.

Ada Pellegrini Grinover ensina que

(...) se trata de um aspecto setorial de alguns dos grandes temas do processo penal, no quadro das liberdades públicas: o princípio da verdade real, o princípio do livre convencimento do juiz e seus poderes inquisitivos, de um lado; do outro lado, o direito à intimidade, as regras de exclusão, o problema da admissibilidade, do processo penal, das provas ilícitamente obtidas.<sup>24</sup>

As liberdades públicas estão em permanente conflito com a atividade instrutória do Estado na sua busca da efetividade do processo.

Nesse tom é o pronunciamento do Ministro Celso de Mello dizendo que:

(...) não há no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, mesmo porque razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades legitimam, ainda que excepcionalmente,

---

<sup>24</sup> citada por Rachel Pinheiro de Andrade Mendonça. *op.cit.*, p.6.

a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, desde que respeitados os termos estabelecidos na própria Constituição.<sup>25</sup>

No âmbito internacional, as declarações de direitos humanos também expressam limitações aos direitos fundamentais, como o artigo 18 da Convenção de Direitos Civis e Políticos de 1966 da ONU – Pacto de Nova York, que tolera restrições a direitos individuais “que sejam necessárias para proteger a segurança, a ordem, a saúde ou a moral pública ou os direitos e liberdades fundamentais de outros”.<sup>26</sup>

Assim, demonstrado a relatividade de direitos e valores na ordem jurídica, desponta com destacada importância o Princípio do Respeito à Dignidade Humana (artigo 1º, III, Constituição da República). Não se trata de mera norma programática, conforme leciona o mestre Inocêncio Martirez Coelho, embora não exista hierarquia entre os diversos valores e/ou princípios constitucionais, a dignidade da pessoa humana surge como valor fonte de todos os valores, valor fundante da experiência ética ou mesmo como princípio e fim de toda ordem jurídica.<sup>27</sup>

Na lição de Flávia Piovesan,

(...) considerando que toda a constituição a de ser compreendida como uma unidade e como um sistema que privilegia determinados valores sociais, pode-se afirmar que a carta de 1988 elege o valor da dignidade humana como valor essencial que lhe dá unidade de sentido. Isto é, o valor da dignidade humana informa a ordem constitucional de 1988, imprimindo-lhe uma feição particular.<sup>28</sup>

### **3 PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DA PROVA ILÍCITA**

#### **3.1 TERMINOLOGIA**

As provas ilícitas, conceitualmente, são as provas inaptas à formação do convencimento judicial por estarem inquinadas de vícios comprometedores da norma material, como também dos princípios constitucionais.<sup>29</sup>

---

<sup>25</sup> STF MS n. 23669/DF *apud* MS n. 23452/RJ. Informativo STF n. 185,10, 21 abr. 2000, p.8-12.

<sup>26</sup> Artigo 18, aprovado pelo decreto legislativo n. 266, de 12/12/1991, determinando o Presidente da República seu cumprimento no decreto n. 678, de 06/11/1992.

<sup>27</sup> MENDES, Gilmar Ferreira Mendes *et. al.* *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000. p.49.

<sup>28</sup> Citada por Aduino Suannes. Provas eticamente inadmissíveis no processo penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 8, n. 31, p.82, jul./set. 2000.

<sup>29</sup> MENDONÇA, Rachel Pinheiro de Andrade. *op.cit.*, p.31.

Necessário mencionar os ensinamentos de Nuvolone, que coloca as provas ilícitas como espécie das provas vedadas, que compreendem, ainda, as provas ilegítimas como segunda espécie.<sup>30</sup>

A prova legítima é aquela colhida com infringência das normas processuais, como as regras de exclusão de provas do direito processual vistas anteriormente neste trabalho (exemplo: artigos 206 e 207 do CPP, que tratam, respectivamente, da recusa de depor por parentes e a recusa de depor por sigilo profissional).

Em relação às provas ilegítimas, entendeu o STF que “as provas obtidas mediante decreto não-fundamentado de quebra do sigilo bancário e fiscal constituem provas ilegítimas e, em conseqüência, podem ser reproduzidas desde que observada formalidade processual que deu causa a anulação do ato”.<sup>31</sup>

A sanção para as provas ilegítimas encontra-se dentro da respectiva lei processual.

As provas ilícitas, propriamente ditas, são aquelas colhidas com infração a normas ou princípios de direito material, sobretudo de direito constitucional, mormente porque intimamente relacionada com as liberdades públicas.<sup>32</sup>

Diante dessa situação, quanto ao momento da transgressão e seus efeitos, podemos concluir que a prova ilegítima ocorre no momento de sua produção no processo, resultando em nulidade. Já a prova ilícita ocorre no momento da colheita da prova, anterior ou concomitantemente ao processo, mais sempre externamente a este, resultando na inadmissibilidade da prova.<sup>33</sup>

Determinadas provas podem ser ilícitas e ilegítimas ao mesmo tempo quando as normas de direito material e processual as vedarem.

## **3.2 DIREITO COMPARADO – QUADRO HISTÓRICO-EVOLUTIVO**

### **3.2.1 ADMISSIBILIDADE DAS PROVAS ILÍCITAS**

Inicialmente, em épocas passadas, as provas ilícitas não recebiam o realce que hoje possuem. Os dogmas do “livre convencimento do juiz” e da “verdade

---

<sup>30</sup> Ada Pellegrini GRINOVER *et al. op.cit.*, p.131.

<sup>31</sup> STF, Pleno, HC n. 80.724/SP, Relatora Ministra Ellen Gracie, 20 mar. 2001, Informativo STF n. 221, 19 a 23 abr. 2001, p.2.

<sup>32</sup> Torquato AVOLIO. *op.cit.*, p.44.

<sup>33</sup> Estes são os ensinamentos de Luiz Francisco Torquato AVOLIO. *op.cit.*, p.44., e Antônio Magalhães GOMES FILHO. *op.cit.*, p.94.

real” eram as diretrizes maiores do processo, mesmo que fundadas em provas ilícitas e independentes dos meios de sua obtenção.

Prevalencia na Alemanha o interesse coletivo que sobrepujava qualquer procedimento antijurídico ou ilegal. No mesmo sentido, a doutrina norte-americana com Fleming sustentava que o mau comportamento da polícia não justificava afastamento da prova no processo; Wigmore entendia que as regras de exclusão levavam o oficial da lei a um demasiado zelo que constituiria um perigo maior para a comunidade do que o próprio assassino sem castigo.<sup>34</sup>

Avolio conclui que

(...) esses autores, extremamente devotados à concepção da busca da verdade, colocavam a reconstrução da realidade como princípio inspirador do processo, argumentando que prescindir de provas formalmente corretas pela tão-só existência de fraude em sua obtenção seria prescindir voluntariamente de elementos de convicção relevantes para o justo resultado do processo”.<sup>35</sup>

Ainda hoje, no direito inglês, a regra prevalente é a irrelevância dos métodos de obtenção da prova, sob a fundamentação que seria um obstáculo perigoso à administração da justiça que as provas conseguidas de forma ilegal não pudessem ser utilizadas. Entende-se que a função dos tribunais é verificar o cometimento de crimes pelo acusado e não fiscalizar a atividade policial. Todavia, ainda assim, é reconhecido um poder discricionário ao juiz para excluir as provas tidas por irregulares ou desleais (*unfair*), ainda que não constitua a regra.

O direito italiano também reconhecia a admissibilidade das provas ilícitas no processo diante do axioma *male captum, bene retentum* (o que foi mal colhido no direito material, foi bem conservado no direito processual).

A admissão irrestrita das provas ilícitas reservava ao infrator apenas as sanções previstas em lei. As provas seriam inadmitidas somente quando a lei processual assim proscrevesse.<sup>36</sup>

---

<sup>34</sup> AVOLIO. *op.cit.*, p.46.

<sup>35</sup> *ibidem*, p.46.

<sup>36</sup> Ainda hoje é dominante não apenas em países de regime autoritário, como do antigo bloco socialista, mas também em países liberais, como Inglaterra, Canadá, Austrália, Bélgica, Dinamarca, Suíça (*apud* José Carlos Barbosa Moreira, *op.cit.*, p.12, nota n. 06.).

### 3.2.2 INADMISSIBILIDADE DAS PROVAS ILÍCITAS

O direito norte-americano precedeu aos demais ordenamentos jurídicos no tocante à inadmissibilidade das provas colhidas ilicitamente.

O descumprimento da IV Emenda<sup>37</sup> e da cláusula de exclusão de provas remontam à história inglesa e colonial. Todavia, até o início do século XX, pensava-se, como na Inglaterra, que nenhuma prova deveria ser excluída à apreciação dos juízes, resultando em simples punição àquele que obteve provas com violação das normas.

O caso Weeks, em 1914, foi o precursor na inadmissão da prova ilícita quando a Suprema Corte considerou um *prejudicial error* a admissão de documentos apreendidos na casa do acusado sem o respectivo mandado, com violação da IV Emenda. A partir deste julgado fixou-se a inadmissibilidade das provas colhidas com violação das garantias constitucionais.

A Suprema Corte observou que a mera previsão de sanções civis, penais ou administrativas não impedia a atuação ilegal da polícia, visto que os abusos são cometidos na maioria das vezes contra pessoas de classes menos favorecidas, sem recursos para promover ações de ressarcimento. Outro motivo seria que a repressão a esses abusos competiria aos mesmos órgãos da persecução penal que colheram as provas ilícitas, mormente em um sistema em que vige a oportunidade da ação penal.

O caso Mapp x Ohio, julgado pela Suprema Corte em 1961, é o responsável pela afirmação da vedação de provas colhidas ilicitamente nos procedimentos federais, como estaduais, dos demais estados-membros. Tratava-se de apreensão de material obsceno na casa da Senhora Mapp, sem mandado judicial, no estado de Ohio, em que mera posse desse material era proibida.

A Suprema Corte norte-americana, em diversos outros julgamentos, consolidou entendimento considerando ilegal a prova obtida com violação às Emendas IV, V, VI e XIV, que tratam, em síntese, da segurança das pessoas, dos seus documentos, suas casas e seus pertences contra apreensões desarrazoadas; do *due process of law*; do direito a um julgamento rápido e público perante juiz imparcial e natural.

---

<sup>37</sup> diz a IV Emenda: “o direito das pessoas de estarem seguras em suas pessoas, papéis e efeitos contra exorbitantes buscas e apreensões, não poderá ser violado, e não se expedirão mandado, a não ser com base em *probable cause*, fundamentados em juramento ou afirmação, e particularmente descrevendo o lugar a ser procurado e as pessoas ou coisas a serem detidas”.

A aplicação da IV Emenda e das regras de exclusão de provas é dirigida à atividade estatal e seus agentes públicos. Entretanto, já se nota tendência da doutrina e da jurisprudência estadunidense em estender esta aplicação às violações praticadas por particulares.

Mesmo no ordenamento alemão, em que prevalecia o interesse público e a verdade real, que representam sérios obstáculos à aceitação das regras de exclusão, a partir da década de 60 o *Bundesgerichtshof* (BGH) firmou novos preceitos constitucionais, com especial enfoque ao valor da dignidade humana, para proibir o uso de provas ilícitas e quaisquer outras formas de maus-tratos, violência moral e promessas de vantagens ilícitas na descoberta da verdade.

Decisão de 1954 da Corte Federal Alemã (BGH) firmou o respeito à dignidade e à personalidade humana por qualquer pessoa, seja o Poder Público ou entre os próprios particulares. A partir daí, reconheceu-se a valoração unitária das provas ilícitas seja no processo civil ou no processo penal. Ademais, firmou a vinculação dos particulares às proibições probatórias, como também reconheceu explicitamente a possibilidade do juiz dessumir vedações probatórias diretamente da Constituição, independentemente da legislação ordinária.

A Itália esteve marcada pela grande relutância em aceitar a inadmissibilidade das provas ilícitas. Contudo, a Corte Constitucional, em 1973, assentou a impossibilidade da utilização de provas obtidas com violação de garantias constitucionais. Além disso, o novo código de processo penal italiano, de 1988, em seu artigo 191, confirmou a inutilização da prova ilegitimamente adquirida.

A Carta Portuguesa de 1976, em seu artigo 32, n. 6, dispõe que “são nulas todas as provas obtidas mediante tortura, coação, ofensa da integridade física ou moral da pessoa, abusiva intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações”.

O direito francês cuida do tema diante de um sistema de nulidade disposto no código de processo francês. O artigo 172 do referido diploma fixa a nulidade nos casos de violação dos direitos de defesa e, ainda, no artigo 173, dispõe que o ato anulado é excluído dos autos, impossibilitando qualquer valoração por parte dos magistrados, sob pena de prevaricação. A abrangência da anulação é deixada a critério do Tribunal.

### **3.3 CORRENTES DOUTRINÁRIAS – TEORIAS**

Preciosa classificação é feita por Ada Pellegrini Grinover que apresenta diversos posicionamentos.<sup>38</sup> Então vejamos:

#### **3.3.1 ADMISSIBILIDADE DAS PROVAS ILÍCITAS E A RESPONSABILIZAÇÃO DO INFRATOR**

A prova ilícita é admitida quando não houver impedimento na lei processual, punindo-se quem produziu a prova por crime eventualmente cometido (Cordero; Tornaghi; Mendonça Lima).

Esta teoria inadmite apenas as provas ilegítimas, admitindo as provas ilícitas. O responsável seria punido de acordo com apenação civil, penal ou administrativa prevista em lei. É a posição adotada no direito inglês e em países socialistas.

Todavia, o conteúdo da prova seria apreciado e valorado em juízo, tendo-se em conta que a transgressão de normas de direito material apenas afeta o modo de obtenção da prova, e não seu conteúdo, que permaneceria intacto e lícito.

A prova ilícita acarretaria a punição do infrator, enquanto a prova ilegítima, assim considerada pela lei processual, seria inadmitida no processo e afastada da apreciação judicial.

Vige o princípio *male captum, bene retentum* (mal colhido no direito material, bem conservado no direito processual) preconizado por Cordero. Esta tese exalta a independência entre o direito processual e o direito material.

#### **3.3.2 INADMISSIBILIDADE DIANTE DA UNIDADE DO ORDENAMENTO JURÍDICO**

O ordenamento jurídico é uno, assim não se pode aceitar que uma prova ilícita, vedada pela Constituição Federal ou pela lei substancial, seja admitida no processo (Nuvolone; Frederico Marques; Fragoso; Pestana de Aguiar).

Para esta teoria a inadmissibilidade de uma prova não se restringe às nulidades processuais, sendo vedada toda e qualquer prova que viole uma norma de natureza processual ou extraprocessual, especialmente se tratarem de direitos fundamentais.

---

<sup>38</sup> citada por Scarance Fernandes *apud* PENTEADO, Jaques de Camargo *et al.* *Justiça penal: críticas e sugestões: provas ilícitas e reforma pontual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p.50.

Nuvolone afirma que “o ordenamento não está constituído em compartimentos estanques; se a prova foi ilicitamente obtida, tal prova deve considerar-se ilegal e, se é ilegal, não pode ser utilizada”.<sup>39</sup>

Qualquer violação a uma norma do sistema jurídico significa uma infringência ao ordenamento jurídico como um todo, diante de sua unidade e independentemente da categoria normativa.

### **3.3.3 INADMISSIBILIDADE DA PROVA INCONSTITUCIONAL**

Os adeptos desta tese pugnam pela inadmissibilidade da prova obtida mediante violação de norma de conteúdo constitucional, porque será inconstitucional (Cappelletti; Vigoritti; Comoglio).

O enfoque é constitucional, e não mais a unidade do ordenamento jurídico. Esta posição tem como norte a tutela constitucional das liberdades individuais e da dignidade humana.

Portanto, toda a prova que violar tais preceitos constitucionais será tida como inconstitucional, devendo ser rejeitada de plano e inadmitida no processo mesmo que inexista norma processual que a vede.

### **3.3.4 ADMISSIBILIDADE DAS PROVAS ILÍCITAS POR UM CRITÉRIO DE PROPORCIONALIDADE**

Por fim, esta última teoria procura contemporizar radicalismos e posições extremadas admitindo provas obtidas com violação das normas constitucionais em situações excepcionais, desde que vise a proteger valores mais relevantes do que aqueles infringidos na colheita da prova e também constitucionalmente protegidos (Baur; Barbosa Moreira; Renato Maciel; Hermano Duval; Camargo Aranha; Moniz Aragão).

Visa a corrigir distorções da interpretação literal do texto constitucional e impedir a concretização de injustiças.

É uma tese variante que ainda não é unânime, nem majoritária, contudo vem ganhando espaço e força no meio jurídico.

Utiliza-se do sopesamento de valores constitucionais contrastantes, com o fim de se alcançar um equilíbrio entre estes, salvaguardando o interesse que se mostrar mais valioso.

---

<sup>39</sup> *apud* MENDONÇA, Rachel Pinheiro de Andrade. *op.cit.*, p.62.

Constitui-se no critério da proporcionalidade (Alemanha) ou da razoabilidade (EUA).

### **3.4 POSIÇÃO ADOTADA PELA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988**

Diante da jurisprudência anterior à Constituição Federal de 1988, pode-se afirmar que preponderava a teoria pela admissibilidade das provas ilícitas, tanto no processo penal, como no processo civil. Contudo, o tema já era polêmico e dividia a doutrina.

À época, três significativas decisões do STF banindo as interpretações telefônicas clandestinas tanto em processo penal, como em processo civil (especialmente em casos de direito de família), já consolidavam a mudança de posicionamento da excelsa Corte para a inadmissibilidade das provas ilícitas.<sup>40</sup>

Hoje, a Constituição Federal consolidou a posição do STF que se vinha formando, vedando expressamente as provas ilícitas do processo judicial brasileiro. Dispõe seu artigo 5º, inciso LVI, que “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”.

A posição adotada pelo constituinte de 1988 optou pela teoria da ilicitude material e inadmissibilidade processual das provas ilícitas, diante da visão da inconstitucionalidade da prova. Entretanto, permanece o dissenso na doutrina e na jurisprudência quanto à abrangência da vedação constitucional, se absoluta ou relativa.

Barbosa Moreira explica o radicalismo do constituinte devido aos antecedentes de ilegalidades praticadas no período da ditadura militar, sendo a Constituição elaborada logo após tal contexto político.<sup>41</sup>

Conclui o citado mestre, criticando energicamente a postura radical do constituinte de 1988, que está surgindo um “individualismo exasperadamente anti-social” que não fará “boa companhia na marcha para a construção de uma sociedade mais civilizada”.<sup>42</sup>

Desse modo, não obstante o artigo 5º, inciso LVI, a doutrina vem atenuando a rigidez do dispositivo entendendo que nenhuma regra constitucional é absoluta,

---

<sup>40</sup> RE n. 85.439, 11/11/1977; RE n. 100.094-5, de 28/06/1984; HC n. 63.834, de 18/12/1986 *apud* Torquato AVOLIO. *op.cit.*, p.143/144.

<sup>41</sup> *op.cit.*, p.22.

<sup>42</sup> *ibidem*, p.23.

diante de seu convívio com outras regras e princípios também constitucionais. Assim, se faz necessário buscar soluções para o confronto e sopesamento entre os bens e os valores jurídicos, a fim de se admitir, ou não, a prova ilícita.

Cita-se, como exemplo, uma prova decisiva para a absolvição do réu, mas obtida por meios espúrios. A liberdade individual sobrepuja a regra do artigo 5º, inciso LVI, demonstrando que não há regras absolutas.

Visando a corrigir distorções que a rigidez das regras pode acarretar, a doutrina vem estudando e admitindo o emprego do princípio da proporcionalidade para admissão de provas ilícitas em caráter excepcional e em casos extremamente graves.

## 4 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

### 4.1 ASPECTOS PRINCIPIOLÓGICOS

Dentro de um ordenamento jurídico, deve distinguir-se os princípios e as regras. Nesse sentido J. J. Gomes Canotilho em lapidar ensinamento:

Os princípios são normas jurídicas impositivas de uma otimização, compatíveis com vários graus de concretização, consoante os condicionalismos fácticos e jurídicos; as regras são normas que prescrevem imperativamente uma exigência (impõem, permitem ou proibem) que é ou não é cumprida (nos termos de Dworkin: *applicable in all-or-nothing fashion*); a convivência de regras é antinômica; os princípios coexistem, as regras antinômicas excluem-se. Conseqüentemente, os princípios, ao constituírem exigência de otimização, permitem o balanceamento de valores e interesses (não obedecem, como as regras, à lógica do tudo ou nada), consoante o seu peso e a ponderação de outros princípios eventualmente conflitantes; as regras não deixam espaço para qualquer outra solução, pois se uma regra vale (tem validade) deve cumprir-se na exacta medida de suas prescrições, nem mais nem menos.

(...)

Os princípios são o fundamento de regras jurídicas e têm uma idoneidade irradiante que lhes permite “ligar” ou cimentar objectivamente todo o sistema constitucional (...). O sistema jurídico necessita de princípios (ou os valores que eles exprimem) como os da liberdade, igualdade, dignidade, democracia, Estado de Direito; são exigências de otimização abertas há várias concordâncias, ponderações, compromissos e conflitos.<sup>43</sup>

---

<sup>43</sup> *apud* MENDONÇA, Rachel Pinheiro de Andrade. *op.cit.*, p.14 e 15.

Um sistema misto (ou aberto como diz Canotilho) de regras e princípios é uma necessidade do ordenamento jurídico, eis que dá a carga necessária de flexibilidade para a hermenêutica jurídica e serve à complementação das lacunas do sistema. Um sistema composto apenas por regras é rígido demais, exigindo exaustivo e contínuo trabalho legislativo, enquanto apenas os princípios seriam ineficazes para impor direitos e deveres, o que causaria insegurança jurídica. Em síntese, poder-se-ia concluir que os princípios são normas com um grau de abstração elevado (normas-princípio), enquanto as regras possuem um grau de abstração baixo (normas-regras).

Nos dizeres do professor Paulo José Leite Farias, “os princípios contribuem para a mobilidade do sistema jurídico, adequando o ordenamento às mudanças fáticas”.<sup>44</sup>

As regras não possuem, como os princípios, um critério de ponderação, de dimensão de peso ou de importância. Quando há um conflito de princípios procede-se a uma valoração do peso e da importância dos valores em jogo, enquanto no conflito entre regras vigem os critérios de hierarquia (lei superior derroga inferior), de cronologia (lei posterior derroga anterior) e de especialidade (lei especial derroga a geral). O conflito entre regras resolve-se no âmbito da validade (ou invalidade, como se queira), enquanto a colisão de princípios é resolvida no campo do valor. Um princípio não pode ser declarado inválido, ele apenas recua ante o de maior peso dentro de um caso concreto. Um princípio constitucional precede a outro, tomando-se em conta as condições e circunstâncias que cercam o caso concreto (precedência-condicionada).<sup>45</sup>

Desse modo, hoje, com o reconhecimento da normatividade dos princípios, diz Paulo Bonavides que “a Teoria dos Princípios é o coração das Constituições”<sup>46</sup> e afirma, ainda, que a “jurisprudência dos princípios” como “jurisprudência de valores” domina o momento atual da ciência jurídica e a idade do pós-positivismo.<sup>47</sup> Fábio Corrêa de Souza Oliveira coloca que “o pós-positivismo é precisamente uma

---

<sup>44</sup> FARIAS, Paulo José Leite. Os princípios como fatores de mobilidade do sistema jurídico. *Revista da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios*, Brasília, ano 5, n. 9, p.158, jan./jun. 1997.Brasília.

<sup>45</sup> Robert ALEXYS *apud* Sérgio Domingos. Conflito de princípios e o princípio da proporcionalidade. *Revista da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios*, Brasília, ano 9, n. 18, p.196, jul./dez. 2001.

<sup>46</sup> *Curso de Direito Constitucional*. 12.ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2002. p.253.

<sup>47</sup> *ibidem*, p.256-257.

doutrina de resgate das potencialidades do Direito”.<sup>48</sup> Isso demonstra a grande importância dos princípios na integração do sistema jurídico. A dogmática dos princípios (ou direito de princípios ou uma teoria geral dos princípios) caracteriza o pós-positivismo jurídico e contribui imensamente para a concretização do direito.

Neste sentido assevera Luís Roberto Barroso que “é preciso, portanto, explorar as potencialidades positivas da dogmática jurídica, investir na interpretação principiológica fundada em valores, na ética e na razão possível”.<sup>49</sup> E continua o citado mestre: “pois os princípios constitucionais são, precisamente, a síntese dos valores mais relevantes da ordem jurídica”.<sup>50</sup>

Paulo Bonavides explica que, diante do princípio aberto da constitucionalidade material, o Judiciário evoluiu, eis que

(...) o juiz não se prende tão-somente ao teor abstrato das normas ou sentido formalista que elas comportam. Todo um âmbito normativo transcende já o mero texto da lei para inserir-se na realidade do caso concreto e a partir daí, por inteiro, na dimensão unitária dos valores que regem a Constituição.<sup>51</sup>

Portanto, o reconhecimento da normatividade dos princípios trouxe grande avanço na proteção das liberdades constitucionais, constituindo o princípio da proporcionalidade em poderoso instrumento contra eventuais excessos legislativos ou administrativos e diante de uma colisão de valores constitucionais.

## 4.2 EVOLUÇÃO

Inicialmente, deve-se registrar que a idéia de proporção remonta à Antiguidade Clássica, na qual repousa substrato da proporcionalidade/razoabilidade. Aristóteles já vislumbrava “que o proporcional é um meio-termo, e o justo é o proporcional”.<sup>52</sup> Fazia-se presente, também, na justiça vingativa taliônica (Lei de Talião), na noção de retribuição proporcional ao mal sofrido.

---

<sup>48</sup> *Por uma teoria dos princípios: o princípio constitucional da razoabilidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p.69-70.

<sup>49</sup> *op.cit.*

<sup>50</sup> Ao contrário de Kelsen com sua “pureza metódica”, que afirmava que não cabia ao direito fazer considerações teleológicas e axiológicas, retirando da apreciação da ciência jurídica quaisquer ideais políticos ou aspectos valorativos, relegando estes a outras ciências (ética, política, religião e filosofia). Ver a respeito *O problema da justiça*, Hans KELSEN.

<sup>51</sup> *op.cit.*, p.385.

<sup>52</sup> *apud* Fábio Corrêa de Souza OLIVEIRA. *op.cit.*, p.71.

A partir do século XVIII, com os ideais iluministas que destituíram o poder absolutista, surge e evolui na França o controle dos atos discricionários, em especial, o controle dos atos de polícia, por meio da teoria do desvio de poder (*détournement du pouvoir*). Portanto, é no campo do Direito Administrativo que o critério da proporcionalidade ganha dimensão, principalmente no poder de polícia, dispondo sobre a vedação da força policial exceder além do necessário e exigível para consecução da finalidade pública (proporcionalidade entre os meios e os fins). A aplicação da proporcionalidade ficou restrita, até a primeira metade do século XX, à seara do direito administrativo.<sup>53</sup>

Contudo, espetacular revolução ocorre após a II Guerra Mundial, com a transposição da proporcionalidade do direito administrativo para o direito constitucional. O Tribunal Constitucional Alemão (*Bundesverfassungsgericht*) desempenhou importante papel na constitucionalização e na sedimentação do princípio por meio de reiteradas decisões associadas à proporcionalidade e a correlata “proibição de excesso”.

Em 16 de março de 1971, célebre pronunciamento da Corte Constitucional Alemã elucidou, de forma clara e precisa, o conteúdo do princípio:

O meio empregado pelo legislador deve ser adequado e exigível, para que seja atingido o fim almejado. O meio é adequado, quando com seu auxílio se pode promover o resultado desejado; ele é exigível, quando o legislador não poderia ter escolhido outro igualmente eficaz, mas que não limitasse ou limitasse de maneira menos sensível o direito fundamental.<sup>54</sup>

### 4.3 FUNDAMENTAÇÃO DO PRINCÍPIO

É imperioso precisar-se a *sedes materiae* do princípio da proporcionalidade, mormente nos sistemas de direito em que não se encontra positivado, para respaldar sua aplicação e imposição.<sup>55</sup>

---

<sup>53</sup> Neste período é lembrada a célebre frase de Jellinek que sintetiza proporcionalidade: “não se abatem pardais disparando canhões” (*apud* Paulo BONAVIDES. *op.cit.*, p.366.). Jellinek também teve o mérito de ressaltar que as leis não distinguem o poder discricionário do poder de polícia das demais funções estatais, ampliando a idéia de controle dos atos dos órgãos judiciais e legislativos (*apud* Torquato AVOLIO. *op.cit.*, p.60.).

<sup>54</sup> BVerfGE 30, 316, *apud* Torquato AVOLIO. *op.cit.*, p.61.

<sup>55</sup> BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. 2.ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000. p.91.

A doutrina alemã<sup>56</sup> mostra que ficou sujeito a oscilações por algum tempo, sendo considerado, primeiramente, como uma decorrência do núcleo essencial dos direitos fundamentais; após, sua fundamentação foi dada ora a partir dos direitos fundamentais, ora a partir do Estado de Direito, prevalecendo este último ao final.

Assim, o direito constitucional alemão outorga ao princípio da proporcionalidade a qualidade de norma constitucional não escrita, derivada do Estado de Direito.

Posição diversa assumiu os EUA, em que o princípio da razoabilidade é decorrência da interpretação da cláusula do *due process of law*, que é muito elástico, possibilitando englobar as mais variadas formas de proteção aos direitos fundamentais e os mais diversos sentidos que lhe dão os juízes estadunidenses.

Partindo dessa interpretação, por via de uma atuação criativa da Corte Suprema dos Estados Unidos, foram extraídas tanto as regras de exclusão de provas, como a doutrina da razoabilidade, do conteúdo da IV Emenda, que prevê a garantia pessoal contra buscas e apreensões desarrazoadas.

Apesar de não ter sido nos Estados Unidos que a teoria da proporcionalidade encontrou sua maior expressão e evolução, competindo aos alemães a primazia na sua construção e formulação, a proporcionalidade é indiscutivelmente fruto da evolução jurisprudencial da razoabilidade da Suprema Corte estadunidense.

O STF já se posicionou em diversos acórdãos em favor do *due process of law* como fundamento da proporcionalidade (ADIN 106-3 DF, Relator Ministro Celso de Mello; ADIN 958-3 RJ, Rel. Min. Marco Aurélio; ADIN 855, voto do Min. Moreira Alves; ADIN 1407 DF, Rel. Min. Celso de Mello).

Paulo Bonavides afirma que “o princípio da proporcionalidade é (...) direito positivo em nosso ordenamento constitucional”, eis que flui do espírito do § 2º, artigo 5º, da Constituição Federal, que abrange a parte não-escrita ou não-expressa dos direitos e das garantias da Carta Magna, isto é, aqueles direitos que decorrem “da natureza do regime, da essência impostergável do estado de direito e dos princípios que este consagra e que fazem inviolável a unidade da Constituição”.<sup>57</sup>

---

<sup>56</sup> Maunz e Durig, citados por Paulo BONAVIDES, *op.cit.*, p.365.

<sup>57</sup> *op.cit.*, p.396.

A professora Suzana de Toledo Barros assevera que “o princípio da proporcionalidade, como uma das várias idéias jurídicas fundantes da Constituição, tem assento justamente aí, nesse contexto normativo no qual estão introduzidos os direitos fundamentais e os mecanismos de respectiva proteção”.<sup>58</sup> Dessa forma, seria decorrência da força normativa e da essência dos direitos fundamentais,<sup>59</sup> como o princípio da dignidade humana (art. 1º, III); da cláusula aberta do artigo 5º, § 2º; da aplicação imediata dos direitos e das garantias fundamentais (§ 1º, art. 5º); do princípio da reserva legal (artigo 5º, inciso II); da proteção judiciária (artigo 5º, inciso XXXV); do devido processo legal para restrição da propriedade ou da liberdade (artigo 5º, inciso LIV) e da cláusula pétrea do artigo 60, § 4º, inciso IV, conclui a citada autora.<sup>60</sup>

Maria Cecília Pontes Carnaúba compreende que o princípio da proporcionalidade está expressamente previsto no § 2º do artigo 5º, dele decorrendo, e, mesmo que aí não estivesse, seria dessumível de uma análise sistêmica da Constituição.<sup>61</sup>

Assim, todos esses argumentos lançados servem para fundamentar o princípio da proporcionalidade, sem se invalidarem.

Ademais, convém ressaltar que na Suíça, país com larga tradição no uso da proporcionalidade, este princípio é insito à organização política e social do país, em virtude do imperativo de se acomodarem vários grupos regionais, lingüísticos e religiosos de forma pacífica mediante um sistema de proporção.<sup>62</sup> No direito português, o princípio da proporcionalidade foi erigido como princípio constitucional no artigo 18, 2º, do Texto Magno: “a lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias dos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos”.

Antônio Magalhães Gomes Filho diz que o critério da proporcionalidade encontra agasalho nos textos legislativos destinados a dar maior severidade à repressão do crime organizado, do tráfico de entorpecentes e de outras expressões

---

<sup>58</sup> *op.cit.*, p.93.

<sup>59</sup> Diante do próprio caráter/estrutura de princípio imanente aos direitos fundamentais, segundo lição da própria autora.

<sup>60</sup> Afirma Gilmar Ferreira Mendes, citado por Suzana de Toledo Barros (*op.cit.*, p.94) que o princípio da proporcionalidade complementa o princípio da reserva legal (artigo 5º inciso II), entendido este como a submissão exclusiva à lei formal. Ao complementá-lo, a ele se incorpora, convertendo-se no princípio da reserva legal proporcional ou, ainda, do devido processo legal substancial.

<sup>61</sup> *Prova ilícita*. São Paulo: Saraiva, 2000. p.100.

<sup>62</sup> Paulo BONAVIDES. *op.cit.*, p.374.

mais agudas da criminalidade. Cita, o eminente mestre, o exemplo da legislação antimáfia italiana (Decreto-Lei 306, de 08/06/92, convertido na Lei de 06/08/92) e da legislação antiterrorismo de diversos países da Europa Ocidental.<sup>63</sup>

#### 4.4 NUANÇAS TERMINOLÓGICAS

Muito oportuna é a conclusão de Xavier Phillippe que adverte que há princípios mais fáceis de se compreender do que se definir, enquadrando-se nesta categoria de princípio a proporcionalidade.<sup>64</sup>

Como se vê, a terminologia enfrenta vacilações, entre as quais assinala algumas expressões afins, como “vedação de arbítrio” (*willkurverbot*), “princípio de avaliação de bens jurídicos” (*Guterabwagungsprinzip*), “princípio de avaliação de interesses” (*Grundsatz der Interessenbewagung*), “princípio de justiça” (*Gerechtigkeitsgrundsatz*), todos subjacentes ao princípio da proporcionalidade.<sup>65</sup>

Os alemães utilizam, sem distinção, o termo princípio da proporcionalidade (*Verhältnismassigkeitsprinzip*) ou proibição de excesso (*Übermass*).

Outro princípio convergente, aparentado com a proporcionalidade, é o princípio da concordância prática de Konrad Hesse, que se encontra implícito na proporcionalidade e prega a harmonização entre os direitos, a fim de que não haja sacrifício total de um direito em relação aos outros, reduzindo-se o alcance de cada direito proporcionalmente.

A doutrina e a jurisprudência pátrias adotam, majoritariamente, o termo proporcionalidade, pois revela a idéia de equilíbrio e harmonia. Registre-se, porém, que o STF já assentou a possibilidade de se utilizarem as expressões razoabilidade e proporcionalidade indistintamente.<sup>66</sup>

#### 4.5 CONTEÚDO DO PRINCÍPIO

Como já visto, o princípio da proporcionalidade, em um primeiro momento, foi utilizado para preservar a liberdade individual diante das ingerências e dos excessos praticados pelo Estado, mormente na seara do poder de polícia estatal, com o escopo de impor medidas razoáveis e proporcionais aos atos da

---

<sup>63</sup> *op.cit.*, p.

<sup>64</sup> *apud* Paulo BONAVIDES. *op.cit.*, p.356.

<sup>65</sup> *ibidem*, p.367.

<sup>66</sup> ADIN 855, Cautelar, Rel. Min. Sepúlveda Pertence.

Administração Pública. Posteriormente, já em um segundo momento, foi englobado pelo direito constitucional para solucionar o conflito de direitos fundamentais. Desse modo, apresenta duas funções nítidas: controle estatal contra a ação limitativa do Estado sobre os direitos fundamentais; e, ainda, como critério pacificador na colisão de direitos fundamentais por meio de juízos comparativos e de ponderação entre os interesses envolvidos no caso concreto.

Hoje, é também empregado no combate e no controle dos excessos legislativos que imponham limitações demasiadas ou inaceitáveis aos direitos fundamentais (excesso/desvio do poder legislativo), configurando-se em controle de constitucionalidade das leis e limites à liberdade de conformação do legislador.<sup>67</sup>

Gilmar Ferreira Mendes, citado por Suzana de Toledo Barros, sintetiza bem o princípio, ensinando que a proporcionalidade permite aferir a compatibilidade das opções políticas do legislador com os valores e os princípios insculpidos na Carta Magna, pois o ato legislativo não é um ato livre no fim.<sup>68</sup>

Exaltando ainda mais o aludido princípio, Ernesto Pedraz Penalva, publicista espanhol, diz que se trata de cânone de grau constitucional com que os juízes corrigem o defeito da verdade da lei, bem como as insuficiências legislativas provocadas pelo próprio Estado com lesão de espaços jurídico-fundamentais.<sup>69</sup>

Paulo Bonavides diz que a “proporcionalidade produz uma controvertida ascendência do juiz (executor da justiça material) sobre o legislador, sem chegar, todavia, a corroer ou abalar o princípio da separação de poderes”.<sup>70</sup> Explica o excelso autor que a faculdade política decisória se mantém resguardada, mas sob a regência dos valores e princípios da Constituição Federal. Afirmar, ainda, que o “legislador já não é, porém, o soberano das épocas em que o princípio da legalidade se sobrepunha, por ausência efetiva de controle, ao princípio da constitucionalidade”. Diante da absoluta supremacia da Constituição sobre a lei, está a primazia da proporcionalidade, reconhecida como cânone constitucional.<sup>71</sup>

---

<sup>67</sup> A esse respeito, Suzana de Toledo Barros assevera que o princípio da proporcionalidade possibilita o controle de constitucionalidade das leis casuísticas, desarrazoadas ou desnecessárias, detectando-se situações inconstitucionais menos flagrantes (*op.cit.*, p.26 e 29).

<sup>68</sup> *ibidem*, p.24.

<sup>69</sup> *apud* Paulo BONAVIDES. *op.cit.*, p.359.

<sup>70</sup> *ibidem*, p.363.

<sup>71</sup> *op.cit.*

No âmbito da prova, Luiz Francisco Torquato Avolio delimita a proporcionalidade nestes termos:

A teoria da proporcionalidade ou da razoabilidade, também denominada teoria do balanceamento ou da preponderância dos interesses, consiste, pois, exatamente, uma construção doutrinária e jurisprudencial que se coloca nos sistemas de inadmissibilidade da prova obtida ilicitamente, permitindo, em face de uma vedação probatória, que se proceda a uma escolha, no caso concreto, entre os valores constitucionalmente relevantes postos em confronto.<sup>72</sup>

A jurisprudência pátria já utilizou a proporcionalidade em diversos julgados e nas mais variadas áreas, aplicando-a ora como critério controlador da constitucionalidade das leis, ora como fator pacificador na colisão de direitos, sempre aliada aos princípios da unidade da constituição e da concordância prática. Na seara das provas ilícitas, estas foram admitidas em face do referido princípio nos HCs nº 4138/RJ, nº 3982/RJ, nº 6129 RJ, enquanto o STF pronunciou-se a favor da proporcionalidade no HC nº 75.338-8 e HC 70.814-5. Contudo, deve-se frisar que o tema ainda é discutido nas Cortes, não encontrando posição uníssona entre os Ministros, prevalecendo, ainda, a tese da inadmissibilidade absoluta das provas ilícitas. Vale transcrever a ementa do HC nº 3982/RJ, julgado em 5 de dezembro de 1995:

O inciso LVI do artigo 5º da Constituição, que fala que “são inadmissíveis as provas obtidas por meio ilícito”, não tem conotação absoluta. Há sempre um substrato ético a orientar ou 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 norteamericana, mencionada em precedente do Supremo Tribunal Federal, não é tranqüila. Sempre é invocável o Princípio da “Razoabilidade” (*reasonableness*). O “princípio da exclusão das provas ilicitamente obtidas” (*exclusionary rules*) também lá pede temperamentos.

A mera admissibilidade da prova ilícita *pro reo* constitui a própria adoção do princípio da proporcionalidade para Ada Pellegrini Grinover.<sup>73</sup>

---

<sup>72</sup> *op.cit.*, p.64.

<sup>73</sup> *op.cit.*, p.135.

O princípio da proporcionalidade é composto por três elementos, três sub-princípios que, aplicados em conjunto, lhe dão funcionalidade. Assim são a adequação (*Geeignetheit*), a necessidade (*Enforderlichkeit*) e a proporcionalidade em sentido estrito (*Verhältnismässigkeit*).

O princípio da adequação ou idoneidade pressupõe a adoção de medidas apropriadas à consecução dos fins da lei, isto é, o meio escolhido deve ser apto a produzir o resultado pretendido em lei, pois, do contrário, será inconstitucional. Trata-se da análise da relação de adequação meio-fim. A escolha do melhor meio, menos gravoso ao cidadão, já se refere ao princípio da necessidade.

O princípio da necessidade ou da exigibilidade compreende a verificação de se a medida tomada, entre as aptas à consecução do fim pretendido, é a menos gravosa para o indivíduo ou para a sociedade. Traduz-se na escolha da menor restrição possível. Suzana de Toledo Barros dispõe que “o princípio da necessidade traz em si o requisito da adequação”.<sup>74</sup> Apenas o que é adequado pode ser necessário, mas o que é necessário não pode ser inadequado, conforme preceitua Gilmar Ferreira Mendes.<sup>75</sup>

Por último, o princípio da proporcionalidade em sentido estrito impõe a aplicação da técnica de ponderação de bens na resolução de conflitos, pois, conforme brilhante lição da professora Suzana de Toledo Barros:

(...) muitas vezes, o juízo de adequação e necessidade não é suficiente para determinar a justiça da medida restritiva adotada em uma determinada situação, precisamente porque dela pode resultar uma sobrecarga ao atingido que não se compadece com a idéia de justa medida. Assim, o princípio da proporcionalidade *strictu sensu*, complementando os princípios da adequação e da necessidade, é de suma importância para indicar se o meio utilizado encontra-se em razoável proporção com o fim perseguido. A idéia de equilíbrio entre valores e bens é exalçada.<sup>76</sup>

Deve-se analisar a possibilidade de se afastar, por via reflexa, outro direito também protegido constitucionalmente (colisão de direitos). Assim, exige-se o cotejamento e a ponderação entre as vantagens proporcionadas ao direito visado e o prejuízo auferido por um outro direito, diante da medida adotada como adequada e necessária ao primeiro direito. Trata-se de uma relação custo-benefício da medida ou decisão tomada. A escolha de precedência de um direito sobre outro é formada

---

<sup>74</sup> *op.cit.*, p.81.

<sup>75</sup> *apud* Suzana de Toledo BARROS. *op.cit.*, p.81.

<sup>76</sup> *ibidem*, p.82 e 83.

pelo princípio da proporcionalidade em sentido estrito, fundada em um juízo de valoração do operador do direito.

Segundo Robert Alexy, citado por Suzana de Toledo Barros, a diferença básica entre os subprincípios da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito está no fato de que este cuida de mandados de otimização no plano das possibilidades jurídicas, enquanto aquele cuida da otimização com relação às possibilidades fáticas.<sup>77</sup>

Assim, observando-se esses três elementos na aplicação do princípio da proporcionalidade, poderão ser evitadas injustiças e distorções diante dos interesses jurídicos envolvidos.

Valiosa colocação do tema é feita por Maria Cecília Pontes Carnaúba, segundo a qual o julgador analisará qual o valor de maior importância na sociedade, se o violado pelo crime *sub judice* ou se aquele atingido pela forma ilegal de obtenção da prova. Se mais valioso o interesse atingido pelo crime, a prova será admitida, caso contrário, rejeitada. Assim, o Estado assegura proteção à privacidade e individualidade dos cidadãos, todavia, não tutela os abusos desses direitos. Utilizando-se do princípio da proporcionalidade, o Estado estará armado para sacrificar eventuais abusos de direitos individuais em benefício de interesses maiores da sociedade. O Estado de Direito moderno assim age por que tem a obrigação de não atentar contra os direitos sociais como também de dar satisfação a esses direitos.<sup>78</sup>

#### 4.6 CRÍTICAS À PROPORCIONALIDADE

Alerta Suzana de Toledo Barros que “estão em jogo questões ligadas à segurança jurídica e à transferência da valoração técnico-social do legislador para o juiz”.<sup>79</sup> Seriam os juízes, agora, legisladores?

Forsthoff emprega o termo degradação da legislação ao princípio da proporcionalidade.<sup>80</sup> Wolfram Zitscher teme ver o Direito dissolvido na justiça no caso particular. Hans Huber, drasticamente, chega a antever o rompimento da ordem jurídica diante de um princípio tão vasto, prevendo que os juízes se sintam desobrigados a guardar fidelidade aos mandamentos do direito vigente.<sup>81</sup>

---

<sup>77</sup> *ibidem*, p.83 e 84.

<sup>78</sup> *op.cit.*, p.93.

<sup>79</sup> *op.cit.*, p.25.

<sup>80</sup> *apud* Paulo BONAVIDES. *op.cit.*, p.25.

<sup>81</sup> Citados por Paulo BONAVIDES. *op.cit.*, p.390 e 391.

A crítica geralmente feita encontra-se na alta carga de subjetivismo que se daaria o juiz. Contudo, Maria Cecília Pontes Carnaúba já bem observou que a parcela de subjetivismo na ponderação de valores não é maior que a constante em uma condenação privativa da liberdade, ou no deferimento de uma liminar ou cautelar, ou na dosimetria da pena, ou, ainda, na decisão sobre a suficiência ou insuficiência de provas para embasar o decreto condenatório. Tais fatos, explica a autora, ocorrem diariamente, tanto no campo penal como no campo civil (veja-se, por exemplo, o extremo subjetivismo na dosagem dos danos morais). Assim, é inevitável a constatação da forte carga de subjetivismo de muitas decisões judiciais. Nem por isso se entendeu que houvesse agressão à segurança dos cidadãos em virtude de decisões dessa ordem. Desse modo, o princípio da proporcionalidade, construído com rigorosos parâmetros objetivos, com maiores razões não ofende a segurança jurídica. Pelo exposto, conclui a autora que é conveniente que se deixe certa margem de discricionariedade ao julgador a fim de mais bem apurar a justiça no caso concreto.<sup>82</sup>

Barbosa Moreira, em idêntica linha de pensamento, manifestou-se a respeito:

Às vezes se imputa a semelhante doutrina o risco de dar margem à excessiva influência de fatores subjetivos e, por conseguinte, a emergência do arbítrio judicial. Mas cumpre não perder de vista quão freqüentes são as situações em que a lei confia na valoração (inclusive ética) do juiz para possibilitar a aplicação de normas redigidas com o emprego de conceitos jurídicos indeterminados, como o de ‘bons costumes’, o de ‘mulher honesta’ ou o de ‘interesse público’. A subjetividade do juiz atua constante e inevitavelmente no modo de dirigir o processo e de decidir; se pretendêssemos eliminá-la de todo, seríamos forçados a substituir por computadores os magistrados de carne e osso.<sup>83</sup>

Ademais, os riscos ventilados não procedem diante das próprias limitações impostas à magistratura, tais como a necessidade de motivação de suas decisões, o duplo grau de jurisdição e a atividade do Ministério Público na função de *custos legis* ou como parte, exercendo importante papel fiscalizador.

Paulo Bonavides, rebate as críticas sustentando que todos os riscos mencionados são atenuados com a aplicação do princípio da proporcionalidade junto à interpretação conforme a Constituição. Diz o eminente mestre que

---

<sup>82</sup> *op.cit.*, p.96 e 97.

<sup>83</sup> *op.cit.*, p.13.

(...) o princípio da proporcionalidade, abraçado assim ao princípio da interpretação conforme a Constituição, move-se, pois, em direção contrária a esse entendimento e, ao invés de deprimir a missão do legislador ou a sua obra normativa, busca jurisprudencialmente fortalecê-la, adotando aquela posição hermenêutica, tudo faz para preservar a validade do conteúdo volitivo posto na regra normativa pelo seu respectivo autor.

Nessa perspectiva, não há razão para temores, eis que não se trata de um “governo de juízes” que possa abalar a separação de poderes, mas sim, tratar-se-ia de uma doutrina concebida no uso jurisprudencial e para um fim de controle da constitucionalidade, do qual sai fortalecido o legislador e suas leis.<sup>84</sup>

## 5 PROVAS ILÍCITAS POR DERIVAÇÃO

A questão das provas ilícitas por derivação prende-se ao fato de que, muitas vezes, as provas obtidas ilicitamente propiciam o conhecimento de outras provas, estas colhidas de forma lícita. É o caso de uma busca domiciliar ilegal, ou uma confissão extorquida, entre outros, que ensejam, posteriormente, uma busca e apreensão regular, feita com mandado judicial, de objetos do crime, ou a descoberta legal de novas provas que condenam o réu. O ponto crucial é saber se as provas, formalmente lícitas, mas derivadas de provas materialmente ilícitas, podem ser admitidas no processo.

A Constituição pátria não elucidou o problema, não fazendo menção alguma ao tema em seu texto. Portanto, restou à doutrina e à jurisprudência a solução da questão que ainda não está pacificada.

A doutrina alemã adverte que a admissibilidade das provas ilicitamente derivadas poderia estimular as autoridades e as próprias partes a se utilizarem de provas ilícitas visando a atingir outras provas decorrentes destas. Seriam encorajadas a servirem-se de meios ilegais, na certeza de que as provas decorrentes, colhidas após, seriam admitidas licitamente no processo.

No Brasil, grande parte da doutrina adota uma posição mais sensível às garantias da pessoa humana e mais intransigente com os princípios e as normas constitucionais, banindo as provas ilícitas por derivação.<sup>85</sup>

---

<sup>84</sup> *op. cit.*, p.388-389.

<sup>85</sup> Ada Pellegrini GRINOVER, Antonio SCARANCE e Antônio Magalhães GOMES FILHO. *op. cit.*, p.135.

Mirabete entende contrariamente, sustentando que

(...) como a lei ordinária não prevê expressamente a cominação de inadmissibilidade ou nulidade das provas ilícitas por derivação, prevalece a eficácia do dispositivo constitucional que veda apenas a admissibilidade da prova colhida ilicitamente, e não a da que dela deriva”.<sup>86</sup>

Mister ressaltar que o nosso Código de Processo Penal parece não autorizar derivação de provas, ao dispor no artigo 573, § 1º, que “a nulidade de um ato, uma vez declarada, causará a dos atos que dele diretamente dependam ou sejam consequência”.

Enorme notoriedade assumiu a doutrina dos frutos da árvore envenenada (*fruits of the poisonous tree*), formulada pela Suprema Corte norte-americana, a partir de 1920, no caso *SilverThorne Lumber Co. versus EUA* (251 U. S. 385), segundo a qual a árvore envenenada contamina seus frutos. Visa a excluir as provas derivadas de práticas ilegais, identicamente ao pensamento que concebeu a *exclusionary rules*, como forma de desencorajar a polícia a promover buscas e apreensões ilegais.

O STF, inicialmente, em dois importantes julgamentos (AP 307-3/DF, Rel. Min. Ilmar Galvão e HC 69.912/RS, Rel. Sepúlveda Pertence), referentes ao ex-presidente Fernando Collor de Mello, rejeitou a doutrina dos frutos da árvore envenenada, determinando a validade das provas derivadas de provas ilícitas.

No HC 69.912-0, julgado em 30/06/93, o STF repeliu a citada doutrina por 6 votos a 5. Votaram pela licitude das provas derivadas os Ministros Carlos Velloso, Paulo Brossard, Sidney Sanches, Néri da Silveira, Octávio Gallotti e Moreira Alves. Contra, os Ministros Sepúlveda Pertence, Francisco Rezek, Ilmar Galvão, Marco Aurélio e Celso de Mello que deferiram o *habeas corpus*.

Destaque-se o voto do Ministro Sidney Sanches que sustenta que não faz sentido ignorar toda a verdade descoberta sobre um crime, apenas porque uma das provas iniciais seria ilícita, contrapondo-se a todos os outros elementos do conjunto probatório. O Ministro Moreira Alves que chegou a dizer sobre o “absurdo da conclusão” desta doutrina, que levaria à impunidade de criminosos.<sup>87</sup> Em

---

<sup>86</sup> *apud* Torquato AVOLIO *op.cit.*, p.77.

<sup>87</sup> O Ministro chegou a concluir na ação penal 307-3 que a doutrina dos frutos da árvore envenenada não foi acolhida pela nossa Constituição.

contrapartida, o Ministro Sepúlveda Pertence afirmou que a “doutrina da invalidade probatória do *fruit of the poisonous tree* é a única capaz de dar eficácia à garantia constitucional da inadmissibilidade da prova ilícita”.

Contudo, tal decisão restou anulada pela declaração de impedimento do Ministro Néri da Silveira, eis que seu filho havia atuado no feito como membro do Ministério Público.<sup>88</sup> Tal fato ensejou novo julgamento em 16/12/1993, sem a presença do ministro impedido, modificando-se a votação para 5 a 5, com a conseqüente concessão do *habeas corpus*, uma vez que o empate favorece o paciente, nos termos do artigo 150, § 3º do Regimento Interno do STF. Assim, nessa segunda votação, acolheu-se a teoria dos frutos da árvore envenenada.

Apesar desse julgamento, a maioria (6 a 5) permanecia tendente a aceitar as provas derivadas da ilícita.

Entretanto, tal maioria perdurou até a aposentadoria do Ministro Paulo Brossard, adepto da posição majoritária. Ocupou sua vaga o Ministro Maurício Corrêa, adepto da inadmissibilidade das provas derivadas. Desse modo, o posicionamento da Corte inverteu-se, adotando a teoria da contaminação das demais provas decorrentes da ilícita.

Essa mudança foi sentida nos pronunciamentos posteriores da Corte. Vejamos um deles:

Examinando novamente o problema da validade de provas cuja obtenção não teria sido possível sem o conhecimento de formações provenientes de escuta telefônica autorizada por juiz – prova que o STF considera ilícita, até que seja regulamentado o art. 5º, XII, da CF (“é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal;”) –, o Tribunal, por maioria de votos, aplicando a doutrina dos “frutos da árvore envenenada”, concedeu *habeas corpus* impetrado em favor de advogado acusado do crime de exploração de prestígio (CP, art. 357, par. único), por haver solicitado a seu cliente (preso em penitenciária) determinada importância em dinheiro, a pretexto de entregá-la ao juiz de sua causa. Entendeu-se que o testemunho do cliente – ao qual se chegara exclusivamente em razão da escuta –, confirmando a solicitação feita pelo advogado na

---

<sup>88</sup> MS 21.750, de 24/11/1993.

conversa telefônica, estaria ‘contaminado’ pela ilicitude da prova originária. Vencidos os Ministros Carlos Velloso, Octavio Gallotti, Sydney Sanches, Néri da Silveira e Moreira Alves, que indeferiam o *habeas corpus*, ao fundamento de que somente a prova ilícita – no caso, a escuta – deveria ser desprezada. Precedentes citados: AHC 69912-RS (DJ de 26.11.93), HC 73351-SP (Pleno, 09.05.96; v. Informativo n. 30). HC 72.588-PB, Rel. Min. Maurício Corrêa, 12.06.96.

Nesse mesmo sentido, foram proferidas as decisões no HC 73.351/SP, HC 73.461/SP e HC 73.510/SP, confirmando a atual posição do STF.

Todavia, nos Estados Unidos, a própria doutrina da árvore envenenada, bem como a *exclusionary rules*, não são tomadas em sentido absoluto, sofrendo mitigações. Algumas limitações são impostas, como: a Limitação da Fonte Independente (*The Independent Source Limitation*) que admite a prova ilícita no processo desde que haja outras provas do fato que não estejam diretamente ligadas à ilicitude; a Limitação da Descoberta Inevitável (*The Inevitable Discovery Limitation*), que aceita a prova ilícita se inevitável sua descoberta por outros meios; a Limitação da Descontaminação (*The Purge Taint Limitation*), que aceita a prova viciada se purgado o vício (veneno) pela intervenção de um ato independente (imunização dos frutos obtidos), como, por exemplo, posterior confissão espontânea colhida com observância dos direitos fundamentais, romperia o vínculo com árvore envenenada; e a Limitação da Boa-Fé (*The Good Faith Exception*), que admite a prova derivada diante da boa-fé dos agentes públicos que, ao empreender suas diligências, acreditavam agir de forma legal e em observância dos ditames constitucionais.

O STF e STJ já vêm empregando essas mitigações em seus julgados, como se observa a seguir:

(...) A prova ilícita, caracterizada pela escuta telefônica, não sendo a única ou a primeira produzida no procedimento investigatório, não enseja desprezarem-se as demais que, por ela não-contaminadas e dela não-decorrentes, formam o conjunto probatório da autoria e da materialidade do delito. (...) (STF, HC 74.081-2, Relator Ministro Maurício Corrêa, julgado em 22/04/1997).

Escuta telefônica redundante em prova inexpressiva, suplantada por elementos autônomos e suficientes, em que se veio a basear a condenação do paciente (STF, HC 73.461-8/SP, Relator Ministro Octávio Gallotti, julgado em 11/06/96).

1. Se as provas constantes dos autos são robustas e autônomas, autorizada está a prisão preventiva do réu.

2. Não há de se falar em nulidade quando a denúncia manejada pelo Ministério Público não elegeu a escuta telefônica como seu alicerce, eis que baseada em conjunto probatório variado e suficiente para sustentá-la.
3. A escuta telefônica é apenas uma das diversas provas capazes de dar ensejo à denúncia, não sendo única nem indispensável no caso concreto.
4. *Habeas corpus* denegado.  
(STJ, HC 5292/RJ, Relator Ministro Anselmo Santiago, julgado em 09/04/97)

Em conclusão, são inadmitidas no processo as provas ilícitas e as derivadas destas, devendo ser desentranhadas dos autos a fim de que não influam na decisão. Outrossim, se o decreto condenatório está lastreado em fatos ou provas independentes, autônomos, distintos da prova ilícita, não há de se falar em contaminação, nem em nulidade do processo, eis que a observância absoluta e cega da doutrina da contaminação das provas acarretaria, inevitavelmente, a fraude processual, pois levaria os próprios acusados a forjarem alguma ilicitude na obtenção da prova com o intuito de nulificar todo o processo.

Por último, cabe ressaltar que a Comissão encarregada da reforma do Código de Processo Penal vigente, sob a presidência da professora Ada Pellegrini Grinover, aponta no sentido de inadmitir no processo criminal tanto as provas ilícitas, como as provas decorrentes da ilicitude. Vejamos então o texto do projeto:

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

§ 1º São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, quando evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, e quando as derivadas não pudessem ser obtidas senão por meio das primeiras.

§ 2º Preclusa a decisão de desentranhamento da prova declarada ilícita, serão tomadas as providências para o arquivamento sigiloso em cartório.

§ 3º O juiz que conhecer do conteúdo da prova declarada ilícita não poderá proferir a sentença.<sup>89</sup>

---

<sup>89</sup> fonte sítio Ministério da Justiça ([www.mj.gov.br](http://www.mj.gov.br)).

## 6 A ADMISSIBILIDADE DA PROVA ILÍCITA *PRO REO*

A prova ilícita *pro reo* é admitida unanimemente tanto pela doutrina como pela jurisprudência. Apoiada nos valores supremos da liberdade humana e do ideal de justiça, e, em homenagem ao direito de defesa, a prova ilícita *pro reo* vem sendo acolhida, mesmo com a violação a direitos fundamentais seus ou de terceiros.

Constitui a adoção do critério da proporcionalidade diante dos valores contrastantes, isto é, ante os valores da liberdade e da justiça, em contraposição ao direito à intimidade, aqueles prevalecem por tutelarem bens jurídicos mais relevantes. Desse modo, não pode o Estado se insurgir contra esses valores supremos e condenar um inocente apenas porque a prova foi considerada ilícita.

Ensina Ada Pellegrini Grinover que se trata da “aplicação do princípio da proporcionalidade, na ótica do direito de defesa, também constitucionalmente assegurado, e de forma prioritária no processo penal, todo informado pelo princípio do favor rei”.<sup>90</sup>

Exaltando o direito de defesa e demonstrando o jogo de equilíbrio entre o direito de defesa e o direito à intimidade, afirma inicialmente o artigo 233, *caput*, do Código de Processo Penal, que são vedadas as cartas obtidas por meios criminosos, entretanto é contundente seu parágrafo único, quando permite a exibição das cartas pelo destinatário, em defesa de seu direito, ainda que não haja consentimento do signatário.

Em outro sentido, fundamenta-se a admissão das provas ilícitas *pro reo* com base na exclusão de ilicitude, justificados pelo estado de necessidade<sup>91</sup> ou pela legítima defesa. Portanto, admite-se a gravação sub-reptícia realizada pela vítima que comprova o crime de extorsão do agente agressor, eis que este invadiu a sua esfera de liberdades públicas ao ameaçá-la e coagi-la. A vítima obteve prova ilícita, mas, em legítima defesa de suas liberdades públicas.<sup>92</sup> Ainda poderíamos citar como exemplo uma interceptação telefônica, sem autorização judicial, que demonstre a inocência do acusado, ou a utilização de uma carta enviada

---

<sup>90</sup> Ada Pellegrini GRINOVER *et al. op.cit.*, p.135.

<sup>91</sup> Apenas o estado de necessidade justificante exclui a ilicitude, e, portanto, presta-se a excluir a ilicitude probatória. Ao contrário, o estado de necessidade exculpante não resolve o problema das provas ilícitas, pois exclui apenas a culpabilidade, mantendo íntegra a antijuridicidade. Quando justificante, o bem sacrificado é menor, enquanto no estado exculpante o bem sacrificado não é menor (maior ou igual). Não é possível admitir uma prova ilícita quando o bem sacrificado for maior. Note-se a aplicação do princípio da proporcionalidade na ponderação dos bens em jogo. Vale ressaltar que ainda é discutida a existência do estado de necessidade exculpante no direito brasileiro.

<sup>92</sup> MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 13.ed. rev. ampl. São Paulo: Atlas, 2003. p.130.

por seqüestradores aos familiares do seqüestrado. Ambas produzidas ao arrepio da lei, mas em legítima defesa dos direitos fundamentais da vítima, os quais estavam sendo ameaçados ou lesionados por condutas criminosas.

A ausência de ilicitude dessas provas afasta a incidência do inciso LVI do artigo 5º da Constituição Federal. Ademais, Alexandre de Moraes brilhantemente apontou que as liberdades públicas não podem servir de escudo protetivo de atividades ilícitas, nem tampouco afastar ou diminuir a responsabilidade civil ou penal de criminosos, sob pena de total consagração do desrespeito ao Estado de Direito.<sup>93</sup>

Esplêndido é o parecer da Procuradoria Geral da República, citado no voto do Ministro Moreira Alves:

Evidentemente, seria uma aberração considerar como violação do direito à privacidade a gravação pela própria vítima, ou por ela autorizada, de atos criminosos, como o diálogo com seqüestradores, estelionatários e todo tipo de achacadores. No caso, os impetrantes esquecem que a conduta do réu representou, antes de tudo, uma intromissão ilícita na vida privada do ofendido, esta sim merecedora de tutela. Quem se dispõe a enviar correspondência ou a telefonar para outrem, ameaçando-o ou extorquindo-o, não pode pretender abrigar-se em uma obrigação de reserva por parte do destinatário, o que significaria o absurdo de qualificar como confidencial a missiva ou a conversa.<sup>94</sup>

É pacífica a jurisprudência a esse respeito:

Captação, por meio de fita magnética, de conversa entre presentes, ou seja, a chamada gravação ambiental, autorizada por um dos interlocutores, vítima de concussão, sem o conhecimento dos demais. Ilicitude da prova excluída por caracterizar-se o exercício de legítima defesa de quem a produziu. (STF, RE 212.081-2/RO, Relator Ministro Octávio Gallotti, julgado em 5 de dezembro de 1997)

É lícita a gravação de conversa telefônica feita por um dos interlocutores, ou com sua autorização, sem ciência do outro, quando há investida criminosa deste último. É inconsistente e fere o senso comum falar-se em violação do direito à privacidade quando o interlocutor grava diálogo com seqüestradores, estelionatários ou qualquer tipo de chantagista.

---

<sup>93</sup> *ibidem*, p.129-130.

<sup>94</sup> Parecer da Procuradoria-Geral da República citado no voto do Relator Moreira Alves no HC 74.678-1/SP, julgado em 10 jun. 1997 (folhas.79).

(STF, HC 75.338-8/RJ, Relator Ministro Nelson Jobim, julgado em 11 de março de 1998)

*Habeas Corpus*. Utilização de gravação de conversa telefônica feita por terceiro com a autorização de um dos interlocutores sem o conhecimento do outro quando há, para essa utilização, excludente da antijuridicidade.

Afastada a ilicitude de tal conduta – a de, por legítima defesa, fazer gravar e divulgar conversa telefônica ainda que não haja o conhecimento do terceiro que está praticando crime –, é ela, por via de conseqüência, ilícita e, também conseqüentemente, essa gravação não pode ser tida como prova ilícita, para invocar o art. 5º, LVI, da Constituição com fundamento em que houve violação da intimidade (art. 5º, X, da Carta Magna).

*Habeas Corpus* indeferido. (STF, HC 74.678-1/SP, Relator Ministro Moreira Alves, julgado em 10 de junho de 1997)

Em síntese, demonstra-se admissível a prova ilícita colhida a favor do réu diante da proporcionalidade estabelecida em prol da ampla defesa do réu e em sacrifício da intimidade, valor de menor relevância ante os valores de justiça e de liberdade; e, também, diante da excludente de ilicitude na obtenção da prova.

## **7 ADMISSIBILIDADE DAS PROVAS ILÍCITAS *PRO SOCIETATE***

Alguns doutrinadores defendem a utilização da prova ilícita em defesa do interesse público e da coletividade, eis que visaria tutelar não a um direito individual mas sim a um interesse maior composto por todos os membros da sociedade, diante das conseqüências que poderiam advir da impunidade de certos criminosos ou organizações criminosas.

Desse modo, visaria ao resguardo dos interesses de todos os indivíduos, considerados individual ou coletivamente, para consecução do bem comum em situações que envolvam bens jurídicos de grande magnitude.

A questão, apesar de controvertida, resolve-se, mais uma vez, com a aplicação do princípio da proporcionalidade, sempre em caráter excepcional e em casos extremamente graves para se admitir a prova ilícita, seja *pro reo* ou *pro societate*.<sup>95</sup> Deve-se sopesar os valores postos em jogo, tendo-se em conta que a sociedade é tão merecedora de proteção quanto o indivíduo.

---

<sup>95</sup> CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 9.ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2003. p.261.

Leciona Fernando Capez que:

(...) o princípio da proporcionalidade deve também ser admitido *pro societate*, pois o confronto que se estabelece não é entre o direito ao sigilo, de um lado, e o direito da acusação à prova, do outro. Trata-se de algo mais profundo. A acusação, principalmente a promovida pelo Ministério Público, visa a resguardar valores fundamentais para a coletividade, tutelados pela norma penal.<sup>96</sup>

A própria Constituição de 1988 trata com extrema severidade crimes de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes, terrorismo e crimes hediondos (artigo 5º inciso XLIII), constituindo-se em um dos objetivos orientadores do Estado brasileiro o combate a essas atividades criminosas, mormente em se tratando de organizações do crime. Mencione-se que a segurança é um dos direitos fundamentais (artigo 5º, *caput*, CF) que o Estado tem o dever de assegurar (artigo 144 da CF).

Isto posto, deve-se reconhecer que a norma do artigo 5º, inciso LVI, da Magna Carta, que veda o uso das provas ilícitas, deve ceder naquelas hipóteses em que sua posição intransigente levaria a lesão de um direito fundamental mais valioso,<sup>97</sup> especialmente diante de condutas de organizações criminosas e crimes contra o erário que atingem a coletividade e o bem-público, prejudicando os objetivos do Estado e seus serviços.

Lapidares são as palavras trazidas à baila por Barbosa Moreira em defesa da admissão de provas ilícitas *pro societate*:

Todavia, se a defesa – à diferença da acusação – fica isenta do veto à utilização de provas ilegalmente obtidas, não será essa disparidade de tratamento incompatível com princípio, também de nível constitucional, da igualdade das partes? Quiçá se responda que, bem vistas as coisas, é sempre mais cômoda a posição da acusação, porque os órgãos de repressão penais dispõem de maiores e melhores recursos que o réu. Em tal perspectiva, ao favorecer a atuação da defesa no campo probatório, não obstante posta em xeque a igualdade formal, estar-se-á tratando de restabelecer entre as partes a igualdade substancial. O raciocínio é hábil e, em condições normais, dificilmente se contestará a premissa da superioridade de armas da acusação. Pode suceder, no entanto, que ela deixa de refletir a realidade em situações de expansão e fortalecimento da criminalidade organizada, como tantas que enfrentam as sociedades contemporâneas. É fora

---

<sup>96</sup> *ibidem*, p.261.

<sup>97</sup> CARNAÚBA, Maria Cecília Pontes. *op.cit.*, p. 25

de dúvida que atualmente, no Brasil, certos traficantes de drogas estão muito mais bem armados que a polícia e, provavelmente, não lhes será mais difícil que a ela, nem isso suscitará maiores escrúpulos, munir-se de provas por meios ilegais. Exemplo óbvio é o da coação de testemunhas nas zonas controladas pelo narcotráfico: nem passa pela cabeça de ninguém a hipótese de que algum morador da área declare à polícia, ou em juízo, algo diferente do que lhe houver ordenado o ‘poderoso Chefe’ local.<sup>98</sup>

Em prol da sociedade foram julgados no STJ o *habeas corpus* nº 3972/RJ e nº 4138/RJ. Asseverando esse entendimento pronunciou-se o STF no valioso acórdão do HC 70.814/SP. Este último merece destaque:

A administração penitenciária, com fundamento em razões de segurança pública, pode, excepcionalmente, proceder à interceptação de correspondência remetida pelo sentenciado, eis que a cláusula da inviolabilidade do sigilo epistolar não pode constituir um instrumento de salvaguarda de práticas ilícitas. (Relator Ministro Celso de Mello, julgado em 01/03/1994)

Importante hipótese de valoração *pro societate* é demonstrada na administração da *res publica*. Alexandre de Moraes ensina que, em defesa da probidade na Administração Pública, a inadmissibilidade das provas ilícitas deve ser compatibilizada aos demais princípios constitucionais, especialmente a moralidade e publicidade, consagrados no artigo 37, *caput*, da Constituição Federal. Os agentes do Estado, no exercício de uma função pública, são investidos de poderes para o atingimento de uma finalidade pública. Portanto, as condutas dos agentes estatais devem ser pautadas pela máxima transparência, honestidade e publicidade de seus atos, eis que lidam com coisa alheia (*res publica*). Desse modo, não podem ser invocadas as inviolabilidades constitucionais para proteção de atividades ilícitas em cargos, funções ou empregos públicos como verdadeira cláusula de irresponsabilidade por seus atos ilícitos.<sup>99</sup> Vejamos, então, os ensinamentos de Alexandre de Moraes:

(...) a conjugação dos princípios da moralidade e publicidade impede que o agente público utilize-se das inviolabilidades à intimidade e à vida privada para prática de atividades ilícitas, pois, na interpretação das diversas normas constitucionais, deve ser concedido o sentido que assegure sua maior eficácia, sendo absolutamente vedada a

---

<sup>98</sup> *op.cit.*, p.15.

<sup>99</sup> MORAES, Alexandre de. *op.cit.*, p.131-132.

interpretação que diminua sua finalidade, no caso, a transparência dos negócios públicos.

Portanto, deverá ser permitida a utilização de gravações clandestinas por um dos interlocutores, realizadas sem o conhecimento do agente público, que comprovem sua participação, utilizando-se de seu cargo, função ou emprego público, na prática de atos ilícitos (por exemplo: concussão, tráfico de influência, ato de improbidade administrativa), não lhe sendo possível alegar as inviolabilidades à intimidade ou à vida privada no trato da *res publica*; pois, na administração pública, em regra, não vigora o sigilo na condução dos negócios políticos do Estado, mas o princípio da publicidade.<sup>100</sup>

Maria Cecília Pontes Carnaúba, em obra de grande reflexão, coloca que a dignidade da pessoa humana é um dos fundamentos da República (artigo 1º, inciso III, da Carta Magna), que ainda tem como objetivos fundamentais a construção de uma sociedade livre, justa e solidária; a erradicação da pobreza e da marginalização; a redução das desigualdades sociais e a promoção do bem de todos, conforme preconiza o artigo 3º da Constituição Federal. O artigo 6º estatui que a sociedade tem direito a saúde, educação, trabalho, moradia, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade, à infância e à assistência aos desamparados.

Assim, para a concretização dos objetivos previstos nos dispositivos acima citados, o Estado necessita de verbas, serviços e infra-estrutura para o atingimento dos valores insculpidos no Texto Maior. Dessa forma, em brilhante pensamento, Maria Cecília Pontes Carnaúba conclui que “quando há crimes lesivos ao erário que resultam impunes por causa da aplicação intransigente da regra de inadmissibilidade de provas ilícitas no processo, são os próprios objetivos do Estado brasileiro que são atingidos e também os direitos subjetivos do cidadão, fixados pelo art. 6º, que são violados”.<sup>101</sup> Isso porque compromete a prestação de serviços do Estado, como saúde, educação, moradia, segurança pública, entre outros, ocasionando a pobreza e a marginalização decorrentes da falta de assistência social em função da deficiência de recursos.

Acrescenta ainda a autora que:

(...) quando a impunidade, pela proibição de admitir provas ilícitas nos processos, se dá em crimes de tráfico de entorpecentes os danos para os cidadãos não são menos graves, pois resulta comprometido

---

<sup>100</sup> *op.cit.*

<sup>101</sup> *op.cit.*, p.108.

o dever estatal de promoção da justiça e erradicação da marginalização, assim como pode haver comprometimento moral da estrutura administrativa do Estado em face da força corruptiva do comércio ilícito de entorpecentes e drogas afins.<sup>102</sup>

Os exemplos citados demonstram que o sacrifício de valores constitucionais maiores, diante da imposição rigorosa da vedação de provas obtidas com qualquer violação aos direitos e às garantias individuais, prejudicam a materialização dos objetivos do Estado brasileiro, consubstanciando-se ao final em sacrifício do próprio cidadão e da cidadania.

Apesar dos nobres ideais da aceitação da prova ilícita *pro societate*, que visam ao interesse social, a realização de justiça e o atendimento dos anseios da comunidade, o tema ainda é extremamente controvertido.

## 8 EFEITOS DA ILICITUDE PROBATÓRIA

A Constituição Federal veda expressamente as provas ilícitas, sem, contudo, prescrever suas conseqüências caso ingressem no processo. Determina apenas a inadmissibilidade da prova.

Antônio Magalhães Gomes Filho traz importante diferenciação concernente à noção de nulidade e inadmissibilidade.<sup>103</sup> Assevera o ilustre autor que a nulidade é declarada em um julgamento posterior à realização do ato, momento em que reconhece a invalidade e ineficácia da prova. A inadmissibilidade, por sua vez, decorre de uma apreciação prévia feita pelo julgador, com o fim de evitar que elementos inidôneos tenham ingresso nos autos, sendo esta a razão de sua definição em termos negativos como inadmissibilidade, proibição da prova, *exclusionary rules*.

A necessidade dessa distinção reside em seus efeitos, pois a declaração de nulidade não é automática e o ato pode ser dado como válido e eficaz se ocorrerem os requisitos legais para sua convalidação (por exemplo, a inexistência de prejuízo ou a ocorrência de alguma causa de convalidação). A inadmissibilidade, por consistir em uma valoração prévia da prova, antes de seu ingresso no processo, impede a produção de qualquer efeito válido.<sup>104</sup>

---

<sup>102</sup> *op. cit.*

<sup>103</sup> *op. cit.*, p.94.

<sup>104</sup> Segundo Antônio Magalhães Gomes Filho, aproxima-se da idéia de inexistência do ato (*op. cit.*).

Posição majoritária da doutrina enquadra a prova ilícita como ato nulo, tratando-a como caso de nulidade absoluta. Porém, cabe frisar que a linha divisória entre a nulidade relativa e absoluta é, exatamente, o fato desta ser estabelecida em prol do interesse público, devendo ser decretada de ofício; enquanto aquela outra preserva o interesse da parte prejudicada e depende de seu requerimento, bem como da demonstração de prejuízo. Outrossim, é sabido que a doutrina menciona outras duas categorias de atos: atos inexistentes e atos irregulares. Os atos inexistentes são “não-atos”, aos quais não se cogita invalidação alguma, pois a inexistência antecede a qualquer juízo de validade. Já os atos meramente irregulares não comprometem os objetivos do ato, sendo mero desentendimento às prescrições legais.

Portanto, no tocante às provas ilícitas, caberia apenas verificar se se trata de ato absolutamente nulo ou inexistente, não havendo espaço para nulidade relativa (interesse das partes) nem para os atos meramente irregulares (sem sanção).

Ada Pellegrini Grinover, Antonio Scarance Fernandes e Antônio Magalhães Gomes Filho dizem que:

(...) a atipicidade constitucional, no quadro das garantias, importa sempre uma violação a preceitos maiores, relativos à observância dos direitos fundamentais e às normas de ordem pública. (...) Sendo a norma constitucional-processual norma de garantia, estabelecida no interesse público (supra, n. 2), o ato processual inconstitucional, quando não juridicamente inexistente, será sempre absolutamente nulo (...). Resulta daí que o ato processual, praticado em infringência à norma ou ao princípio constitucional de garantia, poderá ser juridicamente inexistente ou absolutamente nulo; não há espaço, nesse campo, para atos irregulares sem sanção nem para nulidade relativas.<sup>105</sup>

Todavia, os citados autores fazem uma ressalva: “Mas aqui o fenômeno toma outra dimensão: as provas ilícitas sendo consideradas pela Constituição inadmissíveis não são por esta tidas como provas. Trata-se de não-ato, de não-prova, que as reconduz à categoria de inexistência jurídica. Elas simplesmente não existem como provas: não têm aptidão para surgirem como provas (v., *supra*, cap.II, n. 3). Daí sua total ineficácia”.<sup>106</sup> Desta forma, adotam os citados autores posição diferenciada, inserindo a prova ilícita no âmbito da inexistência jurídica.

---

<sup>105</sup> *op.cit.*, p.22 e 23.

<sup>106</sup> *op.cit.*, p.141. Em igual sentido comunga Torquato AVOLIO. *op.cit.*, p.94.

De qualquer forma, reconhecida a ilicitude da prova, quer como ato nulo ou inexistente, esta deverá ser desentranhada dos autos e entregue a quem as produziu.

Ademais, não há de se falar em nulidade do processo ou rejeição da denúncia quando estes encontrarem ressonância em outras provas coligidas nos autos que embasam a acusação ou o decreto condenatório. *Vide* farta jurisprudência a respeito:

A jurisprudência desta Corte tem-se manifestado no sentido de que a interceptação telefônica, autorizada judicialmente ou não, realizada anteriormente à Lei nº 9296/96, não acarreta a nulidade da condenação, quando esta se baseia em outras provas coligidas no curso da instrução criminal, seja, quando a prova ilícita não serviu de elementos de convicção decisivo para a condenação. (STJ, HC 23.432/SP, Relator Ministro Vicente Leal, julgado em 01/04/2003)

O conjunto probatório precisa ser analisado organicamente. A prova ilícita, sem dúvida, é vedada pelo Direito e não pode fundamentar restrição ao exercício do direito de liberdade. Em havendo, contudo, outros elementos, sem vício jurídico, legal a decisão do juiz que os considerou para explicitar a decisão. (STJ, HC 9128/RO, Relator Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro, DJ 02/08/1999)

Descabe concluir pela nulidade do processo quando o decreto condenatório repousa em outras provas que exsurtem independentes, ou seja, não vinculadas à que se aponta como ilícita. (STF, 2ª Turma, HC 75.892 -6/RJ, Relator Ministro Marco Aurélio, DJ 17/04/98)

Todavia, quando a prova ilícita for obtida durante o inquérito policial e for imprescindível para o oferecimento da denúncia, não havendo outros elementos que sustentem a acusação, o indiciado poderá requerer, por HC, o trancamento do inquérito policial por falta de justa causa e o desentranhamento da prova, seguindo-se do conseqüente arquivamento.<sup>107</sup>

Se a despeito da prova ilicitamente colhida no inquérito houver denúncia, poderá o acusado manejar o *habeas corpus* para trancar a ação penal por falta de justa causa, desentranhar a aludida prova e obter o arquivamento do feito.

Bom lembrar que caso o *writ* seja indeferido pelo Tribunal, caberá novo exame da ilicitude da prova quando prolatada a sentença ou em sede de recurso de apelação.

---

<sup>107</sup> Scarance FERNANDES em Jacques de Camargo PENTEADO (coord.). *Justiça penal: críticas e sugestões: provas ilícitas e reforma pontual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p.66.

Se produzida em juízo a prova discutida, o tema será tratado em alegações finais (artigo 500, código CPP) ou em simples petição. Antonio Scarance Fernandes assevera que, em acolhendo a argüição de ilicitude, deverá o juiz desentranhar a prova dos autos a fim de que não influa no julgamento. Não acolhendo a ilicitude, deverá ser impetrado habeas corpus.<sup>108</sup> Cabe frisar que não há previsão de recurso para o Ministério Público, caso tenha requerido o desentranhamento da prova ilícita.

Permanecendo a prova nos autos e vindo a sentença, caberá apelação alegando em preliminar a ilicitude da prova. Transitada em julgado a sentença, viável a Revisão Criminal ou *habeas corpus*.

Se em virtude do reflexo do desentranhamento da prova atacada, em recurso da defesa contra sentença condenatória, o conjunto probatório mostrar-se frágil, deverá a sentença ser reformada. Em caso negativo, havendo outros elementos de prova que embasem o julgado, manter-se-á intacta a sentença (conforme jurisprudência vista anteriormente).

Em recurso da acusação ante a sentença absolutória, pugnando pela ilicitude da prova produzida pela defesa, o Tribunal deverá sopesar o reflexo do desentranhamento da prova. Se excluída a prova, existirem elementos para embasar a condenação, a sentença será reformada; caso contrário, apesar da exclusão da prova viciada, manter-se inalterada a situação, havendo outros meios que sustentem a absolvição, determina-se a manutenção da sentença absolutória.

Importante ressaltar que o tribunal indicará a prova viciada e as contaminadas por ela, se o caso.

A fase de pronúncia do réu no Tribunal do Júri não oferece dificuldades, seguindo o já exposto (apelação ou *habeas corpus* e o conseqüente desentranhamento). Pronunciado o réu, contudo, aí a complexidade ganha relevo, eis que nada poderá fazer o Juiz Presidente do Júri, a menos que a sentença de pronúncia não tenha levado em consideração a prova ilícita, hipótese em que o juiz presidente mandará desentranhá-las antes que delas tomem conhecimento os jurados. Entretanto, se esta prova for citada em plenário, o juiz dissolverá o Conselho de Sentença, conforme disposto no artigo 475 do Código de Processo Penal.

A questão torna-se intrincada diante da soberania dos jurados (artigo 5º, inciso XXXVIII) que não possuem o dever de fundamentar a decisão tomada, assim, nunca se saberá o grau de influência que a prova ilícita exerceu no

---

<sup>108</sup> *ibidem*, p.67.

juízo. Portanto, se a prova permaneceu nos autos até a sessão plenária ou, se apesar de desentranhada, foi mencionada no plenário, em sede de *habeas corpus* ou do recurso cabível, o tribunal deverá anular o julgamento, para que se realize um outro, e desentranhar a prova, tendo-se em conta a impossibilidade de mensurar a influência da prova no julgado. A ausência de motivação no júri impede o conhecimento das razões de julgar, fato que justifica a anulação do *decisum* dos jurados.<sup>109</sup>

## CONCLUSÃO

O tema das provas ilícitas é inegavelmente tormentoso, levantando a controvérsias e debates entre renomados juristas e a própria jurisprudência.

A questão coloca-se diante da atividade jurisdicional, que busca a efetividade do processo com a realização da justiça, a busca da verdade material e a aplicação do ordenamento jurídico pátrio ao caso concreto, e, por outro lado, temos as liberdades públicas, especialmente as inviolabilidades individuais como a intimidade e a vida privada do cidadão (art. 5º, incisos X e XII), que devem ser respeitadas e observadas pelo aparelho estatal. Portanto, interesses contrapostos são o cerne do confronto, o interesse individual *versus* o interesse público.

A Carta Magna consagra a inadmissibilidade das provas ilícitas no plano jurídico, constituindo-se em direito fundamental elencado no art. 5º, inciso LVI do texto maior. Contudo, o direito à prova constitui-se em decorrência natural de outros direitos fundamentais elencados constitucionalmente, como o direito de ação e de defesa, o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa.

A convivência dos direitos fundamentais exige a relatividade desses, sob pena de se tornar insustentável e desarmonioso o entendimento entre os valores pregados pela Constituição. Nenhum valor pode receber conotação absoluta, eis que traria resultados repugnantes e contrários ao senso de justiça. Uma interpretação rígida e meramente formal do art. 5º e seus incisos X e XII, que asseguram as inviolabilidades à intimidade, à vida privada e aos meios de comunicação, juntamente com o preceito também constitucional da vedação das provas ilícitas no processo (art. 5º, inciso LVI), constituirá em um fator gerador de injustiças, resultando no enfraquecimento dos valores constitucionais e no descrédito do Judiciário. A relatividade dos valores constitucionais não significa enfraquecer

---

<sup>109</sup> Ada Pellegrini GRINOVER *et al. op.cit.*, p.142.

os direitos fundamentais, mas, sim, preservá-los, mantendo sua força normativa dentro de seus respectivos espaços e limites cabíveis a cada situação.

Diante desse contexto, surge no cenário jurídico o Princípio da Proporcionalidade como pacificador das eventuais colisões entre direitos e valores fundamentais. Sua destacada projeção no cenário jurídico deve-se a grande elasticidade com que se acomoda às mais diversas circunstâncias. Essa é uma das características dos princípios, que não se prendem à rudeza de um sistema de validade ou invalidade, como a que estão submetidas as regras. Os princípios curvam-se ou dobram-se às necessidades e exigências do caso concreto, amoldando-se conforme a conveniência da situação e harmonizando-se com os outros princípios ou valores presentes ou em proximidade.

A adoção do critério da proporcionalidade é observada na admissibilidade da prova ilícita *pro reo* e *pro societate*. Em favor do réu sua aplicação é uníssona, enquanto em favor da acusação possui tímida aplicação na jurisprudência.

Controvérsia maior se revela a teoria da contaminação das provas decorrentes das ilícitas. Assentou o Supremo Tribunal Federal entendimento pela acolhida da teoria estadunidense do *fruits of the poisonous tree*, após uma guinada de posicionamento da excelsa Corte que possuía, anteriormente, posição contrária à referida tese.

A impunidade de certos criminosos e organizações voltadas às atividades ilícitas é nociva à coletividade como também prejudica os serviços do Estado. É inegável também que os direitos individuais merecem ampla proteção, consistindo em uma das maiores conquistas contra as intromissões ilegais na esfera íntima do indivíduo. Todavia, a aplicação de qualquer dispositivo constitucional deve ocorrer de forma a preservar a unidade da Constituição, promovendo a integração com as demais normas constitucionais. Sob essa perspectiva demonstra-se a necessidade de mitigação à aplicação intransigente do princípio da inadmissibilidade das provas ilícitas, por outro lado, firma-se o princípio da proporcionalidade como fator solucionador.

Na ponderação dos valores em jogo com a aplicação do princípio da proporcionalidade por meio de parâmetros rígidos e critérios objetivos, para decidir-se acerca da admissibilidade ou não da prova, parece repousar a solução para o desate de intrincadas questões sobre o conflito entre a efetividade do processo judicial e as liberdades públicas.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. *Provas ilícitas: interceptações telefônicas e gravações clandestinas, atualizada em face da Lei 9.296/96 e da jurisprudência*. 2.ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- BARROS, Marco Antonio de. *A busca da verdade no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle da constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. 2.ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.
- CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 9.ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2003.
- CARNAÚBA, Maria Cecília Pontes. *Prova ilícita*. São Paulo: Saraiva, 2000.
- CARVALHO, Ricardo Cintra Torres de. A inadmissibilidade da prova ilícita no processo penal: um estudo comparativo das posições brasileira e norte-americana. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 12, p.162-200.
- CASTILHO, Maria Augusta de. *Roteiro para elaboração de monografia em ciências jurídicas*. 2.ed. rev. São Paulo: Sugestões Literárias, 2000.
- CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido R. *Teoria geral do processo*. 11.ed. São Paulo: Malheiros, 1995.
- CRUZ, Rogério Schietti Machado. Sessenta dias de prisão temporária é razoável? *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 5, n. 17, p.153-160, jan./mar. 1997.
- \_\_\_\_\_. *Garantias processuais nos recursos criminais*. São Paulo: Atlas, 2002.
- DOMINGOS, Sérgio. Conflito de princípios e o princípio da proporcionalidade. *Revista da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios*, Brasília, ano 9, n. 18, p.187-207, jul./dez. 2001.
- FARIAS, Paulo José Leite. Os princípios como fatores de mobilidade do sistema jurídico. *Revista da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios*, Brasília, ano 5, n. 9, p.156-199, jan./jun. 1997.
- FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. 2.ed. rev. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

- FREGAPANI, Guilherme Silva Barbosa. Prova ilícita no direito pátrio e no direito comparado. *Revista da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios*, Brasília, ano 3, n. 6, p.231-325, jul./dez. 1995.
- GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As nulidades no processo penal*. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- \_\_\_\_\_. O regime brasileiro das interceptações telefônicas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 5, n. 17, p.112-126, jan./mar. 1997.
- \_\_\_\_\_. A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 7, n. 27, p.71-79, jul./set. 1999.
- \_\_\_\_\_. A reforma do código de processo penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 8, n. 31, p.65-73, jul./set. 2000.
- HAMILTON, Sérgio Demoro. As provas ilícitas, a teoria da proporcionalidade e a autofagia do direito. *Revista do MP*, Rio de Janeiro, n. 11, p.264, jan./jul. 2000.
- KELSEN, Hans. *O problema da justiça*. trad. João Batista Machado. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.
- MENDES, Gilmar Ferreira Mendes; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.
- MENDONÇA, Rachel Pinheiro de Andrade. *Provas ilícitas: limites à licitude probatória*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.
- MIRABETE, Julio Fabrini. *Processo penal*. 3.ed. rev. atual. São Paulo: Atlas, 1994.
- MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 13.ed. rev. ampl. São Paulo: Atlas, 2003.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. A constituição e as provas ilicitamente obtidas. *Revista da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios*, Brasília, ano 03, n. 06, jul./dez. 1995.

- NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na constituição federal*. 5.ed. rev. ampl. atual. com a Lei das Interceptações Telefônicas (9296/96), Lei da Arbitragem (9307/96) e a Lei dos Recursos nos Tribunais Superiores (9756/98). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. Coleção estudos de direito de processo Enrico Tullio Liebman. v. 21.
- OLIVEIRA, Fábio Corrêa de Souza. *Por uma teoria dos princípios: o princípio constitucional da razoabilidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.
- PENTEADO, Jaques de Camargo *et al.* *Justiça penal: críticas e sugestões: provas ilícitas e reforma pontual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- SILVA, César Dario Mariano da. *Provas ilícitas*. 2.ed. rev. atual. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 2002.
- SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de processo civil: processo de conhecimento*. 6.ed. rev. atual. com as leis 10.352, 10.358/2001 e 10.444/2002. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. vol. I.
- SLAIBI FILHO, Nagib. Razoabilidade *versus* proporcionalidade. *Revista Jurídica Consulex*, Brasília: Consulex, ano VII, n. 145, p.44-45, 31 jan. 2003.
- SUANNES, Adauto. Provas eticamente inadmissíveis no processo penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 8, n. 31, p.75-101, jul./set. 2000.
- TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 12.ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 1997. v 3.
- VASCONCELLOS, Roberto Prado de. Provas ilícitas (enfoque constitucional). *Revista dos Tribunais*, ano 90, vol. 791, p.456-486, set. 2001.