

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL

FACULDADE DE DIREITO

DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS PENAIS

PABLO FENNER

**A POSSIBILIDADE DE ADMISSÃO DE PROVAS ILÍCITAS NO PROCESSO
PENAL BRASILEIRO**

Porto Alegre

2019

PABLO FENNER

**A POSSIBILIDADE DE ADMISSÃO DE PROVAS ILÍCITAS NO PROCESSO
PENAL BRASILEIRO**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Departamento de Ciências Penais, da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador: Prof. Dr. Pablo Rodrigo Alflen da Silva

Porto Alegre
2019

PABLO FENNER

**A POSSIBILIDADE DE ADMISSÃO DE PROVAS ILÍCITAS NO PROCESSO
PENAL BRASILEIRO**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Departamento de Ciências Penais, da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Aprovado em 09 de julho de 2019.

BANCA EXAMINADORA:

Prof. Dr. Pablo Rodrigo Alflen da Silva
Orientador

Prof. Dr. Odone Sanguiné

Prof. Dr. Marcus Vinicius Macedo Aguiar

RESUMO

A presente monografia pretende analisar a possibilidade de admissão e utilização das provas ilícitas no ordenamento jurídico brasileiro.

Preliminarmente, aborda-se o instituto das provas, servindo como base para o estudo do tema. Prosseguindo para os princípios e regras relacionados à prova para, após isso, analisar como é utilizado o princípio da proporcionalidade a fim de afastar ou não o princípio da vedação de provas ilícitas.

O principal objetivo dessa pesquisa é demonstrar que o princípio constitucional de vedação de provas ilícitas não é absoluto, assim como todos os outros, evidenciando, portanto, a possibilidade de admissão de provas ilícitas através da aplicação do princípio da proporcionalidade.

Palavras-chave: Provas ilícitas. Inadmissibilidade das provas ilícitas. Prova Ilícita por Derivação. Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada. Princípio da Proporcionalidade. Provas Ilícitas *Pro reo*. Provas Ilícitas *Pro societate*. Encontro fortuito de provas.

ABSTRACT

This monograph intends to analyze the possibility of admission and use of illicit proof in the Brazilian legal order.

Preliminarily, approach the institute of proof, serving as the basis for the study of the theme. Proceeding to the principles and rules related to the proof for Proceeding to the principles and rules related to the proof, after which to examine how the principle of proportionality is used in order to depart or not to the principle of the prohibition of illegal proof.

The main objective of this research is to demonstrate that the constitutional principle of prohibition of illegal proof is not absolute, as are all other constitutional principles, thus evidencing the possibility of admitting illicit proof through the application of the principle of proportionality.

Keywords: Illicit proof. Inadmissibility of illicit proof. Illicit proof by derivation. *Fruits of The Poisonous Tree*. Proportionality principle. Illicit proof *Pro reo*. Illicit proof *Pro societate*. Independence source.

Sumário

1. INTRODUÇÃO	8
2. DAS PROVAS	10
2.1. CONCEITO DE PROVA	10
2.2. FINALIDADE DA PROVA	10
2.3. OBJETO	11
2.4. A VERDADE NO ÂMBITO PROBATÓRIO	12
2.5. DOS PRINCÍPIOS GERAIS DA PROVA	13
2.5.1. PRINCÍPIO DA ORALIDADE	13
2.5.2. PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE	13
2.5.3. PRINCÍPIO DA COMUNHÃO DE PROVAS	14
2.5.4. PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO	15
2.5.5. PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA	17
2.5.6. PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL	18
2.5.7. PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA	19
2.6. ÔNUS DA PROVA	20
2.7. MEIOS DE PROVA	21
3. INADMISSIBILIDADE DE PROVAS ILÍCITAS	23
3.1. PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO DA PROVA ILÍCITA	23
3.2. CARACTERÍSTICAS, PREVISÕES NORMATIVAS E DIFERENCIAÇÃO ENTRE PROVAS ILEGAIS, ILÍCITAS E ILEGÍTIMAS	23
3.3. PROVA ILÍCITA POR DERIVAÇÃO (FRUTO DA ÁRVORE ENVENENADA)	28
4. A POSSIBILIDADE DE ADMISSÃO DE PROVAS ILÍCITAS NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO	34
4.1. A DIFERENÇA ENTRE RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE ...	34
4.2. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE	36
4.3. PROVAS ILÍCITAS <i>PRO REO</i>	38

4.4. PROVA ILÍCITA <i>PRO SOCIETATE</i>	41
4.5. TEORIA DO ENCONTRO FORTUITO DE PROVAS.....	45
4.6 A POSSIBILIDADE DE ADMISSÃO DE PROVAS ILÍCITAS NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO	46
5. CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	50
REFERÊNCIAS.....	53

1. INTRODUÇÃO

A presente monografia destina-se a estudar a possibilidade de admissão de provas ilícitas no ordenamento jurídico brasileiro.

As provas têm uma grande relevância no ordenamento jurídico, visto que as responsáveis pela comprovação do fato ocorrido, convencendo o magistrado e o auxiliando na resolução da lide. Entretanto, conforme a Constituição Federal do Brasil de 1988, não é qualquer prova que pode ser incorporada ao processo judicial, tendo em vista que em seu artigo 5º, inciso LVI, expressa claramente a vedação de utilização da prova ilícita.

Este princípio visa a evitar que sejam produzidas provas por meios que infrinjam direitos e garantias fundamentais. Atuando, portanto, como um limitador em relação aos órgãos estatais e evitando que estes ajam com excesso na persecução penal com o intuito de conseguir provas a qualquer custo, como por exemplo, por meio de tortura, de violação do sigilo de correspondências, de violação de domicílio, de violação de comunicações telegráficas, de violação de comunicações telefônicas, entre outras.

Em razão da discussão doutrinária e jurisprudencial sobre o tema, o presente estudo pretende analisar como o assunto é tratado pela doutrina e suas principais divergências.

É necessário analisar, quando se trata de provas ilícitas, o princípio da proporcionalidade e como deve ser aplicado, de acordo com a doutrina e a jurisprudência.

O primeiro capítulo destina-se a abordagem do instituto da prova. Como o conceito de prova, objetos da prova, meios de prova, a quem cabe o ônus de provas, a finalidade da prova e, por fim, os princípios que estão intimamente relacionados à utilização das provas.

O segundo capítulo analisará a vedação de provas ilícitas constante nos artigos 5º, inciso LVI da Constituição Federal e 157 do Código de Processo Penal. Nessa parte, incluir-se-á o estudo da teoria dos frutos da árvore envenenada, conhecida também como prova ilícita por derivação.

Por fim, no terceiro capítulo será tratada das discussões doutrinárias em relação a admissibilidade de provas ilícitas pela utilização do princípio da proporcionalidade. Serão expostos, também, os diversos tipos de provas ilícitas,

como, por exemplo, as provas ilícitas a favor do acusado, as provas ilícitas a favor da sociedade, as provas ilícitas encontradas fortuitamente e, a partir disso, serão analisadas as hipóteses em que poderá ocorrer a admissibilidade dessas provas de acordo com os entendimentos doutrinários.

2. DAS PROVAS

2.1. CONCEITO DE PROVA

O termo *prova* origina-se etimologicamente das palavras latinas *probatio* e *probus*, derivando, assim, o verbo provar, o qual está intimamente ligado à busca intelectual do conhecimento da verdade. A partir disso, provar é o ato de demonstrar a realidade de fatos ocorridos no mundo real¹.

A partir disso, a doutrina entende pela existência de três sentidos para o termo *prova*.

O primeiro sentido é o ato de provar, ocorre durante a fase probatória processual, que trata do conjunto de atos para que se verifique a exatidão ou a verdade dos fatos alegados pelas partes no processo.

O segundo sentido é o meio pela qual é obtida a demonstração dos fatos, podendo ser por meio de documentos, provas testemunhais, etc.

E o terceiro sentido é o resultado da ação de provar, ou seja, ao analisar todo o conjunto de provas oferecido com o fim de demonstrar a realidade de um fato, obtém-se o produto do conjunto probatório. Sendo este o considerado o clímax processual, uma vez que nesse momento é possível que o julgador chegue à sentença².

2.2. FINALIDADE DA PROVA

A prova, no processo penal, tem como finalidade o convencimento do julgador em relação à veracidade das afirmações das partes. De acordo com o ensinamento de Mirabete ao afirmar que “provar é produzir um estado de certeza, na consciência e na mente do juiz, para sua convicção, a respeito da existência ou inexistência de um fato, ou da verdade de interesse para uma decisão judicial ou a solução de um processo”³.

O juiz, para que possa proferir a sua decisão, precisa reconstruir o fato objeto do processo nos autos, por meio de provas testemunhais, documentais, periciais e

¹ LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de processo penal: volume único. 5. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017. p. 583.

² NUCCI, Guilherme de Souza. Código de Processo Penal comentado / Guilherme de Souza NUCCI. – 15. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 301.

³ MIRABETE, Julio Fabbrini. Processo penal. São Paulo: Atlas, 10ª ed., 2000. p.256.

de outros meios. Essa atividade busca dar o conhecimento ao julgador como se fosse à época e o local do fato, fazendo-o sentir como se estivesse presenciando o acontecimento e, a partir disso, com base nas suas próprias conclusões, afirmar se o acusador tem razão ou não⁴.

Sendo assim, a prova exerce o papel mais importante dentro do processo, uma vez que vinculada aos mais relevantes princípios garantidores do devido processo legal e é fundamental para a reconstrução de fatos como também para formar convencimento sobre eles. Portanto, a prova serve como base para o correto julgamento do processo pelo órgão julgador, uma vez que a atividade mais difícil para o juiz é a reconstrução dos fatos e formar seu convencimento sobre eles, isso por que a reconstrução do fato não depende exclusivamente de capacidade técnico-jurídica, diferentemente da aplicação do direito que depende quase que tão somente deste conhecimento⁵.

2.3. OBJETO

Quanto ao objeto da prova, geralmente apenas os fatos principais ou secundários deverão ser provados, uma vez que se presume o conhecimento do juiz em relação ao direito⁶.

São objetos de prova no processo penal: a imputação da peça acusatória (*thema probandum*), uma vez que ao acusar alguém de um ato típico penal, há a necessidade de comprovação do ato referendado na peça inicial; os costumes, por se tratar de direito consuetudinário, há a necessidade de comprovação; regulamentos e portarias que não sejam complemento de norma penal, pois nesse caso, presume-se o conhecimento da questão pelo julgador; direito estrangeiro, estadual e municipal que seja de localidade diversa da jurisdição do órgão julgador, conforme o art. 376 do Código de Processo Civil; e os fatos não contestados ou incontroversos, à vista disso, diferentemente do código de processo civil que não dependem de prova, por força do

⁴ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Código de processo penal comentado: Volume 1 e 2 / Fernando da Costa Tourinho Filho – 13. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2010. p. 506.

⁵ SOUZA, Sérgio Ricardo de. Manual de processo penal constitucional: Pós-reforma de 2008/ Sérgio Ricardo de Souza, Willian Silva – Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 286.

⁶ GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. Direito processual penal esquematizado® / Victor Eduardo Rios Gonçalves, Alexandre Cebrian Araújo Reis. – 7. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

princípio de presunção de inocência, existe a necessidade de comprovação da prática do ato típico, ainda que o acusado tenha confessado o cometimento do delito⁷.

Portanto, não serão todos os fatos e circunstância objetos de provas, de modo que se restringe apenas aos acontecimentos úteis e relevantes. Sendo, por conseguinte, inadmissíveis como objeto de prova os fatos impertinentes (alheios à causa), irrelevantes (não influenciam a causa, embora tenham relação), fatos notórios (fatos de conhecimento geral dos habitantes da região na qual tramita o processo, ainda que seja somente daquele local, exceto em relação ao ato criminoso, uma vez que não se pode considerar como fato notório e dispensar a sua prova, somente fatos notórios acidentais estão dispensados de comprovação), fatos impossíveis (contrários às leis naturais), fatos tidos pela presunção de existência ou veracidade⁸.

O meio de obtenção de provas no processo penal refere-se a procedimentos, normalmente extraprocessuais, com a finalidade de produzir provas materiais. Estes procedimentos são executados geralmente por policiais sem o conhecimento do investigado, com o fundamento de ser surpresa⁹.

2.4. A VERDADE NO ÂMBITO PROBATÓRIO

A prova visa à verdade do fato, para isso, existem três estados de espírito em relação ao conhecimento da verdade que são a ignorância, a dúvida e a certeza. No processo penal, não se busca a verdade no sentido filosófico, mas sim a realização de justiça. *“Busca-se através do Direito equilibrar a realização da segurança social, punindo os delinquentes e aplicando a justiça com a proteção do inocente, ao mesmo tempo em que se impede a acusação infundada e se impõe a obrigatoriedade da absolvição quando não restarem provadas a autoria e a materialidade do fato delituoso”*¹⁰.

A verdade é relativa, uma vez que o verdadeiro para alguns, poderá não ser para outros. Por isso, o objetivo do processo é o convencimento do julgador, tentando demonstrar por meio do raciocínio que a sua verdade é a correta, sendo exatamente

⁷ LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de processo penal: volume único. 5. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017. p. 594.

⁸ GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. Direito processual penal esquematizado® / Victor Eduardo Rios Gonçalves, Alexandre Cebrian Araújo Reis. – 7. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

⁹ LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de processo penal: volume único. 5. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017. p. 590.

¹⁰ LACERDA, Dennis Otte. Breve perspectiva da prova indiciária no Processo penal / Dennis Otte Lacerda – Curitiba: JM Livraria, 2006. p. 17.

a realidade descrita. Ainda que o julgador seja convencido equivocadamente, ele ainda atingirá a certeza suficiente para proferir sua decisão¹¹.

Quanto à certeza no âmbito penal, esta tem caráter subjetivo, pode-se dizer que é o que se vê, sente, aceita, percebe¹². A certeza no direito penal é mista, uma vez que consiste na “*percepção da realidade física por obra dos sentidos, a que se junta acessoriamente à inteligência intuindo os sentidos, vem juntar-se frequentemente o concurso activo da inteligência, que, pela reflexão, conduz da realidade física percebida directa e materialmente à afirmação de uma realidade física ou moral não percebida em si*”. Portanto, a certeza nada mais é que um estado da alma, que pode ou não corresponder à verdade objetiva.¹³

2.5. DOS PRINCÍPIOS GERAIS DA PROVA

2.5.1. PRINCÍPIO DA ORALIDADE

Por esse princípio Távora¹⁴ entende que deverá ocorrer predominância da palavra falada sobre a escrita, por exemplo testemunhos, interrogatórios. O princípio da oralidade estimula centralizar a produção de provas no menor número de audiências possíveis, conjuntamente com o princípio da imediatidade, o qual aproxima o magistrado do contexto probatório.

2.5.2. PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE

Esse princípio tem como base o artigo 5º, inciso LX da constituição, que determina que *a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem*¹⁵.

¹¹ NUCCI, Guilherme de Souza. Código de Processo Penal comentado / Guilherme de Souza Nucci. – 15. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 301.

¹² LACERDA, Dennis Otte. Breve perspectiva da prova indiciária no Processo penal / Dennis Otte Lacerda – Curitiba: JM Livraria, 2006. p. 18.

¹³ MALATESTA, Nicola Framarino Dei. A lógica das provas em matéria criminal.

¹⁴ ALENCAR, Rosmar Rodrigues; TÁVORA, Nestor. Curso de direito processual penal. 8. ed. rev., atual. e ampl. - Salvador: Juspodivm, 2013, p. 411.

¹⁵ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>

Para Avena¹⁶, este princípio pretende garantir ao cidadão acesso e confiança no sistema de administração de justiça, uma vez que as questões importantes do processo devem ser tratadas publicamente, não devendo ser produzidas provas de forma secreta.

Entretanto, há casos excepcionais em que é possível a limitação da publicidade de atos processuais por meio do segredo de justiça. A própria Constituição Federal no artigo 93, inciso IX, determina que *a lei pode limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação*¹⁷.

Com base nessa excepcionalidade permitida pela Constituição, o Código de Processo Penal nos seus artigos 792, § 1º e 201, § 6º, este determina que o juiz poderá limitar a publicidade do processo no caso de preservar a intimidade, a vida privada, honra e imagem do ofendido e aquele estabelece que será possível limitar o ato processual que possa resultar em escândalo, inconveniente grave ou perigo de perturbação da ordem¹⁸.

Pelo exposto, entende-se que o princípio da publicidade, via de regra, determinada a publicação dos atos processuais, entretanto, há casos em que excepcionalmente, o processo anda em segredo de justiça e se aceita a flexibilização deste princípio.

2.5.3. PRINCÍPIO DA COMUNHÃO DE PROVAS

O princípio da comunhão das provas, para Nucci¹⁹, significa que uma vez produzida a prova, ainda que por iniciativa de apenas uma das partes, esta passa a pertencer ao processo, podendo ser utilizada por todos integrantes da relação processual. Sendo assim, uma vez juntada aos autos, a prova tem a finalidade de buscar a verdade real, não mais servindo ao interesse de uma única parte.

¹⁶ AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. Processo Penal: esquematizado / Norberto Avena – 3ª ed. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011. p. 472.

¹⁷ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>

¹⁸ _____. Código de Processo Penal. decreto lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Decreto-Lei/Del3689.htm>>

¹⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. Código de Processo Penal comentado / Guilherme de Souza Nucci. – 15. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 37.

Um ponto relevante quanto a este princípio é o caso de desistência de oitiva de testemunhas arroladas. Ainda que a desistência seja da parte que arrolou a testemunha, isso não poderá acontecer sem a anuência da outra parte, posto que essa outra parte pode ter deixado de arrolar a testemunha em face de já ter sido arrolada e a homologação de desistência sem a anuência da parte adversa poderia gerar prejuízo ao processo²⁰.

Percebe-se que, devido a este princípio, todas as provas produzidas no decorrer do processo não pertencem a uma parte específica, mas sim ao processo e podem ser utilizadas por qualquer dos envolvidos na relação processual.

2.5.4. PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO

O princípio constitucional do contraditório está expresso na Constituição Federal no artigo 5º, inciso LV. Assegurando aos litigantes em processo judicial ou administrativo e aos acusados em geral, o contraditório e a ampla defesa²¹.

Inicialmente, o contraditório pode ser entendido como método de confrontação da prova e comprovação da verdade. O ato de contradizer a versão do acusador é imprescindível para um mínimo de configuração acusatória do processo²².

O contraditório busca estimular a participação dos litigantes e do juiz no processo, e garantir a eles os meios necessários. Sendo assim, isso significa um direito de ambas as partes como também uma série de deveres do juiz, pois obriga este a participar da instrução do processo e exercer o próprio contraditório²³.

O juiz deve participar do processo de maneira intensa, entretanto que não seja confundida com o juiz-inquisidor, sendo o dever do julgador responder adequadamente às petições e requerimentos das partes, fundamentar devidamente as decisões, evitar atuações de ofício e surpresas²⁴. Diante disso, nota-se o elo entre a atuação do juiz no contraditório e o princípio da imparcialidade do juiz. O juiz deve

²⁰ AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. Processo Penal: esquematizado / Norberto Avena – 3ª ed. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011. p. 471.

²¹ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>

²² LOPES JR., Aury. Direito processual penal / Aury Lopes Jr. – 15. Ed - São Paulo: Saraiva educação, 2018. p. 361.

²³ DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de direito processual civil. São Paulo: Malheiros, 2001, vol. I, p. 213.

²⁴ LOPES JR., Aury. Direito processual penal / Aury Lopes Jr. – 15. Ed - São Paulo: Saraiva educação, 2018. p. 362.

ser imparcial, mas isso não pode ser confundido com neutro, ou seja, não pode ter interesses pessoais na causa²⁵.

O contraditório também serve para levar o processo a sua realização do direito material, de melhor forma possível. Para que seja possível chegar a essa conclusão, a reconstrução dos fatos deve se aproximar ao máximo da realidade e isso só ocorrerá por meio do contraditório que gerará a bilateralidade no processo, possibilitando às partes oferecerem a sua versão pessoal sobre os fatos que serão submetidos a julgamento²⁶.

Para José Carlos Barbosa Moreira²⁷, o contraditório objetiva dar dignidade à disputa processual, pois esta deve ocorrer com respeito à personalidade dos litigantes, eliminando, portanto, as surpresas desleais, as armas secretas e os golpes desfechados no escuro. Sendo assim, o contraditório gera garantias como a oportunidade de pleitear a produção de provas, não haverá diferença de critérios no deferimento ou indeferimento de tais provas pelo magistrado, as partes terão as mesmas possibilidades de participar de todos os atos probatórios e de se pronunciar sobre seus resultados. Essas garantias devem funcionar substancialmente, e não apenas formalmente, o que significa que o juiz deverá assegurar as condições mais favoráveis à participação dos litigantes levando em conta as possibilidades que cada uma das partes terá de exercer seu direito ao contraditório.

A defesa no processo e o princípio do contraditório estão extremamente conectados, porquanto este representa o instante da informação, e a partir dessa informação é que nasce o exercício da defesa, portanto é a defesa que garante o exercício do contraditório, mas também por este que se manifesta e é garantida a defesa²⁸.

A garantia do contraditório possui dois polos, da informação e da reação. Pode-se entender que o contraditório, na sua essência, é o direito de ser informado e de

²⁵ CAMPOS, Gabriel Silveira de Queirós. Provas ilícitas e ponderação de interesses no processo penal. Provas ilícitas e ponderação de interesses no processo penal. 1. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2015. v.1. p. 85.

²⁶ CAMPOS, Gabriel Silveira de Queirós. Provas ilícitas e ponderação de interesses no processo penal. Provas ilícitas e ponderação de interesses no processo penal. 1. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2015. v.1. p. 81.

²⁷ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A garantia do contraditório na atividade de instrução. Revista de jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, V. 20, nº 46, 1981, p. 2.

²⁸ PELLEGRINI GRINOVER, Ada; SCARENCE FERNANDES, Antonio e GOMES FILHO, Antônio Magalhães. As Nulidades no Processo Penal. 2. ed. São Paulo, Malheiros, 1992. p. 63.

participar do processo, de conhecer completamente a acusação, de saber o andamento do processo, de ser comunicado de todos os atos processuais, sob pena de violação do próprio princípio.

Existem quatro momentos de prova em que devem ser observados o contraditório. A postulação, momento em que o contraditório funciona como forma de postular provas em igualdade de condições e oportunidades. A admissão que se concretiza na possibilidade de impugnar a decisão que admite prova. A produção que se manifesta na forma das partes participarem e ajudarem na produção da prova. E, por último, na valoração da prova, que lida com o controle da racionalidade da decisão, ou seja, a possibilidade de impugnação da prova pela via recursal. É fundamental que o contraditório faça parte de todos os atos e momentos da prova²⁹.

Assim sendo, entende-se que o princípio do contraditório é necessário para o funcionamento dialético do processo, visto que garante a igualdade entre os envolvidos e permite a interação das partes e do magistrado, possibilitando a manifestação, debates e impugnação de atos.

2.5.5. PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA

Igualmente ao princípio do contraditório, a ampla defesa também se fundamenta no artigo 5º, inciso LV da Constituição Federal o qual *garante aos litigantes em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes*³⁰.

Os princípios citados estão intimamente ligados, em virtude de que a defesa garante o contraditório e se manifesta por meio dele. Como o contraditório só se expressa por meio da informação, é a partir de seu segundo elemento – a reação – que a ampla defesa se exprime. Embora sejam muito próximos, não podem ser confundidos, pois a ampla defesa é a posição de defesa, já o contraditório é o direito de se contrapor aos atos e termos da parte contrária. Sendo assim, verifica-se que os dois são manifestações simultâneas, mas não se pode entender que há derivação entre elas³¹.

²⁹ LOPES JR., Aury. Direito processual penal / Aury Lopes Jr. – 15. Ed - São Paulo: Saraiva educação, 2018. p. 364.

³⁰ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>

³¹ LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de processo penal: volume único / Renato Brasileiro de LIMA – 4. ed. rev., ampl. e atual. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2016. p. 29.

A concepção moderna da garantia de ampla defesa abrange três realidade procedimentais que são o direito à informação, a bilateralidade da audiência e o direito à prova legitimamente obtida ou produzida.

A doutrina brasileira concorda que a ampla defesa abarca a defesa técnica e a autodefesa. A defesa técnica necessária decorre da necessidade de estabelecer a paridade de armas, uma vez que de um lado da relação processual está o Ministério Público (órgão governamental bem aparelhado), torna-se necessário que o acusado também esteja amparado por meio de um advogado. A defesa técnica plena significa que a defesa deverá ser presente durante todo o desenvolvimento processual, garantindo ao réu a real oposição à acusação³².

2.5.6. PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

O princípio do devido processo legal está concretizado no artigo 5º, inciso LIV, da Constituição Federal, onde determina que ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal³³.

O objetivo desse princípio é garantir ao acusado a plenitude de defesa, evitando que seja violado o seu direito de ser ouvido, de ser informado pessoalmente de todos os atos processuais, de ter acesso à defesa técnica, de ter a oportunidade de se manifestar sempre depois da acusação e em todas as oportunidades, à publicidade e motivação das decisões, ressalvadas as exceções legais, de ser julgado perante o juízo competente, ao duplo grau de jurisdição, à revisão criminal e à imutabilidade das decisões favoráveis transitadas em julgado³⁴.

O devido processo legal apresenta a ideia de “*devido procedimento legal*”, visto que é por meio do procedimento que o acusado exercer seu direito à ampla defesa e contraditório. Sendo assim, sempre que existir um rito específico para a conduta criminosa atribuída ao réu, se não for observado este rito, haverá um vício insanável,

³² CAMPOS, Gabriel Silveira de Queirós. Provas ilícitas e ponderação de interesses no processo penal. Provas ilícitas e ponderação de interesses no processo penal. 1. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2015. v.1. p. 87.

³³ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>

³⁴ CAPEZ, Fernando. Curso de processo penal / Fernando Capez. – 23. ed. – São Paulo: Saraiva, 2016. 1. Processo penal 2. Processo penal - Jurisprudência - Brasil I. Título. p. 115.

na hipótese de se utilizar um rito menos completo, pois se reduziu a capacidade de defesa do réu³⁵.

Entretanto, ainda que a função do devido processo legal seja de garantia, sua essência é instrumental, ou seja, deve ser mensurado se realmente houve algum prejuízo, no caso de inobservância do rito, à parte processual³⁶.

2.5.7. PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

A presunção de inocência nasceu com a necessidade de proteger o cidadão contra o arbítrio do Estado que buscava condenações presumindo-se a culpa, e não a inocência do acusado. A partir disso, na promulgação da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão em 1789, foi positivado a presunção de inocência no artigo 9º, que determinava que *todo o acusado se presume inocente até ser declarado culpado e, se se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor não necessário à guarda da sua pessoa, deverá ser severamente reprimido pela Lei*³⁷.

Em 1948, a Organização das Nações Unidas inseriu na Declaração Universal dos Direitos Humanos no artigo XI que *todo ser humano acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa*³⁸.

Já no Brasil, está consagrada no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal a presunção de inocência, que disciplina que *ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória*³⁹.

O princípio da presunção de inocência desdobra-se em três momentos, que são a instrução processual onde se presume relativamente a não culpabilidade, a

³⁵ SOUZA, Sérgio Ricardo de. Manual de processo penal constitucional: Pós-reforma de 2008/ Sérgio Ricardo de Souza, Willian Silva – Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 13.

³⁶ DUCLERC, Elmir. Prova penal e garantismo: uma investigação crítica sobre a verdade fática construída através do processo / Elmir Duclerc. Imprensa: Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2004. p. 147.

³⁷ DECLARAÇÃO DOS DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO DE 1789. Disponível em <http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declar_dir_homem_cidadao.pdf>

³⁸ DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. Disponível em <<https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>>

³⁹ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>

avaliação da prova, no caso de dúvida, deverá ser valorada em favor do réu e no curso do processo penal, como modo de tratamento do imputado⁴⁰.

O cerne da presunção de inocência se situa em duas expressões, que são o dever de tratamento e a regra de julgamento. O dever de tratamento atua na parte interna e externa do processo. Sendo assim, dentro do processo, é dever do magistrado e do acusador o tratamento do acusado como inocente, não devendo ser utilizadas demasiadamente as medidas cautelares. Quanto à parte extraprocessual, a presunção de inocência restringe a publicidade abusiva e a estigmatização do réu. Quanto à regra de julgamento, a atuação da presunção de inocência ocorre nos momentos de dúvidas judiciais, impondo-se que sempre que houver dúvida em relação a atribuição do réu sobre a autoria e a materialidade do fato, deve ser resolvido o caso por meio do *in dubio pro reo*, julgando o acusado inocente⁴¹.

Entretanto, o Superior Tribunal de Justiça, por meio da súmula nº 9, orienta que a *exigência de prisão provisória, para apelar, não ofende a garantia constitucional da presunção de inocência*⁴².

Por conseguinte, entende-se que o princípio de presunção de inocência visa a proteger o cidadão de que seja tratado como culpado e tenha seus direitos flagelados sem o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

2.6. ÔNUS DA PROVA

Por ônus probatório, entende-se o dever de provar suas alegações, fornecendo ao juiz elementos para a sua convicção, por meios lícitos e legítimos⁴³.

Existe diferença entre ônus probatório e obrigação probatória e essa distinção reside na obrigatoriedade. O ônus possui uma natureza facultativa, ou seja, sua inadimplência não significa ato contrário ao direito, entretanto, a sua inércia, embora não afronte lei, incorrerá em prejuízo processual, pois deixou de comprovar aquilo

⁴⁰ CAPEZ, Fernando. Curso de processo penal / Fernando Capez. – 23. ed. – São Paulo: Saraiva, 2016. 1. Processo penal 2. Processo penal - Jurisprudência - Brasil I. Título. p. 117.

⁴¹ LOPES JR., Aury. Direito processual penal / Aury Lopes Jr. – 15. Ed - São Paulo: Saraiva educação, 2018. p. 355.

⁴² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 9. Disponível em <http://www.stj.jus.br/docs_internet/VerbetesSTJ_asc.pdf>

⁴³ AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. Processo Penal: esquematizado / Norberto Avena – 3ª ed. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011. p. 479.

que deveria ter comprovado. Já a obrigação possui caráter obrigatório, sendo assim, seu cumprimento é obrigatório sob pena de violação de lei⁴⁴.

Sendo assim, define Badaró que “*o importante é definir o ônus como uma posição jurídica na qual o ordenamento jurídico estabelece determinada conduta para que o sujeito possa obter um resultado favorável. Em outros termos, para que o sujeito onerado obtenha o resultado favorável, deverá praticar o ato previsto no ordenamento jurídico*”⁴⁵.

A prova em matéria penal deve ser vista pelo enfoque da presunção de inocência. A responsabilidade probatória é atribuída completamente à acusação, ou seja, mesmo que durante todo o processo o acusado tenha uma defesa inerte e, ao fim do julgamento, reste dúvidas em relação à infração, deverá o magistrado inocentar o acusado das acusações⁴⁶.

Nos casos de ação criminal sem natureza condenatória como, por exemplo, o habeas corpus, o ônus probatório é distribuído de maneira diversa da comum, cabendo à defesa a comprovação dos fatos constitutivos de direito do réu.

Consequentemente, percebe-se que no processo penal brasileiro, cabe à acusação quase a totalidade do ônus probatório, por isso a liberdade probatória não tem sentido absoluto, sendo vedadas provas de caráter ilícitos como meio de limitar abusos do Estado em relação aos direitos do acusado.

2.7. MEIOS DE PROVA

Primeiramente, há a necessidade de diferenciar meios de prova e meios de obtenção de provas. Este não trata propriamente da prova, mas sim dos instrumentos utilizados para se chegar à prova. Já aquele, são os meios de conhecimento e de formação da história do crime, sendo influenciadores diretos da decisão do magistrado⁴⁷.

Meios de prova são os métodos de percepção da realidade e de convencimento do julgador. Segundo Paulo Rangel⁴⁸, os meios de prova “*são todos*

⁴⁴ CAPEZ, Fernando. Curso de processo penal / Fernando Capez. – 23. ed. – São Paulo: Saraiva, 2016. 1. Processo penal 2. Processo penal - Jurisprudência - Brasil I. Título. p. 435.

⁴⁵ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi. Ônus da prova no processo penal. São Paulo: RT. 2003. p.173

⁴⁶ ALENCAR, Rosmar Rodrigues; TÁVORA, Nestor. Curso de direito processual penal. 8. ed. rev., atual. e ampl. - Salvador: Juspodivm, 2013, p. 405

⁴⁷ LOPES JR., Aury. Direito processual penal / Aury Lopes Jr. – 15. Ed - São Paulo: Saraiva educação, 2018. p. 352.

⁴⁸ RANGEL, Paulo. Direito processual penal. 7.ed. Rio de Janeiro Lumen Juris, 2003. p.414.

aqueles que o juiz, direta ou indiretamente, utiliza para conhecer da verdade dos fatos, estejam eles previstos em lei ou não”.

A lei processual penal não estabelece um rol taxativo de meios de provas, porquanto no artigo 155, § único, do Código de Processo Penal indica que “*somente quanto ao estado das pessoas serão observadas as restrições estabelecidas na lei civil*”⁴⁹. Portanto, com base no Código de Processo Civil de 2015 em seu artigo 369, entende-se que, sendo moralmente legítimos, é possível a utilização de todos os meios legais para intervir na convicção do julgador⁵⁰.

O princípio de liberdade probatória não é absoluto, uma vez que a toda a liberdade probatória esbarra no limite constitucional de vedação de admissibilidade de provas obtidas por meio ilícito, positivado no artigo 5º, inciso LVI da Constituição Federal. Sem esse limite constitucional, a investigação criminal teria caráter ilimitado na busca de provas, onde os fins justificariam os meios, e essa limitação estabelece que todas as provas colhidas com a violação da lei, serão imprestáveis ao processo penal, funcionando como um modo de acabar com as trapaças e desrespeitos às regras do jogo⁵¹.

Logo, somente os meios lícitos poderão ser aceitos pelo juiz, tendo em vista o artigo 157 do Código de Processo Penal, que trata da mesma limitação imposta pela Constituição, dispõe que são inadmissíveis as provas ilícitas, devendo estas serem desentranhadas dos autos do processo⁵².

Os meios ilícitos abrangem os imorais, antiéticos, atentatórios à dignidade e à liberdade da pessoa humana e aos bons costumes, bem como os contrários aos princípios gerais de direito. De outro modo, os meios de obtenção da prova tratam de procedimentos, via de regra, extraprocessuais com o intuito de obter provas materiais, sendo realizados esses procedimentos por pessoa diversa do magistrado, como policiais, por exemplo⁵³.

⁴⁹ BRASIL. Código de Processo Penal. decreto lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Decreto-Lei/Del3689.htm>>

⁵⁰ BRASIL. Código de Processo Civil. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>

⁵¹ ALENCAR, Rosmar Rodrigues; TÁVORA, Nestor. Curso de direito processual penal. 8. ed. rev., atual. e ampl. - Salvador: Juspodivm, 2013, p. 392.

⁵² NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de processo penal e execução penal. 5ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 389.

⁵³ LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de processo penal: volume único. 5. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017. p. 589.

3. INADMISSIBILIDADE DE PROVAS ILÍCITAS

3.1. PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO DA PROVA ILÍCITA

Para Sérgio Ricardo de Souza⁵⁴, a proibição da utilização de provas obtidas por meios ilícitos está presente nas mais diversas legislações, isso por que a obtenção de prova ilícita gera diretamente uma afronta à dignidade da pessoa humana. Esse valor é reconhecido internacionalmente, constando na Declaração Universal dos Direitos Humanos, bem como nas Constituições da Alemanha, de Portugal, da Espanha, do Chile e do Brasil.

Esse princípio está presente na Constituição Federal no artigo 5º, inciso LVI, o qual orienta que *são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos*⁵⁵.

3.2 CARACTERÍSTICAS, PREVISÕES NORMATIVAS E DIFERENCIAÇÃO ENTRE PROVAS ILEGAIS, ILÍCITAS E ILEGÍTIMAS

A vedação de provas ilícitas atua no controle da legalidade da atividade persecutória, visando a inibir e a desestimular a prática probatória ilegal por parte de quem é o responsável pela produção. A principal finalidade da norma de inadmissibilidade de provas obtidas com violação de direito é tutelar direitos e garantias individuais, assim como a qualidade das provas a serem introduzidas e valoradas no processo.

Os principais direitos individuais violados pelas provas ilícitas são o direito à imunidade, à intimidade, à privacidade, à imagem, à inviolabilidade de domicílio, que são os mais atingidos pelas diligências investigatórias⁵⁶.

Para Victor Eduardo Rios Gonçalves⁵⁷, sem essa vedação da utilização de provas ilícitas, estaria o Estado incentivando seus agentes ou particulares a agirem de maneira que violem as normas legais e constitucionais em nome do sucesso probatório.

⁵⁴ SOUZA, Sérgio Ricardo de. Manual de processo penal constitucional: Pós-reforma de 2008/ Sérgio Ricardo de Souza, Willian Silva – Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 298.

⁵⁵ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>

⁵⁶ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Curso de processo penal / Eugênio Pacelli de Oliveira. – 15.ed., rev. e atual. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 344.

⁵⁷ GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. Direito processual penal esquematizado® / Victor Eduardo Rios Gonçalves, Alexandre Cebrian Araújo Reis. – 7. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

A vedação de provas obtidas por meio ilícito complementou os demais direitos individuais citados acima. Luiz Francisco Torquato Avolio⁵⁸ explicitou que para vários doutrinadores de vários locais do mundo as provas obtidas por meio ilícito eram permitidas e utilizadas.

Como no caso da Alemanha, Schönke sustentava que o interesse da coletividade deveria prevalecer sobre uma formalidade antijurídica processual, como no caso da busca ilegal, por exemplo. O jurista Guasp afirmava ser eficaz a prova obtida ilicitamente, sem que houvesse sanções aos responsáveis.

Entre os norte-americanos, Fleming afirmava que a prova não deveria ser retirada com o objetivo de punir a polícia pela sua conduta ilícita, enquanto Wigmore doutrinava que excluir a regra ilícita seria zelar demais pela comunidade do que pelo próprio criminoso sem castigo, e, por último, o juiz Cardozo concordava com o Guasp, onde a prova deveria ser válida e eficaz, sem sanções aos responsáveis pela ilicitude.

Avolio⁵⁹ ainda demonstra que os autores que defendiam a utilização da prova ilícita tinham um apego demasiado à busca da verdade real, mesmo que isso ataque direitos individuais.

A partir disso, entende-se que a Constituição Federal de 1988, ao positivizar o princípio da vedação de provas ilícitas, complementou as demais garantias individuais que seriam exageradamente violadas no caso da inexistência da inadmissibilidade de provas ilícitas.

Com base no artigo 5º, inciso LVI da Constituição Federal que determina que as provas obtidas por meio ilícito são inadmissíveis e pela Lei nº 11.690/2008 que inseriu ao Código de Processo Penal a assertiva de que as provas ilícitas, sendo estas obtidas por meio de violação constitucional ou legal, deverão ser desentranhadas dos autos. A partir disso, se tem que a prova ilegal é o gênero, sendo a prova ilícita e ilegítima, espécies daquela⁶⁰.

A prova ilícita viola direito constitucional ou material no momento da sua coleta, mas sempre sendo extraprocessual. Enquanto a prova ilegítima ocorre durante o

⁵⁸ AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. Provas Ilícitas: Interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas / Luiz Francisco Torquato Avolio. – 4. ed. rev. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 52.

⁵⁹ _____. Interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas / Luiz Francisco Torquato Avolio. – 4. ed. rev. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 53.

⁶⁰ LOPES JR., Aury. Direito processual penal / Aury Lopes Jr. – 15. Ed - São Paulo: Saraiva educação, 2018. p. 395.

processo, ou seja, no instante da sua produção em juízo, sendo esse tipo de prova puramente processual⁶¹.

Para melhor entendimento, cabe ressaltar a distinção entre prova ilegal, prova ilegítima e prova ilícita.

A importância da distinção entre as provas ilícitas e ilegítimas se mostra clara no momento em que se considera que as provas ilícitas, que são produzidas fora do processo, estão impedidas de repetição.

Sendo assim, o vício da prova está no momento de sua obtenção, devendo as provas serem desentranhadas e destruídas. Entretanto, como as provas ilegítimas ocorrem na fase processual, ocorre o oposto, a prova pode ser repetida e validada, pois existe a possibilidade de sanar o defeito⁶².

As provas colhidas por meios ilícitos possuem natureza contrária aos requisitos exigidos pelo ordenamento jurídico, tendo em vista que a prova não tem liberdade plena.

Essa contrariedade pode ser de natureza formal ou material. No caso desta, é a situação em que houve um ato contrário ao direito, como nos casos de invasão domiciliar, violação do sigilo de correspondências, constrangimento físico, psíquico ou moral com o intuito de obter confissão ou depoimento. Já aquela, acontece quando a prova for produzida por meio de um procedimento ilegítimo, ainda que seja lícita a sua origem⁶³.

A Constituição estabeleceu uma conexão entre o direito material e o direito processual ao tornar inadmissível processualmente a prova ilícita.

À vista disso, a inadmissibilidade desse tipo de prova se torna uma sanção processual por conta da violação material, desta forma, a violação de regra material passou a ter uma sanção processual além da pena material, como, por exemplo, no caso em que há violação de correspondência, além de incorrer no crime de violação de correspondência, a prova obtida a partir desse ato, não poderá ser utilizada em juízo⁶⁴.

⁶¹ ASSIS MOURA, Maria Thereza Rocha de. A Ilícitude na Obtenção da Prova e sua Aferição, disponível em www.aurylopes.com.br.

⁶² LOPES JR., Aury. Direito processual penal / Aury Lopes Jr. – 15. Ed - São Paulo: Saraiva educação, 2018. p. 395.

⁶³ BULOS, Uadi Lammêgo. Constituição Federal anotada, 2. ed., São Paulo. Saraiva, 2001, p. 244.

⁶⁴ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Processo penal / Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró. - 2. ed. – Rio de Janeiro: Elsevier, 2014. p.284.

Guilherme de Souza Nucci⁶⁵ afirma que a Lei nº 11.690 de 2008 alterou o Código de Processo Penal definindo que provas ilícitas são aquelas obtidas pela violação às normas constitucionais ou legais.

Fernando Capez⁶⁶ cita exemplos de provas ilegítimas como os documentos mostrados em plenário do Júri em contrariedade ao artigo 479 do Código de Processo Penal – que dispõe a regra de que será permitida a leitura de documento ou a exibição de objeto somente se tiver sido juntado aos autos com a antecedência mínima de 3 (três) dias úteis, dando-se ciência à outra parte –, depoimento com violação à regra do sigilo profissional, provas produzidas com irregularidade em relação à lei civil.

Quanto às provas ilícitas, serão todas aquelas cometidas pela prática de crime ou contravenção, seja civil, comercial, administrativo ou constitucional. Tais provas não poderão ser admitidas no processo penal. Como, por exemplo, provas obtidas por meio de tortura, apreensão de documentos por meio de uma violação de domicílio, ligação telefônica ilegalmente interceptada.

Entretanto, Norberto Avena⁶⁷ contraria o entendimento anterior, afirmando que a interpretação literal do artigo 157 do Código de Processo Penal pode ocasionar paradoxos no processo, no que tange ao entendimento de Nucci que considera que a violação de qualquer norma, seja constitucional ou infraconstitucional, tornaria a prova ilícita. Um exemplo disso seria o magistrado esquecer de compromissar uma testemunha isenta, Avena entende que isso seria uma mera irregularidade, no entanto, se houver uma interpretação literal do artigo 157, isso seria uma violação expressa de lei, e deveria ser considerado ilícito o seu depoimento e, por consequência, desentranhado dos autos e inutilizado.

Por isso, afirma Avena⁶⁸ que o artigo 157 não deve ser interpretado de forma literal, mas sim no sentido de que as provas só serão consideradas ilícitas se infringirem normas constitucionais ou legais, sendo que no caso dessas, somente será considerada violação se for indiretamente uma afronta à Constituição Federal, ou seja, seu conteúdo legal reflita em garantia constitucional.

⁶⁵ NUCCI, Guilherme de Souza Código de Processo Penal comentado / Guilherme de Souza Nucci. – 15. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 315.

⁶⁶ CAPEZ, Fernando. Curso de processo Penal / Fernando Capez. – 20.ed. de acordo com a Lei n. 12.736/2012 – São Paulo: Saraiva, 2013. p. 376.

⁶⁷ AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. Processo Penal: esquematizado / Norberto Avena – 3ª ed. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011. p. 491.

⁶⁸ _____. Processo Penal: esquematizado / Norberto Avena – 3ª ed. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011. p. 492.

Desta forma, a interceptação telefônica sem autorização judicial (viola o artigo 5º, XII da CF), a violação de correspondência lacrada (viola o artigo 5º, XII da CF), a busca e apreensão domiciliar sem ordem judicial (viola o artigo 5º, X da Constituição Federal) são exemplos de afrontamento direto aos direitos assegurados pela Constituição Federal.

Entretanto, o interrogatório de réu sem presença de advogado (viola diretamente o artigo 185 do CPP e indiretamente o artigo 5º, LV da CF), interrogatório judicial sob coação do réu (viola o artigo 186 do CPP e o artigo 5º, LXIII da CF).

A partir disso, verifica-se que as normas infralegais infringidas não se possuíam um fim em si mesma, e, ao contrário, o seu objetivo era cumprir uma garantia fundamental estabelecida na Constituição que no exemplo se tratavam do direito ao contraditório, ampla defesa e o direito ao silêncio.

Por isso, Avena ainda alega que por se tratar a prova ilícita de ofensa à matéria constitucional, poderia o interessado sustentar em fase recursal ou até mesmo após o trânsito em julgado de sentença condenatória o vício da prova, requerendo a reforma da decisão, ou até mesmo a anulação do processo nos casos em que a denúncia foi recebida exclusivamente a partir da prova ilícita.

No que tange à qualidade da prova, Oliveira⁶⁹ afirma que o meio ilícito de obtenção da prova impede o aproveitamento de métodos de qual idoneidade probatória seja questionada.

Como nos casos de confissão por meio de tortura ou hipnose, ou no caso de utilização de soro da verdade, por exemplo. De outra maneira, a vedação de provas ilícitas gera mais igualdade processual pois equilibra as forças entre as partes, porquanto proíbe qualquer excesso probatório cometido pelos agentes do Estado.

Ainda assim, a vedação da prova ocorre também quanto aos resultados, e não apenas ao meio escolhido. No caso de interceptações telefônicas, como meio de prova poderá ser lícita ou ilícita, dependendo apenas se foi autorizada ou não judicialmente, sendo que a sua autorização afeta diretamente o direito à privacidade e intimidade. Assim sendo, quando não for explicitamente vedado quanto ao meio, deverá ser analisado se o resultado violou ou não direitos, e, no caso de violação,

⁶⁹ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Curso de processo penal / Eugênio Pacelli de Oliveira. – 15.ed., rev. e atual. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 344.

deverá ser feita a análise se poderia ter sido autorizada essa violação e a utilização do meio.

Em relação ao desentranhamento das provas reconhecidas como ilícitas e sua inutilização, Avena entende que a interpretação rigorosa do artigo 157, caput e §3º poderá acarretar na impossibilidade da utilização da prova ilícita em favor do réu, uma vez que se a prova for desentranhada e inutilizada, não servirá como base para formação de convicção do magistrado.

Por isso entende que podem ser extraídas três interpretações do artigo 157 do CPP.

A primeira que se trata de uma interpretação muito rigorosa, na qual acaba com a possibilidade de utilização da prova ilícita em favor do réu, visando assim à paridade de armas entre acusação e defesa já estabelecida pelo legislador.

A segunda interpretação que permite ao juiz a possibilidade de não desentranhar a prova reconhecida como ilícita, entretanto, não a utilizará como base de convencimento, exceto no caso de benefício ao réu.

E por último, a terceira interpretação que determina obrigatoriamente o desentranhamento da prova ilícita, entretanto, facultando ao magistrado a sua utilização ou não. Nesse caso, se for desentranhada dos autos a prova ilícita, esta deverá permanecer em apartado do processo, possibilitando, portanto, a sua utilização pelo órgão julgador e poderá ser utilizada no caso de impossibilidade de comprovação de inocência do réu, podendo evitar uma condenação injusta.

3.3. PROVA ILÍCITA POR DERIVAÇÃO (FRUTO DA ÁRVORE ENVENENADA)

As provas ilícitas por derivação, ou também conhecidas como teoria do fruto da árvore envenenada (*fruit of the poisonous tree*), fundamenta-se no artigo 157, § 1º do Código de Processo Penal⁷⁰, o qual determina que as provas derivadas de provas ilícitas também serão consideradas ilícitas.

A doutrina do fruto da árvore envenenada tem sua origem nos Estados Unidos a partir do ano de 1914, entretanto a sua maior repercussão ocorreu no caso *Silverthorne Lumber Co. vs. United States* em 1920. Nesse caso a Corte Americana

⁷⁰ BRASIL. Código de Processo Penal. decreto lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Decreto-Lei/Del3689.htm>>

determinou que não poderia obrigar uma pessoa a entregar documentos que foram descobertos por meio de uma prisão ilegal⁷¹.

O ponto alto da teoria do fruto da árvore envenenada foi no julgamento do caso *Miranda v. Arizona*, de 1966. A Suprema Corte Americana firmou o entendimento de que nenhuma validade pode ser conferida às declarações feitas pela pessoa à polícia, a não ser que antes ela tenha sido claramente informada de que tem o direito de não responder, que tudo o que disser pode vir a ser utilizado contra ele e de que tem o direito à assistência do defensor escolhido ou nomeado. Nesse caso, a Suprema Corte Americana adotou a posição de que a mera ausência dessa formalidade denominada de “aviso de Miranda” era o bastante para contaminar de nulidade as declarações da pessoa, notadamente a confissão e as provas conseguidas a partir dela⁷².

No Brasil, em 1995, o Supremo Tribunal Federal rechaçou a aplicação da teoria do fruto da árvore envenenada, com o entendimento de que o objetivo do legislador constituinte era de que somente as provas ilícitas deveriam ser inadmissíveis, sem mencionar as derivadas, considerando as provas ilícitas como apenas pistas para a descoberta de novas provas⁷³.

A mudança de entendimento ocorreu em 1996 quando o Supremo Tribunal Federal se posicionou favoravelmente a tese dos frutos da árvore envenenada, firmando entendimento de que *sem a edição de lei definidora das hipóteses e da forma indicada no art. 5º, inc. XII, da Constituição, não pode o Juiz autorizar a interceptação de comunicação telefônica para fins de investigação criminal*. Assentou, ainda, que a ilicitude da interceptação telefônica, na ausência de lei que venha a discipliná-la e viabilizá-la, contamina outras provas que estejam ligadas, ainda que seja direta ou indiretamente, das informações obtidas na escuta⁷⁴.

⁷¹ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Código de processo penal comentado: Volume 1 e 2 / Fernando da Costa Tourinho Filho – 13. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2010. p. 544.

⁷² SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. Curso de direito processual penal: teoria (Constitucional) do Processo Penal. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 480.

⁷³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno, AP 307/DF, Rei. Min. Ilmar Galvão, DJ 13/10/1995.

⁷⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 1ª Turma, HC 73.351/SP, Rei. Min. Ilmar Galvão, OJ 19/03/1999. STF, Tribunal Pleno, HC 72.588/PB, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 04/08/2000.

No Brasil, Ada Grinover, Antonio Fernandes e Antonio Magalhães⁷⁵ defendem a tese de que a prova ilícita contamina tudo o que dela vier, sendo, portanto, inadmissíveis as provas ilícitas por derivação.

A partir disso, entende-se que a *Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada* determina que, sendo considerado um ato nulo, todos os atos derivados diretamente ou que dele dependam serão considerados ilícitos.

Entende Norberto Avena⁷⁶ que para a aplicação da teoria, é necessário que haja relação direta entre a prova posterior e a prova reconhecida como ilícita, uma vez que não havendo conexão entre elas, sendo considerada como de fonte independente, não ocorrerá contaminação e, por consequência, não será considerada ilícita.

Avena expõe exemplos de ilicitude por derivação, como no caso de o Ministério Público arrolar uma testemunha de acusação e esta será ouvida em juízo. Nesse caso a prova é lícita, pois aparentemente não houve violações, entretanto, descobre-se que a testemunha só foi descoberta por ter seu nome constado em uma escuta telefônica ilegal. A partir disso, deve-se considerar a possibilidade de ilicitude da prova por derivação, uma vez que o nome da testemunha só foi reconhecido por meio de uma violação de direito constitucional.

De outro lado, se fosse o mesmo caso mas a testemunha comparecesse voluntariamente e prestasse declarações sobre os fatos, não ocorreria ilicitude por derivação, uma vez que mesmo que soubessem o nome da testemunha pela interceptação telefônica ilícita, a testemunha se apresentou voluntariamente, o que se enquadraria na espécie de fonte independente.

Existem outros casos que descaracterizam a ilicitude da prova. Nesse sentido, Nestor Távora⁷⁷ cita, além da independência da fonte, a descoberta inevitável, a conexão atenuada e a boa-fé.

A descoberta inevitável ocorre na situação em que a prova é ilícita, entretanto, a descoberta dela aconteceria de qualquer maneira, por meios investigativos válidos. Esta prova não será considerada contaminada e será possível a sua utilização pelo

⁷⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As nulidades no processo penal*. 3. ed., Malheiros, Ed., p. 116.

⁷⁶ AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. *Processo Penal: esquematizado / Norberto Avena – 3ª ed.* – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011. p. 497.

⁷⁷ ALENCAR, Rosmar Rodrigues; TÁVORA, Nestor. *Curso de direito processual penal*. 8. ed. rev., atual. e ampl. - Salvador: Juspodivm, 2013, p. 397.

jugador. Em suma, não houve proveito real em relação à prova obtida mediante violação de direitos.

Por exemplo, no caso de descoberta de uma testemunha por meio de uma interceptação telefônica sem autorização judicial, em tese o depoimento não seria válido. Entretanto, se essa testemunha for arrolada por outras partes, esta seria descoberta mesmo que não houvesse interceptação ilegal.

Na teoria da conexão atenuada, entende-se que a ligação entre a prova ilícita e a prova derivada seja tão fraca que não ocorra contaminação. A presença do elo entre as provas é tão tênue que se entende ser irrelevante e mantendo a licitude da prova. Távora entende que essa teoria não é resguardada pelo ordenamento brasileiro, tendo em vista a possibilidade de tornar superficial o disposto constitucional que veda a utilização de provas ilícitas e, a partir disso, sendo a segunda prova deverá ser inutilizada em face de sua origem ser derivada de uma prova ilícita, ainda que frágil seu elo.

A teoria da boa-fé visa a evitar que seja reconhecida a ilicitude de provas nos momentos em que os agentes do Estado agiram sem dolo de infringir a lei. Walter Nunes da Silva Júnior⁷⁸ entende que essa matéria é extremamente delicada, visto que ocorre na situação em que o agente acaba malferindo um direito fundamental em razão de erro de fato, em virtude de sua boa-fé, se afasta a ilegalidade.

Um exemplo da ocorrência da boa-fé é no caso da polícia, ao cumprir um mandado de busca residencial para apreender animais silvestres mantidos em cativeiro, apreendem também os computadores que podem levar a descoberta de outros crimes, como no caso a sonegação fiscal. Caso o agente estatal esteja cumprindo a sua função e apareça alguma situação de flagrante, também se torna uma prova o caso de boa-fé, pois o artigo 5º, inciso XI, da Constituição Federal autoriza o ingresso domiciliar, a qualquer hora do dia ou da noite, para efetivar prisão em flagrante.

Nesse sentido, Távora conclui que a boa-fé não pode retirar sozinha a ilicitude de prova, uma vez que a ausência de dolo da parte do agente não ilide a

⁷⁸ SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. Curso de direito processual penal: teoria (Constitucional) do Processo Penal. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 507.

contaminação, uma vez que é imprescindível não só a boa-fé subjetiva, como também a boa-fé objetiva, que é o respeito às leis na produção probatória⁷⁹.

Por último, Walter Nunes da Silva Júnior⁸⁰ trata da teoria do risco, onde afirma que *“o argumento é de que a pessoa que faz, espontaneamente, revelações a respeito de sua participação em eventos ilícitos, assume o risco quanto à documentação do fato por outrem, podendo ser glosado o entendimento na parêmia de que ‘Si usted no cuida sus garantías, no pretenda que lo haga un juez’.* Essa doutrina pretende resolver a questão tendo como parâmetro o dever de sigilo que acompanha algumas profissões, uma vez que quem faz a confissão ou revelações espontâneas de um delito a outrem, que não tem o dever legal de não contar o segredo, assume o risco de que o assunto esteja sendo registrado e que o trato seja descumprido, sendo irrelevante a circunstância de aquele não ter conhecimento concreto de que, no momento, estão sendo tiradas fotografias, procedidas escutas ou filmagens, etc”.

No Brasil, não se tem registros da aplicação expressa da teoria do risco pelo Supremo Tribunal Federal, e tampouco pelo Superior Tribunal de Justiça. Não obstante, em relação às gravações clandestinas, em que um dos interlocutores grava uma conversa telefônica sem o conhecimento do outro, o Supremo tem concluído pela sua admissibilidade no processo, desde que não haja causa legal de sigilo ou de reserva de conversação⁸¹.

Entendeu o Supremo Tribunal Federal que *“Como gravação meramente clandestina, que se não confunde com interceptação, objeto de vedação constitucional, é lícita a prova consistente no teor de gravação de conversa telefônica realizada por um dos interlocutores, sem conhecimento do outro, se não há causa legal específica de sigilo nem de reserva da conversação, sobretudo quando se predestine a fazer prova, em juízo ou inquérito, a favor de quem a gravou”*⁸²

⁷⁹ ALENCAR, Rosmar Rodrigues; TÁVORA, Nestor. Curso de direito processual penal. 8. ed. rev., atual. e ampl. - Salvador: Juspodivm, 2013, p. 400.

⁸⁰ SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. Curso de direito processual penal: teoria (Constitucional) do Processo Penal. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 521.

⁸¹ LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de processo penal: volume único. 5. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017. p. 633.

⁸² BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2ª Turma, RE 402.717, Rel. Min. Cezar Peluso, DJe 030 12/02/2009. Em sentido semelhante: STF, 1ª Turma, HC 87.341/PR, Rel. Min. Eros Grau, DJ 03/03/2006. No sentido de que é lícita a prova consistente em gravação de conversa realizada por um dos interlocutores, sem conhecimento do outro, se não há causa legal específica de sigilo nem de reserva de conversação. Afinal, a gravação ambiental meramente clandestina realizada por um dos

Fernando Capez⁸³ não concorda com a inflexibilidade de que todas as provas derivadas serão consideradas contaminadas. Afirma que em alguns casos em que o interesse a se defender seja muito mais relevante do que a intimidade que se deseja preservar, a depender da razoabilidade do caso concreto, o juiz poderá admitir uma prova ilícita ou sua derivação a fim de evitar um mal maior, como nos casos de condenação injusta ou impunidade de pessoas perigosas.

Por todo o exposto, entende-se que as provas ilícitas deverão ser desentranhadas dos autos do processo como também as provas lícitas que derivam das ilícitas, baseado no artigo 157, §3º do Código de Processo Penal.

interlocutores não se confunde com a interceptação objeto de cláusula constitucional de reserva de jurisdição: STF, AI 560.223 AgR/SP, Rel. Min. Joaquim Barbosa, 12/04/2011.

⁸³ CAPEZ, Fernando. Curso de processo penal / Fernando Capez. – 20. ed. de acordo com a Lei n. 12.736/2012 – São Paulo: Saraiva, 2013. p. 378.

4. A POSSIBILIDADE DE ADMISSÃO DE PROVAS ILÍCITAS NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

4.1. A DIFERENÇA ENTRE RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE

Primeiramente, há de se destacar a diferença entre proporcionalidade e razoabilidade, para que se tenha um melhor entendimento.

Embora a doutrina tradicional trate os princípios da razoabilidade e proporcionalidade como expressões sinônimas, há diferença entre eles, uma vez que estes não apresentam uma relação perfeita de fungibilidade. Sendo assim, a proporcionalidade e a razoabilidade não podem ser consideradas sinônimas, ainda que a sua função seja coibir arbítrios do Poder Público⁸⁴.

No âmbito do direito administrativo, Celso Antônio Bandeira de Mello⁸⁵ entende que “o princípio da proporcionalidade não é senão faceta do princípio da razoabilidade”, ou seja, usa-se o mesmo fundamento normativo para ambos os princípios.

Na esfera administrativa, Suzana de Toledo Barros⁸⁶ entende que o princípio da proporcionalidade corresponde a nada mais do que o princípio da razoabilidade. Os dois ministros do Supremo Tribunal Federal, Gilmar Ferreira Mendes⁸⁷ e Luís Roberto Barroso⁸⁸, não diferenciam razoabilidade de proporcionalidade, usando indistintamente sem a preocupação com a terminologia.

Contrariando a tese de fungibilidade entre os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, Wilson Antônio Steinmetz⁸⁹ sustenta a tese de que a proporcionalidade é um princípio superior à razoabilidade, afirmando que aquele é passível de uma definição operacional, subdividindo-o em três princípios decorrentes, o princípio da necessidade, da adequação e da proporcionalidade em sentido estrito.

⁸⁴ SARMENTO, Daniel. A ponderação de interesses na Constituição Federal. 1ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 87.

⁸⁵ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de direito administrativo. 14ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 93.

⁸⁶ BARROS, Suzana de Toledo. O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais. 2ª ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 44.

⁸⁷ MENDES, Gilmar Ferreira. O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: novas leituras. Repertório IOB de Jurisprudência, caderno 1, nº 14, 2000.

⁸⁸ BARROSO, Luís Roberto. Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no Direito Constitucional. Revista Forense, Rio de Janeiro, v. 92, nº 336. 1996.

⁸⁹ STEINMETZ, Wilson Antônio. Colisão de direitos fundamentais e princípios da proporcionalidade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 188.

Entende-se por adequação a medida administrativa ou legislativa que seja apta para a obtenção dos objetivos pretendidos proveniente do Poder Público. A análise delimita-se à existência de uma relação coerente entre meio e fim da medida administrativa. Entretanto, o Tribunal Constitucional da Alemanha afirma que o estabelecimento dessas finalidades e meios para alcançá-las é um problema de política legislativa ou administrativa, não lhe cabendo interferir, exceto nos casos de clara inadequação de medida ou da norma jurídica questionada⁹⁰.

Em relação à necessidade se estabelece que o Poder Público, para alcançar determinado objetivo, use sempre medidas menos gravosas possíveis que sejam capazes de proteger os interesses da coletividade afetando com menos intensidade possível os direitos individuais⁹¹.

No que tange à proporcionalidade em sentido estrito trata-se de uma análise da relação custo-benefício da medida, o ônus imposto deve ser inferior ao benefício por ela trazido, sob pena de inconstitucionalidade⁹².

Portanto, para se aplicar corretamente o princípio da proporcionalidade, presume-se o conflito de valores fundamentais estabelecidos positivamente e a necessidade de um procedimento que permita a necessária avaliação em face dos fatos e hipóteses a serem considerados⁹³.

Além disso, para se coincidir com o princípio da proporcionalidade, a norma jurídica ou ato administrativo deverá, de uma só vez, ser apta para os fins a que se destinam, sendo o menos gravoso possível para que se alcançar tais fins e causar benefícios superiores às desvantagens que proporciona⁹⁴.

Já para Humberto Bergmann Ávila⁹⁵, há distinção entre os princípios por meio de sua aplicação. A proporcionalidade analisa a relação de meio e fim entre a medida adotada para proteção de um determinado bem jurídico resguardado pela

⁹⁰ GUERRA FILHO, Willis Santiago. Processo constitucional e direito fundamentais. 2ª ed. São Paulo: Celso Bastos, 2001, p. 85.

⁹¹ SARMENTO, Daniel. A ponderação de interesses na Constituição Federal. 1ª ed. 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 89.

⁹² BARROSO, Luís Roberto. Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no Direito Constitucional. Revista Forense, Rio de Janeiro, v. 92, n° 336, PP 125-136, out/dez. 1996.

⁹³ AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. Provas ilícitas: interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas. 6ª edição – revista, atualizada e ampliada. Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 66.

⁹⁴ CAMPOS, Gabriel Silveira de Queirós. Provas ilícitas e ponderação de interesses no processo penal. Salvador: JusPODIVM. 2015, p. 157.

⁹⁵ ÁVILA, Humberto Bergmann. A distinção entre princípios e regras e a redefinição o dever de proporcionalidade. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n° 215, 1999, p. 174.

Constituição. Já a razoabilidade serve para que seja aplicada a justiça individualmente, verificam-se as condições pessoais e individuais da pessoa no caso específico.

4.2. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Segundo Luiz Francisco Torquato Avolio⁹⁶, a ideia de proporcionalidade permaneceu durante todo o pensamento jurídico-filosófico, percorrendo por Aristóteles, Dante, Hugo Grócio entre outros. No século XIX a proporcionalidade tinha maior relação com as limitações administrativas da liberdade individual, sendo acolhida, então, pela Teoria de Estado.

Em 1913, a obra de Jellinek sobre a aplicação da norma jurídica e proporcionalidade conseguiu destacar que as leis não distinguem o poder discricionário da polícia dos demais órgãos da administração, gerando, a partir disso, a possibilidade de extensão da problemática às outras funções estatais. O termo “proporcional” obteve relevância dentro do direito administrativo, ao tratar da possibilidade de limitação da liberdade em relação ao direito de polícia. A mudança do princípio da proporcionalidade do direito administrativo para o direito constitucional se deve ao Tribunal Constitucional alemão, o qual associou o princípio com a proibição de excessos⁹⁷.

O princípio da proporcionalidade segue a história da defesa dos direitos humanos e manifesta-se a partir da necessidade de controlar o poder de coação do monarca, chamado como poder de polícia, porque ilimitado em relação aos meios que poderia empregar e aos fins que poderia perseguir. O princípio da proporcionalidade foi consagrado no direito administrativo como uma evolução do princípio da legalidade⁹⁸.

Segundo Heinrich Scholler⁹⁹, a constitucionalização do princípio significa a vinculação das leis e do legislador aos direitos fundamentais. Isso só foi possível com

⁹⁶ AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. Provas Ilícitas: Interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas / Luiz Francisco Torquato Avolio. – 4. ed. rev. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 67.

⁹⁷ AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. Provas Ilícitas: Interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas / Luiz Francisco Torquato Avolio. – 4. ed. rev. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 67.

⁹⁸ BARROS, Suzana de Toledo. O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais. 2ª ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 32.

⁹⁹ SCHOLLER, Heinrich. O princípio da proporcionalidade no direito constitucional e administrativo da Alemanha. Revista interesse público, São Paulo, v. 2, nº 2. 1999 p. 94.

a promulgação da Lei Fundamental Alemã, em 1949, que passou a reconhecer que as leis, ainda que formalmente corretas, poderiam ser opostas à justiça, e, por isso, seriam inconstitucionais. Para se chegar à “justiça” em relação as leis, haveria de se fazer, na verdade, um juízo de proporcionalidade da norma.

No Brasil, Paulo Bonavides, Suzana de Toledo Barros, Luís Roberto Barroso, Daniel Sarmiento, Gilmar Ferreira Mendes e Eduardo Slerca entendem que o princípio da proporcionalidade e da razoabilidade são apontados como decorrentes do Estado de Direito (artigo 1º, caput, da Constituição Federal) e do devido processo legal (artigo 5º, inciso LIV), porém, cada um possui uma particularidade ¹⁰⁰.

Barros¹⁰¹ também entende que outras fundamentações positivas são possíveis na Constituição Federal e acrescenta que o princípio da proporcionalidade complementa o princípio da reserva legal, compreendendo como a submissão de determinada matéria à específica lei forma, e a ele se incorpora, convertendo-se no princípio da reserva legal proporcional ou devido processo legal substancial.

Barroso¹⁰² ao entender que a sede material do princípio da proporcionalidade e razoabilidade se encontra no devido processo legal, incorre no erro de não diferenciar proporcionalidade de razoabilidade, pois o devido processo legal está ligado a razoabilidade, mas não a proporcionalidade.

Sarmiento¹⁰³ ressalva que a questão da sede material não tem nenhuma relevância no momento em que for devidamente compreendida tríplice dimensão do princípio da proporcionalidade.

Slerca¹⁰⁴ entende que além de se sediar no artigo 5º, inciso LIV da Constituição, a proporcionalidade, ao lado da razoabilidade, está implicitamente prevista como princípio necessário ao sistema democrático de direito adotado pelo constituinte pátrio.

¹⁰⁰ CAMPOS, Gabriel Silveira de Queirós. Provas ilícitas e ponderação de interesses no processo penal. Provas ilícitas e ponderação de interesses no processo penal. 1. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2015. v.1. p. 163.

¹⁰¹ BARROS, Suzana de Toledo. O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais. 2ª ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 93.

¹⁰² BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e aplicação da Constituição. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 231

¹⁰³ SARMENTO, Daniel. A ponderação de interesses na Constituição Federal. 1ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 95.

¹⁰⁴ SLERCA, Eduardo. Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p.31.

A teoria do princípio da proporcionalidade (*Verhältnismäßigkeitsgrundsatz*), a qual desenvolveu-se a partir do período pós-guerra na Alemanha, entende que a proibição de provas obtidas por meios ilícitos é um princípio relativo, podendo este ser violado no caso dos interesses envolvidos sejam de maior relevância ou outro direito fundamental em conflito. Embora não exista conflito propriamente dito entre princípios e garantias fundamentais, se ocorrer um aparente conflito entre princípios e garantias constitucionais o mais importante deve prevalecer¹⁰⁵.

Aury Lopes Jr¹⁰⁶ alerta que esta teoria pode ser perigosa, afirmando que o conceito de proporcionalidade é constantemente alterado e serve a qualquer pessoa. Como se pode constatar a grande quantidade de juristas que trabalham com a sistemática do interesse público x interesse privado para justificar a restrição de direitos fundamentais e, em alguns casos, até condenações pela predominância do interesse público.

4.3. PROVAS ILÍCITAS *PRO REO*

Diante de toda a discussão entre admissibilidade ou não de provas ilícitas, há pelo menos uma hipótese em que há unanimidade entre os doutrinadores em relação à flexibilização da vedação constitucional.

A doutrina entende que se a prova ilícita for introduzida para demonstrar a inocência do réu, nessas situações deve-se admitir o valor superior à liberdade do réu, pois apenas a ideia de se condenar alguém conscientemente inocente é repugnada por qualquer julgador¹⁰⁷.

A prova ilícita no direito brasileiro vem sendo admitida tanto pela doutrina como pela jurisprudência, em consagração ao princípio de *favor do rei* e ao direito de defesa, ocorrendo nesse caso a legítima aplicação do princípio da proporcionalidade em relação à vedação constitucional das provas ilícitas¹⁰⁸.

¹⁰⁵ CAPEZ, Fernando. Curso de processo Penal / Fernando Capez. – 20.ed. de acordo com a Lei n. 12.736/2012 – São Paulo: Saraiva, 2013. p. 379.

¹⁰⁶ LOPES JR., Aury. Direito processual penal / Aury Lopes Jr. – 15. Ed - São Paulo: Saraiva educação, 2018. p. 397.

¹⁰⁷ SARMENTO, Daniel. A ponderação de interesses na Constituição Federal. 1ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 180.

¹⁰⁸ HAMILTON, Sergio Demoro. Processo Penal: reflexões. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 73.

Nessa mesma linha, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho¹⁰⁹ afirma que a utilização da prova ilícita pelo réu decorre do princípio constitucional da ampla defesa, ocorrendo uma ponderação entre a vedação da prova ilícita e a ampla defesa, sendo os dois princípios constitucionais, o autor defende a superioridade da ampla defesa somada com a liberdade do réu.

A admissão de provas ilícitas pelo réu pretende tornar eficaz os princípios da ampla defesa e do contraditório, obrigando-se a condenar quem de fato seja culpado. Esta admissão se fundamenta nos valores universais da justiça e da liberdade, os quais são originados no direito natural, portando raízes profundas na construção do Estado Democrático de Direito¹¹⁰.

Em contraponto aos demais, Daniel Sarmiento¹¹¹ entende que não há ponderação de interesses, isso por que, ainda que seja com a violação de norma constitucional, o réu age em legítima defesa ou estado de necessidade e, por isso, a prova não seria precisamente ilícita.

Nesse sentido, a colheita de provas por meio ilícito pelo réu afasta a ilicitude do fato, uma vez que existe justificção legal em relação à antijuricidade, como a legítima defesa, essa tese é defendida por Luiz Francisco Torquato Avolio¹¹², Ada Pellegrini Grinover, Antônio Scarance Fernandes e Antônio Magalhães Gomes Filho¹¹³.

A doutrina brasileira, em suma, fundamenta a admissão das provas ilícitas *pro reo* com base na natureza ético-moral em face do garantismo penal, o qual determina que é preferível inocentar um culpado a punir um inocente, e a outras garantias e princípios, como a justiça e liberdade¹¹⁴.

¹⁰⁹ CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. O processo penal em face da Constituição. Rio de Janeiro: Forense, 1992. p. 25.

¹¹⁰ MENDONÇA, Rachel Pinheiro de Andrade. Provas ilícitas: limites à licitude probatória. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 87.

¹¹¹ SARMENTO, Daniel. A ponderação de interesses na Constituição Federal. 1ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 180.

¹¹² AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. Provas ilícitas: interceptações telefônicas e gravações clandestinas. 3ª ed. São Paulo: RT, 2003.

¹¹³ PELLEGRINI GRINOVER, Ada; SCARENCE FERNANDES, Antonio e GOMES FILHO, Antônio Magalhães. As Nulidades no Processo Penal. 2. ed. São Paulo, Malheiros, 1992. p. 137.

¹¹⁴ CAMPOS, Gabriel Silveira de Queirós. Provas ilícitas e ponderação de interesses no processo penal. Provas ilícitas e ponderação de interesses no processo penal. 1. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2015. v.1. p. 223.

Seguindo essa lógica, Avena¹¹⁵ afirma que seria possível a utilização de interceptação telefônica clandestina, embora seja um meio ilícito e a sua produção constituir crime, pode ser considerada como lícita e utilizada pelo juiz em favor do réu. Entretanto, no caso de o réu obter uma prova mediante tortura sendo ela a única maneira de inocentá-lo, esta prova, apesar de lhe ser favorável, não pode ser aceita pois não possui nenhuma credibilidade, porque é produzida mediante sofrimento alheio, não podendo magistrado presumir como verdadeiro em hipótese alguma.

Avolio¹¹⁶ cita uma decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo, datada de 16/09/1992, em que a acusada gravou uma ligação telefônica com a vítima do processo. A partir disso o tribunal entendeu que o direito à intimidade, assim como todas as outras liberdades públicas, não tem caráter absoluto e podem ceder quando em confronto com outros direitos fundamentais, como, por exemplo, o de ampla defesa.

Aury Lopes Jr¹¹⁷ levanta a questão se a prova ilícita utilizada para beneficiar o réu em um processo, poderia esta mesma prova ser utilizada contra terceiros em outro processo? O autor defende que não, apesar de ser a mesma prova que inocentou alguém, a prova é inadmissível, uma vez que ela é ilícita em relação a terceiros, não ocorrendo nenhuma contradição, pois em regra a prova é ilícita, mas se está incomumente aceitando-a para evitar uma condenação injusta.

Para Távora¹¹⁸, a preservação de garantias básicas gera uma proteção da sociedade e a flexibilização de alguma dessas garantias é abrir margem ao desrespeito à segurança das pessoas dessa sociedade. Sendo assim, a prova ilícita deve ser utilizada apenas em favor da inocência, a fim de coibir condenação descabida e jamais ser utilizada para lesar terceiros, pois isso configuraria a utilização deturpada do princípio da proporcionalidade.

Pacelli ainda entende que mesmo quando a prova for obtida por terceiros sem o conhecimento do estado de necessidade do acusado, ou mesmo sem a existência da necessidade, no caso de não ter sido iniciada a persecução penal ainda, por

¹¹⁵ AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. Processo Penal: esquematizado / Norberto Avena – 3ª ed. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011. p. 500.

¹¹⁶ AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. Provas Ilícitas: Interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas / Luiz Francisco Torquato Avolio. – 4. ed. rev. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 80.

¹¹⁷ LOPES JR., Aury. Direito processual penal / Aury Lopes Jr. – 15. Ed - São Paulo: Saraiva educação, 2018. p. 399.

¹¹⁸ ALENCAR, Rosmar Rodrigues; TÁVORA, Nestor. Curso de direito processual penal. 8. ed. rev., atual. e ampl. - Salvador: Juspodivm, 2013, p. 401.

exemplo, ela poderá ser aproveitada no processo, em favor do acusado, ainda que obtida por meios irregulares. Ainda explica que o não aproveitamento da prova que tem a finalidade de proteção do direito, constituiria um insuperável paradoxo entre a “condenação de quem se sabe e se julga inocente, pela qualidade probatória da prova obtida ilicitamente, seria, sob quaisquer aspectos, uma violação abominável ao Direito, ainda que justificada pela finalidade originária de sua proteção (do Direito)”¹¹⁹.

Em síntese, o réu poderá usar provas ilícitas para a sua defesa, entretanto, a fim de evitar a prática de ilícitos penais pela defesa, só poderão ser aceitas estas provas em casos de situação extrema. Entende-se por situação extrema os casos em que o réu age em estado de necessidade, não havendo meios lícitos de obtenção da prova de sua inocência. Na situação em que exista a possibilidade de obter a prova por meios lícitos, a prova produzida pelo réu ilicitamente não poderá ser aceita, por não figurar estado de necessidade em favor do acusado. Ainda assim, ressalta-se que o magistrado deve ser menos criterioso em relação a necessidade de utilização de meios não idôneos por parte do réu que busca provar a sua inocência. O magistrado só poderá recusar a admissão da prova obtida por meio ilícito quando demonstrado que era definitivamente que havia outras formas lícitas para a produção da prova, devendo o magistrado partir do princípio que a atuação do acusado é lícita¹²⁰.

4.4. PROVA ILÍCITA *PRO SOCIETATE*

A prova ilícita *pro societate* nada mais é que a utilização pelo Ministério Público de prova obtida por meio ilícito a fim de condenar o acusado, sob a perspectiva de prevalência do interesse público na persecução penal, podendo ela ser colhida por policiais, órgão de acusação ou até mesmo particulares. A índole *pro societate* é o emprego de prova ilícita em benefício da sociedade.

A maior parte da doutrina e jurisprudência tende a rejeitar a utilização do princípio da proporcionalidade da prova ilícita *pro societate*, entendem que somente pode ser utilizado esse princípio em função do réu, uma vez que é inadmissível que

¹¹⁹ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. Curso de processo penal. 11ª ed. Editora Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2009. p. 291.

¹²⁰ CAMPOS, Gabriel Silveira de Queirós. Provas ilícitas e ponderação de interesses no processo penal. Provas ilícitas e ponderação de interesses no processo penal. 1. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2015. v.1. p. 228.

alguém seja condenado apenas por que a prova de sua inocência foi obtida por meios ilícitos, a utilização da ilicitude tem o propósito de evitar injustiças¹²¹.

A aceitação de provas ilícitas produzidas pela acusação apresenta pontos muito delicados, tendo em vista a imparcialidade a que se espera do Ministério Público¹²².

O Supremo Tribunal Federal decidiu que são inadmissíveis tais provas, ponderando a necessidade de tutela de diversas garantias também constitucionais. No julgamento do Recurso Extraordinário nº 251.445/GO pela 2ª Turma, sendo o relator o Ministro Celso de Mello, afirmou o relator que “(...) *Dentro desse contexto, assume relevo indiscutível o encargo processual, que, ao incidir sobre o Ministério Público, impõe-lhe o ônus de comprovar, **de modo lícito**, os fatos constitutivos sobre os quais repousa a pretensão punitiva do Estado*”¹²³.

No julgamento do Habeas Corpus nº 149.250/SP¹²⁴ (2009/0192565-8), rel. Min. Adilson Vieira Macabu, de 07/06/2011, a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por maioria de votos, concedeu ordem para trancar ação penal instaurada com base em provas ilegalmente produzidas, porque o órgão encarregado da investigação não tinha autorização legal ou judicial para praticar atos de polícia judiciária. Neste sentido, o Superior Tribunal de Justiça também tem rejeitado as provas obtidas por meios ilícitos, sendo estas as que ocorrem em desacordo com sua previsão constitucional e legal ou as que delas surgirem como provas ilícitas por derivação¹²⁵.

Quanto à doutrina, Daniel Sarmiento¹²⁶ entende pela impossibilidade de admissão de provas ilícitas *pro societate*, uma vez que o conteúdo constitucional que guia o processo penal possui essência garantista e, por isso, são incompatíveis a

¹²¹ AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. Processo Penal: esquematizado / Norberto Avena – 3ª ed. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011. p. 500.

¹²² CAMPOS, Gabriel Silveira de Queirós. Provas ilícitas e ponderação de interesses no processo penal. Provas ilícitas e ponderação de interesses no processo penal. 1. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2015. v.1. p. 230.

¹²³ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 251.445/GO, 2ª Turma, Min. Celso de Mello, Julgado em 21/06/2000.

¹²⁴ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 149.250/SP, 5ª Turma, Min Adilson Vieira Macabu, julgado em 17/06/2011.

¹²⁵ CAPEZ, Fernando. Curso de processo penal / Fernando Capez. – 23. ed. – São Paulo: Saraiva, 2016. 1. Processo penal 2. Processo penal - Jurisprudência - Brasil I. Título. p. 115.

¹²⁶ SARMENTO, Daniel. A ponderação de interesses na Constituição Federal. 1ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 182.

tutela dos direitos fundamentais e a flexibilização constitucional de proibição probatória a fim de aclamar a atividade persecutória estatal.

Antônio Magalhães Gomes Filho¹²⁷, no mesmo sentido, defende que a utilização da proporcionalidade para a prova ilícita *pro societate* não deve ser utilizada, uma vez que a utilização de provas ilícitas pela defesa é excepcional, enquanto para o exercício policial poderia se tornar prática rotineira.

Sérgio Demoro Hamilton¹²⁸ defende a tese de aceitação das provas ilícitas *pro societate* ao entender que a sua admissão nos autos deverá ser cercada de cautelas, isso se justifica por que a Constituição é um sistema e, portanto, forma um todo orgânico e inseparável, necessitando examinar a vedação às provas ilícitas como integrante do conjunto de normas e princípios.

Similarmente, Rachel Pinheiro de Andrade Mendonça¹²⁹ argui a possibilidade de utilização de provas ilícitas *pro societate* desde que não houvesse outro meio de se provar o apresentado pela acusação ou em situações excepcionais com o objetivo de proteger a ordem pública e a paz social.

Diversamente entende Antônio Scarence Fernandes¹³⁰, ao exemplificar o caso de que para evitar a fuga de presidiários, o estabelecimento prisional violou as correspondências dos presos e, a partir disso, se descobriu um plano de fuga que envolvia o sequestro de um juiz. Com base nisso, Fernandes defende a utilização de provas ilícitas *pro societate*, pois “a proteção à vida do juiz de direito e à segurança do presídio justificariam as violações das correspondências dos presos, sendo estranho afirmar depois a impossibilidade de utilizar as cartas como prova em juízo, porque obtidas por meios ilícitos”.

Fernando Capez¹³¹ também é um defensor da utilização do princípio da proporcionalidade da prova ilícita *pro societate* ao afirmar que a admissão é possível por que o conflito não se trata de direito de sigilo pela parte e o direito da acusação à prova pelo Ministério Público, mas sim de algo mais complexo. A acusação pretende proteger valores fundamentais da coletividade. A partir disso, a prova necessária deve

¹²⁷ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. Direito à prova no processo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 106.

¹²⁸ HAMILTON, Sergio Demoro. Processo Penal: reflexões. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 84.

¹²⁹ MENDONÇA, Rachel Pinheiro de Andrade. Provas ilícitas: limites à licitude probatória. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 89.

¹³⁰ FERNANDES, Antonio Scarence. Processo penal constitucional. 3ª ed. São Paulo: RT, 2002. p. 86.

¹³¹ CAPEZ, Fernando. Curso de processo penal. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 261.

ser aceita e admitida, por meio do princípio da proporcionalidade, seja ela ilícita *pro reo* ou *pro societate*.

De maneira inovadora, Barbosa Moreira¹³² sustenta que as provas ilícitas *pro societate* devem ser aceitas, tendo em vista que somente a aceitação de provas ilícitas *pro reo* feririam a igualdade de tratamento entre as partes do processo, gerando prejuízo ao acusador. A aceitação de provas a favor da sociedade tem o objetivo principal de igualar as partes do processo, uma vez que “*em condições normais, dificilmente se contestará a premissa da superioridade da acusação. Pode suceder, no entanto, que ela deixe de refletir a realidade em situações de expansão e fortalecimento da criminalidade organizada, como tantas que enfrentam as sociedades contemporâneas: atualmente, no Brasil, certos traficantes de drogas sem dúvida possuem armas muito mais abundantes e poderosas que a polícia e, provavelmente, não lhes será mais difícil que a ela, nem lhes suscitará maiores escrúpulos, munir-se de provas por meios ilegais*”.

A admissão de provas *pro societate* não visa a estimular a punição e a persecução dos órgãos repressores do Estado e a aceitação de provas ilícitas obtidas pela acusação aparenta um grave risco de incentivar a prática de infrações por agentes públicos¹³³.

Contrariamente, a jurisprudência dos Tribunais Superiores não autoriza a admissibilidade das provas ilícitas *pro societate* com base no princípio da proporcionalidade. O entendimento preponderante é de que a possibilidade de o direito à prova prevalecer sobre as liberdades públicas cria-se um perigoso precedente em prejuízo de direitos e garantias individuais o que acarretaria na admissão de todas as espécies probatórias, ainda que ilícitas, em prol da busca da verdade e do combate à criminalidade¹³⁴.

Em relação aos riscos da flexibilização da vedação de provas ilícitas, Luís Roberto Barroso discorre que “*O entendimento flexibilizador dos dispositivos constitucionais citados, além de violar a dicção claríssima da Carta Constitucional, é de todo inconveniente em se considerando a realidade político-institucional do País.*”

¹³² BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A Constituição e as provas ilicitamente obtidas. Revista Trimestral de Direito Público, nº 13. p. 15.

¹³³ CAMPOS, Gabriel Silveira de Queirós. Provas ilícitas e ponderação de interesses no processo penal. Salvador: JusPODIVM. 2015, p. 234.

¹³⁴ LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de processo penal: volume único / Renato Brasileiro de Lima-5. ed. rev., ampl. e atual.- Salvador: Ed. JusPodivm, 2017. p. 644.

(...) *Embora a ideia da proporcionalidade possa parecer atraente, deve-se ter em linha de conta os antecedentes de País, onde as exceções viram regra desde sua criação (vejam-se, por exemplo, as medidas provisórias). À vista da trajetória inconsistente do respeito aos direitos individuais e da ausência de um sentimento constitucional consolidado, não é nem conveniente nem oportuno, sequer de 'lege ferenda', enveredar por flexibilizações arriscadas*¹³⁵.

4.5. TEORIA DO ENCONTRO FORTUITO DE PROVAS

Renato Brasileiro de Lima¹³⁶ esclarece que a teoria do encontro fortuito é utilizada nos casos em que a autoridade policial, no cumprimento de uma diligência em relação a uma infração penal, casualmente encontra provas de uma infração penal diferente, que não estavam na linha de desdobramento normal da investigação. Portanto, classifica-se como encontro fortuito de provas quando a prova de determinada infração penal é obtida a partir de diligência regularmente autorizada para a investigação de outro crime. Essa teoria tem sido aplicada pelos Tribunais a teoria da serendipidade ou teoria do encontro fortuito de provas.

Pacelli¹³⁷ exemplifica que “*na investigação de um crime contra a fauna, por exemplo, agentes policiais, munidos de mandado judicial de busca e apreensão, adentram em determinada residência para o cumprimento da ordem, espera-se, e mesmo exige-se (art. 243, II, CPP), que a diligência se realize exclusivamente para a busca de animais silvestres. Assim, se os policiais passam a revirar as gavetas ou armários da residência, é de se ter por ilícitas as provas de infração penal que não estejam relacionadas com o mandado de busca e apreensão*”.

Na mesma situação, Lima¹³⁸ afirma que no caso dos agentes passem a revistar gavetas e armários, e encontrarem eventuais provas documentais referentes a crimes contra o sistema financeiro nacional, estas provas deverão ser consideradas ilícitas, por que não possuem relação com objeto do mandado de busca, caracterizando

¹³⁵ BARROSO, Luis Roberto. A viagem redonda: habeas data, direitos constitucionais e as provas ilícitas. p. 149/163. < <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/47206/45406%3E>>

¹³⁶ LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de processo penal: volume único / Renato Brasileiro de Lima-5. ed. rev., ampl. e atual.- Salvador: Ed. JusPodivm, 2017. p. 763.

¹³⁷ PACELLI, Eugênio. Curso de processo penal / Eugênio Pacelli. – 21. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2017. p. 192.

¹³⁸ LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de processo penal: volume único / Renato Brasileiro de Lima-5. ed. rev., ampl. e atual.- Salvador: Ed. JusPodivm, 2017. p. 636.

evidente violação do domicílio (CF, art. 5º, XI), pois não havia prévia autorização judicial para isso.

Nesses casos de cumprimento de mandados de busca, deve-se cuidar o fato de que a Constituição Federal autoriza a violação de domicílio nos casos de flagrante delito (CF, art. 5º, XI).

Por conseguinte, se a autoridade policial, no cumprimento de mandado de busca e apreensão, encontra determinada quantidade de droga no interior na residência, a apreensão será considerada válida, pois, como se trata do delito de tráfico de drogas na modalidade de "guardar", "ter em depósito", espécie de crime permanente, ocorrerá a situação de flagrante delito, autorizando o ingresso no domicílio mesmo sem autorização judicial. Assim sendo, nas hipóteses de flagrante delito, mesmo que o motivo seja diferente do objeto do mandado de busca e apreensão, será legítima a intervenção policial, apesar da autorização para entrar na casa tenha sido deferida para outra finalidade.

Assim sendo, Lopes Jr.¹³⁹ alerta para o cuidado com a vinculação causal da prova, como meio de evitar investigações genéricas e substancialismos inquisitórios que poderiam gerar "arrastões" em busca de provas com as quais não tem relação alguma com o motivo que os originou.

Entende-se, portanto, que as provas fortuitamente encontradas nas investigações policiais podem ser utilizadas, ainda que aparentemente ilícitas. Entretanto, estas devem ter uma relação de causalidade com a investigação, do contrário, deverá ser considerada como prova ilícita e não poderá ser utilizada.

4.6 A POSSIBILIDADE DE ADMISSÃO DE PROVAS ILÍCITAS NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

A Constituição Federal ao mesmo tempo que traz expressamente a vedação de utilização de provas ilícitas, também estabelece diversos outros princípios e garantias que acabam por sofrerem uma aparente colisão entre eles.

É a partir dessa aparente colisão que surge a necessidade de ponderação entre eles para que se identifique qual princípio ou garantia se destaca. Essa ponderação é feita a partir do princípio da proporcionalidade, o qual origina-se por

¹³⁹ LOPES JR., Aury. Direito processual penal / Aury Lopes Jr. – 15. Ed - São Paulo: Saraiva educação, 2018. p. 387.

meio da doutrina e da jurisprudência, permitindo que, dependendo da situação do caso, se escolha entre os valores a serem defendidos.

O princípio da proporcionalidade não existe expressamente no nosso ordenamento jurídico, a proporcionalidade existe como norma esparsa no texto constitucional, e não como norma geral de direito escrito¹⁴⁰.

Isso só evidencia a ideia de que nenhuma garantia ou direito constitucional é absoluto, podendo estes serem flexibilizados, de acordo com o caso, em favor de outro direito ou garantia constitucional.

Portanto, via de regra, não são admissíveis no processo penal brasileiro as provas obtidas por meio ilícito, podendo ser elas contrárias tanto a normas do direito material quanto processual. Entretanto, diante de todo o exposto, é possível afirmar que existe a possibilidade de se admitir provas ilícitas no processo penal brasileiro.

Embora seja um tema muito controverso, os juristas, em sua maioria, entendem pela possibilidade de aplicação do princípio da proporcionalidade, o que resulta na admissão de provas ilícitas em favor do réu, enquanto uma parte minoritária da doutrina entende que é possível a aplicação do princípio da proporcionalidade quando da utilização de provas ilícitas em favor da sociedade.

Basicamente todos os juristas concordam com a possibilidade de admissão de provas ilícitas em favor do acusado por ser de consenso geral de que é inaceitável a condenar alguém que consegue demonstrar sua inocência somente por meio de prova que possui essência ilícita. Entretanto, não são todos os tipos de provas aceitas em favor do réu, provas obtidas mediante tortura, por exemplo, não se enquadram como provas a serem aceitas.

No entendimento de Rangel¹⁴¹ é admissível a prova obtida com aparente infringência à lei, desde que tenha a finalidade de provar a inocência do réu, pois seria absurda a condenação de um acusado que, tendo provas de sua inocência, não seriam aceitar apenas porque foram obtidas em desacordo com a lei.

Portanto, a prova ilícita pode ser considerada em juízo ainda que o réu viole, por exemplo, o direito à intimidade, à imagem, à inviolabilidade do domicílio ou das comunicações de outrem, com objetivo de provar sua inocência.

¹⁴⁰ BONAVIDES, Paulo. O princípio constitucional da proporcionalidade e a Constituição de 1988. Curso de direito constitucional. 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 395.

¹⁴¹ RANGEL, Paulo. Direito Processual Penal. 11ª ed. rev., ampl. e atual. – Rio de Janeiro: ed Lumen Juris. 2006. p. 397.

No que tange à aplicação do princípio da proporcionalidade em favor da acusação, Lopes Jr.¹⁴² entende que seria altamente perigoso, caracterizando um grave retrocesso lançar mão desse conceito jurídico indeterminado para restringir direitos fundamentais.

Nas situações onde o agente policial atua amparado por excludentes de ilicitude ou no caso de flagrante delito, Pacelli¹⁴³ afirma que a prova do crime deve ser aceita no processo, porque obtidas durante a prática do delito, situação em que os autores dos delitos não poderão alegar violação a qualquer de seus direitos pela ausência de extensão a eles das garantias constitucionais individuais naquele momento. Nenhuma norma de direito poderá proteger a ação delituosa pois esta configura sempre uma violação de direitos e não exercício deles.

Portanto, entende-se que no processo penal brasileiro só são admissíveis as provas ilícitas *pro reo*. Embora a Constituição Federal expressamente vede a utilização destas, tanto a doutrina quanto a jurisprudência entendem pela utilização da prova obtida pelo meio ilícito que seja para inocentar um acusado de um crime que não cometeu. Porém, não são todas as espécies de provas aceitas em favor do réu, devendo atentar aos danos causados para obtenção da prova, como no caso de tortura, a prova não poderá ser aceita.

Enquanto as provas *pro societate*, mesmo que haja uma parte da doutrina que defenda a sua utilização, os Tribunais Superiores brasileiros, assim como a maior parte da doutrina, entendem pela impossibilidade de utilização de provas produzidas por meio ilícito pela acusação, em razão da defesa de garantias fundamentais estabelecidas na Constituição Federal.

A modalidade de prova fortuita se enquadra também nos critérios de admissibilidade de provas ilícitas no direito processual penal.

Porquanto poderia dizer que se, durante uma diligência, a autoridade policial encontra evidências de infrações penais diferentes daquela que originou a aquela, poderia caracterizar uma violação a direitos constitucionais, e isso ocorre se a diligência extrapolar os limites do mandado de busca e apreensão. Como no caso de

¹⁴² LOPES JR., Aury. Direito processual penal / Aury Lopes Jr. – 15. Ed - São Paulo: Saraiva educação, 2018. p. 397.

¹⁴³ PACELLI, Eugênio. Curso de processo penal / Eugênio Pacelli. – 21. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2017. p. 195.

agentes que buscam computadores para a investigação de crimes virtuais revirarem toda a residência da pessoa no intuito de procurar qualquer outra violação penal.

No entanto, se a diligência que busca provas de crimes virtuais encontra no computador do acusado indícios de outros crimes como pornografia infantil, essas provas possuem conexões entre si, pois, apesar de serem crimes diferentes e andarem em processos distintos, não houve violação de direito constitucional do acusado para obtenção das provas.

Portanto, somente as provas ilícitas *pro reo* e provas fortuitas que tenham conexão com o caso podem ser aceitas em julgamento. Todas as demais provas, embora haja discussão sobre algumas delas, que é o caso da prova ilícita *pro societate*, o julgador não poderá considerá-las e deverão ser desentranhadas do processo e destruídas.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A prova é um dos principais elementos do processo judicial, uma vez que é por meio dela que o julgador forma seu convencimento. É por meio das provas, ou ausência delas, que o magistrado determina uma pessoa será condenada ou inocentada.

A prova funciona como instrumento para levar a informação ao órgão julgador com a finalidade de confirmar ou descaracterizar uma alegação sobre um fato.

O processo penal brasileiro admite uma grande diversidade de espécies de provas para produção, como as documentais, periciais, testemunhais, por exemplo. O princípio da liberdade probatória permite às partes a possibilidade de se utilizar de quase todas as maneiras, formas e tipos para a comprovação do alegado.

Entretanto, a Constituição Federal limitou expressamente esse princípio de liberdade probatória ao inadmitir as provas ilícitas no ordenamento jurídico brasileiro, conforme o artigo 5º, inciso LVI.

Em princípio, todas as provas que possuem um caráter ilícito, aquelas obtidas por meio de violações legais ou constitucionais, não poderão ser aceitas em julgamento e, por isso, deverão ser desentranhadas dos autos do processo.

Acontece que esse princípio de vedação de provas ilícitas não é absoluto, assim como nenhum outro princípio do ordenamento jurídico brasileiro. Ao passo que a Constituição afirma que são inadmissíveis as provas ilícitas, ela também ordena diversos outros princípios que entram em aparente colisão o princípio de vedação das provas ilícitas.

A Constituição elenca garantias fundamentais, entre eles está o direito à liberdade. E a lei maior o protege de diversas maneiras, como o princípio da dignidade humana, da presunção de inocência, da legalidade, do devido processo legal, do contraditório, da ampla defesa. Ocorre que alguns desses princípios colidem com o princípio de vedação de provas ilícitas em determinados momentos.

No caso de um acusado que tem a chance de provar a sua inocência, mas apenas por meio de prova ilícita, qual princípio deverá se sobrepor? O princípio da vedação de provas ilícitas, que no caso resultaria na condenação de um inocente? Ou o princípio da ampla defesa, ou até mesmo o estado de necessidade que estaria a pessoa tentando evitar uma prisão injusta?

Se considerarmos que a vedação de provas ilícitas é um valor absoluto, um inocente seria condenado. A ideia de se condenar um inocente apenas pela formalidade da prova repugna qualquer juiz.

Então, nesse caso, entende-se pela possibilidade de utilização de uma prova ilícita em favor do acusado, sendo este o único meio de provar a sua inocência, ainda que ocorra violação de algumas normas e princípios constitucionais.

Nesse momento se tem a necessidade de utilizar o princípio da proporcionalidade que, embora não conste expressamente no texto constitucional, sendo uma criação da doutrina e da jurisprudência entendendo como decorrente do princípio do devido processo legal e do Estado de Direito. Ao analisar qual princípio constitucional deva prevalecer, é preferível aceitar provas ilícitas a violar direitos como a vida, a dignidade humana, a liberdade.

O princípio da proporcionalidade possui característica de orientar na interpretação e na aplicação das garantias e normas que atuam na proteção dos direitos fundamentais.

Embora prevista expressamente a vedação de provas ilícitas na lei maior, em determinados momentos o Estado se encontra com dois ou mais direitos importantes, porém contrários, os quais é dever dele proteger. Nesses momentos é indispensável a utilização do princípio da proporcionalidade para mensurar quais bens jurídicos merecem maior proteção em relação a outros.

Nesse sentido, é perfeitamente plausível a aceitação de violação do princípio da inadmissibilidade de provas ilícitas quando houve conflito entre ele e o princípio da liberdade, sendo que este tem mais valor que aquele.

Entretanto, apesar de existir a possibilidade de flexibilização do princípio de vedação de provas ilícitas. Este princípio encontra-se na parte de direitos e deveres individuais, sendo assim, essa norma só poderá ser usada pra beneficiar alguém, jamais no sentido de prejudicar ao utilizar para flexibilizar outra garantia fundamental.

A partir disso, existe a discussão de que se as provas ilícitas podem ser aceitas somente em favor do réu, ou se podem ser utilizadas em favor da sociedade.

O entendimento da doutrina é unânime no sentido de aceitação das provas ilícitas em relação ao acusado tendo diversas justificações, como se a prova ilícita é a única maneira de demonstrar a inocência de alguém, deverá ser permitida, ou que o réu não estaria infringindo a lei pois obtém a prova ilícita em estado de necessidade ou legítima defesa.

Ainda assim, em determinados casos, não haveria nenhum prejuízo para o ordenamento jurídico brasileiro caso o magistrado utilize a teoria da proporcionalidade a favor do acusado, uma vez que ao aplicar um direito fundamental em detrimento da vedação de provas ilícitas, poderá evitar que alguém seja injustamente.

Em relação às provas ilícitas a favor da sociedade, toda a jurisprudência repudia a aplicação destas provas para condenar alguém. Já a doutrina não é unânime nesse ponto, há uma pequena parte de autores que defendem a aplicação de provas ilícitas *pro societate*, sob alegações de que se o réu tem sua liberdade individual ferida quando acusado injustamente, o mesmo poderia ser aceito para proteger os interesses da sociedade ou que a não utilização deste princípio incorreria na impossibilidade do Estado dar uma resposta aos crimes graves, ocasionando na desproteção da sociedade frente às ações ilícitas de criminosos perigosos.

Contrariamente a estes pontos, os autores que são contra a utilização do princípio da proporcionalidade *pro societate* afirmam que a inadmissibilidade de provas tem como objetivo principal a proteção das pessoas da sociedade, e utilizá-lo de maneira contrária ao que ele foi proposto seria uma inversão do princípio.

Apesar de nesse ponto ainda existir discussão, a maior parte da doutrina e a jurisprudência não aceitam a aplicação do princípio da proporcionalidade em favor da sociedade.

A partir disso, afirma-se que é possível a utilização de provas ilícitas no processo penal brasileiro através da aplicação do princípio da proporcionalidade para beneficiar o réu nos casos em que há conflito entre as provas obtidas por meio ilícito e outras garantias constitucionais as quais se sobrepõem em relação ao princípio de vedação de provas ilícitas.

Dessa maneira, verificou-se que apesar de constar expressamente na Constituição Federal e o Código de Processo Penal a vedação de provas obtidas por meios ilícitos, admite-se a flexibilização dessas provas por meio da utilização do princípio da proporcionalidade.

Ainda assim, conclui-se que não se pode considerar que os princípios e garantias sejam absolutos, pois se demonstrou possibilidade de alguns se sobreporem a outros, pois como foi demonstrado que em diversos casos a vedação de provas ilícitas cede aos direitos fundamentais de liberdade, da dignidade da pessoa humana, da presunção de inocência, por exemplo.

REFERÊNCIAS

ALENCAR, Rosmar Rodrigues; TÁVORA, Nestor. Curso de direito processual penal. 8. ed. rev., atual. e ampl. - Salvador: Juspodivm, 2013.

ASSIS MOURA, Maria Thereza Rocha de. A Ilícitude na Obtenção da Prova e sua Aferição, disponível em <www.aurylopes.com.br>.

AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. Processo Penal: esquematizado / Norberto Avena – 3ª ed. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011.

ÁVILA, Humberto Bergmann. A distinção entre princípios e regras e a redefinição o dever de proporcionalidade. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, nº 215, 1999.

AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. Provas ilícitas: interceptações telefônicas e gravações clandestinas. 3ª ed. São Paulo: RT, 2003.

_____. Provas Ilícitas: Interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas / Luiz Francisco Torquato Avolio. – 4. ed. rev. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

_____. Provas ilícitas: interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas. 6ª edição – revista, atualizada e ampliada. Editora Revista dos Tribunais, 2015.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi. Ônus da prova no processo penal. São Paulo: RT. 2003.

_____. Processo penal / Gustavo Henrique Righi Ivany Badaró. -2. ed. – Rio de Janeiro: Elsevier, 2014.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de direito administrativo. 14ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A garantia do contraditório na atividade de instrução. Revista de jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, V. 20, nº 46, 1981.

_____. A Constituição e as provas ilicitamente obtidas. Revista Trimestral de Direito Público, nº 13.

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

BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e aplicação da Constituição. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001

_____. A viagem redonda: habeas data, direitos constitucionais e as provas ilícitas. p. 149/163.

<<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/47206/45406%3E>>

_____. Luís Roberto. Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no Direito Constitucional. Revista Forense, Rio de Janeiro, v. 92, nº 336, PP 125-136, out/dez. 1996.

BONAVIDES, Paulo. O princípio constitucional da proporcionalidade e a Constituição de 1988. Curso de direito constitucional. 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>

_____. Código de Processo Penal. decreto lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Decreto-Lei/Del3689.htm>>

_____. Código de Processo Civil. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>

_____. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 9. Disponível em <http://www.stj.jus.br/docs_internet/VerbetesSTJ_asc.pdf>

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 251.445/GO, 2ª Turma, Min. Celso de Mello, Julgado em 21/06/2000.

_____. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno, AP 307/DF, Rei. Min. Ilmar Galvão, DJ 13/10/1995.

_____. Supremo Tribunal Federal. 1ª Turma, HC 73.351/SP, Rei. Min. Ilmar Galvão, OJ 19/03/1999. STF, Tribunal Pleno, HC 72.588/PB, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 04/08/2000.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 149.250/SP, 5ª Turma, Min Adilson Vieira Macabu, julgado em 17/06/2011.

BULOS, Uadi Lammêgo. Constituição Federal anotada, 2. ed., São Paulo. Saraiva, 2001.

CAMPOS, Gabriel Silveira de Queirós. Provas ilícitas e ponderação de interesses no processo penal. Provas ilícitas e ponderação de interesses no processo penal. 1. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2015. v.1.

CAPEZ, Fernando. Curso de processo penal. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. Curso de processo penal / Fernando Capez. – 23. ed. – São Paulo: Saraiva, 2016. 1. Processo penal 2. Processo penal - Jurisprudência - Brasil I. Título.

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. O processo penal em face da Constituição. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

DECLARAÇÃO DOS DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO DE 1789. Disponível em <http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declar_dir_homem_cidadao.pdf>

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. Disponível em <<https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>>

DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de direito processual civil. São Paulo: Malheiros, 2001, vol. I.

DUCLERC, Elmir. Prova penal e garantismo: uma investigação crítica sobre a verdade fática construída através do processo / Elmir Duclerc. Imprensa: Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2004.

FERNANDES, Antonio Scarence. Processo penal constitucional. 3ª ed. São Paulo: RT, 2002.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. Direito processual penal esquematizado® / Victor Eduardo Rios Gonçalves, Alexandre Cebrian Araújo Reis. – 7. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. Direito à prova no processo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997

GUERRA FILHO, Willis Santiago. Processo constitucional e direito fundamentais. 2ª ed. São Paulo: Celso Bastos, 2001.

HAMILTON, Sergio Demoro. Processo Penal: reflexões. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

LACERDA, Dennis Otte. Breve perspectiva da prova indiciária no Processo penal / Dennis Otte Lacerda – Curitiba: JM Livraria, 2006.

LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de processo penal: volume único. 5. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017.

LOPES JR., Aury. Direito processual penal / Aury Lopes Jr. – 15. Ed - São Paulo: Saraiva educação, 2018.

MALATESTA, Nicola Framarino Dei. A lógica das provas em matéria criminal.

MENDES, Gilmar Ferreira. O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: novas leituras. Repertório IOB de Jurisprudência, caderno 1, nº 14, 2000.

MENDONÇA, Rachel Pinheiro de Andrade. Provas ilícitas: limites à licitude probatória. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

MIRABETE, Julio Fabbrini. Processo penal. São Paulo: Atlas, 10ª ed., 2000.

NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de processo penal e execução penal. 5ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

_____. Guilherme de Souza. Código de Processo Penal comentado / Guilherme de Souza Nucci. – 15. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2016.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. Curso de processo penal. 11ª ed. Editora Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2009.

_____. Curso de processo penal / Eugênio Pacelli de Oliveira. – 15.ed., rev. e atual. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

PACELLI, Eugênio. Curso de processo penal / Eugênio Pacelli. – 21. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2017.

PELLEGRINI GRINOVER, Ada; SCARENCE FERNANDES, Antonio e GOMES FILHO, Antônio Magalhães. As Nulidades no Processo Penal. 2. ed. São Paulo, Malheiros, 1992.

- RANGEL, Paulo. Direito processual penal. 7.ed. Rio de Janeiro Lumen Juris, 2003.
- _____. Processual Penal. 11ª ed. rev., ampl. e atual. – Rio de Janeiro: ed Lumen Juris. 2006.
- SARMENTO, Daniel. A ponderação de interesses na Constituição Federal. 1ª ed. 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.
- SCHOLLER, Heinrich. O princípio da proporcionalidade no direito constitucional e administrativo da Alemanha. Revista interesse público, São Paulo, v. 2, nº 2. 1999.
- SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. Curso de direito processual penal: teoria (Constitucional) do Processo Penal. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- SLERCA, Eduardo. Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2002
- SOUZA, Sérgio Ricardo de. Manual de processo penal constitucional: Pós-reforma de 2008/ Sérgio Ricardo de Souza, Willian Silva – Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- STEINMETZ, Wilson Antônio. Colisão de direitos fundamentais e princípios da proporcionalidade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
- TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Código de processo penal comentado: Volume 1 e 2 / Fernando da Costa Tourinho Filho – 13. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2010.