

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE NACIONAL DE DIREITO**

**A PROVA PENAL ILÍCITA E O
PRINCÍPIO DA
PROPORCIONALIDADE**

ALINE DOS SANTOS NATAL

*Rio de Janeiro
2008*

ALINE DOS SANTOS NATAL

A PROVA PENAL ILÍCITA E O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Monografia apresentada como pré-requisito para conclusão do curso de bacharelado em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro – Faculdade Nacional de Direito

Orientador: Prof. Cezar Augusto Rodrigues Costa

**Rio de Janeiro
2008**

Natal, Aline dos Santos.

A prova penal ilícita e o princípio da proporcionalidade.
82 f.

Orientador: Prof. Cezar Augusto Rodrigues Costa.

Monografia (graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas, Faculdade de Direito.

Bibliografia: f. 76 – 77.

1. Provas Ilícitas. 2. Princípio da proporcionalidade. 3. Direito Processual. I. Costa, Cezar Augusto Rodrigues. II. Universidade Federal do Rio de Janeiro. Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas. Faculdade de Direito. III. Título.

CDD 341.434

ALINE DOS SANTOS NATAL

A PROVA PENAL ILÍCITA E O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Trabalho de conclusão de curso apresentado à Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Data de aprovação: ___ / ___ / _____

Banca Examinadora:

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Dedico este trabalho primeiramente a Deus, pois sem Ele nada seria possível. Aos meus pais, Alberto e Rosangela, aos meus irmãos, Daniela e Daniel, e ao Gustavo, por sua paciência e seu carinho.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus, como não poderia deixar de ser.

Agradeço também ao meu órgão empregador, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, do qual muito me orgulho em servir, e a todos os companheiros da 39ª Vara Criminal, cuja contribuição para minha vida acadêmica foi imensurável.

Agradeço a meus pais por todas as oportunidades que me deram.

Agradeço ao meu Professor Orientador Cezar Augusto Rodrigues Costa, por sua paciência na orientação e incentivo; por seu apoio e inspiração no amadurecimento dos meus conhecimentos e conceitos que me levaram a execução e conclusão deste trabalho.

Agradeço a todos os professores da Faculdade Nacional de Direito, que apesar de todas as dificuldades ajudaram a trilhar o meu caminho.

Agradeço a todos os amigos e colegas que fizeram parte destes cinco anos de estudos, especialmente Bruna, Robson e Natália, pela compreensão e amizade constantes.

E por fim, agradeço a toda minha família, avós, tios e primos, e às minhas amigas de longa data, Michelle e Patrícia, simplesmente por existirem e por acreditarem sempre em mim.

*Feliz do homem que encontrou a sabedoria,
daquele que adquiriu a inteligência, porque
mais vale esse lucro que o da prata e o fruto que
se obtém é melhor que o fino ouro.*

(Provérbios 3, 13-14)

RESUMO

NATAL, Aline dos Santos. *A Prova Penal Ilícita e o Princípio da Proporcionalidade*. 2008, 82 f.

Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2008.

A autora analisa a produção probatória no direito processual penal, apresentando os balizamentos constantes do ordenamento jurídico vigente. O trabalho defende a necessidade de observância de todas as normas constitucionais, em especial dos direitos e garantias fundamentais, admitindo, contudo, o ideário da não existência de princípios absolutos. Trazendo as posições adotadas por diversas correntes do direito processual penal, a autora apresenta o problema da admissibilidade das provas ilícitas sob a ótica do princípio da proporcionalidade, analisando as possibilidades dessa admissão *pro reo* e *pro societate*. Abordou-se, também, a teoria geral das provas, as provas ilícitas por derivação e as interceptações das comunicações telefônicas, de informática e de telemática. As conclusões obtidas são de utilidade aos operadores do direito, bacharéis e estudantes que militam no direito processual penal.

Palavras-chave: prova (direito), prova ilícita, inadmissibilidade, direitos fundamentais, proporcionalidade.

ABSTRACT

NATAL, Aline dos Santos. *The Illegal Criminal Proof and the Proportionality Principle*. 2008, 82 f.
Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2008.

The author analyses the proof production in the criminal procedural law, showing the constant limits of the actual legal system. This research paper goes with the need of accomplishment of all the constitutional rules, especially those of fundamental rights and warranties, accepting, however, the idea that we cannot admit absolute principles. Bringing the conceptions adopted by different criminal doctrine writers, the author presents the issue regarding the illegal proofs admissibility based on the proportionality principle, verifying the possibilities of this admission *pro reo* and *pro societate*. This research also presents the general proof theory, the doctrine of the fruits of the poisonous tree, and the interception of phone, computer and telematics communications. These paper conclusions are useful to counsel, bachelors in law and students who focus on criminal area.

Key-words: proof (law), illegal proof, inadmissibility, fundamental rights, proportionality.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	10
2. TEORIA GERAL DAS PROVAS. CONCEITO. OBJETO, FONTE E MEIO. CLASSIFICAÇÃO	12
3. PRINCÍPIOS REGULADORES DAS PROVAS NO PROCESSO PENAL	18
3.1. Princípio da Auto-Responsabilidade das Partes	18
3.2. Princípio da Aquisição ou Comunhão da Prova	18
3.3. Princípio da Audiência Contraditória	18
3.4. Princípio da Oralidade	19
3.5. Princípio da Publicidade	19
3.6. Princípio do Livre Convencimento Motivado	20
4. PROVAS ILÍCITAS. GENERALIDADES. INADMISSIBILIDADE. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS	21
4.1. Provas Ilícitas e Ilegítimas	22
4.2. Prova ilícita por derivação	24
4.3. Inadmissibilidade	25
4.4. Princípios Processuais Penais/Constitucionais	28
4.4.1. Dignidade da Pessoa Humana	29
4.4.2. Isonomia	31
4.4.3. Ampla Defesa e Contraditório	32
4.4.4. Presunção de Inocência	34
4.4.5. Direito à Intimidade	36
4.4.6. Inviolabilidade do Domicílio	37
5. INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS, DE INFORMÁTICA E DE TELEMÁTICA E GRAVAÇÕES CLANDESTINAS	39
5.1. Breve relato histórico das interceptações no Brasil	42
5.2. Competência e Procedimento	43

5.3. Comentários à Lei nº 9.296/96	44
5.4. Da Criação de Tipo Penal Incriminador – Artigo 10 da Lei nº 9.296/96	46
6. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE	48
6.1. Conceito e Origem do Princípio da Proporcionalidade	48
6.2. Subprincípios do Princípio da Proporcionalidade	51
6.2.1. Princípio da Adequação	51
6.2.2. Princípio da Necessidade	52
6.2.3. Princípio da Proporcionalidade em sentido estrito	52
6.3. Proporcionalidade e Razoabilidade	53
6.4. Críticas ao Princípio da Proporcionalidade: objeções e contra-objeções	56
6.5. A Proporcionalidade no Direito Estrangeiro	58
7. ADMISSIBILIDADE DA PROVA ILÍCITA PRO REO E PRO SOCIETATE	61
7.1. Prova Ilícita <i>pro reo</i>	61
7.2. Prova Ilícita <i>pro societate</i>	64
8. A PROVA ILÍCITA EM SISTEMAS JURÍDICOS ESTRANGEIROS	70
8.1. Estados Unidos	70
8.2. Alemanha	72
8.3. Itália	73
8.4. França	74
9. CONCLUSÃO	75
REFERÊNCIAS	77
ANEXO	79

1. INTRODUÇÃO

A prova possui grande importância no processo penal na medida em que contribui diretamente para a formação do convencimento do julgador acerca da lide. Ela é o meio objetivo pelo qual o espírito humano se apodera da verdade, sendo mais eficaz quando produzida de forma mais clara, plena e segura.

Provar é, antes de tudo, estabelecer a existência da verdade; e as provas são os meios pelos quais se procura estabelecê-la. Assim, elas possibilitam a reconstrução de fatos pretéritos auxiliando na busca pela verdade real. Para julgar uma causa, o juiz precisa ser conhecedor da existência do fato sobre o qual versa a lide, e é a prova o meio capaz de tornar esse fato conhecido do juiz, convencendo-o de sua existência.

Contudo, faz-se necessário que o juiz acolha e valora, em regra, apenas os meios de prova considerados lícitos para o ordenamento jurídico pátrio, sob pena de causar insegurança às partes. Primeiramente, ele tem o dever de observar os princípios atinentes à prova, sendo este o ponto de partida do presente estudo.

Com o advento da Constituição de 1988 buscou-se enaltecer a observância aos direitos fundamentais individuais e coletivos, limitando o poder Estatal e restringindo a ingerência do Poder Público na esfera íntima do indivíduo. Tais direitos fundamentais, vestidos sob a roupagem das garantias fundamentais, encontram-se inseridos na Magna Carta no formato de Princípios Constitucionais, que são, de fato, os pilares de qualquer sistema de normas, visto que irradiam valores por todas as normas constantes no ordenamento. Os direitos e garantias fundamentais presentes no texto constitucional são frutos de um longo período de amadurecimento democrático e necessitam ser constantemente preservados.

Todavia, existem situações fáticas em que se constata uma colisão de direitos fundamentais caracterizada por um conflito entre dois direitos, bens ou interesses, que são simultaneamente protegidos pela Constituição. Nessas situações, uma interpretação, ou sistemática ou teleológica, não é suficiente para dirimir o conflito suscitado e restabelecer a paz social, fazendo-se necessária a sua solução pela ótica do princípio da proporcionalidade.

Amplamente utilizada pela doutrina constitucional para atenuar a vedação das provas ilícitas, a teoria da proporcionalidade prevê hipóteses em que, unicamente em casos

excepcionais e de extrema gravidade, tais provas poderiam ser utilizadas, já que nenhuma liberdade pública pode ser considerada absoluta.

Para se admitir que provas ilícitas adentrem no conjunto probatório dos autos é necessário sopesar os valores que estão em conflito e dar preferência aquele de maior relevância para o indivíduo. O que vale mais, a intimidade de um cidadão ou a liberdade e a vida de outro? E para solucionar estas questões, o princípio da proporcionalidade utiliza-se de seus três elementos formadores: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Se, de certa forma, devem ser preservados os direitos individuais fundamentais, outras garantias e princípios constitucionais devem ser igualmente protegidos. Desse modo devemos pensar, sem maiores dúvidas, que o princípio da proporcionalidade pode e deve ser utilizado *pro reo*; contudo, divergentes os posicionamentos acerca de sua aplicação *pro societate*, excepcionalmente, em situações em que concorrem garantias e princípios constitucionais.

Na doutrina brasileira e na própria jurisprudência o tema *provas ilícitas e liberdades públicas* continua causando contradições, não se podendo afirmar que existe uma posição pacífica sobre qualquer dos assuntos propostos neste trabalho. Esperamos que no decorrer destas páginas se possa entender a verdadeira importância da prova para o justo julgamento da lide, até mesmo nos casos de provas ilicitamente obtidas, principalmente para resguardar os direitos fundamentais do indivíduo, tendo sempre como orientadores o princípio da proporcionalidade e o princípio da dignidade da pessoa humana.

2. TEORIA GERAL DAS PROVAS. CONCEITO. OBJETO, FONTE E MEIO. CLASSIFICAÇÃO

A prova é, sem dúvida, a essência de um processo. Oriunda do vocábulo latino *probatio* tem por significado a verificação, inspeção, exame, argumento, razão, aprovação, confirmação, e derivada do verbo *probare*, significa, dentre outros, reconhecer por experiência, estar satisfeito com alguma coisa, persuadir alguém de alguma coisa, demonstrar. O ato de provar consiste, portanto, em produzir um estado de certeza na íntima convicção do juiz acerca da existência ou não de um fato passado.

Destarte, há quem defenda a semelhança, em matéria criminal, entre certeza e probabilidade. Ora, seria inconcebível que um Magistrado, ao prolatar um decreto condenatório, aplicasse a pena por ter o acusado **provavelmente** cometido um crime. Daí, urge a necessidade de conceituar estas duas espécies tão distintas.

A certeza, no seu critério objetivo, confunde-se com a verdade pura e simples. Não isenta de seu conteúdo motivos convergentes e divergentes, mas afirma que estes não *merecem racionalmente consideração*¹. Já a probabilidade não tem por conteúdo a verdade, como ocorre com a certeza, mas forma quase que um silogismo; ou seja, presentes estão os motivos maiores, convergentes à afirmação, e os motivos menores, divergentes da afirmação, retirando-se dessa combinação um resultado lógico e racional.

Não se pretende, todavia, em matéria criminal, que a certeza seja absoluta, de conteúdo único e ausentes quaisquer motivos que invalidem essa afirmação, pois isso seria de todo impossível. Antes abandonaríamos o dever de punir, pois não haveria meio idôneo de regressar ao passado e presenciar o fato tal qual ocorrido. Corroborando o entendimento, Mittermaier já ensinava o seguinte:

Em todos os fatos que dependam do domínio da verdade histórica jamais se deixa atingir a verdade absoluta. Se a legislação recusasse sistematicamente admitir a certeza todas as vezes que uma hipótese contrária pudesse ser imaginada, se veriam impunes os maiores criminosos e, por conseguinte, a anarquia seria fatalmente introduzida na sociedade².

¹ Malatesta, Nicola Flamarino dei. *A Lógica das Provas em Matéria Criminal*, 6ª ed. Campinas: Bookseller, 2005, p. 62

² Mittermaier, C.J.A. *Tratado da Prova em Matéria Criminal*, 2ª tiragem, 1997. p. 66

O processo tem por fim a busca da verdade real e é através da instrução probatória que o magistrado poderá obter esta verdade. Assim, provar é, antes de tudo, a indução do juiz no convencimento de que o fato passado ocorreu de uma determinada forma, ou seja, visa reconstruir uma situação pretérita. É o instrumento de verificação do *thema probandum*.

Conceituada a prova, importante ressaltar qual a sua finalidade para o direito processual penal. Partindo-se da premissa de que a prova é produzida para o convencimento do juiz, que é o seu destinatário final, resta-nos observar que o seu fim supremo é a verificação do delito, de modo a possibilitar a aplicação do *ius puniendi* por parte do Estado-juiz e solucionar os conflitos existentes. Por isso, Malatesta ressalta que: “O objetivo principal da crítica criminal é indagar como, da prova, pode legitimamente nascer a certeza do delito; o objetivo principal de suas investigações é, em outros termos, o estudo das provas de certeza.”³

Desta forma, cabe à acusação a prova dos fatos constitutivos e à defesa a prova dos fatos impeditivos, modificativos e extintivos da pretensão punitiva do autor. Deverão as partes, ao oferecerem suas provas em juízo, limitar-se ao ordenamento jurídico pátrio, competindo ao magistrado a análise da aptidão ou não da prova produzida. Assim, as partes, cientes da necessidade da prova para o convencimento do juiz, devem produzir devidamente as suas provas, sob pena de terem o fato como não demonstrado.

De acordo com Fernando da Costa Tourinho Filho, os elementos integrantes da prova são: o objeto da prova, a fonte de prova e o meio de prova.

O que se entende por objeto da prova? É o *thema probandum*, ou seja, o fato que deve ser provado. É justamente aquilo que as partes querem demonstrar para o juiz, e aquilo que este deve conhecer para julgar a causa. São, portanto, objeto da prova, todos os fatos sobre os quais versa a lide. Não se confunde, contudo, com objetos de prova, que são para Tourinho, “todos os fatos, principais ou secundários, que reclamem uma apreciação judicial e exijam uma comprovação. Somente os fatos que possam dar lugar a dúvida, isto é, que exijam uma comprovação, é que constituem objeto de prova.”⁴

Assim, excluem-se do objeto de prova os fatos notórios ou evidentes. Estes não precisam ser provados, já que participam da cultura do homem médio. Equipados aos fatos

³ Malatesta *Op. cit.*, p. 88

⁴ Tourinho Filho, Fernando da Costa. *Manual de Processo Penal*, 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 507

notórios, existem as máximas de experiência, que são juízos formados ante o que normalmente acontece.

Igualmente, não necessitam ser provados os fatos presumidos, já que em seu favor milita uma presunção de veracidade. A presunção pode ser absoluta (*juris et de jure*), que por sua natureza não admite prova em contrário; ou presunção relativa ou *iuris tantum*, que admite prova que o contrarie.

E quanto aos fatos incontroversos? No processo penal, ao contrário do que acontece no processo civil, os fatos incontroversos, a princípio, não necessitam de prova, contudo, isso não exclui o direito do juiz de investigá-los, conforme permitido pelo artigo 156 do Código de Processo Penal.

Não só os fatos podem ser objeto de prova como também o direito. É o caso do direito municipal, estadual, estrangeiro ou consuetudinário que, na forma da lei, pode ser provado pelas partes ou até mesmo por determinação do juiz.

Entende-se por fonte de prova tudo aquilo que contenha indicações úteis que exijam comprovação. É o caso da denúncia.

Meios de prova são tudo que possa esclarecer ou justificar os fatos em que se fundam, ou seja, é o método pelo qual as provas são introduzidas no processo. Enquanto a prova tende a convencer o magistrado da ocorrência de determinado fato pretérito, os meios de prova são os recursos utilizados para atingir a verdade no processo. São exemplos de meios de prova os depoimentos, as perícias, os reconhecimentos, etc.

Considerando que o processo penal é de caráter público e dispõe sobre a liberdade do ser humano, princípio fundamental no Estado Democrático de Direito, há uma certa liberdade para a produção de provas. A legislação constitucional e ordinária estabelece determinados meios de prova, mas em hipótese alguma poderia se considerar este rol como taxativo. Não seria possível exigir do legislador que este previsse todos os meios de prova possíveis em um processo, razão pela qual todos os meios existentes são aptos a provar a existência ou não de um fato, desde que legais e morais.

A própria Carta Magna de 1988 considera inadmissíveis no processo as provas obtidas por meios ilícitos, apesar de, recentemente, haver uma mitigação desse princípio pela Corte Suprema quando em benefício do réu, o que será amplamente discutido neste trabalho.

Cabe ao magistrado, destinatário final das provas, valorá-las segundo o seu livre convencimento, ciente de que devem estar afastados de sua mente quaisquer pré-julgamentos, já que incompatíveis com o princípio da imparcialidade do juiz. A valoração das provas passou por diversas fases até que se chegasse ao sistema atual.

Na antiguidade, a prova era ligada às divindades e as credices populares, como as ordálias, no qual os deuses diziam quem tinha a razão, cabendo ao juiz apenas homologar a vontade divina.

Logo após, surgiu o sistema da prova legal ou tarifado, que preponderou na Europa até pouco tempo atrás. Por este sistema, cada prova tinha seu valor definido em lei, não cabendo, assim, ao magistrado valorá-las a seu livre arbítrio. O juiz decidia de acordo com as provas constantes no processo e nos limites estabelecidos em lei. Passou-se a aceitar a prova testemunhal, mas o seu valor estaria condicionado a quantidade de testemunhas, o sexo, a condição social, etc. Restava, assim, ao magistrado simplesmente o ofício de apreciar o conjunto de provas e lhes dar o valor já estabelecido em lei. Esse sistema engessava o juiz na sua busca da verdade real.

Outro sistema de valoração de provas foi o sistema da íntima convicção, da livre convicção ou da prova livre, no qual o magistrado não estava obrigado a demonstrar as razões em que se fundaram a sua decisão, podendo até mesmo julgar a lide com base apenas no seu conhecimento particular, sem analisar uma única prova. O magistrado age baseado somente na sua consciência, podendo até mesmo deixar de decidir se não estivesse convencido. Esse sistema vigora até hoje no nosso país, em parte, no Tribunal do Júri, em que os jurados não necessitam exteriorizar as razões de seu convencimento. É o legislador concedendo ao julgador o máximo de discricionariedade.

O sucessor deste sistema foi o sistema da livre convicção motivada, da persuasão racional ou da livre persuasão. Diferentemente dos demais sistemas, aqui o juiz é livre para apreciar as provas contidas exclusivamente nos autos, aceitando-as no todo ou em parte, desde que fundamente as razões de seu convencimento. É, dentre todos, o sistema mais justo, pois além de possibilitar à defesa e à acusação atacar apenas o que não ficou devidamente demonstrado ao magistrado, evita os despotismos que poderiam advir de um sistema libertário.

E como bem ensina Vicente Greco Filho, a motivação das decisões é hoje determinação expressa da Constituição Federal, prevista em seu artigo 93, inciso IX:

A obrigação de fundamentar permite às partes aferir que a convicção foi realmente extraída do material probatório constante dos autos, e também que os motivos legais levam logicamente à conclusão. Essa garantia não só assegura o exame cuidadoso dos autos, mas também permite em grau de recurso, se faça o eventual reexame em face de novos argumentos apresentados. No processo penal, o artigo 157 do Código consagra a liberdade de apreciação da prova, mas a sistemática do dispositivo, inclusive em confronto com a Constituição, leva à conclusão de que o sistema adotado é e sempre foi o da persuasão racional.⁵

Em síntese, o ponto de partida para se alcançar a verdade no processo é sempre a imparcialidade na sua busca e a liberdade de produção de provas, tanto por parte da acusação como por parte da defesa.

É comum encontrarmos nas doutrinas a classificação das provas como testemunhal, confissão, documental e indícios, o que é um equívoco, como bem ensina Malatesta, posto que estas são especialidades da prova quanto a forma assumida e não a sua classificação em si. Além deste, outro erro seria classificar o indício como prova, o que também é bastante comum. E para compreender o que é o indício, Polastri dá a sua definição:

O indício é um procedimento do qual, de uma circunstância ou fato provado, extrai-se, através de regras de experiência ou normas científicas, a existência de um fato histórico a ser provado, e, assim, chega-se à inevitável conclusão da participação do agente⁶.

Desta forma, o indício não constitui prova em sentido estrito, apesar da maior parte dos autores, dentre eles Malatesta, o conceituarem como prova indireta ou lógica.

Assim, aplicaremos em nosso trabalho a classificação doutrinária das provas exposta por Malatesta, que se baseia em três critérios: objeto, sujeito e forma. Quanto ao objeto ou conteúdo, a prova pode ser direta ou indireta. Será direta se o fato a ser provado refere-se de forma imediata à prova produzida; será indireta se a prova produzida se referir mediamente ao fato a ser provado, o que somente será possível através de um raciocínio lógico. Quanto ao sujeito, a prova poderá ser real ou pessoal, levando-se em conta a coisa ou a pessoa de que advém a prova, ou seja, se disposta a verificar uma coisa (por exemplo, perícia documental), será real; e será pessoal se válida para verificação de pessoa (por exemplo, oitiva de testemunha). Por fim, quanto à forma, poderá ser testemunhal, documental e material, que são especialidades da prova por sua forma assumida, e não classificação de provas como já foi dito.

⁵ Greco Filho, Vicente, *Manul de Processo Penal*, p. 191

⁶ Polastri, Marcellus Lima. *A Prova Penal*, 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2003, p. 23

3. PRINCÍPIOS REGULADORES DAS PROVAS NO PROCESSO PENAL

Conforme já conceituado no primeiro tópico deste nosso trabalho, a prova é o âmago do processo. É peça fundamental ao convencimento do juiz para o julgamento da lide.

Contudo, para que esta comprovação seja feita no curso da instrução processual, existem alguns princípios que regulam a apresentação dessas provas no âmbito do processo penal. E são esses princípios que passamos a estudar.

3.1. Princípio da Auto-Responsabilidade das Partes

Compete às partes, como já visto, o ônus de provar o alegado em juízo. Para a acusação compete a prova dos fatos constitutivos do crime; e para a defesa, a prova dos fatos modificativos, impeditivos e extintivos do direito do autor. Assim, as partes têm o dever de demonstrar a prova de seu interesse, sendo totalmente responsáveis por sua negligência e por sua inércia na instrução probatória.

3.2. Princípio da Aquisição ou Comunhão da Prova

O encargo de provar o seu direito incumbe às partes, contudo, as provas produzidas em um processo são dirigidas ao juiz, seu destinatário final. Desta forma, uma vez apresentadas, elas passam a integrar um conjunto probatório acessível a ambas as partes. É o que se denomina de princípio da comunhão das provas, já que o seu verdadeiro objetivo é a busca da verdade real.

3.3. Princípio da Audiência Contraditória

As provas produzidas no processo necessariamente devem passar pelo crivo do contraditório, não sendo admitida a produção de prova sem a devida contraprova. Uma parte deve ter o conhecimento da produção de uma prova pela outra parte. É daí que surgem as divergências quanto à aceitação da chamada prova emprestada. Para alguns, de nada teria valor, já que produzida em outros autos, fora do alcance do contraditório e da ampla defesa. Outros defendem a sua admissibilidade, desde que a *purifique* anteriormente através do contraditório.

3.4. Princípio da Oralidade

A oralidade do processo penal é a regra, especialmente durante a instrução probatória. É o que se vê no interrogatório, nas oitivas das testemunhas da acusação e da defesa, e no Tribunal de Júri e nos procedimentos de Juizados Especiais Criminais. A exceção encontra-se no procedimento comum ordinário, no qual, ressalvados os atos supramencionados, o restante é apresentado, comumente, na forma escrita (memoriais).

Decorre deste princípio, o princípio da Concentração, o qual assevera a necessidade das provas serem produzidas em audiência única, com maior celeridade na sua coleta.

3.5. Princípio da Publicidade

No passado os processos eram secretos e nem o próprio réu tinha acesso à peça acusatória. Para coibir arbitrariedades, o liberalismo insurgiu-se contra esse sistema processual sigiloso e exigiu houvesse um julgamento mais justo. Prevaleceu, na maior parte das legislações, a regra da publicidade dos atos processuais, principalmente após a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, a fim de dar maior transparência à atividade jurisdicional. Todavia, em certos casos, a própria lei restringe essa exigência da publicidade, como disposto no artigo 5º, inciso LX da Constituição da República de 1988, desde que a *defesa da intimidade ou o interesse social* exijam essa restrição. Permite, ainda, a Constituição Federal no artigo 93, inciso IX, que a publicidade de certos atos fique limitada às partes e seus procuradores ou só a estes, quando o *interesse público o exigir*.

3.6. Princípio do Livre Convencimento Motivado

Como já estudamos anteriormente, não mais vigora o sistema das provas legais, em que cada prova tinha o seu valor preestabelecido em lei. No sistema da livre convicção é permitido ao magistrado avaliar as provas livremente, dando a cada uma o valor que, para ele, é o devido. Entretanto, não se confunde com a íntima convicção, posto que além de valorar apenas as provas constantes dos autos, deverá o magistrado justificar a sua decisão através da motivação. Frisa-se que a Carta Magna comina pena de nulidade para a falta de motivação das decisões, não havendo como convalidar o vício.

4. PROVAS ILÍCITAS. GENERALIDADES. INADIMISSIBILIDADE. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

O direito fundamental de acesso ao Poder Judiciário, garantido pela Constituição Federal de 1988, que traduz em si o direito de ação e de defesa, já traz implícito o direito à produção de provas como pré-requisito para a prestação jurisdicional justa, adequada aos fatos objeto da lide.

Apesar de constitucionalmente garantido, revestido sob a forma do devido processo legal, não se pode dizer que o direito à prova seja absoluto. Em um Estado Democrático de Direito, como bem assevera o artigo 1º da Carta Magna de 1988, a sociedade é regida por um conjunto de normas que garante seus direitos e limita a sua atuação. Embora a finalidade principal da prova seja a instrução do processo para a busca da verdade real, essa busca deve respeitar os balizamentos legais. Um desses limites é a proibição da produção de provas obtidas ou apresentadas por meios ilícitos.

Qual seria, então, a razão desta proibição? A necessidade de se fazer coabitar, num mesmo ordenamento jurídico, normas constitucionais de diferentes naturezas, com diferentes campos de atuação, para que nenhuma delas venha a ser exercida em detrimento da outra ou da ordem social.

Assim, mesmo sendo de grande importância o alcance da verdade real num processo penal, esse objetivo não deve ser perseguido a qualquer custo, não podendo ultrapassar os limites impostos pela lei, sob pena de subverter os direitos e garantias fundamentais do indivíduo e o próprio regime democrático de direito.

Desta forma, não sendo os direitos fundamentais absolutos, o direito de prova pode e deve ser restringido quando colidir com outros princípios constitucionais de maior relevância. E daí a importância de um estudo aprofundado sobre o princípio constitucional da proporcionalidade, o que faremos no capítulo apropriado.

4.1. Provas Ilícitas e Ilegítimas

Antes de adentrarmos no estudo das provas ilícitas propriamente ditas, necessária se faz uma diferenciação entre provas ilícitas e provas ilegítimas.

São diversas as terminologias utilizadas para definir este problema, como provas obtidas por meios ilícitos, prova ilegal, prova proibida, provas obtidas ilegalmente, etc. Contudo, pode-se dizer que no Brasil, a nomenclatura e os conceitos trazidos pela Professora Ada Pellegrini Grinover unificaram a doutrina num entendimento majoritário. Para ela, a prova é o gênero do qual decorrem duas espécies: as ilícitas e as ilegítimas. A prova ilícita é aquela obtida com violação do direito material, tendo como sanção a sua inadmissibilidade; a prova ilegítima é aquela obtida com violação do direito processual e a sua sanção é a nulidade. Assim, muito bem a Professora conceituou a prova ilícita:

Por prova ilícita, em sentido estrito, indicaremos, portanto, a prova colhida infringindo-se normas ou princípios colocados pela Constituição e pelas leis, freqüentemente para a proteção das liberdades públicas e dos direitos da personalidade e daquela sua manifestação que é o direito à intimidade. Constituem, assim, provas ilícitas as obtidas com violação do domicílio (artigo 5º, XI, CF) ou das comunicações (artigo 5º, XII, CF); as conseguidas mediante tortura ou maus tratos (artigo 5º, III, CF); as colhidas com infringência à intimidade (artigo 5º, X, CF), etc.⁷

Dessa forma, se a prova violar direito material ou princípio de direito material será considerada ilícita e inadmitida nos autos; se violar norma de direito processual será considerada ilegítima e, portanto, nula.

Todavia, o direito cuja violação dará ensejo a ilicitude ou ilegitimidade da prova deve ser um direito fundamental, relevante, posto que o direito à inadmissibilidade da prova ilícita encontra-se disposto no capítulo dos direitos e garantias fundamentais. Sobre o assunto, manifestam-se Diaz Cabiali e Martín Morales, citados por Thiago André de Ávila: “[...] uma violação legal que não acarrete lesão constitucional não ativar a garantia constitucional da inadmissibilidade da prova ilicitamente obtida”.⁸

Neste sentido, ainda que se trate da violação de uma norma de direito penal, isso não ensejará de imediato a sua inadmissibilidade processual, sendo necessário que o bem jurídico tutelado por esta norma tenha correspondente em algum direito fundamental, apesar da

⁷ Grinover, Ada Pellegrini; Scarance Fernandes, Antônio; Gomes Filho, Antônio Magalhães. *As nulidades no processo penal*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 1992. p. 109

⁸ Díaz Cabiale, José Antonio e Martín Morales, Ricardo. *La garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilicitamente obtenida*. Madri, 2001, p. 222, *apud* Ávila, Thiago André Pierobom de. *op. cit.* p. 96

maioria dos bens jurídicos penalmente tutelados serem diretamente ligados aos direitos fundamentais constitucionais.

Provas que violem regras meramente civis ou administrativas também não ensejam a sua exclusão do processo, e para ilustrar Díaz Cabiale apresenta o exemplo de um jornalista que viola a norma administrativa que proíbe filmagens dentro de um museu e com isso flagra um ladrão roubando obras de arte valiosas. Não há como essa prova ser inadmitida no processo por simples violação de uma regra administrativa, pois não atinge de maneira consubstancial nenhum direito fundamental do indivíduo.

Outra diferença que se faz entre a prova ilegítima e a ilícita é quanto ao momento do nascimento da sua ilegalidade. A transgressão da prova ilícita nasce no momento de sua colheita, antes ou concomitante ao processo, mas sempre fora dele. Já a transgressão da prova ilegítima se dá dentro do próprio processo, com desrespeito às normas de natureza processual.

Essa distinção é importante para avaliarmos quando uma prova será nula ou quando ela será inadmitida. A prova ilícita não alcança direitos fundamentais de natureza processual, que geraria a sua nulidade, pois a Constituição é clara ao afirmar que *são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos* (grifo nosso). A vedação constitucional está relacionada com o meio de obtenção da prova, se intra ou extraprocessual. No primeiro caso ela é nula; no segundo, inadmissível.

Mais uma distinção significativa: as provas ilícitas podem contaminar as provas derivadas de sua informação (*fruits of poisoned tree*); as provas ilegítimas e, portanto, nulas, não contaminam as outras.

Existem casos ainda de provas que não foram obtidas por violação de direito material ou de direito processual, e mesmo assim não têm validade para o conjunto probatório. É o caso da prova emprestada, já mencionada, em que a doutrina se divide quanto a sua aceitação ou não, condicionada sempre à análise do contraditório e da ampla defesa. Outro exemplo é o do juiz que coage o réu a confessar a prática do crime, o que viola o privilégio da não auto-incriminação e se reveste de ilicitude.

4.2. Prova ilícita por derivação

Questão controversa é esta referente à admissibilidade ou não da prova ilícita por derivação e à eventual recepção no ordenamento jurídico brasileiro da doutrina americana dos frutos da árvore envenenada.

A prova ilícita por derivação é aquela prova material ou processualmente válida, obtida por meios lícitos, mas que respaldada em uma prova ilícita. A obtenção lícita de uma prova de baseia na ilicitude de outra. É o caso de um grupo de policias que descobre, através de uma interceptação telefônica clandestina, a chegada de uma grande quantidade de entorpecentes, e essa apreensão se faz de forma lícita, com a devida autorização judicial.

A doutrina conhecida como *fruit of the poisonous tree* ou *fruit doctrine* surgiu nos Estados Unidos em meados dos ano 1914, mas ingressou na ordem constitucional a partir de 1961. Sua repercussão foi no caso *Silverthone Lumber Co v. United States*, quando a Suprema Corte Americana decidiu que não poderia haver a intimação de alguém para a entrega de um documento cuja existência fora descoberta pela polícia através de uma prova ilícita.

Aqui no Brasil, essa doutrina passou pelo crivo no Supremo Tribunal Federal pela primeira vez no julgamento do *Habeas Corpus* nº 69.912-0/RS. Primeiramente, essa Corte entendeu que não poderia ignorar todas as provas ilícitas e ilegítimas só porque derivavam de uma outra prova ilícita, sendo preferível até aceitá-las do que deixar que prevalecesse a impunidade. O julgamento desse HC foi pela admissibilidade da prova ilícita por derivação pelo voto de 6x5. Contudo, um dos Ministros se declarou suspeito, e com a repetição do julgamento houve um empate de 5x5, e como determina a lei, foi concedida a ordem.

A partir de então, prevaleceu na maior parte da doutrina e da jurisprudência a não aceitação da prova ilícita por derivação nos processos. Entretanto, como a prova ilícita propriamente dita, a prova ilícita por derivação também comporta a aplicação do princípio da proporcionalidade.

Não é lógica uma postura inflexível diante da inadmissibilidade de toda e qualquer prova ilícita. Muitas vezes é necessária uma avaliação para saber se o interesse defendido é mais valioso do que a intimidade que se deseja preservar. Entra aqui em cena a tese da ponderação de interesses, valorando a relevância de cada um dos princípios constitucionais em conflito. Dependendo da razoabilidade do caso concreto, como no caso de se evitar uma condenação de um acusado injustamente, deverá ser admitida a prova ilícita ou a sua

derivação, impedindo, assim, a ocorrência de um dano muito maior. Deste modo, sacrifica-se um direito em prol de um outro de maior relevância para a sociedade (intimidade x liberdade).

Atualmente, o Supremo Tribunal Federal tem tendenciado a mitigar os efeitos da doutrina dos frutos da árvore envenenada. Posiciona-se no sentido de que se houver nos autos outras provas capazes de respaldar um decreto condenatório, independentes das provas ilícitas, as provas ilícitas por derivação não serão contaminadas.

A fim de unificar a jurisprudência e a doutrina, a Comissão de Reforma do Código de Processo Penal trouxe um anteprojeto de lei que versa sobre as provas ilícitas. Diz o artigo 157 desse anteprojeto o seguinte:

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

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

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

§ 3º O juiz que conhecer do conteúdo da prova declarada ilícita não poderá proferir sentença.

Assim, se aprovado o anteprojeto de lei supra, as provas ilícitas por derivação passarão a ser reguladas por norma processual, aderindo ao campo das provas processualmente ilícitas e, portanto, inadmissíveis pela Constituição Federal. Elas sequer poderiam ser valoradas pelo magistrado nas decisões de mérito, e o juiz que delas tivesse conhecimento estaria impedido de julgar a lide.

Há quem defenda que este anteprojeto trará pouca modificação para o direito processual penal, tendo em vista que este assunto é abordado pela Constituição Federal.

4.3. Inadmissibilidade

O processo, sendo o meio de exercício da jurisdição pelo Estado, deve se guiar pela estrita legalidade, pela observância das normas e princípios constitucionais e infraconstitucionais que o regem. É ainda uma garantia para as partes de que podem confiar ao Estado a solução de seus conflitos. Deste modo, para que possa produzir os seus efeitos, o

ato judicial deve ser perfeito, sob pena de ser considerado ineficaz ou inválido. Nesse sentido, Gomes Filho diferenciou a nulidade da admissibilidade:

Mas, enquanto a nulidade é pronunciada num julgamento posterior à realização do ato, no qual se reconhece a sua irregularidade e, conseqüentemente, a invalidação e ineficácia, a admissibilidade (ou inadmissibilidade) decorre de uma apreciação feita antecipadamente, impedindo que a irregularidade se consuma.⁹

Tendo em vista que a declaração de nulidade é sempre posterior ao ato, não se deve chegar ao extremo de necessidade de declará-la, já que muito mais simples seria a sua inadmissibilidade em momento anterior, evitando, assim, a produção de provas inúteis, ineficazes ou anuláveis.

Por isso é tão relevante se fazer a distinção entre a nulidade e a admissibilidade, pois esta consiste em uma avaliação prévia, destinada a evitar que meios de prova inidôneos ingressem no processo e sejam valorados pelo juiz na reconstrução do fato pretérito.

Assim, proposta a prova, o juiz deverá examinar, expressamente, a sua admissibilidade, pertinência e possibilidade ou não, deferindo-a em caso positivo. Admissível é a prova produzida conforme a lei; pertinente é aquela cabível, útil à instrução probatória; e possível é aquela que pode ser produzida de acordo com o estágio científico do conhecimento humano.

Foi nos Estados Unidos que pela primeira vez se concebeu o princípio da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos. O caso ocorreu em 1914, quando a Suprema Corte Americana considerou ser um erro prejudicial a admissão no processo de documentos apreendidos na casa do acusado sem o devido mandado de busca e apreensão.

Levando-se em consideração a prova ilícita propriamente dita, com o conceito que lhe foi dado pela própria Constituição, convém informar as três correntes acerca da admissibilidade ou não da prova ilícita nos processos.

A primeira corrente se baseia na expressão *male captum, bene retentum*, ou seja, mal colhida, mas bem produzida, para justificar a admissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos sem as sanções penais, civis e administrativas cabíveis, tendo em vista a total independência entre o direito processual e o direito material. Para essa primeira corrente, a

⁹ Gomes Filho, Antonio Magalhães. *Direito à prova no Processo Penal*. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 94

prova obtida anteriormente por meio ilícito não tem o condão de contaminar a prova posteriormente produzida no processo, pois que este é um ato lícito em si.

A segunda corrente não admite a produção da prova ilícita com base na unidade constitucional. Assim, se uma prova é colhida através de meios não legais, seja processual ou material, ela não poderá ingressar no processo por violar o ordenamento jurídico.

E por fim, a terceira corrente buscou no Direito Constitucional o ponto de equilíbrio do sistema. Ela sustenta que a prova ilícita só não deve ser admitida se violar norma constitucional ou princípio geral da Constituição. Dentro dessa corrente é que vem surgindo um quarto vetor, que consiste em admitir a prova ilícita se esta for a única forma de proteger outro valor fundamental de igual ou maior relevância. Trata-se de ponderar os bens jurídicos tutelados pela Constituição e resguardar o de maior valor. É o que se chama proporcionalidade.

Com exceção deste quarto seguimento, a Constituição resolveu este problema através de uma política legislativa que proíbe a produção de provas obtidas por meios ilícitos. Assim, não há o que discutir ou interpretar, pois a Constituição consagrou o princípio da **inadmissibilidade** da prova ilícita.

Entretanto, como todo princípio constitucional, ele não é absoluto, estando sujeito a ponderação de interesses quando estiver em conflito com outros princípios constitucionais tão ou mais valiosos.

Há quem defenda que, tendo a Carta Magna estabelecido a inadmissibilidade das provas ilícitas, ela já teria determinado a relação de precedência entre os interesses em conflito na licitude probatória, e tal determinação dispensaria qualquer hipótese de ponderação. Não há como prosperar esta posição, posto que não se pode conceber um princípio constitucional que seja absoluto.

O problema surge no momento de estabelecer os critérios para essa ponderação, capazes de possibilitar um julgamento mais justo, sem que retornemos a um modelo processual inquisitivo, com total desrespeito aos direitos fundamentais do indivíduo.

Para tanto, o jurista Norberto Bobbio sugere em suas obras dois critérios. O primeiro busca na forma da norma o critério de prevalência da norma permissiva sob a norma proibitiva. Se este critério for insuficiente, formula-se um segundo critério, pelo qual deverá preponderar o interesse jurídico de maior valor. Diante destes critérios, é fácil perceber que o

direito à liberdade do indivíduo prepondera sob o direito à intimidade, podendo o acusado, em determinados casos, produzir prova ilícita em benefício próprio.

4.4. Princípios Processuais Penais/Constitucionais

A Constituição do Brasil foi minuciosa ao delimitar, de forma precisa, a intervenção estatal na esfera das liberdades individuais. Ela é uma carta de princípios, através da qual o povo assumiu um ideário político que direciona todas as atividades da Nação, sejam particulares ou estatais, em busca de um fim comum.

Certamente, muitas alterações ocorreram entre o surgimento do Código de Processo Penal em 1941 e o advento da Constituição Federal de 1988, sendo necessária que se faça uma reforma radical no corpo do código processual penal brasileiro.

Existe uma diferença entre o princípio constitucional aplicado ao direito processual penal e o princípio processual-constitucional. O primeiro é um princípio inserido em Constituições e que posteriormente foi aderido ao ordenamento processual. Já o segundo é justamente o oposto; é um princípio inerente ao próprio direito processual, que dado o seu caráter fundamental, foi elevada a categoria de norma constitucional.

Mas o que seria um princípio? No Direito, este termo significa o mesmo da geometria, qual seja, é uma proposição básica do ordenamento jurídico, são ideais básicos da sociedade que constituem princípios jurídicos.

Inicialmente, não eram positivados, integrando, assim, o Direito Natural, independente de qual corrente era seguida, fosse a de São Tomas Aquino (divindade) ou a de Groccio (racionalidade). A princípio, foram inseridas em Códigos e, só posteriormente, passaram a integrar o texto das Cartas Magnas.

O primeiro documento que positivou alguns princípios foi a Magna Carta de 1215, outorgada por um grupo de nobres ingleses, com o único objetivo de proteger a nobreza inglesa. Não era, assim, uma Carta garantidora de direitos universais, uma vez que era voltada para um grupo específico de pessoas, tendo sido escrita em latim para que se tornasse ilegível aos plebeus ingleses.

Depois da Carta Magna surgiram outros documentos que englobaram os princípios ao Direito Positivo, principalmente as declarações americana e francesa. Esta última foi, sem dúvida, a primeira declaração realmente universal, agasalhando nesses princípios todos os homens, independente de serem franceses, pois seu objetivo era alcançar o **homem**.

Nesse sentido, têm os princípios o dever de assegurar a estabilidade da ordem jurídica e de tornar homogêneo o sistema jurídico. Por isso, é imprescindível o conhecimento desses princípios, que ganharam sede na Constituição da República de 1988 e estruturados como direitos fundamentais do homem.

4.4.1. Dignidade da Pessoa Humana

A dignidade percorreu um longo caminho na história até adquirir os contornos que hoje nela são reconhecidos. Nasceu no estoicismo, que reconheceu uma igualdade inata, uma comunidade fraterna e um direito natural fundado na razão universal. Logo em seguida passou pela aceitabilidade da lógica grega pelo direito romano, que reduziu os princípios de proteção do ser humano em prol da construção de um grande império. E por fim, chegou-se ao Cristianismo, que foi no mundo ocidental o divisor de águas para os valores humanos, com a defesa de uma igualdade livre de critérios de raça, cor, idade ou sexo.

Com o desenvolvimento dos conceitos cristãos de fraternidade, igualdade e amor ao próximo, o humanismo elucidou o conceito de dignidade da pessoa humana, fundada na imagem divina. Foram os defensores do direito natural os responsáveis pelo deslocamento da dignidade epicentro da divindade para a lógica e racionalidade humana.

A Magna Carta Brasileira elencou entre os seus fundamentos o respeito à dignidade da pessoa humana. Uma primeira leitura do texto constitucional poderia nos levar a falsa impressão de tratar-se de uma norma meramente programática. Mas como dito, isso seria um erro, já que este princípio é o pilar de diversos ramos do Direito, servindo como suporte doutrinário de outros princípios fundamentais.

No Direito Processual Penal, esse princípio é de suma importância, o que pode ser facilmente visto quando tratamos da evolução histórica dos três sistemas de processos, quais sejam, acusatório, misto e inquisitivo. Este último era fonte de inúmeras críticas, visto o

flagrante desrespeito aos ideais de justiça, como a prática da tortura na busca da verdade e a desproporcionalidade na aplicação das penas.

Assim, por volta do século XVIII, surgiram os primeiros sinais de repulsa a esse sistema indiferente à dignidade do indivíduo. Passa-se a compreender a personalidade do ser humano e crescem as idéias humanistas, como as de Beccaria e Rousseau.

Mas a evolução do direito processual não parou por aí. Apesar de o sistema acusatório reconhecer ao réu o direito à dignidade, não era suficiente para conceder a este o direito a um julgamento justo, com garantias de ampla defesa e de contraditório, posto que não poderia ser o réu considerado como titular de direitos processuais.

Somente a partir do século XIX, principalmente com as obras de Wach e Bülow, é que se passou a admitir uma relação processual idêntica entre as partes, autor e réu, em que ambos eram sujeitos de direitos, deveres, faculdades e ônus processuais. O réu deixou de ser, portanto, mero espectador do processo e passou a ser sujeito da relação processual, apto a exercer seus direitos processuais em igualdade de armas com a acusação.

Desta forma, o antigo sentimento de dignidade que deu origem à Revolução Francesa e que formulou as bases teóricas dos sistemas acusatório e misto, evoluiu para o princípio da dignidade da pessoa humana, que hoje é agasalhado como fundamento da República Federativa do Brasil. E dele decorreram as demais garantias constitucionais, como a ampla defesa, o contraditório, a isonomia e a inviolabilidade da intimidade e da vida privada, dentre outros.

Em suma, ficou assegurado ao réu o direito de ser julgado de modo justo e legal, oferecendo-lhe o direito de provar e contraprovar, alegar e defender-se de forma ampla, com paridade de armas em relação ao acusador. Até porque, diante da Constituição de 1988, qualquer sistema processual que limitasse o acusado a mero objeto do processo seria totalmente inconstitucional.

4.4.2. Isonomia

A Constituição da República de 1988 demonstrou uma grande preocupação em garantir aos cidadãos um processo legal e justo. É por isso que os princípios constitucionais que encerram garantias processuais estão intimamente ligados entre si, tornando-se difícil apontar qual princípio é o verdadeiro responsável por determinada garantia.

Assim, o princípio da isonomia e o da dignidade da pessoa humana são inseparáveis e têm sua base em uma idéia fundamental adotada pelo legislador constituinte em diversos dispositivos.

O princípio da isonomia teve a sua origem nas Declarações de Independência dos Estados Unidos e da França, sendo importada por outras legislações, atingindo o ordenamento jurídico brasileiro através da Constituição Imperial de 1824 e seguintes.

A maior dificuldade no estudo deste princípio diz respeito aos limites da sua aplicação, ou seja, os limites impostos pelo próprio Estado no sentido de tratar de maneira desigual os que comprovadamente, seja biológica ou psicologicamente, são diferentes. O princípio da isonomia, como qualquer outro, não pode e nem deve ser absoluto, uma vez que o conceito de igualdade é relativo.

É do conhecimento geral que, devido a imensidão territorial deste país, bem como de sua evolução histórica, são gritantes as diferenças sociais que separam os habitantes. Por isso, é dever da própria Magna Carta, o que ela faz com propriedade, traçar os limites dessa desigualdade, cumprindo os objetivos fundamentais da ordem jurídica por ela estabelecidos.

Este mesmo raciocínio deve ser transportado ao direito processual. É certo que as partes comungam dos mesmos direitos e deveres na relação processual, mas essa igualdade não é absoluta. As peculiaridades das partes e a natureza de sua constituição autorizam algumas desigualdades, como é o caso do *in dubio pro reo* e da proibição da revisão criminal *pro societate*.

4.4.3. Ampla Defesa e Contraditório

A ampla defesa e o contraditório abrangem uma mesma garantia processual, visto que um não pode existir sem o outro. Ambos os princípios não são novos no ordenamento jurídico pátrio, mas o texto constitucional atual difere um pouco dos anteriores, já que não limita o contraditório à instrução processual.

O que é oportuno enfatizar é a discussão propiciada pela Constituição de 1988 em relação à interpretação que se tem dado aos princípios do contraditório e da ampla defesa. Nesse sentido, três pontos ganham destaque; o primeiro deles é o que diz respeito ao direito do réu à tutela jurisdicional; o segundo, ao direito do réu de apelar da sentença condenatória sem que para isso tenha que se recolher à prisão; e o terceiro consiste no direito de o réu recorrente manifestar-se após a ciência do Ministério Público.

Passamos a discorrer sobre o primeiro. Já está sedimentado em toda a doutrina e jurisprudência o direito do réu exercer a sua defesa, por meio de profissional habilitado, mesma contra a sua vontade ou nos casos de revelia, sendo impossível ao magistrado julgar a lide sem que o acusado exerça o seu direito à ampla defesa. O próprio contraditório consiste no fato de a defesa poder contestar as provas apresentadas pela acusação, contraprovar, apresentar alegações e impugnar os atos da parte autora. Isso não é novidade para a legislação brasileira, já que há muito não temos julgamentos sem que o réu possa se defender. O que necessariamente se discute é se o réu tem direito a uma tutela jurisdicional, ou seja, de ser julgado e sentenciado dentro dos prazos legais.

O Estado se incumbiu do dever de compor as lides, mantendo a ordem social e a estabilidade jurídica, e para isso criou o direito de ação. Esse direito, contudo, não pode ser exercido de forma ilimitada, especialmente em relação ao tempo, tendo sido criados os institutos da decadência e da prescrição.

Em um processo, a defesa e acusação apresentam as suas razões ao longo da instrução processual, dentro é claro de um lapso temporal, que é o prazo. Durante o processo, surgem inúmeros ônus para a parte ré, como ocorrem com as anotações criminais. Esses ônus podem gerar ao réu constrangimentos no seu dia-a-dia, como a dificuldade para conseguir um emprego. Nesse sentido, é necessário que essas obrigações processuais assumidas pelo acusado sejam cifradas em determinado espaço de tempo.

Quando tratamos de réu preso, a lei é clara em estabelecer um prazo para o encerramento do processo, sob pena de ser tida a prisão como ilegal. Mas e se o acusado responder como solto? Poderia o réu exigir que se suprimisse uma determinada etapa ainda

não finalizada e que se passasse a seguinte? O princípio do contraditório poderia ser invocado para fundamentar as questões acima? Parece que sim. Havendo uma pretensão contra o réu, este tem o direito de livrar-se dela e para isso usa a sua defesa. Não pode o Estado, por descumprimento dos prazos estabelecidos, cercear este direito de defesa. Não se defende aqui uma obediência absoluta aos prazos legais, até porque o Direito não lida com ciências exatas, mas não é possível que tais prazos sejam demasiadamente alongados, criando um caos processual.

O princípio do contraditório reza justamente isso: se há direito à ação para o autor, também há de haver direito à defesa para o réu. E hoje, com base no princípio do devido processo legal, o processo é meio de garantia constitucional, sendo necessário o respeito às formas e aos prazos processuais.

O segundo ponto crucial consiste na necessidade do recolhimento à prisão do réu recorrente. É flagrante aqui o desrespeito ao princípio do contraditório, bem como aos princípios da ampla defesa e da presunção de inocência.

A liberdade é um dos valores mais importantes a serem tutelados pelo Estado, só devendo o indivíduo perdê-la em casos excepcionais. A obrigação de o réu se recolher à prisão para que possa exercer o seu direito ao duplo grau de jurisdição, além de atacar o contraditório, ofende ao texto constitucional, tendo em vista ser o Brasil signatário do Pacto de São José da Costa Rica. Essa obrigação limita o direito à ampla defesa, valendo lembrar que essa restrição não foi instituída pelo legislador constituinte, não cabendo, assim, ao legislador ordinário fazê-la.

Outro ponto relevante é o que acontece com o recurso de apelação interposto pelo réu se este vier a evadir-se do local de custódia. Nestes casos, a lei determina que o recurso seja julgado deserto, o que ao arrepio do texto constitucional, mais uma vez desrespeita preceitos fundamentais. Não existe entre o direito de recorrer e a fuga do réu recorrente qualquer nexo de causalidade que justifique a deserção do recurso, posto que a evasão por si só já tem as suas sanções definidas nos regulamentos penitenciários e na regressão de regime.

No terceiro ponto cabe questionar: quando o processo atinge o grau de recurso, qual das partes deve manifestar-se por último? O réu ou o Ministério Público? O processo penal nos dá a resposta e diz que o Ministério Público manifesta-se após a defesa.

Alguns defendem essa opção do legislador com base na função precípua do *parquet* de ser o fiscal da lei. Todavia, não se pode confundir a função de fiscal da lei com a de parte. No processo penal, o Ministério Público é o autor da pretensão punitiva, representando o Estado perante o Estado-juiz.

Assim, não há como se conceber, dentro da estrutura contraditória do processo penal brasileiro, que o Ministério Público, autor da ação e investido em funções nitidamente acusatórias, seja o último a falar nos autos em fase recursal.

Isto posto, como já mencionado anteriormente, os princípios do contraditório e da ampla defesa já fazem parte da tradição brasileira, não sendo nenhuma novidade a sua inclusão no texto constitucional de 1988. Basta apenas que se faça uma interpretação correta desses princípios, na forma determinada pela Lei Fundamental.

4.4.4. Presunção de Inocência

A Magna Carta de 1215 foi, dentre todas as outras, a que sem dúvida manifestou a maior preocupação em garantir ao indivíduo meios e instrumentos indispensáveis a sua defesa no processo, objetivando a busca da verdade real. Dentre todas essas garantias surgidas com a vigente Constituição, a que merece maior destaque é o princípio da presunção da inocência, elevado à categoria de princípio constitucional.

A primeira aparição deste princípio no direito mundial foi em 1791, na França, com a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, seguida pela Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU, de 1948, no período pós-segunda guerra, ingressando no ordenamento jurídico brasileiro apenas na Constituição de 1988.

Uma parte da doutrina sustenta que existe uma diferença entre os institutos da presunção de inocência e o de não-culpabilidade, afirmando que se foi instaurada ação penal contra o acusado é porque os autos contêm um conjunto probatório mínimo que indica o réu como autor da conduta ilícita. Assim, o que se pode presumir de fato é a sua não-culpabilidade, até que esta seja declarada pelo juiz. Todavia, essa diferença se restringe unicamente ao campo da teoria, pois na prática o resultado alcançado deverá ser o mesmo, desde que corretamente interpretado o princípio.

A Constituição Federal garantiu que nenhum acusado fosse considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença condenatória, mas também não eliminou as espécies de prisões cautelares, como o flagrante e a prisão preventiva, o que nem mesmo poderia deixar de fazer, já que estes são os instrumentos de defesa social. Desta forma, os fundamentos para a prisão são a cautelaridade e a pena, nada além destes. E é aqui que nasce a divergência, pois se o texto constitucional diz que acusado não pode ser considerado culpado até que se transite em julgado o seu decreto, como fundamentar a prisão ocorrida antes da prolação da sentença final? Não é pena, já que não existe sentença final; e somente será cautelar se presentes os requisitos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*. Fora desses casos, é inconstitucional a prisão.

Essa interpretação é bastante razoável já que condiz com os princípios adotados pela Constituição, que visam proteger as garantias e direitos individuais. Mas além da sede constitucional, pode-se chegar a este mesmo raciocínio pela legislação ordinária. Ao analisar o artigo 617 do Código de Processo Penal, encontra-se a proibição do *reformatio in pejus*, ou seja, a proibição de que um decreto condenatório, quando interposto recurso apenas pelo réu, possa ser modificado em prejuízo deste. Esse instituto visa garantir que o acusado exerça o seu direito de ampla defesa, com todos os recursos a ela inerentes.

Então, ao compararmos este artigo 617 com o artigo 594, ambos do Código de Processo Penal, fica fácil perceber a ocorrência de uma antinomia de princípios, o que não é salutar ao ordenamento jurídico. Se o primeiro artigo tende a ser mais favorável ao réu, incentivando-o ao exercício da ampla defesa, o segundo, por sua vez, engessa o exercício desse direito, condicionando o direito de recorrer inerente ao réu ao seu recolhimento à prisão. É notória a desproporcionalidade entre estas duas normas legais, sendo certo que uma delas deve ser excluída do ordenamento, preferencialmente a que for menos benéfica ao acusado.

O Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça já tiveram diversas oportunidades para se manifestarem acerca do tema, mas lamentavelmente continuam mantendo a tímida posição de que o artigo 594 é constitucional, sem apreciar o leque de interpretações oferecido pela doutrina.

Outra questão bastante relevante se perfaz na determinação de expedição de mandado de prisão pelo órgão de segunda instância quando pendente recurso especial ou extraordinário. Levando-se em conta que o princípio da presunção da inocência obriga a existência de trânsito em julgado, o fato de o acusado ter interposto um dos recursos acima

não deveria obstar a expedição de mandado de prisão? É certo também que o prolongamento demasiado do processo favorece a impunidade, mas a questão merece maior debate doutrinário, não obstante a lei determinar que os recursos especiais e extraordinários sejam recebidos apenas no efeito devolutivo. Em resumo, o que se pretende é que o réu somente seja submetido à prisão no curso do processo quando esta for estritamente necessária e revestir-se dos pressupostos de cautelaridade previstos no artigo 312 do Código de Processo Penal.

4.4.5. Direito à Intimidade

O Cristianismo foi a grande alavanca para o reconhecimento do direito à intimidade, seguido das declarações de direitos do século XVIII, mais precisamente as Constituições americanas e a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão francesa. Atualmente, a Declaração da ONU de 1948 prevê, no seu artigo 12, o direito à intimidade, o que vemos também na maior parte das declarações e convenções internacionais contemporâneas. No nosso ordenamento jurídico, o direito à intimidade está previsto no artigo 5º, inciso X da Constituição Federal de 1988, que acolheu também o direito à vida privada, conceito que veremos a seguir.

Ao compararmos a liberdade dos tempos antigos, como os povos de Atenas, Roma e Esparta, com a liberdade dos tempos modernos, percebemos que os antigos tinham ampla liberdade política, decidindo em praça pública todas as questões do Estado, como declarações de guerra ou celebrações de paz, contudo não gozavam da menor privacidade, nem mesmo em suas casas. Com os modernos acontece exatamente o inverso; o direito à intimidade é direito fundamental, entretanto, a participação política do cidadão restou condicionada à teoria da representação.

Hoje, os modernos são nossos antigos e nós fazemos parte da modernidade. E chegamos a uma situação bastante antagônica, na medida em que quanto mais as Constituições avançam nas garantias dos direitos individuais, dentre eles o da intimidade, o desenvolvimento tecnológico vai mitigando essa privacidade, com o uso de grampos telefônicos, microcâmeras, minigravadores, quebras de sigilo, etc.

A doutrina diverge quanto uma possível distinção entre o direito à liberdade e o direito à privacidade. Para uma vertente, não existe diferença prática entre um instituto e outro, sendo que ambos são espécies do gênero personalidade. Para a outra corrente existe sim diferença, e esta está embasada no fato de o direito à intimidade ser mais restrito que o direito à privacidade. Existe também uma terceira vertente que defende que o direito à vida privada é decorrente do direito à intimidade, o que acabaria por confundir este conceito com os direitos da personalidade.

O autor Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho cita o professor Paulo José da Costa Junior, que trouxe da Alemanha a teoria dos três círculos da vida privada. O primeiro deles corresponde à esfera privada, no qual o titular não tornava público aquilo que ele não desejasse; a segunda é a intimidade, da qual fazem parte apenas as pessoas mais próximas; e a terceira e última esfera é a do segredo, da qual o seu titular só compartilhava o seu conteúdo com um determinado número de confidentes.¹⁰

São três as razões de proteção ao direito à intimidade. A primeira delas serve como limitação à intervenção estatal na esfera privada. A segunda constitui limitação entre os próprios indivíduos, de modo que cada um respeite a intimidade do outro. E a terceira é a mais recente, que se impõe para delimitar a atuação da imprensa, ou seja, o direito à informação contra o direito à intimidade, ambos protegidos constitucionalmente.

4.4.6. Inviolabilidade do Domicílio

A noção de domicílio é muito antiga, originada ainda no Direito Romano, mas foi com o advento da Revolução Francesa no século XVIII que o domicílio ganhou uma proteção mais relevante, alcançando a legislação de outros Estados.

A Carta Magna de 1988 usa, ao proteger a inviolabilidade do domicílio, a expressão *casa*, o que o faz com muita propriedade. É certo que o objetivo desta norma é proteger a privacidade do indivíduo e, limitar essa proteção ao domicílio é o mesmo que deixar descoberta outras ramificações da privacidade. Desta forma, a expressão *casa* é bem mais

¹⁰ Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho. *O Processo Penal em face da Constituição*. 2ª ed. Rio de Janeiro, 1998. pg. 22

ampla que domicílio, abrangendo além da residência do indivíduo, o escritório, a empresa, os locais de cultura ou recreação quando não mais abertos ao público.

Tudo indica que o desejo do legislador constituinte foi proteger ao máximo o direito à privacidade, só permitindo a sua violação em casos excepcionais, presentes nas hipóteses taxativas do inciso XI, artigo 5º da Constituição:

Artigo 5º (...)

Inciso XI – A casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial.

Em suma, a Constituição definiu bem os casos em que será permitido o ingresso em domicílio alheio, quais sejam, à noite ou de dia, sem mandado judicial, em caso de flagrante próprio (artigo 302, incisos I e II do Código de Processo Penal), desastre ou prestação de socorro; e durante o dia, por determinação judicial ou nas hipóteses de flagrante impróprio ou presumido (artigo 302, incisos III e IV do Código de Processo Penal).

Aspecto que vale mencionar diz respeito ao consentimento do morador. A jurisprudência já tem vários acórdãos no sentido de que a autorização do morador para ingressar no domicílio, a qualquer hora, atribui licitude ao ato. A hipótese prevista no artigo 5º, inciso XI é clara ao mencionar o *não consentimento do morador* para que se configure a inviolabilidade do domicílio.

5. INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS, DE INFORMÁTICA E DE TELEMÁTICA E GRAVAÇÕES CLANDESTINAS

A Constituição Brasileira de 1988, ao declarar que são inadmissíveis no processo as provas obtidas por meio ilícitos, aparentemente pôs fim a antiga teoria da admissibilidade e colocou a questão da inadmissibilidade em termos quase absolutos. Restou, assim, à doutrina e à jurisprudência a tarefa de compatibilizar os binômios que surgiam com a aplicação da lei aos casos concretos, como por exemplo a segurança da sociedade e o direito à liberdade do indivíduo; o direito de punir os culpados e a inviolabilidade do domicílio; o direito à produção de provas e o direito à privacidade.

A admissibilidade de determinadas provas deveria passar por uma análise da razoabilidade, por um critério de ponderação de princípios fundamentais, do qual se pudesse extrair o de maior valia ao ser humano. Em um segundo momento, estudaremos os aspectos fundamentais da Teoria da Proporcionalidade, que mitiga, no plano jurídico e social, a aparente negação absoluta às provas obtidas por meios ilícitos.

Nos dias de hoje, em que utilizamos meios de comunicação eletrônicos diariamente, tornamos-nos suscetíveis à intervenção indevida em nossas vidas privadas, o que é vedado pela Constituição Federal no artigo 5º, inciso X.

Como já foi dito neste trabalho, a intimidade é o direito de subtrair-se à publicidade, de manter-se recolhido em sua intimidade. Mas como todo princípio constitucional, ele também não é absoluto, podendo ser violado sempre que perder espaço para outros direitos e garantias constitucionais igualmente importantes.

Convém, todavia, antes de adentrar no estudo das interceptações telefônicas propriamente ditas, definir a interpretação em sentido amplo e diferenciá-la das gravações clandestinas.

A gravação clandestina ocorre quando um dos interlocutores grava o seu próprio diálogo, sem que o outro tenha conhecimento. Se a gravação for feita através de telefone tem-se a gravação telefônica ou clandestina propriamente dita; já se a gravação é feita por conversa pessoal, ou seja, entre pessoas presentes, dar-se-á a gravação ambiental.

A interceptação, por sua vez, ocorre quando uma terceira pessoa intervém na conversação, sem o consentimento de ambos os interlocutores ou com o consentimento de apenas um deles. Importante frisar que, para que se configure a interceptação, não se faz

necessária a gravação da conversa, bastando para tanto que o terceiro tome conhecimento do teor do diálogo.

Se a interceptação for realizada através de conversa telefônica, sem o consentimento dos interlocutores, haverá a interceptação telefônica ou *stricto sensu*; e se a interceptação for realizada entre pessoas presentes num determinado local, também sem o conhecimento dos interlocutores, tem-se a interceptação ambiental.

Também é possível a escuta clandestina, que ocorre quando um terceiro, com autorização ou conhecimento de um dos interlocutores, interfere na conversação, gravando-a ou não. Embora a escuta clandestina seja uma modalidade de interceptação em sentido amplo, uma vez que existe uma terceira pessoa interferindo na conversação, ela muito se assemelha a gravação clandestina e por isso seu conteúdo pode ser objeto de prova em juízo, sem que seja necessária ordem judicial, desde que presente a justa causa.

O artigo 5º, inciso XII da Constituição Brasileira de 1988 determina que “*é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal*”. Desta forma, não há como aplicar este dispositivo aos casos em que há a gravação clandestina, ou seja, com o conhecimento de um dos interlocutores, pois estão fora do âmbito deste inciso. A licitude e a aceitação desta prova em juízo dependerão da ocorrência no caso concreto, as quais dependerão de confronto direto entre o direito à intimidade e a justa causa.

Daí a necessidade desta diferenciação, pois o que a Magna Carta e a legislação ordinária vedam e punem é a interceptação telefônica (em sentido restrito) ilícita, não fazendo sequer referência aos outros casos de gravação ou escuta clandestina, tampouco à interceptação ambiental. Nesse sentido, são inúmeros os julgados, dentre eles um recente acórdão do Superior Tribunal de Justiça, que afirmou que a gravação realizada por um dos interlocutores nos fatos supostamente criminosos é considerada como prova lícita.¹¹

Assim, não havendo lei que regule a gravação ou a escuta clandestinas, não se pode dizer que estas sejam proibidas no Direito. O que pode ocorrer, em alguns, casos, é a violação do direito à intimidade, mas que só estará configurado com a revelação das informações

¹¹ Brasil. STJ. 5ª T. RHC nº 19136/MG, rel. Ministro Felix Fischer, j. 20 de mar. de 2007, DJ 14 de maio de 2007, p. 332

gravadas sem o consentimento, e não com a simples gravação. Sobre esse assunto, diz Ada Grinover:

A gravação em si, quando realizada por um dos interlocutores, que queira documentar a conversa tida com terceiro, não configura nenhum ilícito, ainda que o interlocutor não tenha conhecimento de sua ocorrência. Mas a divulgação da conversa pode caracterizar outra afronta à intimidade, qual seja, a violação de um segredo.¹²

Contudo, vale ressaltar que, mesmo quando se tratar de segredo, se estiver presente a justa causa, a conversa gravada, oriunda da gravação ou da escuta clandestina, poderá ser utilizada como prova em um processo. O Supremo Tribunal Federal acolhe esta idéia, entendendo não haver violação ao direito à intimidade quando a vítima de um crime grava conversa telefônica mantida com o criminoso ou autoriza que outrem o faça. É o que acontece nos casos em que policiais e parentes da vítima gravam as negociações com seqüestradores. Os Ministros se embasaram na teoria da proporcionalidade para ponderar os valores constitucionais em confronto, prevalecendo aquele que trazia maior bem à sociedade, pois não se pode admitir que alguém valha-se de uma garantia constitucional para a prática de algum ato ilícito.¹³

Não se pode dizer o mesmo em relação à escuta clandestina, ou seja, aquela que é feita por um terceiro com o conhecimento de um dos interlocutores. O Pretório Excelso não admite, em regra, este tipo de interceptação, dada a intervenção na conversação de um terceiro desconhecido dos interlocutores, mesmo com a anuência de um deles. A razão desta inadmissibilidade está na própria Constituição, posto que esta intervenção é garantida pelo sigilo das comunicações telefônicas e o seu registro somente poderá ser aceito como prova se houver prévia autorização judicial. Todavia, a ilicitude desta prova não aproveita, em princípio, ao interlocutor que consentiu na gravação da conversa, salvo se a prova não puder ser cindida, e com isso, trazer também prejuízo ao outro interlocutor que não tinha conhecimento da escuta.

5.1. Breve relato histórico das interceptações no Brasil

¹² Grinover. *Op. cit.* p. 148

¹³ Silva, Cesar Dario Mariano da. *Provas Ilícitas*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 41

Antes da Constituição de 1988, a ordem constitucional proibia de forma expressa qualquer tipo de intervenção na vida privada do indivíduo, dispondo sobre a inviolabilidade das comunicações telegráficas e telefônicas e de correspondências, salvo nos casos de estado de sítio ou de defesa. Vigorava no ordenamento jurídico o Código Brasileiro de Telecomunicações, que disciplinava as interceptações, dispondo que não havia ilegalidade na violação das telecomunicações desde que houvesse prévia autorização judicial e que a interceptação fosse realizada pelos serviços das estações e postos oficiais.

Em razão disso, a doutrina muito divergia quanto à constitucionalidade de alguns dispositivos desse Código, bem como do Código de Processo Penal, tendo em vista que ambas as leis permitiam a interceptação telefônica, ao passo que a própria Constituição a vedava.

Promulgada a Constituição de 1988, esta dispôs no seu artigo 5º, inciso XII sobre sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas e de dados e das comunicações telefônicas, exceto nas hipóteses em que a Lei determinar, para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.

Surgiu, assim, nova discussão na doutrina, dessa vez quanto à recepção do antigo Código Brasileiro de Telecomunicações. Para a maior parte da doutrina e jurisprudência, o CBT poderia ser utilizado, tendo como argumento principal a teoria da proporcionalidade. Para a outra parte, haveria a necessidade de uma nova lei regulamentando a matéria, haja vista que o antigo Código não estaria completo e, portanto, não fora recepcionado pela nova ordem constitucional.

E não era somente o Código Telegráfico alvo das críticas da doutrina. Com os balizamentos criados pela Constituição de 88 para garantir a inviolabilidade das correspondências e das comunicações, alguns dispositivos do Código de Processo Penal e do Código de Processo Penal Militar perderam a sua eficácia, já que não se enquadraram dentro das hipóteses previstas pela carta.

Discussões a parte, em 24 de julho de 1996 foi publicada a Lei nº 9.296/96, que passou a regular as interceptações telefônicas, de telemática e informática no Brasil. Pela análise do texto e utilizando-se da terminologia fornecida pela doutrina, é fácil perceber que a Lei

apenas regula as interceptações telefônicas *stricto sensu* e as escutas telefônicas, estando fora do seu âmbito de aplicação as gravações clandestinas e ambientais.

5.2. Competência e Procedimento

A competência para o deferimento da medida cautelar de interceptação telefônica é a do juiz competente para julgar e processar o feito principal. Nos casos de pedido para instruir investigação criminal, é óbvio que o juiz a quem se solicita a medida deverá ter jurisdição criminal.

E se o deferimento da medida cautelar ocorrer por juiz absolutamente incompetente? O Código de Processo Penal soluciona a questão em seu artigo 564, inciso I, primeira parte. Tratando-se de nulidade absoluta, o juiz fica totalmente impedido de exercer jurisdição no processo, em cumprimento ao princípio do juiz natural. Desta forma, todos os atos praticados no processo pelo juiz incompetente serão considerados nulos, devendo o conteúdo da interceptação telefônica ser desentranhado dos autos, como se nunca tivessem existido.

Com o intuito de proteger ao máximo a intimidade dos indivíduos, o legislador determinou que os autos da cautelar devem correr em segredo de justiça, apensados aos autos principais. A gravação, ou parte dela, quando não mais interessar à Justiça, antes ou depois da sentença transitada em julgado, deverá ser inutilizada, por ordem judicial, ou por requerimento do Ministério Público ou da parte interessada, sendo facultada a presença dos mesmos no ato de destruição.

A interceptação poderá ser pedida por escrito ou verbalmente, caso estejam demonstrados os seus requisitos autorizadores. Poderá ser deferida pelo Juiz de ofício ou a requerimento do Ministério Público, seja na fase de inquérito policial ou de ação penal. Em ambos as situações deverá ser comprovada a necessidade do uso da interceptação e a indicação dos meios a serem empregados.

Essa possibilidade de o Juiz deferir de ofício a interceptação suscita uma nova discussão doutrinária acerca da sua constitucionalidade. Isto porque o nosso sistema processual penal é o acusatório, existindo uma clara separação entre os órgãos acusadores e julgadores. Desta forma, quando se afirma ser vedado ao Juiz colher provas na fase de inquérito policial, sob pena de violação da imparcialidade do magistrado, o mesmo raciocínio

deve-se ter quanto à possibilidade de o juiz determinar de ofício a interceptação telefônica antes de iniciada a ação penal.

Após o pedido, os autos irão conclusos para decisão no prazo de vinte e quatro horas, devendo a mencionada decisão ser devidamente fundamentada, com a indicação da forma de execução da diligência, sob pena de nulidade. O prazo para o cumprimento da diligência não poderá exceder a quinze dias, prorrogáveis por mais quinze dias, no caso de não-obtenção de prova tida como indispensável. À primeira vista, pode parecer que este prazo é improrrogável, o que não é verdade. A lei não limitou em momento algum o número de vezes que pode ser pedida a prorrogação, cabendo ao magistrado a análise da necessidade das prorrogações com base nos relatórios da Autoridade Policial.

Finalizada a diligência, o Delegado fará um auto circunstanciado, com breve relato das operações realizadas, encaminhando o resultado ao juiz, que determinará o seu apensamento aos autos principais, com a devida ciência ao *parquet*.

5.3. Comentários à Lei nº 9.296/96

Como já foi dito anteriormente, a interpretação telefônica, *lato sensu*, pode ser entendida, no seu sentido jurídico, nas palavras de Luiz Francisco Torquato Avolio, como “o ato de interferência nas comunicações telefônicas, quer para impedi-las – com conseqüências penais, quer para delas apenas tomar conhecimento – nesse caso, também com reflexos no processo”¹⁴.

Já a interceptação *stricto sensu*, nas palavras do mesmo autor, significa “a captação da conversa telefônica por um terceiro, sem o conhecimento dos interlocutores”, ou seja, é aquela que se efetiva através do *grampeamento*, a fim de ouvir e/ou gravar as conversações.

A interceptação pode ser considerada lícita sempre que realizada dentro dos parâmetros legais e o seu resultado é fonte de prova, que através do meio de prova (gravação e transcrição) será introduzida no processo. Assim, com o escopo de regular as interceptações telefônicas, de telemática e de informática, foi publicada a Lei nº. 9.296/96.

¹⁴ Avolio, Luiz Fernando Torquato. *Provas Ilícitas: interceptações telefônicas e gravações clandestinas*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 99

Apesar de bastante esperada, esta lei não esmiuçou o tema como era devido, acabando por delegar a função de interpretar a lei à doutrina e à jurisprudência. Dentre várias críticas que se possa fazer a essa lei, uma delas é quanto a opção do legislador ordinário de mencionar as hipóteses em que não seria cabível a interceptação, deixando a impressão de que esta é a regra e não a exceção. Além do que, a lei sequer mencionou a escuta e a gravação clandestinas.

Outro ponto que não podemos deixar de mencionar é quanto a constitucionalidade do parágrafo único do artigo 1º dessa Lei, que permitiu a interceptação do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática.

A intenção do legislador ao sancionar esta lei foi a de combater os crimes na era moderna, evitando que a tecnologia se tornasse aliada das organizações criminosas. Contudo, ao se fazer uma análise literal do inciso XII do artigo 5º da Constituição, pode-se chegar à conclusão de que o legislador constituinte quis limitar a violação do sigilo das comunicações apenas quanto às interceptações telefônicas, excluindo as correspondências, as comunicações telegráficas e de dados. A Carta Magna é bastante clara ao mencionar a expressão “*salvo, no último caso*”, referindo-se exclusivamente às comunicações telefônicas.

Assim, no campo doutrinário, muito se tem discutido acerca do âmbito de aplicação dessa norma constante do inciso XII do artigo 5º da Constituição Federal. Uma parcela da doutrina se divide quanto à aceitação da violação das comunicações em sistemas de informática e telemática. Para que se faça uma perfeita apreciação sobre o tema é preciso primeiro entender qual o seu significado. Diz César Dario Mariano da Silva:

A informática tem por objeto o processamento de dados com o emprego de computadores, enquanto a telemática é o conjunto das técnicas e dos serviços de comunicação à distância que associam meios informáticos aos sistemas de telecomunicações, como a comunicação via *modem* ou *fac-símile*. Assim, a rigor, para que haja a comunicação à distância, o que se emprega é a telemática e não a informática isoladamente, havendo imprecisão técnica por parte do Legislador, uma vez que a comunicação do fluxo de dados entre sistema de computadores (informática) é feita pela telemática.¹⁵

Doutrinadores respeitáveis como Vicente Greco Filho, Ada Pellegrini Grinover e Gomes Filho defendem a inconstitucionalidade do parágrafo único do artigo 1º, tendo em vista que a Constituição de 88 apenas tornou possível a violação das comunicações telefônicas, através das interceptações. Haveria, em contra-partida, o argumento de que,

¹⁵ *Op. cit.* p. 60

empregando a telemática da linha telefônica, seria possível a interceptação das comunicações em sistemas de informática, uma vez que abrangida pela hipótese constitucional (telefônica). Mas ainda assim, os que encampam o entendimento de Greco Filho dizem que se a intenção do legislador constituinte fosse a de permitir a interceptação nessa modalidade de comunicação, ele o teria redigido expressamente, ou ao menos, não incluiria o termo “no último caso”.

A este argumento contrapõe-se Alexandre de Moraes, Ricardo Raboneze e César Dario Mariano da Silva, afirmando que é necessário dar às normas a aplicação que lhe conceda maior eficácia, e não interpreta-la restritivamente, suprimindo ou diminuindo a sua finalidade.

Diz, ainda, Alexandre de Moraes:

(...) apesar de a exceção constitucional expressamente referir-se somente à interceptação, nada impede que nas outras espécies de inviolabilidade haja possibilidade de relatividade da norma constitucional, como, por exemplo, na permissão da gravação clandestina com autorização judicial (RT 692/370), porque entende-se que nenhuma liberdade individual é absoluta, sendo possível, respeitados certos parâmetros, a interceptação das correspondências, das comunicações e de dados, sempre que essas liberdades públicas estiverem sendo utilizadas como instrumento de salvaguarda de práticas ilícitas, pois, como salienta o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, “afirmar que um direito é absoluto significa que ele é inviolável pelos limites que lhe são assinalados, pelos motivos que o justificam”.¹⁶

Constitui, sem dúvida, uma questão polêmica a ser solucionada, cabendo aos Tribunais este labor. É bem verdade que vive-se um momento de grandes avanços tecnológicos e que o ordenamento jurídico tem o dever de acompanhar esse desenvolvimento. Mais uma vez será necessário sobrepesar os interesses em jogo, aplicando-se o princípio da proporcionalidade.

5.4. Da Criação de Tipo Penal Incriminador – Artigo 10 da Lei nº 9.296/96

O artigo 10 da lei supramencionada inseriu no ordenamento jurídico pátrio um novo tipo penal, qual seja, a interceptação sub-reptícia (sem autorização judicial ou com objetivo

¹⁶ In Boletim Informativo do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional da Escola Paulista do Ministério Público de São Paulo, n. 4, p. 2 e 3. *apud* Ricardo Raboneze. *Provas obtidas por meios ilícitos*. 4ª ed. Porto Alegre: Síntese, 2002. p. 72

não autorizados em lei) ou a quebra do segredo de justiça dos procedimentos de interceptação. Dispõe o referido artigo:

Artigo 10. Constitui crime realizar interceptação de comunicações telefônicas, de informática ou de telemática, ou quebrar segredo da Justiça, sem autorização judicial ou com objetivos não autorizados em lei.

Pena: reclusão, de dois a quatro anos, e multa.

Esta nova norma penal incriminadora veio em substituição ao artigo 56 do Código Brasileiro de Telecomunicações e ao artigo 151, parágrafo 1º, inciso II do Código Penal, que prescreviam penas mais brandas e foram revogados tacitamente.

Têm-se aqui duas condutas distintas. A primeira delas é a interceptação de comunicações telefônicas, de informática ou de telemática por uma terceira pessoa, sem necessidade de que a conversação seja gravada, bastando a simples escuta.

A segunda conduta consiste na quebra do segredo atinente ao conteúdo da interceptação. É um delito próprio, na medida em que se pode ser cometido por algumas pessoas, normalmente servidores públicos que tenham contato com o procedimento da interceptação.

Em ambas as hipóteses, têm-se um elemento normativo do tipo – sem autorização judicial – e um elemento subjetivo do tipo – com objetivos não autorizados em lei. Esses elementos não são cumulativos, mas sim alternativos, bastando a ocorrência de apenas um deles para que o delito esteja tipificado.

6. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

O aplicador do direito, por diversas vezes, deve ter se deparado com uma possível colisão de direitos fundamentais quando, numa hipótese real, o direito fundamental de um indivíduo obstaculiza o exercício de um direito fundamental de outro, podendo ser esses direitos idênticos ou não. Pode haver ainda uma colisão entre direitos fundamentais individuais, chamada de colisão horizontal, ou entre direitos fundamentais individuais e direitos fundamentais coletivos, chamada de colisão vertical.

Somente pode-se falar de um conflito real de normas se ambos os direitos estiveram garantidos diretamente pela Constituição da República. As normas têm, assim, uma mesma hierarquia, sendo ambas normas constitucionais e válidas, devendo a decisão ser tomada de acordo com a unidade da Carta Magna. E é diante desses conflitos que nasceu a necessidade de ponderação entre os direitos, observando o que o ordenamento jurídico tende a proteger, qual a justificativa do Estado Democrático de Direito.

6.1. Conceito e Origem do Princípio da Proporcionalidade

A idéia de proporção sempre esteve ligada a própria idéia de direito, confundindo-se, por vezes, com a noção de justiça, como por exemplo, o equilíbrio da balança de Thémis, já que o proporcional é o meio-termo, e o justo é o proporcional. A origem do princípio da proporcionalidade se encontra na Antiguidade clássica, onde se concebia o direito como algo que devesse revestir-se de uma utilidade pública, qual seja, o bem estar da coletividade. E era isso que muitas vezes justificava a intervenção do Estado na esfera privada do patrimônio.

No campo da moral, os antigos gregos baseavam as regras de comportamento também na proporcionalidade, expressa pelas noções de *metron* – o padrão do justo, belo e bom – e de *hybris* – a extrapolação dessa medida, fonte de sofrimento. Aristóteles, através de sua ética, fundamentou os comportamentos através de uma “justiça distributiva”, onde cada um ganhava de acordo com suas ações ou omissões, tendo como referência a sua posição na sociedade. Foi esse estoicismo, que ao contrário do hedonismo acredita que o único e absoluto bem do homem é a virtude, e não o prazer, que propiciou o desenvolvimento dessa idéia na

mentalidade jurídica por mais de 500 anos, através da separação entre o bem e mal (“a cada um é dado segundo às suas obras”).

Assim, essa idéia de proporcionalidade já se fazia presente em todo o pensamento jurídico-filosófico, apresentada através da lei da ação e da reação. Mas foi a partir do século XVIII, com a sua inserção no Direito Administrativo, através da limitação do exercício do “direito de polícia”, que ela passou a ser acolhida pela Teoria do Estado.

Durante muito tempo essa noção de proporcionalidade ficou restrita ao direito administrativo, mas a partir do século XX adotou-se uma nova posição, de que essa proporcionalidade não deveria estar limitada às relações administrativas, e sim de que ela deveria também ser aplicada ao judiciário e ao legislativo, já que a ambos também é vedado o exercício arbitrário e o descumprimento às normas constitucionais.

O ingresso da idéia da proporcionalidade no Direito Constitucional deve-se ao Tribunal Constitucional alemão, que através de sucessivos julgados adotando a teoria da proporcionalidade, foi estabelecendo de forma incisiva a proibição do excesso.

Uma perfeita formulação deste princípio é a sua adequação entre os fins e os meios, ou seja, o meio empregado pelo legislador deve ser o mais adequado e exigível possível, a fim de que se possa atingir o objetivo almejado.

No Brasil, esta teoria da proporcionalidade não passou despercebida, apesar de ainda ser relativamente nova. Mesmo não encontrando respaldo constitucional através de dispositivo expresso, toda a doutrina e jurisprudência apontam o princípio da proporcionalidade como derivado implicitamente de diversos outros princípios constitucionais.

O primeiro deles é o princípio da dignidade da pessoa humana, já abordado neste trabalho, reconhecido como princípio fundamental do Estado Democrático de Direito, o que já de pronto revela a intenção do legislador de elevar ao máximo os valores do ser humano. Quando o Estado viola o conteúdo deste direito essencial, ele acaba por transformar o seu titular em objeto.¹⁷ O princípio da proporcionalidade atua, também, para salvaguardar a própria dignidade da pessoa humana.

¹⁷ Steinmetz, Wilson Antônio. *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 164

Outro princípio constitucional do qual deriva a proporcionalidade é o princípio do devido processo legal, que exige que as restrições impostas aos indivíduos no exercício de seus direitos sejam impostas por lei ou nela embasadas, e, portanto, que sejam justas e racionais. As leis do Estado devem ser revestidas de uma razoabilidade, capaz de criar uma ordem justa, fazendo com que todo ser humano a reconheça como norma essencial, como se originária de sua própria vontade.¹⁸

E por fim, pode-se dizer que o princípio da proporcionalidade também deriva do próprio Estado Democrático de Direito, na medida em que o Estado, através de sua atividade legislativa, em que deseja alcançar determinados fins, reconhece na proporcionalidade a forma de vedação das arbitrariedades e das decisões irrazoáveis.

O princípio da proporcionalidade, no âmbito das limitações dos direitos fundamentais, pressupõe a estruturação de uma relação meio-fim, onde o fim é o objeto perseguido por essa restrição, e o meio é a própria decisão normativa limitadora que pretende possibilitar o alcance do fim almejado. Isso é melhor explicado nas palavras de Wilson Antonio Steinmetz:

O princípio ordena que a relação entre o fim que se pretende alcançar e o meio utilizado deve ser proporcional, racional, não-excessiva, não-arbitrária. Isso significa que entre meio e fim deve haver uma relação adequada, necessária e racional ou proporcional.¹⁹

Especificamente, no âmbito deste trabalho, a teoria da proporcionalidade consiste numa construção doutrinária e jurisprudencial que se coloca nos sistemas de inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos, permitindo, em face de uma vedação probatória, que no caso concreto se faça uma escolha entre os valores em confronto, prevalecendo aquele de maior valia para a ordem constitucional.²⁰

6.2. Subprincípios do Princípio da Proporcionalidade

¹⁸ Ávila, Thiago André Pierobom de. *Provas Ilícitas e Proporcionalidade*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007. p. 21

¹⁹ *Op. cit.* p. 149

²⁰ Avolio. *Op. cit.* p. 64

O princípio da proporcionalidade tem, para compor a sua estrutura, alguns elementos essenciais, também chamados de subprincípios ou de princípios parciais. Qualquer limitação feita pela lei ou com base nela obrigatoriamente deverá ser adequada, necessária e proporcional. E são esses os três subprincípios da proporcionalidade: o princípio da adequação; o princípio da necessidade (ou exigibilidade ou indispensabilidade); e o princípio da proporcionalidade em sentido estrito.

Para uma melhor compreensão e aplicação do princípio da proporcionalidade, faz-se necessária essa decomposição de seus elementos formadores, o que se fará a seguir.

6.2.1. Princípio da Adequação

Este princípio também é conhecido como princípio da idoneidade ou da conformidade. Ele cuida de analisar se a decisão normativa, judicial ou legislativa limitadora (meio) é apta, idônea, apropriada para alcançar os objetivos por ela perseguidos (fim). Contudo, para realizar esta adequação é preciso saber qual dos elementos é o meio e qual deles é o fim; e após, definir se esse meio é idôneo ou não.

Resta definir o que é meio idôneo. É obvio que para se obter determinado resultado, diversos podem ser os caminhos tomados. É nesse ponto que a adequação se torna relevante. A análise que este princípio faz para aferir a idoneidade ou não do meio está relacionada a eficácia do alcance daquele resultado, ou seja, do fim pretendido.

O juízo de adequação não diz qual meio é o mais ou menos eficaz dentre todos, ele apenas diz se aquele meio escolhido é apto, útil, apropriado a produzir aquele determinado fim. Assim, fica fácil perceber a adequação como a idoneidade da medida para alcançar o fim proposto.

Este juízo de adequação tem um caráter empírico, ou seja, baseado na observação e na experimentação para decidir o que é verdadeiro, ou neste caso, idôneo. Pergunta-se se o meio utilizado é útil, empírica ou fatidicamente, para alcançar o objetivo pretendido.²¹ Se não há entre o meio e o fim uma relação de causa e efeito, ficará demonstrada a inadequação da atitude estatal.

²¹ Steinmetz. *Op cit.* p. 150

6.2.2. Princípio da Necessidade

O segundo princípio é o da necessidade, também chamado de princípio da exigibilidade, da indispensabilidade ou da intervenção mínima. Em razão deste princípio, não se pode tomar uma medida limitadora de um direito fundamental se existirem outras medidas menos gravosas que também seriam adequadas para atingir aquele mesmo fim.

O meio ser adotado pelo Poder Público tem que ser, portanto, exigível, indispensável, necessário para que se alcance aquele fim, produzindo a menor intervenção possível no campo dos direitos fundamentais.

Ao inverso do que se dá com o princípio da adequação, no qual é feita apenas uma análise da idoneidade ou não do meio, o princípio da necessidade exige que esta análise busque, dentre todas as medidas aptas, aquela que produzirá o resultado pretendido de modo mais eficaz, com o menor custo ao indivíduo.

Neste princípio da necessidade, identificam-se, ainda, quatro notas essenciais. A primeira delas é a da intervenção mínima no exercício do direito por seu titular; a segunda podemos chamar de benefício da dúvida, no sentido de que se deve sempre avaliar se existem ou podem existir outras medidas menos gravosas ao indivíduo titular do direito limitado; a terceira nota essencial é a de que se deve adotar sempre o meio menos gravoso ao indivíduo, e no caso de haver mais de uma medida, identicamente lesivas, deve-se adotar a medida que for mais eficaz a consecução do objetivo; e por fim, a quarta e última nota essencial é a dimensão empírica, ou seja, é um juízo de medição entre os meios para saber qual deles é menos prejudicial ao indivíduo titular do direito.

6.2.3. Princípio da Proporcionalidade em sentido estrito

Ao se editar um dispositivo normativo, via de regra, o que o legislador tem em mente é proteger determinados bens, direitos ou interesses do indivíduo. Entretanto, pode acontecer de, ao editar a medida, esta acabe por obstaculizar outros direitos, bens ou interesses também constitucionalmente protegidos.

Ocorre, então, uma colisão entre direitos, que se resolverá com a ponderação dos valores mais relevantes. Essa é a função do princípio da proporcionalidade em sentido estrito; ele é o instrumento utilizado pelo aplicador do direito na solução de conflitos entre princípios fundamentais formalmente hierarquizados.

Diante de várias normas constitucionais igualmente válidas, a ponderação é realizada com vistas a determinar qual dos bens jurídicos tutelados por estas normas deve prevalecer sobre os demais e de que forma cada um deles deverá ser exercido (sem prejuízo dos demais). A proporcionalidade em sentido estrito realiza uma distribuição dos ônus nos diversos setores da sociedade, proibindo o Estado de suprimir direitos fundamentais individuais ou coletivos mais relevantes sob o fundamento de proteger outros direitos de menor importância.

Este subprincípio é o que vai orientar as discussões acerca do nosso tema. Ele em muito se confunde com o princípio da ponderação instituído por Alexy, que serve de balança, de instrumento apto a sobrepesar o que o ser humano preconiza como sendo de mais valoroso.

6.3. Proporcionalidade e Razoabilidade

O princípio da razoabilidade tem a sua origem no desenvolvimento de uma noção substantiva da cláusula do *due process of law* (devido processo legal), em contraste com a idéia original, meramente processual.

O *due process of law* é, sem dúvida, umas das grandes contribuições do direito inglês e do norte-americano. A sua origem está na Inglaterra medieval, mais precisamente no *law of the land* do capítulo 39 da Magna Carta de 1215, do reinado de João Sem Terra, irmão do Rei Ricardo Coração de Leão. Mas foi na modernidade que a cláusula do *due process of law* se consolidou definitivamente, trasladada para a América do Norte com o advento da independência das ex-colônias inglesas e a inauguração de uma nova ordem jurídica.

Desde a sua origem até o início do século XX, o *due process of law* tem sido concebido para proteger as relações processuais. Por volta do ano 1935, o devido processo legal ingressa em uma nova fase, que segue até os dias de hoje, na qual surgiu um aspecto substantivo em substituição ao aspecto meramente processual. Nessa nova fase, passou-se a avaliar o mérito dos atos normativos, ou seja, não bastava a existência de um processo

segunda a lei, era preciso que o legislador também se submetesse a uma certa razoabilidade aos editar seus atos.

A cláusula do *due process of law*, agora, tem também como finalidade impedir o abuso do poder normativo do Estado, de modo a coibir os atos emanados irrazoável ou irracionalmente. Assim, o princípio da razoabilidade dirige uma exigência ao legislador no sentido de que este, ao restringir algum direito fundamental, o faça através de uma verificação da legitimidade das medidas adotadas, possibilitando ao judiciário o controle do mérito dos atos normativos emanados.

Mas o que vem a ser razoável? Gustavo Ferreira dos Santos, citando Barroso, diz que “é razoável o que seja conforme a razão, supondo equilíbrio, moderação, harmonia; o que não seja arbitrário ou caprichoso; o que corresponda ao senso comum, aos valores vigentes em dado momento ou em dado lugar”.²²

A Constituição da República de 1988 adota o princípio do devido processo legal em seu artigo 5º, além de elencar diversos outros direitos fundamentais. E aqui no Brasil, os tribunais e doutrinadores têm admitido a noção de razoabilidade para solucionar um conjunto de problemas de aplicação da própria Constituição.

Contudo, o problema que surge em relação aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade é quanto a sua fungibilidade, ou seja, quanto a relação existente entre um e outro e o limite dessa identidade. Uma primeira análise pode levar a acreditar que ambos os princípios têm o mesmo significado no plano jurídico, até mesmo porque é muito comum na doutrina e na jurisprudência brasileiras a ocorrência dessa confusão.

Verificando as obras de Direito Administrativo (onde primeiro realmente se falou em teoria da proporcionalidade), é fácil perceber que a doutrina não é uniforme quanto ao assunto. Enquanto alguns defendem que ambos os princípios têm um conceito idêntico para fins de direito, outros defendem que os princípios são conceitos autônomos, distintos um do outro, ora tendo a proporcionalidade como faceta da razoabilidade, ora tendo esta como faceta daquela.

Todavia, o próprio legislador infraconstitucional entendeu existir entre os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade alguma diferença. Essa conclusão fica bem

²² Luis Roberto Barroso. *Apud*, Santos, Gustavo Ferreira. *O Princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2004. p. 126

transparente com a simples leitura do artigo 2º, *caput* da Lei n.º 9.784/99, que preconiza o seguinte:

*A Administração Pública obedecerá dentre outros, aos princípios da legalidade, da finalidade, da motivação, da **razoabilidade**, da **proporcionalidade**, da moralidade, da ampla defesa, do contraditório, da segurança jurídica, do interesse público e da eficiência.*

Considerando a opção do legislador ordinário em classificar os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade como conceitos não fungíveis, tendo cada um a sua própria fundamentação, façamos então a devida diferenciação.

A razoabilidade legitima os fins que o legislador ou o administrador escolhe para o seu agir. A atividade do Estado deve apresentar uma justificativa racional, lógica, capaz de ser enquadrada no conjunto de regras e princípios que formam a unidade da Constituição da República. A razoabilidade necessita estar amparada pelos valores albergados pela Carta Magna, sendo fundamental a sua derivação da cláusula do devido processo legal no sentido substantivo, uma vez que o reconhecimento da inconstitucionalidade nem sempre se dará em relação a uma norma constitucional.

Por outro lado, a proporcionalidade vai além desses limites, questionando se o ato é adequado, necessário e proporcional a sua finalidade, ao seu objetivo. O princípio da proporcionalidade verifica, nos casos de conflito aparente entre bens, direitos ou interesses protegidos pela lei fundamental e afetados pela atuação estatal, qual deles deverá prevalecer.

Para a proporcionalidade é necessária uma estrutura de meio-fim, na qual um meio *x* pretende um fim constitucionalmente legítimo *y*, mas que encontra limitações ao seu exercício em uma outra norma *z*, também constitucionalmente válida. Esse problema da colisão entre direitos fundamentais exige uma solução a ser dada através da aplicação do princípio da proporcionalidade. Não se trata aqui de analisar a razoabilidade da aplicação de uma norma geral a uma situação pessoal.

Por isso, vale dizer que o princípio da proporcionalidade é superior ao princípio da razoabilidade, no sentido de utilização para garantir os direitos fundamentais, na medida em que o primeiro é passível de uma conceituação operacional, através de seus elementos formadores (subprincípios). Estes funcionam como indicadores do limite do controle do princípio da proporcionalidade.

Do exposto, conclui-se que a finalidade do princípio da proporcionalidade é a proteção dos direitos e garantias fundamentais, propiciando a otimização desses direitos segundo as possibilidades jurídicas e de fato. Este princípio autoriza somente restrições que sejam adequadas, necessárias, racionais ou razoáveis. Ele se operacionaliza através de um método racional, qual seja, a existência de uma estrutura meio-fim, no qual o fim deve ser constitucional, identificando-se as hipóteses relevantes no caso concreto (caso de conflito de princípios) e aplicando os três princípios parciais formadores da estrutura da proporcionalidade em sentido amplo.

Pode-se dizer ainda, adentrando no campo da filosofia jurídica, que a proporcionalidade é fundamental na diferenciação do sistema formalista e do particularista, atuando constantemente neste último caso, já que o particularista é capaz de modificar o ordenamento jurídico toda vez que uma norma não está de acordo com a sua real justificativa. Mas esta seria uma discussão longa, que fugiria ao proposto na introdução deste trabalho, além de mostrar-se estéril quanto à evolução do tema defendido, já que o Brasil claramente adota o sistema formalista.

6.4. Críticas ao Princípio da Proporcionalidade: objeções e contra-objeções

Não há dúvidas que, nos dias de hoje, a doutrina e a jurisprudência já consagram a proporcionalidade como princípio de Direito Constitucional, estando este já difundido por todo o ordenamento jurídico. Mas ainda assim, não se pode negar que sobre ele recaem algumas críticas. Uma menos radicais, que não chegam a negar a validade do princípio da proporcionalidade, reconhecendo até mesmo as suas vantagens, mas que atentam para possíveis resultados indesejados. Outras críticas chegam ao ponto de desfazer totalmente da aplicação do princípio da proporcionalidade, seja em qualquer área do Estado.

Quando falamos de questões terminológicas ou conceituais do princípio da proporcionalidade, não restam dúvidas de que podem surgir questões não resolvidas e dissensos. Mas essa desarmonia doutrinária não faz supor que exista uma negação ou objeção quanto à aplicação do princípio da proporcionalidade. Esses contrastes conceituais podem ser facilmente resolvidos ou, ao menos minimizados, se houver mais empenho e atenção na sua análise.

De um modo geral, muitos autores divergem quanto ao real fundamento normativo desse princípio (dignidade da pessoa humana, devido processo legal, Estado Democrático de Direito), mas não é o caso de se cogitar a sua inexistência. Mas, dentre todas as críticas proferidas contra a aplicação do princípio da proporcionalidade, a mais importante é quanto à ameaça que ele poderia ser para o princípio da separação dos poderes.

Esse é, indubitavelmente, o mais notável ataque desferido contra o uso do princípio da proporcionalidade. E a base dessa crítica está numa intervenção desregrada do Poder Judiciário no Legislativo.

Considerando o dever do Poder Judiciário de verificar a constitucionalidade dos atos normativos que intervêm no exercício dos direitos fundamentais pelo indivíduo, pode-se criar um “governo dos juízes”, ou seja, um enfraquecimento do Poder Legislativo e um excesso de poder conferido ao judiciário. Essa objeção pode ser chamada de *objeção competencial*, tendo em vista que o tribunais e os juízes estão subtraindo a competência legislativa do Congresso Nacional.

Defensor desta posição é Forsthoff, que inadmitte a transposição do princípio da proporcionalidade do Direito Administrativo, onde é aplicado como meio de controle ao Poder de Polícia, para o Direito Constitucional. Na sua visão, a transposição destes conceitos administrativistas para o campo do Direito Constitucional, em especial o de discricionariedade, degradam a legislação, que é “um dos mais importantes fenômenos da vida constitucional”.²³ Assim, o autor alemão expressamente aceita a aplicação do princípio da proporcionalidade no Direito Administrativo, sendo apenas contra a sua constitucionalização.

Para o doutrinador suíço Hans Huber, a aplicação do princípio da proporcionalidade ao Direito Constitucional também constitui ameaça à separação dos poderes. Huber, citado por Bonavides, diz o seguinte:

“De modo especial os princípios abertos de direito de tornam perigosos quando transpõem as respectivas fronteiras, abandonando dessa maneira os seus conteúdos. E aí que eles fornecem os deslocamentos secretos de poder na organização do Estado, tais aqueles, por exemplo, ocorridos entre juiz e legislador e legislador e administrador, conforme se há demonstrado”.²⁴

²³ Santos, Gustavo Ferreira. *Op. cit.* p. 149

²⁴ Hans Huber, *apud* Bonavides, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 391

É certo que o alerta não é de todo insensato, já que a utilização deste princípio pelo Judiciário não pode ser abusiva, aumentando-se a ameaça na proporção em que a sua aplicação seja mais intensiva ou extensiva. Todavia, há de se certificar que o princípio da proporcionalidade tem como finalidade a verificação das decisões normativas, judiciais ou legislativas, que limitam o exercício de direitos fundamentais a fim de confirmar que estas são realmente necessárias, adequadas e proporcionais.

Não faz sentido que se invoque uma suposta ameaça ao princípio da separação dos poderes para permitir ao legislador ou aplicador/intérprete da lei que os direitos fundamentais fiquem a sua disposição. Além do que, o Poder Legislativo também deve estar submetido aos regramentos da Carta Magna e, portanto, vinculado à obediência dos direitos fundamentais e do princípio da proporcionalidade.

Ainda segundo Bonavides, o princípio da proporcionalidade produz uma certa superioridade hierárquica do juiz sobre o legislador, mas nada que configure uma ameaça ao princípio da separação dos poderes. O legislador continua autônomo no exercício de suas funções, livre para tomar as suas decisões políticas. O que não se pode conceber, em hipótese alguma, é que ele exerça suas faculdades soberanamente.²⁵

Diante de tudo o exposto, o princípio da proporcionalidade pode e deve ser usado sempre que se fizer necessária a sua utilização, seguindo os seus pressupostos (meio-fim) e a sua seqüência lógica (princípios parciais).

6.5. A Proporcionalidade no Direito Estrangeiro

Nos dias de hoje, é muito comum a utilização do princípio da proporcionalidade no mundo, em especial no continente europeu, seja no direito interno de cada país, como a Alemanha e a Áustria, seja no direito comunitário, direito comum que adotou o princípio como um importante instrumento. A difusão desse princípio no países europeus deve-se ao grande apoio dado pela doutrina e pela jurisprudência, sendo, na maior parte dos casos, o ordenamento jurídico silente quanto à teoria da proporcionalidade.²⁶

²⁵ *Op. cit.*, p. 363

²⁶ Santos, Gustavo Ferreira. *Op. cit.* p. 139

Na própria Alemanha, que como foi dito, foi o país que mais largamente conheceu a utilização do princípio, a proporcionalidade não se encontra expressamente inserida no texto constitucional. Mas ainda assim, o TCF alemão consagrou este princípio como um dos mais importantes instrumentos de solução de conflitos de normas, sendo grande a discussão quanto aos limites da sua utilização.

Na Áustria, o princípio alcança graus variados de sistematização na doutrina. Apesar de ter trilhado o mesmo caminho da Alemanha, a doutrina e a jurisprudência austríacas, ainda hoje, apresentam uma certa resistência ao reconhecimento do princípio da proporcionalidade. E na Suíça, ao exemplo da Áustria, o princípio carece de uma maior rigidez jurisprudencial, apesar de mais amplamente utilizado.

Já o Conselho de Estado francês aplica o princípio da proporcionalidade sob a forma conhecida de “Bilan-Côut-Avantages”, que faz uma ponderação entre custos e benefícios na atuação do Estado. Existe ainda uma forma especial dentre as formas de controle através da proporcionalidade, que é a Jurisdição Administrativa, da qual se afastam decisões administrativas arbitrárias ausentes de justificativa e que teriam um alto custo para a sociedade.

Na Itália também não existe no ordenamento jurídico dispositivo expresso que consagre o princípio da proporcionalidade, mas a doutrina e a jurisprudência tentam definir o seu alcance e conteúdo, apesar de não haver unanimidade. Uma faceta relevante deste princípio está no controle da atividade do Estado, que a doutrina chama de *Ragionevolezza*, que seria uma espécie de razoabilidade, mas com sentido diverso daquele dado pela doutrina estadunidense. Pode-se encontrar em diversos julgados do Tribunal Constitucional que se baseiam nessa espécie de razoabilidade, que na verdade nada mais é do que uma manifestação concreta do princípio da proporcionalidade.

Influenciada pela doutrina alemã, a Espanha desenvolveu grandes estudos acerca do princípio da proporcionalidade, aplicando-o nas diversas áreas do Estado. Portugal também reconhece o princípio à luz do Direito Constitucional. É rica a jurisprudência nesse sentido. Mas a diferença entre os demais países é que Portugal, na vigente Constituição da República Portuguesa, no artigo 18, inciso II, tentou inserir o princípio da proporcionalidade de forma explícita no ordenamento jurídico, através da idéia de limitabilidade condicionada dos direitos fundamentais.

O direito comunitário europeu tem se mostrado um campo fértil para a utilização do princípio da proporcionalidade, e tem influenciado no ordenamento jurídico de outros Estados, como a própria Inglaterra, que até pouco tempo atrás não fazia referência a este princípio. Contudo, não se confunde o princípio da proporcionalidade com o princípio da subsidiariedade, por ora ventilado no Tratado da Comunidade Européia, já que este trata da repartição de competências no âmbito da comunidade, possibilitando a intervenção de alguns órgãos quando o Estado não se mostra capaz de atingir certas finalidades.

Fora do continente europeu, ressaltamos os Estados Unidos da América, que consagrou como princípio fundamental o princípio da razoabilidade, mas não o fez em relação à proporcionalidade. Apesar de ser fruto da evolução jurisprudencial da Suprema Corte Americana, a teoria da proporcionalidade ali não alcançou a sua maior expressão.²⁷

7. ADMISSIBILIDADE DA PROVA ILÍCITA PRO REO E PRO SOCIETATE

O processo penal, como direito fundamental às normas de organização e procedimento, é orientado por uma dupla função garantista/funcional, que pondera os valores

²⁷ Avolio. *Op. cit.* p. 67

principais a serem ponderados, quais seja, de um lado a proteção do indivíduo contra punições arbitrárias e de outro o dever de zelar pelo cumprimento do direito penal material. Assim, o direito à prova e à inadmissibilidade da prova ilícita estão constantemente em conflito, de forma que uma visão mais inflexível da norma da não admissibilidade pode acarretar uma valoração desproporcional dos direitos fundamentais do indivíduo. Melhor dizendo, em determinados momentos, é necessário o sacrifício de alguns direitos fundamentais em benefício de outros direitos fundamentais de maior relevância.

Considerando que o princípio da inadmissibilidade da prova ilícita visa justamente proteger outros direitos fundamentais, há de se verificar se essa restrição não acaba por tornar ineficaz o exercício de outro direito constitucionalmente válido, e se ela se justifica diante dos princípios parciais da proporcionalidade, ou seja, admite-se a prova ilícita ou pune-se processualmente a sua violação.

Essa análise deve ser feita caso a caso. Este trabalho não pretende, mesmo porque seria humanamente impossível, prever todas as hipóteses em que estariam presentes a adequação, a necessidade e a proporcionalidade na admissão da prova ilícita. O que se pretende fazer aqui é apresentar conceitos gerais para a aplicação deste princípio, devendo a ponderação ser realizada no caso concreto. Serão analisados, então, a admissibilidade da prova ilícita *pro reo* e *pro societate*.

7.1. Prova Ilícita *pro reo*

Em relação à admissibilidade da prova ilícita em benefício do réu não pairam dúvidas: ela sempre é aceita para comprovar a inocência do acusado. Sendo a ampla defesa também um princípio constitucional, havendo colisão entre a eficiência do processo na busca da verdade real e o dever de inocentar um réu injustamente acusado e a garantia constitucional da inadmissibilidade da prova ilícita, é claro que a absolvição de um inocente é muito mais importante.

Uma situação em que a prova ilícita fosse afastada do processo, apesar de comprovar a inocência do réu, iria de encontro à política criminal adotado pelo Estado Democrático de Direito, que não admite em hipótese alguma a condenação de quem não seja o verdadeiro

culpado. Essa posição de aceitabilidade da prova ilícita *pro reo* tem recebido o apoio amplamente favorável da doutrina e da jurisprudência nacionais.

Segundo Ada Pellegrini Grinover, a admissibilidade da prova ilícita em benefício do acusado se trata de uma aplicação conjunta do princípio da proporcionalidade e do princípio do *favor rei*. Diante de qualquer dúvida, a Constituição determina que se estabeleça uma relação de preferência da liberdade do indivíduo sobre o poder punitivo do Estado.²⁸

A garantia da inadmissibilidade da prova ilicitamente obtida serve de resguardo ao indivíduo contra o poder punitivo arbitrário do Estado. Assim, considerando que a prova ilícita obtida em benefício do réu normalmente é colhida por um particular, mais um motivo para ensejar a relativização dessa regra da inadmissibilidade.

Vale ainda reconhecer que se o réu está sendo injustamente acusado e diligencia no sentido de provar a sua inocência fazendo uso de provas ilícitas, estará ele atuando em estado de necessidade e, como dispõe o Código Penal, é uma causa excludente de ilicitude, o que torna lícita a utilização da prova.

Estabelecendo-se uma ordem de valores, a dignidade da pessoa humana é, sem dúvida, o que tem maior representatividade para o Estado e para a ordem jurídica. No caso da utilização de uma prova ilícita *pro reo*, o valor que está preponderando é justamente a dignidade da pessoa do réu, injustamente acusado de um delito que não praticou, correndo o risco de perder a sua liberdade em obediência a um princípio que deveria ser a sua própria garantia.

Em relação à admissão da prova obtida ilicitamente em favor do réu, faz-se necessário analisar três pontos. O primeiro deles é que muitos doutrinadores, ao aceitar a prova ilícita *pro reo* não entendem estar diante de um caso de utilização do princípio da proporcionalidade, mas sim de um estado de legítima defesa, já que o acusado a obtém com o intuito de comprovar a sua inocência. Não procede essa posição, pois, em uma análise preliminar fica claro que não se trata de legítima defesa, e sim de estado de necessidade. A função da investigação e persecução penal é exclusiva do Estado e mesmo que ele proceda de forma temerária, colhendo provas falsas ou incapazes de provar a inocência do réu, não se pode dizer que contra o acusado tenha havido uma agressão injusta, ao ponto da busca de meios de prova ilícitos caracterizar-se como legítima defesa. E mesmo se considerássemos como legítima defesa, ainda assim estaria demonstrado o caso de utilização da teoria da

²⁸ *Op. cit.*, p. 161

proporcionalidade. O agente praticou um fato ilícito no intuito de cessar uma agressão injusta (adequação), usando os meios para isso necessários (necessidade), em uma situação em que o bem jurídico protegido por sua conduta é mais valioso que o bem jurídico lesado (proporcionalidade em sentido estrito). É evidente que houve a ponderação de interesses, uma vez que o próprio ordenamento jurídico não condena esse tipo de conduta em que estão em choque valores constitucionais.

O segundo ponto relevante desta discussão é de que a prova obtida por meios ilícitos, mesmo em benefício do réu, deve passar pelo crivo do princípio da proporcionalidade para ser justificada. Imagine se um acusado, para comprovar a sua inocência, torturasse o verdadeiro culpado até que ele confessasse a autoria do crime. É óbvio que tal prova não pode ser admitida nos autos, até porque o valor violado é de igual estatura, ou até mesmo de maior valor, ao que se pretende proteger. Em determinados casos, a prova ilícita sequer chega a ser necessária, tendo em vista que o próprio conjunto probatório dos autos já seria suficiente para provar a inocência do réu.

E o terceiro e último ponto é o mais conflitante na doutrina. Ocorre nos casos em que uma prova ilícita é obtida por um acusado para comprovar a sua inocência, mas ao mesmo tempo ela aponta o verdadeiro culpado. Por exemplo, Caio é acusado de matar Tício e sabedor de sua inocência resolve interceptar sub-repticiamente as ligações de Mévio, verdadeiro culpado. Ao apresentar essa prova em juízo, que postura deve ter o magistrado em relação a ela? E é aqui que nasce a divergência. Para uma parte da doutrina essa prova deveria ser considerada lícita para sustentar a absolvição de Caio, mas ilícita para sustentar a condenação de Mévio, fundamentada no princípio da proporcionalidade (ponderação de valores). Para a outra parte da doutrina, a prova é lícita para ambos os casos, ou seja, para absolver e para condenar. E o fundamento dessa corrente é o mesmo: a aplicação do princípio da proporcionalidade, pois se a conduta de Caio é praticada em estado de necessidade, que é uma excludente de ilicitude respaldada pela proporcionalidade, sua conduta, apesar de violar a intimidade de Mévio, está justificada pelo procedimento de restrições de direitos fundamentais (adequação, necessidade e proporcionalidade estrita).

Por fim, vale ainda enfatizar que a prova ilícita não será necessariamente sempre verdadeira. Existem muitos meios de se produzir uma prova falsa, sob o título de prova ilícita, para garantir a inocência de quem é realmente o culpado. Assim, cumpre ao magistrado, após a análise da proporcionalidade, verificar também a veracidade da prova produzida,

confrontando-a com as demais provas do processo. Se o acusado é o verdadeiro autor do fato, mas produz uma prova falsa que o inocente, não se está diante da admissibilidade ou não dessa prova, e sim da verificação de sua validade no conjunto probatório.

7.2. Prova Ilícita *pro societate*

A regra de inadmissibilidade da prova ilícita não está restrita ao direito penal, aplicando-se também aos direitos civil, trabalhista e administrativo. Contudo, não há como negar que é no processo penal que efetivamente o princípio da proporcionalidade encontra o seu lugar. Tanto no direito civil, como no direito trabalhista, o que está em jogo é o interesse meramente privado, ao contrário do direito penal, em que o epicentro da ponderação é sempre a dignidade da pessoa humana, fundamento do Estado Democrático de Direito.

Ao longo deste trabalho, já restou demonstrado que o ordenamento jurídico brasileiro não comporta princípios absolutos, o que leva à conclusão de que, diante do caso concreto, os princípios devem ser relativizados. Mas qual seria o limite dessa relativização? É aqui que nasce mais uma (das muitas) divergências doutrinárias.

Partindo-se do pressuposto de que a inadmissibilidade das provas ilícitas é um princípio, e que como tal não pode ser absoluto, o problema passa para a seguinte pergunta: pode o Estado cometer crimes sobre o pretexto de punir outros crimes? A doutrina e jurisprudência majoritárias dizem que não. Todavia, uma parte minoritária insiste em defender a admissibilidade da prova ilícita em favor da sociedade. Serão apresentados aqui ambos os argumentos.

Partiremos da doutrina que aceita a prova ilícita *pro societate*. Como já foi anteriormente dito, no capítulo próprio, o princípio da proporcionalidade sobrepesa valores distintos para chegar à decisão final sobre a admissibilidade ou não da prova ilícita. Essa vedação de uso de prova ilícita em desfavor do acusado é protegida pelo bojo da Constituição, e disso não há dúvida. Mas o que seria mais relevante: a segurança ou a intimidade? A saúde ou o devido processo legal? Qual valor deve preponderar? E quando o valor mais importante favorece à sociedade e não ao acusado? São esses questionamentos que a doutrina que defende a admissão de provas ilícitas em favor da sociedade faz para corroborar a sua tese.

Dentre os doutrinadores que defendem esta posição, está Camargo Aranha, que para tanto propôs uma nova definição de proporcionalidade:

Para tal teoria intermediária, propomos uma nova denominação: a do interesse predominante. Em determinadas situações, a sociedade, representada pelo Estado, é posta diante de dois interesses relevantes antagônicos e que a ela cabe tutelar: a defesa de um princípio constitucional e a necessidade de perseguir e punir um criminoso. A solução deve consultar o interesse que preponderar e que, como tal, deve ser preservado. A única prova obtida contra um sanguinário seqüestrador foi a gravação de um conversa telefônica interceptada: absolve-se, preservando-se um princípio constitucional, ou condena-se, preservando-se a sociedade?²⁹

Outro argumento desta corrente doutrinária é que, diariamente, a atividade policial é desenvolvida com a prática de fatos típicos, por exemplo, a prisão é um seqüestro, o cumprimento de um mandado de busca e apreensão é um roubo, a violência utilizada para repelir a resistência é uma lesão corporal, enfim, toda a atividade de investigação é uma invasão à privacidade alheia. Até mesmo no sentido etimológico da palavra, polícia significa violência. Todas essas condutas são típicas, mas a sua antijuridicidade é excluída pela presença de justa causa, ou seja, o estrito cumprimento do dever legal (excludente de ilicitude).

Desta forma, quando o Estado viola as leis e sub-repticiamente obtém, por meios ilícitos, determinadas provas, ele na verdade não está cometendo delito algum, pois as autoridades policiais cometem fatos típicos, mas que não são antijurídicos.

E apesar da doutrina e jurisprudência majoritárias repelirem a utilização de provas obtidas ilicitamente em favor da sociedade, há quem defenda que o Supremo Tribunal Federal acolhe o princípio da proporcionalidade em casos excepcionais e graves. Alguns desses casos serão agora apresentados.

A primeira situação que reconhece a aplicação do princípio da proporcionalidade *pro societate* ocorre quando são violadas garantias constitucionais. É o caso de uma vítima que grava sua conversa telefônica com outro interlocutor, sem o conhecimento deste, para fazer prova em um processo de extorsão, ou até mesmo para documentá-la, arquivá-la.

O Supremo Tribunal Federal reiteradamente já afirmou que não há violação ao direito à intimidade quando a própria vítima grava os diálogos, pois está agindo em legítima defesa, contra uma agressão injusta e iminente. Na verdade, isso sequer caracteriza hipótese de prova

²⁹ Camargo Aranha, Adalberto José Q. T. *Da prova no Processo Penal*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 56

ilícita, já que não há uma interceptação da comunicação por terceiro, mas mera gravação pelo próprio interlocutor destinatário da comunicação.³⁰

Também nesse sentido, eles apresentam a decisão do Superior Tribunal de Justiça que admitiu a interceptação de correspondência quando o agente pratica o crime através dessa garantia. Exemplo dessa situação é o tráfico de drogas por via postal, onde a substância entorpecente é posta dentro de ursos de pelúcia. Entretanto, no corpo do voto do Relator fica fácil perceber que aquela interceptação não violava o princípio da inadmissibilidade das provas ilícitas, posto que não se tratava de correspondência e sim de encomenda. Para fins de tutela de valores, *encomenda não é correspondência*.³¹

Por fim, tem-se a exceção de boa-fé, através da qual as atuações putativas das autoridades policiais configuram situação de ausência de dolo ou culpa na violação. Assim, se por exemplo um policial, sem a devida autorização judicial, apreende determinado objeto em domicílio alheio, no qual um dos moradores franqueou a sua entrada, não existe violação de domicílio. Mas e se esse indivíduo que se apresentou como morador da residência não o fosse? Ainda assim não restaria violado o domicílio, já que a entrada na residência não foi forçada pela autoridade policial. E quanto à prova obtida, seria ela lícita? Para esta doutrina ela seria ilícita, mas admissível pela exceção de boa-fé. Com a devida vênia, esta posição está equivocada. Se num primeiro momento houve autorização para realizar a diligência e posteriormente essa autorização se demonstrou inexistente, isso não pode acarretar, em princípio, a ilicitude da prova ante a boa-fé das autoridades policiais. Não existe prova ilícita porque o meio empregado para obtenção da prova sequer foi ilegal.

Quanto à aplicação do princípio da proporcionalidade *pro societate*, possibilitando que o Estado utilize de provas ilícitas contra o indivíduo a favor da sociedade, o principal fundamento à não aceitação dessa hipótese estaria assentada na idéia de que a proibição de prova ilícita é uma garantia do indivíduo contra o Estado, e não do Estado contra o indivíduo, o que o impossibilitaria de utilizar esse tipo de prova contra o cidadão. Essa linha de raciocínio traduz um desdobramento necessário da concepção de Estado Democrático de Direito, que, por sua vez, possui estreita ligação com o princípio da soberania popular.

O poder é do povo e para o povo, que através de suas conquistas, conseguiu, paulatinamente, impor restrições às arbitrárias imposições dos Estados totalitários, que não

³⁰ Ávila, Thiago André Pierobom de. *Op. cit.* p. 212.

³¹ Brasil. STJ. 5a T. RHC 10.537/RJ, rel. Min. Edson Vidigal, j. 13 de março de 2001. DJU 2 de abril de 2001.

reconheciam qualquer direito do indivíduo. E essas restrições se constituem em um conjunto de meios e recursos jurídicos postos à disposição do indivíduo na defesa e na manutenção dos direitos fundamentais do homem, necessários a uma convivência digna, livre e igual para todos.

Quanto um Estado desrespeita qualquer desses direitos fundamentais do homem, ele age em posição de retrocesso, como um Estado primitivo, que tinha no uso de sua força a única arma para fazer impor a sua vontade. O reconhecimento dos direitos fundamentais individuais e coletivos reflete a predominância da soberania popular ao poder do Estado que, em regra, é o garantidor desses direitos.

Por essa razão, não se pode conceber que o Estado utilize uma prova ilícita contra o indivíduo, tendo em vista que a própria proibição de admissibilidade de provas obtidas por meios ilícitos é uma garantia constitucional dada ao cidadão contra o Estado, sendo injustificável uma conduta estatal no sentido de praticar delitos para inibir a impunidade. O Estado tem traçado constitucionalmente os limites de sua atuação, sempre vinculado ao princípio da legalidade, possuindo métodos legais de realizar a persecução penal.

As mesas de Processo Penal, atividade ligada ao Departamento de Direito Processual da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, sob a coordenação da ilustre processualista Ada Pellegrini Grinover, tomaram posição acerca desse tema nas seguintes súmulas:

Súmula 48 – Denominam-se ilícitas as provas colhidas com infringência a normas e princípios de direito material.

Súmula 49 – São processualmente inadmissíveis as prova ilícitas que infringem normas e princípios constitucionais, ainda quando forem relevantes e pertinentes, e mesmo sem cominação processual expressa.

Súmula 50 – Podem ser utilizadas no processo penal as provas ilicitamente colhidas, que beneficiem a **defesa**.³²

E ainda que se admitisse, em determinados casos, a possibilidade de utilização da prova ilícita *pro societate*, não se pode deixar de enfatizar que essa admissão não estaria à disposição do livre arbítrio do Estado, sob pena de constituir uma clara violação aos princípios do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal, assegurados constitucionalmente. A utilização de provas ilícitas pelo Estado em benefício da sociedade somente será válida quando estiverem presentes, cumulativamente, os seguintes requisitos:

³² Avolio. *Op. cit.* p. 83

caráter excepcional, extrema gravidade, colisão de direitos fundamentais e expressa autorização judicial.

Nesse sentido, o *Habeas Corpus* 90376/07, cujo Relator foi o Excelentíssimo Senhor Ministro Celso de Mello:

A ação persecutória do Estado, qualquer que seja a instância de poder perante a qual se instaure, para revestir-se de legitimidade, não pode apoiar-se em elementos probatórios ilicitamente obtidos, sob pena de ofensa à garantia constitucional do "due process of law", que tem, no dogma da inadmissibilidade das provas ilícitas, uma de suas mais expressivas projeções concretizadoras no plano do nosso sistema de direito positivo. - A Constituição da República, em norma revestida de conteúdo vedatório (CF, art. 5º, LVI), desautoriza, por incompatível com os postulados que regem uma sociedade fundada em bases democráticas (CF, art. 1º), qualquer prova cuja obtenção, pelo Poder Público, derive de transgressão a cláusulas de ordem constitucional, repelindo, por isso mesmo, quaisquer elementos probatórios que resultem de violação do direito material (ou, até mesmo, do direito processual), não prevalecendo, em conseqüência, no ordenamento normativo brasileiro, em matéria de atividade probatória, a fórmula autoritária do "male captum, bene retentum".³³

Assim, quanto à tese que defende a utilização da garantia constitucional da inadmissibilidade da prova ilícita em favor da sociedade, com o fim de dar-lhe prevalência em nome do princípio da proporcionalidade, baseada no interesse público na eficácia da repressão penal em geral ou, em particular, na de determinados crimes, teve sua resposta dada pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e pela própria Constituição Federal, que ponderou os valores contrapostos e optou, mesmo que em prejuízo da eficácia da persecução criminal, pelos valores fundamentais, aos quais serve de salvaguarda a proscrição da prova ilícita. Não há como conceber, assim, a condenação de um acusado por violar normas de direito material, quando o próprio Estado, detentor desse poder punitivo, também transgride a lei para puni-lo.

Desta forma, a regra deve ser a inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos e das provas de que destas derivem, que só excepcionalmente deverão ser aceitas em juízo nos casos em que o direito fundamental afetado pela teoria da não admissibilidade for a ela superior, em obediência ao princípio da dignidade da pessoa humana.

³³ Brasil. STF. 2a T., HC 90.376/RJ, rel. Ministro Celso de Mello, j. 03/04/2007, DJU 18 de maio de 2007. pg. 510-525

8. A PROVA ILÍCITA EM SISTEMAS JURÍDICOS ESTRANGEIROS

Este capítulo realizará uma breve análise da admissibilidade das provas ilícitas em sistemas jurídicos estrangeiros, enfatizando os casos em que há uma abordagem de equilíbrio proporcional e razoável na produção da prova.

Essa análise é extremamente importante e útil à crítica do sistema nacional, principalmente na importação de institutos que se encaixam no ordenamento jurídico pátrio e na cultura jurídica brasileira.

Este estudo fará referência a cinco países: Estados Unidos, Alemanha, Itália e França. Passemos então ao estudo.

8.1. Estados Unidos

Os Estados Unidos são o berço das modernas construções das regras de exclusão de provas obtidas por meios ilícitos (*exclusionary rules*), tendo influenciado o ordenamento jurídico de vários outros países. Foi a partir da IV Emenda que a Suprema Corte desenvolveu a cláusula da exclusão, estabelecendo normas de proteção à privacidade contra as investidas ilegítimas do Estado na persecução penal.

Embora a Suprema Corte já tivesse tido diversas oportunidades de manifestar a não aceitação das provas ilícitas, foi a partir do caso “Mapp v. Ohio”, de 1961, que o ilustre órgão julgador firmou posição também pela inadmissibilidade em todos os estados da federação. O caso tratava de uma apreensão, sem autorização judicial, de um objeto obsceno, cuja posse era proibida pelas leis do estado de Ohio.

A V Emenda também foi importante para a construção de regras de exclusão. Determinava que nenhuma pessoa fosse obrigada a declarar contra si mesma, tampouco poderia ser privada de sua vida, liberdade ou propriedade sem o devido processo legal. Essa emenda trouxe duas novas vertentes para o direito: o benefício da não auto-incriminação ou a auto-incriminação forçada e a criação do devido processo legal.

Como expressão dessa emenda, cita-se como exemplo o caso “Miranda v. Arizona”, de 1966, no qual a sentença aplicou a garantia constitucional contra a *self incrimination* no momento da detenção, além de determinar que as declarações prestadas em sede policial não teriam eficácia probatória em juízo, salvo se a polícia tivesse comunicado ao preso seus direitos.

A VI Emenda garantiu ao acusado o direito à assistência de advogado, estabelecendo ainda que em todos os processos penais, o réu tem direito a ser confrontado com as testemunhas, a arrolar testemunhas a seu favor e a um julgamento rápido e público perante um júri imparcial. Todas estas emendas foram editadas ainda pelo primeiro Congresso dos EUA em 1791, formando parte da original *Bill of Rights*.

Já a XIV Emenda de 1868, fruto das chamadas Emendas de Reconstrução, teve o objetivo de articular os princípios de uma nova ordem jurídica, abolindo de vez a escravatura e elevando à categoria de norma constitucional o direito à igualdade de todos os indivíduos perante a lei, sem qualquer tipo de distinção.

De um modo geral, a jurisprudência da Suprema Corte americana considera ilegalmente obtida a prova quando ocorrer a violação às Emendas Constitucionais IV, V, VI e XIV. Mas é importante dizer que essas regras constitucionais referem-se aos casos em que a violação foi levada a efeito por policiais, ou seja, pelo Estado, uma vez que a Emenda IV somente limita a ação governamental. Contudo, a doutrina defende a aplicação da regra de exclusão das provas ilícitas também quando obtidas por particulares, principalmente em se tratando de detetives particulares.

Vale a pena observar que, no direito americano, filiado ao sistema do *commom law*, as regras de exclusão atuam ligadas às regras jurisprudenciais, formuladas ao nível concreto de uma espécie de jurisprudência pré-ordenada a conferir a toda questão judicial, além do processo de interpretação, a sua solução. Ao contrário do que ocorre na Inglaterra, onde o *stare decisis* impõe aos magistrados seguirem as regras de direitos decorrentes de precedentes jurisprudenciais, nos Estados Unidos, tendo em vista ser uma federação, aspira-se que o direito garanta a segurança das relações jurídicas, sem que se estabeleçam entre o direito aplicado nos diversos estados da federação diferenças irreduzíveis. A própria Constituição americana é considerada um *living document*, o que se reflete no seu sistema de controle de constitucionalidade.³⁴

8.2. Alemanha

O tema das provas ilícitas tem sido tratado na Alemanha sob o título de proibições de prova (*die Beweisverbote*). A Constituição alemã não prevê expressamente a proibição das provas obtidas por meios ilícitos, sendo essas proibições construídas primeiramente pela doutrina e, posteriormente, pela jurisprudência com base nas disposições de Código Penal Alemão.

³⁴ Avolio, *Op. cit.* p. 56

A doutrina alemã realiza a diferenciação entre a proibição da prática da prova e a proibição da utilização da prova. A primeira se resume a quatro proibições: (i) temas probatórios, como a revelação de um segredo; (ii) meios de prova, como o depoimento de uma testemunha que não foi informado do seu direito ao silêncio; (iii) proibições de métodos probatórios, como o interrogatório mediante coação física ou mental; e (iv) proibições probatórias relativas, como a interceptação telefônica, que só pode ser realizada mediante autorização judicial.

Todavia, vale ressaltar que nem sempre que ocorrer uma proibição de produção de prova ocorrerá, necessariamente, a proibição da valoração desta mesma prova. Na Alemanha não há uma regra de exclusão genérica de provas obtidas por meios ilícitos, havendo soluções pontuais para problemas específicos. Como por exemplo, a jurisprudência alemã tem entendido que, ainda quando a prova seja produzida de forma irregular, caso a nova decisão possa reproduzir a prova nos mesmos termos, não há necessidade para a declaração de inadmissibilidade. É o caso do sangue colhido para análise de DNA sem a autorização judicial. Ainda que inadmitida a primeira coleta e realizada uma segunda, o resultado, obviamente, seria o mesmo.

As proibições de valoração probatória são classificadas pela doutrina alemã em duas espécies: as dependentes e as independentes. Estas não estão previstas em lei, mas derivam genericamente de preceitos da Constituição, como por exemplo a filmagem clandestina ou a valoração de um diário. Como não estão previstas expressamente em texto legal, aqui sempre caberá a ponderação de interesses. Já aquelas são as que se fundam na lesão de uma produção de prova especificamente prevista em lei, como por exemplo o interrogatório de um réu sem que este tivesse ciência do seu direito de permanecer calado. Nestes casos, a jurisprudência tem construído as exceções casuísticas, levando-se em conta a gravidade da lesão e as circunstâncias do caso concreto.

Quanto às provas ilícitas obtidas por particulares, a posição da jurisprudência majoritária é no sentido de que não se aplicam nessas circunstâncias as proibições da prova, sendo valoráveis, tendo em vista que estas proibições são dirigidas aos órgãos da persecução penal. Exceção feita aos casos em que o particular usufrui de meios degradantes para obter a prova ilícita, como uma confissão com base em tortura.

E finalmente, em 1997 foi realizada uma emenda constitucional que alterou o artigo 13 para permitir a realização de gravações ambientais na residência de suspeitos de crimes especialmente graves, como o tráfico ilícito de entorpecentes ou tráficos de humanos.

Isto posto, percebe-se que a Alemanha é um dos sistemas mais flexíveis no tratamento das proibições de provas ilícitas. Ela não apresenta uma regra geral de exclusão destas provas, mas fornece respostas pontuais a muitas situações. De qualquer forma, observa-se uma tendência de vedação de utilização de provas obtidas com graves violações aos direitos fundamentais do homem.

8.3. Itália

Na Itália, o Código de Processo Penal estabelece que a prova adquirida com violação de proibição estabelecida em lei não poderá ser utilizada no processo, podendo essa inutilidade (*inutilizzabilità*) ser declarada de ofício pelo juiz a qualquer tempo ou estado do processo.

Entretanto, a Corte Suprema italiana tem reduzido a aplicação da regra de inutilidade para limitá-la a situações em que há uma violação direta e expressa de uma proibição legal. Assim, apesar de se excluírem as provas obtidas mediante tortura ou quaisquer outros tratamentos desumanos, por força direta no disposto no artigo 188 do Código de Processo Penal italiano, a Corte tem afastado a *inutilizzabilità* quando se trata da apreensão do corpo de delito, ou outras provas relevantes para o crime, pois nestas ocasiões entende-se que a polícia está apenas cumprindo as determinações legais. Isto se justifica pelo fato de que os policiais que estiverem conduzindo as investigações de forma ilegal estarão sujeitos às sanções penais cabíveis, previstas no artigo 609 do diploma legal acima citado.

Esse entendimento de que as provas ilegais obtidas que sejam de corpo de delito não contaminam o conjunto probatório dos autos restringe de forma acentuada a doutrina da inadmissibilidade das provas ilícitas. Um bom exemplo são as apreensões ilegais realizadas no escritório do advogado da defesa que, em regra, são inadmissíveis, salvo quando se tratarem de **corpo de delito**.

Outro ponto que vale ressaltar é quanto à distinção entre a nulidade da prova e a *inutilizzabilità*. A primeira relaciona-se sempre e apenas à inobservância de alguma

formalidade na produção da prova, vício que não põe o procedimento formativo ou aquisitivo completamente fora do parâmetro normativo de referência, mas que não respeita algum de seus pressupostos. E a inutilidade (*inutilizzabilità*) pressupõe a presença de uma prova vedada pela sua intrínseca ilegitimidade objetiva.³⁵

8.4. França

No direito francês encontra-se a possibilidade de aplicação da doutrina da inadmissibilidade das provas ilícitas, através de uma disposição do estatuto processual que regula algumas nulidades. Vigora a regra geral da liberdade dos meios de prova, prevista no artigo 427 do Código de Processo Penal francês.

A maior parte das violações de regras legais apenas gerará a exclusão se for entendido que violam a substância das imposições da lei, chamadas de nulidades substanciais. Na análise destas nulidades substanciais é conferida considerável discricionariedade aos magistrados, para avaliação dos interesses das partes no caso concreto, havendo exclusão das provas obtidas por meios brutais ou lesivos à dignidade da pessoa humana.³⁶

Há uma tendência de se estabelecer uma regra de exclusão geral para as provas ilicitamente obtidas em situações graves, especialmente nas violações ao direito da não auto-incriminação e interrogatórios abusivos.

Quanto às provas ilícitas alcançadas por particulares, a Corte de Cassação entende que não se aplicam as regras de nulidade do estatuto processual penal, nem as regras de exclusão, pois tais atos não fazem parte da instrução probatória.

9. CONCLUSÃO

O tema abordado no presente trabalho é deveras polêmico, bastando as divergências doutrinárias e jurisprudenciais para que se perceba isso. Mas ainda assim, é possível constatar avanços significativos no decorrer destes vinte anos, desde que promulgada a Carta de 1988.

³⁵ Itália. Corte de Cassação. Cass. Sez. Um., 27 de mar. 1996, ric. Sala, su Cass. pen., 1996, p. 3268, m. 1811, *apud* Ávila. *Op. cit.*, p. 196

³⁶ Ávila, Thiago André Pierobom de. *Op. cit.* p. 194

Com o término deste trabalho, chegamos à muitas conclusões relevantes, das quais se fará uma síntese do que de mais importante foi dito.

A prova é, indubitavelmente, a essência do processo, o mecanismo de convencimento do magistrado na sua busca pela verdade real. Ela nos remete aos fatos pretéritos, possibilitando ao julgador formar a sua convicção e bem julgar a lide. Diversos são os meios de prova admitidos em direito, não sendo a legislação taxativa neste aspecto.

Em regra, somente as provas obtidas por meios lícitos é que devem fazer parte do corpo probatório dos autos. Todavia, como nenhum princípio constitucional é absoluto, a inadmissibilidade das provas ilícitas deverá conviver harmonicamente com os outros princípios fundamentais, de modo que um não venha a obstaculizar o exercício do outro.

Ainda é extremamente controvertida a questão das provas ilícitas por derivação, também conhecida como doutrina do fruto da árvore envenenada. Considerando o silêncio da lei quanto à questão das provas ilícitas por derivação, coube ao Supremo Tribunal Federal decidir se elas deveriam ser aceitas ou não nos autos. A Corte declarou serem inadmissíveis estas provas no processo, sendo seguida pela maior parte da doutrina. Entretanto, urge ressaltar que esse posicionamento não é absoluto, comportando sempre a aplicação da teoria da proporcionalidade.

O direito processual penal brasileiro teve inserido em seu campo de atuação alguns princípios constitucionais, que visam a garantia dos direitos fundamentais do indivíduo. Deste eles está a dignidade da pessoa humana, fundamento da República Federativa do Brasil e do Estado de Direito, razão primeira nos critérios de ponderação de valores fundamentais. Além da dignidade, também influenciaram na melhoria das condições da posição ocupada pelo réu no processo penal os princípios da isonomia, da ampla defesa e do contraditório, da presunção da inocência e do devido processo legal.

Outro ponto tormentoso é o das interceptações das comunicações telefônicas, de informática e de telemática. Apesar de proteger o direito à intimidade, elevando-o a categoria de direito fundamental, a Constituição da República, em algumas situações, permite a restrição desse direito, através das interceptações das comunicações telefônicas, desde que autorizadas judicialmente. A divergência está no fato de o artigo 1º da Lei nº 9.296/96 permitir a interceptação de dados e de telemática sem a expressa autorização da Carta Magna. Por essa razão, alguns entendem ser inconstitucional este dispositivo, já que contraria texto

expresso da Constituição, uma vez que esta foi clara ao permitir somente a interceptação nos casos de comunicações telefônicas.

Com o intuito de solucionar estes conflitos entre direitos, bens ou interesses é que é amplamente utilizado pela doutrina e pela jurisprudência brasileiras o princípio da proporcionalidade. Esse princípio refere-se à proporcionalidade em sentido amplo que se subdivide em três outros princípios parciais, quais sejam, princípio da adequação, princípio da necessidade e princípio da proporcionalidade em sentido estrito. Através de uma estrutura de meio e fim, a finalidade da proporcionalidade é proteger os direitos e garantias individuais, autorizando as suas limitações somente nos casos em que estejam presentes os três elementos formadores (subprincípios). A crítica que se faz a esta teoria é que ela retira a competência do Legislativo e a entrega ao Judiciário, crítica essa que em hipótese alguma deve proceder, já que ambos os poderes estão submetidos aos regramentos constitucionais.

Baseada no princípio da proporcionalidade, que pondera os interesses em litígio, admite-se a utilização de provas obtidas por meios ilícitos sempre que este princípio colidir com outro de igual ou maior valia. Quanto à admissibilidade da prova ilícita em favor do réu não pairam dúvidas, pois ela sempre deverá ser aceita, em respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Os conflitos surgem quando se cogita a admissibilidade das provas ilícitas em favor da sociedade. Essa segurança jurídica que o Estado deve prestar à sociedade não é incondicionada e ilimitada, esbarrando muitas vezes na violação dos direitos fundamentais do acusado. O que se discute é o direito do Estado de punir o acusado por transgredir a lei quando ele próprio desrespeita o ordenamento jurídico para assegurar um bom resultado na persecução penal.

REFERÊNCIAS

- AVILA, Thiago André Pierobom de. *Provas Ilícitas e Proporcionalidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. *Provas Ilícitas, Interpretações telefônicas e gravações clandestinas*. 2ª ed. rev., atual., ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- BECCARIA, Cesare Bonesana. *Dos delitos e das penas*. Tradução: Vicente Sabino Júnior. São Paulo: CD, 2002.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 4ª. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.
- CAMARGO ARANHA, Adalberto José Q.T. de. *Da Prova no Processo Penal*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
- CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. *O Processo Penal em face da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 20ª ed. 2ª reimpr. São Paulo: Editora Atlas, 2007.
- GRECO FILHO, Vicente. *Interceptação Telefônica – Considerações sobre a Lei 9.296 de 24 de julho de 1996*. São Paulo: Saraiva, 1996.
- GRINOVER, A.P., FERNANDES, A.S. e GOMES FILHO, A.M. *As nulidades no Processo Penal*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.
- FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo dicionário Aurélio da língua portuguesa*. 3ª ed. Curitiba: Positivo, 2004.
- LIMA, Marcellus Polastri. *A Prova Penal*. 2ª ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.
- MALATESTA, Nicola Flamarino dei. *A Lógica das Provas em Matéria Criminal*. 6ª ed. Tradução: Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 2005.
- MEDEIROS, Hortêncio Catunda de. *Esquema de Teoria Geral do Processo*. 3ª ed. rev. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.
- MELLO, Rodrigo Pereira de. *Provas Ilícitas e sua Interpretação Constitucional*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000.

- MIRABETE, Julio Fabrini. *Processo Penal*. 7ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 1997.
- MITTERMAIER, C. J. A. *Tratado da Prova em Matéria Criminal*. 2ª Tiragem. 3ª ed. Tradução: Herbert Wüntzel Heinrich. Campinas: Bookseller, 1997.
- MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 16ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2004
- RABONEZE, Ricardo. *Provas obtidas por meios ilícitos*. 4ª ed. rev. e ampliada. Porto Alegre: Síntese, 2002.
- RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 10ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005.
- SANTOS, Gustavo Ferreira. *O Princípio da Proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: Limites e Possibilidades*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direitos Constitucional Positivo*. 20ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- SILVA, César Dario Mariano da. *Provas Ilícitas: Princípio da Proporcionalidade, Interceptação e Gravação Telefônica, Busca e Apreensão, Sigilo e Segredo, Confissão, Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) e Sigilo*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de Direitos Fundamentais e princípio da proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
- TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de Processo Penal*. 8ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

ANEXO

LEI Nº 11.690, DE 9 JUNHO DE 2008.

Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, relativos à prova, e dá outras providências

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º Os arts. 155, 156, 157, 159, 201, 210, 212, 217 e 386 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, passam a vigorar com as seguintes alterações:

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

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

“Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício:

I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida;

II – determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.” (NR)

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

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

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

§ 3º Preclusa a decisão de desentranhamento da prova declarada inadmissível, esta será inutilizada por decisão judicial, facultado às partes acompanhar o incidente.

§ 4º (VETADO)

Art. 159. O exame de corpo de delito e outras perícias serão realizados por perito oficial, portador de diploma de curso superior.

§ 1º Na falta de perito oficial, o exame será realizado por 2 (duas) pessoas idôneas, portadoras de diploma de curso superior preferencialmente na área específica, dentre as que tiverem habilitação técnica relacionada com a natureza do exame.

§ 2º Os peritos não oficiais prestarão o compromisso de bem e fielmente desempenhar o encargo.

§ 3º Serão facultadas ao Ministério Público, ao assistente de acusação, ao ofendido, ao querelante e ao acusado a formulação de quesitos e indicação de assistente técnico.

§ 4º O assistente técnico atuará a partir de sua admissão pelo juiz e após a conclusão dos exames e elaboração do laudo pelos peritos oficiais, sendo as partes intimadas desta decisão.

§ 5º Durante o curso do processo judicial, é permitido às partes, quanto à perícia:

I – requerer a oitiva dos peritos para esclarecerem a prova ou para responderem a quesitos, desde que o mandado de intimação e os quesitos ou questões a serem esclarecidas sejam encaminhados com antecedência mínima de 10 (dez) dias, podendo apresentar as respostas em laudo complementar;

II – indicar assistentes técnicos que poderão apresentar pareceres em prazo a ser fixado pelo juiz ou ser inquiridos em audiência.

§ 6º Havendo requerimento das partes, o material probatório que serviu de base à perícia será disponibilizado no ambiente do órgão oficial, que manterá sempre sua guarda, e na presença de perito oficial, para exame pelos assistentes, salvo se for impossível a sua conservação.

§ 7º Tratando-se de perícia complexa que abranja mais de uma área de conhecimento especializado, poder-se-á designar a atuação de mais de um perito oficial, e a parte indicar mais de um assistente técnico.” (NR)

CAPÍTULO V – DO OFENDIDO

Art. 201. Sempre que possível, o ofendido será qualificado e perguntado sobre as circunstâncias da infração, quem seja ou presuma ser o seu autor, as provas que possa indicar, tomando-se por termo as suas declarações.

§ 1º Se, intimado para esse fim, deixar de comparecer sem motivo justo, o ofendido poderá ser conduzido à presença da autoridade.

§ 2º O ofendido será comunicado dos atos processuais relativos ao ingresso e à saída do acusado da prisão, à designação de data para audiência e à sentença e respectivos acórdãos que a mantenham ou modifiquem.

§ 3º As comunicações ao ofendido deverão ser feitas no endereço por ele indicado, admitindo-se, por opção do ofendido, o uso de meio eletrônico.

§ 4º Antes do início da audiência e durante a sua realização, será reservado espaço separado para o ofendido.

§ 5º Se o juiz entender necessário, poderá encaminhar o ofendido para atendimento multidisciplinar, especialmente nas áreas psicossocial, de assistência jurídica e de saúde, a expensas do ofensor ou do Estado.

§ 6º O juiz tomará as providências necessárias à preservação da intimidade, vida privada, honra e imagem do ofendido, podendo, inclusive, determinar o segredo de justiça em relação aos dados, depoimentos e outras informações constantes dos autos a seu respeito para evitar sua exposição aos meios de comunicação.” (NR)

[“Art. 210.](#) As testemunhas serão inquiridas cada uma de per si, de modo que umas não saibam nem ouçam os depoimentos das outras, devendo o juiz adverti-las das penas cominadas ao falso testemunho.

Parágrafo único. Antes do início da audiência e durante a sua realização, serão reservados espaços separados para a garantia da incomunicabilidade das testemunhas.” (NR)

[“Art. 212.](#) As perguntas serão formuladas pelas partes diretamente à testemunha, não admitindo o juiz aquelas que puderem induzir a resposta, não tiverem relação com a causa ou importarem na repetição de outra já respondida.

Parágrafo único. Sobre os pontos não esclarecidos, o juiz poderá complementar a inquirição.” (NR)

[“Art. 217.](#) Se o juiz verificar que a presença do réu poderá causar humilhação, temor, ou sério constrangimento à testemunha ou ao ofendido, de modo que prejudique a verdade do depoimento, fará a inquirição por videoconferência e, somente na impossibilidade dessa forma, determinará a retirada do réu, prosseguindo na inquirição, com a presença do seu defensor.

Parágrafo único. A adoção de qualquer das medidas previstas no caput deste artigo deverá constar do termo, assim como os motivos que a determinaram.” (NR)

[“Art. 386.](#) (...)

IV – estar provado que o réu não concorreu para a infração penal;

V – não existir prova de ter o réu concorrido para a infração penal;

VI – existirem circunstâncias que excluam o crime ou isentem o réu de pena (arts. 20, 21, 22, 23, 26 e § 1º do art. 28, todos do Código Penal), ou mesmo se houver fundada dúvida sobre sua existência;

VII – não existir prova suficiente para a condenação.

Parágrafo único (...)

II – ordenará a cessação das medidas cautelares e provisoriamente aplicadas;

Art. 2º Aqueles peritos que ingressaram sem exigência do diploma de curso superior até a data de entrada em vigor desta Lei continuarão a atuar exclusivamente nas respectivas áreas para as quais se habilitaram, ressalvados os peritos médicos.

Art. 3º Esta Lei entra em vigor 60 (sessenta) dias após a data de sua publicação.

Brasília, 9 de junho de 2008; 187º da Independência e 120º da República.

LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA

Tarso Genro

José Antonio Dias Toffoli