

# A PROVA ILÍCITA, O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E A EFETIVAÇÃO PLENA DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA

Juliano Nanuncio<sup>1</sup>

Resumo: O objetivo deste artigo é tratar das tendências interpretativas, a partir de uma revisão bibliográfica e jurisprudencial, a respeito da possibilidade da aplicação do princípio (ou critério) da proporcionalidade no âmbito das provas ilícitas. Para tanto, demonstram-se as razões dos posicionamentos favoráveis e contrários de uma relativização da norma constitucional da inadmissibilidade processual das provas obtidas por meios ilícitos, para o aproveitamento destas *pro reo* e *pro societate*. Por uma efetivação plena da Constituição da República, em nome de um Direito Processual Penal eficiente e garantista, pode-se concluir ser inadmissível, em qualquer hipótese, transigir com a vedação constitucional, pois, de um lado, o acusado inocente estará apenas diante de um conflito aparente de valores, e, de outro, é inaceitável que agentes estatais utilizem-se dos mesmos meios que pretendem combater (sob pena de responsabilização criminal), não havendo nada, destarte, a ser ponderado.

Palavras-Chave: provas ilícitas; ponderação de valores; relativização; eficiência; garantismo.

## 1. INTRODUÇÃO

---

<sup>1</sup> Especialista em Direito Aplicado pela Escola da Magistratura do Paraná. Especialista em Direito Processual Penal pelo Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM), em parceria com o Instituto de Direito Penal Económico e Europeu (IDPEE) da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Mestrando em Ciências Jurídico-Criminais pela Universidade Autónoma de Lisboa. Juiz de Direito no Estado do Paraná desde 2004, atualmente Titular da 3ª Vara Criminal do Foro Central de Londrina. Professor da Escola da Magistratura do Paraná.



Constituição da República, em seu artigo 5º, inciso LVI, estabelece a inadmissibilidade processual das “provas obtidas por meios ilícitos”, impondo também, no mesmo artigo, outras limitações ao direito à prova em virtude do direito à intimidade (inciso X), da inviolabilidade do domicílio (inciso XI) e da inviolabilidade do sigilo da correspondência e das telecomunicações (inciso XII), o que também é assegurado pelo Pacto de São José da Costa Rica (Convenção Americana sobre Direitos Humanos, artigos 9º e 11), integrante do sistema constitucional brasileiro.

O Código de Processo Penal estabelece como regra, em seu artigo 157, a inadmissibilidade das provas ilícitas e das derivadas destas, prevendo expressamente o seu desentranhamento, além de contemplar dispositivos que limitam legalmente o direito à prova (artigos 155, 206 e 207). Além de uma sanção processual, vale dizer, a sua inadmissibilidade, há, em geral, a punição pela perpetração de um delito<sup>2</sup>.

Isso resulta da limitação da atividade probatória pela proteção do ordenamento jurídico a valores sobrepostos à busca da verdade judicial, justificando a exclusão da prova a ponderação desses interesses em conflito.

No entanto, essa afirmativa pode acarretar, em outras situações, “a prevalência do interesse na obtenção da prova sobre o valor cuja proteção é almejada pela regra de proibição: fala-se, então, em *razoabilidade*, ou *proporcionalidade*, como princípio que autorizaria a superação das vedações probatórias”<sup>3</sup>.

Com efeito, o ponto nevrálgico da matéria se situa no esforço da elaboração de teorias e princípios com o escopo de obter

---

<sup>2</sup> Vide, por exemplo, os crimes de violação de domicílio, de correspondência e de segredo profissional (respectivamente, artigos 150, 151 e 154, todos do Código Penal), e o de tortura (artigo 1º da Lei nº 9.455/1997).

<sup>3</sup> GOMES FILHO, Antonio Magalhães; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Novas tendências em matéria de provas ilícitas*, pp. 608-620.

soluções para aquelas hipóteses, não raras, que poderiam efetivamente *desafiar* a proibição da utilização da prova ilícita no processo.

Da análise da doutrina e da jurisprudência sobre a questão, procurar-se-á concluir qual é a posição mais consentânea com os direitos e garantias fundamentais consagrados pela Constituição da República, sempre tendo em vista a busca de um Direito Processual Penal ao mesmo tempo eficiente e garantista.

## 2. NOÇÕES DA PROVA ILÍCITA E TENDÊNCIAS DO SEU ESTUDO: A QUESTÃO DA INADMISSIBILIDADE

A doutrina brasileira, tradicionalmente, estabeleceu a existência de duas espécies de provas *ilegais*: as *ilegítimas* (violadoras de normas processuais) e as *ilícitas* (obtidas em afronta a normas de direito material ou de garantias constitucionais), na clássica distinção de Ada Pellegrini Grinover<sup>4</sup>, baseada no autor italiano Pietro Nuvolone e seguida pelos processualistas penais e pela jurisprudência de maneira, por assim dizer, generalizada<sup>5</sup>.

Tal distinção caiu por terra, contudo, com a reforma de 2008, diante da redação do artigo 157, *caput*, do Código de Processo Penal, segundo o qual as provas ilícitas são “as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais”, não se diferenciando, destarte, se de direito material ou processual a natureza da norma violada, o que, consoante concluiu Antonio Magalhães

---

<sup>4</sup> Cf. GRINOVER, Ada Pellegrini. *Provas ilícitas, interceptações e escutas*, pp. 98-99, segundo quem “a prova será ilegal toda vez que caracterizar violação de normas legais ou de princípios gerais de ordenamento, de natureza processual ou material. Quando a proibição for colocada por uma lei processual, a prova (*rectius*, o meio de prova) será ilegítima (ou ilegalmente produzida); quando, pelo contrário, a proibição for de natureza material, a prova será ilícita (*rectius*, a fonte de prova será ilicitamente colhida)”.

<sup>5</sup> Cite-se, por todos, Antonio Scarance Fernandes: “Em síntese, a prova ilegal consiste em violação de qualquer vedação constante do ordenamento jurídico, separando-se em prova ilícita, quando é ofendida norma substancial, e prova ilegítima, quando não é atendido preceito processual” (*Processo penal constitucional*, p. 90) e STF, HC nº 69.912-0/RS (LEX-STF 183/320).

Gomes Filho, pode acarretar equívocos e confusões no respeitante à sanção processual aplicável em decorrência da violação da norma<sup>6</sup>.

No entanto, como ressalta Gustavo Badaró, “mais relevante que distinguir entre nulidade e inadmissibilidade, é prever a inutilizabilidade da prova ilícita, impossibilitando a sua valoração”; para tanto, cita o *comma* 1º do artigo 191 do Código de Processo Penal italiano, segundo o qual “as provas produzidas com violação de vedações estabelecidas por lei não podem ser utilizadas”.

Em suma, de acordo com o mencionado autor, “podem ser definidas como provas ilícitas as provas obtidas, admitidas ou produzidas com violação das garantias constitucionais, sejam as que asseguram liberdades públicas, sejam as que estabelecem garantias processuais”<sup>7</sup>, de modo que tais meios de prova, uma vez ingressados no processo-crime, devem dele ser desentranhados e jamais ser valorados pelo juiz.

A reforma de 2008 também expressamente previu a inadmissibilidade da prova ilícita por derivação, adotando-se a teoria dos “frutos da árvore envenenada” (*fruit of the poisonous tree doctrine*, formulada pela Suprema Corte norte-americana, no julgamento do caso *Silverthorne Lumber Co. vs. USA*, em 1920), uma metáfora para se explicar que, basicamente, havendo uma origem ilícita, toda a prova decorrente desta, ainda que não ilícita em si, não poderia ser admitida, pois já estaria contaminada) e disciplinando as suas exceções (“quando não evidenciado nexo de causalidade entre umas e outras” ou “quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente da primeira” –

---

<sup>6</sup>GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Provas: Lei 11.690 de 09.06.2008. In: MOURA, Maria Thereza Assis. (org.). *As reformas no processo penal: as novas leis de 2008 e os projetos de reforma*, p. 266: “Não parece ter sido a melhor, assim, a opção do legislador nacional por uma definição legal de prova ilícita, que longe de esclarecer o sentido da previsão constitucional, pode levar a equívocos e confusões, fazendo crer, por exemplo, que a violação de regras processuais implica ilicitude da prova e, em consequência, o seu desentranhamento do processo”.

<sup>7</sup>BADARÓ, Gustavo. *Processo penal*, pp. 287 e 289.

artigo 157, § 1º, do Código de Processo Penal).<sup>8</sup>

A má redação legislativa das hipóteses de exceção à teoria deve ser interpretada no sentido de que a prova ilícita por derivação só pode ser admitida se constatada a quebra do nexo causal entre ela e a prova originariamente ilícita, o que pode se dar, por exemplo, nos casos de uma fonte independente (*independent source*) ou de uma descoberta inevitável (*inevitable discovery*)<sup>9</sup>.

Malgrado as válidas críticas apontadas, é a terminologia atual do Código de Processo Penal que aqui se passa adotar. Não se vislumbram, como sinteticamente apontado, maiores dificuldades na detecção do que constitua uma prova ilícita e na aplicação de suas consequências.

Ao mesmo tempo, tão importante quanto o entendimento do significado da palavra *ilícita* utilizada pelo legislador é a definição correta do vocábulo *prova*, no âmbito da ciência jurídica, em especial na linguagem processual penal, máxime diante do rotineiro uso incorreto das expressões *fonte de prova*, *meios de prova* e *meios de obtenção de prova*, às vezes como se fossem sinônimas.

Conforme esclarece Antonio Magalhães Gomes Filho,

---

<sup>8</sup> Para Jacinto Nelson de Miranda Coutinho (*As reformas parciais do CPP e a gestão da prova: segue o princípio inquisitivo*, pp. 11-33): “Não se salva da inconstitucionalidade nem o novo texto do art. 157, o qual aterra no âmbito infraconstitucional a regra do art. 5º, LVI, CR (‘são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos’), tentando explicitar a proibição à prova ilícita, como se para ganhar vida a Constituição fosse preciso uma reforma no CPP, algo muito próprio do *Brasil Profundo* em matéria de respeito e aplicação das leis. Ora, os §§ 1º e 2º, com conceitos indeterminados (o *princípio da taxatividade* não convive com eles em um espaço democrático porque a CR não deixa), quase acabam com o direito do cidadão, mais uma vez criando-se restrições onde a CR não criou e, pior, deixando a completude delas ao ‘critério’ do juiz. [...] Não bastasse isso, quando se fala de ‘*fonte independente*’ (quer-se, como na velha *jurisprudência dos conceitos*, bloquear a interpretação pela definição legal, imaginando ser isto possível ou já se sabia e se fez de propósito?), quem dirá o que são ‘*trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal*’, nos termos do § 2º?”.

<sup>9</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES; Antonio Scarance. *As nulidades no processo penal*, p. 163.

em artigo específico sobre o tema, “fala-se em *fonte* de prova para designar *as pessoas* ou *coisas* das quais se pode conseguir a prova (*rectius*, o elemento de prova)”. Os *meios* de prova são “os *instrumentos* ou *atividades* por meio dos quais os dados probatórios (*elementos* de prova) são introduzidos e fixados no processo (*produção* da prova)”, frutos de uma atividade *endoprocessual*, ou seja, com obediência ao contraditório, são *canais de informação* produzidos perante o juiz, seu destinatário, e com o conhecimento e a participação das partes. Já os *meios de obtenção, de pesquisa ou de investigação de prova*, “dizem respeito a certos procedimentos (em geral, *extraprocessuais*), e podem ser realizados por outros funcionários (policiais, por exemplo)”. Os meios de obtenção de prova, portanto, “não são por si fontes de conhecimento, mas servem para adquirir coisas materiais, traços ou declarações dotadas de força probatória, e que também podem ter como destinatários a polícia judiciária e o Ministério Público”<sup>10</sup>.

Os vícios dos meios de prova acarretam a nulidade da prova (*rectius*: dos elementos de prova), os dos meios de obtenção de prova, a inadmissibilidade da prova no processo, justamente por violação das regras relativas à sua *obtenção* (artigo 5º, LVI, da Constituição da República).<sup>11</sup>

Por derradeiro, nunca é demais rememorar que *prova*, na acepção técnica e estrita do termo, é a reconstrução histórica obtida em contraditório judicial, ou seja, com a atuação das partes e imediação do juiz natural da causa.<sup>12</sup>

---

<sup>10</sup> GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Notas sobre a terminologia da prova (reflexos no processo penal brasileiro). In: YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide de (Orgs). *Estudos em homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover*, pp. 308-309. Exemplificativamente, a *pessoa* que figura como testemunha é a *fonte de prova*, o *depoimento* da testemunha nos autos é o *meio de prova*, ao passo que a *interceptação telefônica* que identificou a testemunha é o *meio de obtenção de prova*.

<sup>11</sup> *Idem*, *ibidem*, p. 310.

<sup>12</sup> No mesmo sentido, cite-se, por todos, Maurício Zanoide de Moraes (*Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial*, p. 517).

### 3. A PROVA ILÍCITA E O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE OU A “TEORIA DA PONDERAÇÃO”

A incumbência de compatibilizar exigências conflitantes, notadamente as do binômio *segurança social-liberdade individual*<sup>13</sup>, foi transferida à doutrina e à jurisprudência<sup>14</sup>. Em qualquer circunstância, impõe-se o “cotejo entre o *poder-dever de punir* do Estado e o *ius libertatis* do indigitado autor de infração penal”<sup>15</sup>.

Frente ao crime organizado e, de uma forma ainda mais assustadora, ao crescente terrorismo, o mundo discute se o sacrifício dos direitos pode trazer um maior benefício às pessoas e à atuação da Justiça. Agências de segurança cultuam o medo e crescem os seus orçamentos.

A intromissão do Estado e de particulares, com o desenvolvimento tecnológico a propiciar as mais diversas formas de invasão da privacidade, é um fenômeno inegável e crescente no mundo todo. Terroristas, em geral, são indiferentes ao rigor das leis e às suas próprias vidas. Por outro lado, a imprensa, com certa frequência, difunde informações incompletas, parciais, com imputações graves e prejudicadoras de condutas, insuflando,

---

<sup>13</sup> O processo penal, consoante acentua Antonio Scarance Fernandes, “não é apenas um instrumento técnico, refletindo em si valores políticos e ideológicos de uma nação. Espelha, em determinado momento histórico, as diretrizes básicas do sistema político do país, na eterna busca de equilíbrio na concretização de dois interesses fundamentais: o de assegurar ao Estado mecanismos para atuar o seu punitivo e o de garantir ao indivíduo instrumentos para defender os seus direitos e garantias fundamentais e para preservar a sua liberdade” – *Processo penal...*, p. 26).

<sup>14</sup> Cf. AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. *Provas ilícitas: interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas*, p. 31. De acordo com tal autor, “remontando às construções da doutrina e jurisprudência alemã e norte-americana, das respectivamente denominadas teorias da proporcionalidade e da razoabilidade, é possível reavaliar, na atualidade, o problema da utilizabilidade das provas ilícitas no processo, a partir de um balanceamento dos valores em jogo, especialmente no processo penal” (*op. cit.*, p. 32).

<sup>15</sup> TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*, p. 27.

por assim dizer, uma “legislação de emergência” e uma “inflação legislativa”<sup>16</sup>, valendo lembrar, igualmente, a advertência de Luigi Ferrajoli no respeitante à “ilusão panjudicialista” e as dimensões já assumidas pela “inflação da justiça penal”<sup>17</sup>.

Ao mesmo tempo, a globalização, com suas conhecidas e inegáveis repercussões em todos os setores, tem acarretado extraordinárias transformações no direito e no processo, incrementando a frequência de controvérsias transnacionais e propiciando uma tendência à uniformidade cultural, que obviamente também se manifesta no âmbito jurídico, e, particularmente, no processo penal, sobretudo quando se levam em conta as características atuais da criminalidade organizada e do terrorismo, “exigindo providências excepcionais no âmbito da cooperação internacional, com reflexos diretos e imediatos na disciplina da investigação e da prova”<sup>18</sup>.

---

<sup>16</sup> De acordo com Raúl Cervini, é fundamental e praticamente único o grau de influência desempenhado pela imprensa na realidade social, mormente quando envolve informações às quais os indivíduos em geral não podem ter acesso direto, de que são exemplos aquelas vinculadas ao sistema penal e seu funcionamento (CERVINI, Raúl. Incidência de *las Mass Media en la Expansion del Control Penal em Latiooamerica*. Revista Brasileira de Ciências Criminais (Instituto Brasileiro de Ciências Criminais), p. 53).

<sup>17</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal (Diritto e Ragione: teoria del garantismo penale)*, p. 518. De acordo com o autor: “Infelizmente, a ilusão panjudicialista ressurgiu em nossos tempos por meio da concepção do Direito e do Processo Penal como remédios ao mesmo tempo exclusivos e exaustivos para toda infração da ordem social, [...] por causa da conhecida inefetividade dos controles e das sanções não penais. Resulta disso um papel de suplência geral da função judicial em relação a todas as outras funções do Estado – das funções política e de governo às administrativas e disciplinares – e um aumento completamente anormal da quantidade dos assuntos penais. O fenômeno [...] já ameaça de maneira radical o papel garantista da justiça penal, comprometendo-lhe a eficiência e direcionando-a às formas de direito penal máximo e autoritário” (*op. cit.*, p. 518).

<sup>18</sup> GOMES FILHO, Antônio Magalhães Gomes; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Novas tendências...*, p. 610. Consoante observa Vicente Greco Filho: “O Direito Penal ainda não encontrou resposta adequada às modalidades modernas de criminalidade, constatando-se que os países ocidentais de influência mundial têm adotado medidas especiais em face delas, medidas essas que são, queiram ou não queiram, a aceitação de que certa criminalidade se põe como um poder paralelo, um Estado paralelo que rejeita o Estado regular e que, portanto, precisa ser combatido com medidas especiais”



Contudo, deve-se, desde já, partir da rejeição à visão ultrapassada da busca de uma “verdade real ou material” pelo processo penal, diferentemente da “verdade formal”, com a qual se aprazaria o processo civil.

Evidentemente, as provas, reconstruções históricas que são, não podem propiciar uma *verdade absoluta*; tão primária quanto a noção de que é impossível voltar no tempo, pode-se facilmente concluir que a *verdade real* constitui um *verdadeiro mito* ou, nas palavras de Ferrajoli, “a expressão de um ideal inalcançável” e “uma ingenuidade epistemológica, que as doutrinas jurídicas iluministas do juízo, com aplicação mecânica da lei, compartilham com o realismo gnosiológico vulgar”<sup>19</sup>.

Somente será justa, claro está, a sentença precedida de um processo que vise a uma correta verificação dos fatos.<sup>20</sup> Por conseguinte, só se pode falar em *verdade processualmente possível*<sup>21</sup>, que pode ser definida como o resultado probatório processualmente válido, não obtido a qualquer preço.<sup>22</sup>

Por tudo isso, a discussão a respeito da disciplina dada à prova se torna essencial a todos os que estudam processo penal ou atuam na área criminal<sup>23</sup>, sempre em face da eficiência e do garantismo, transformando este ramo em verdadeiro “sismógrafo” da lei fundamental, consoante a lição de J. J. Gomes Canotilho<sup>24</sup>.

---

(GRECO FILHO, Vicente. *Comentários à Lei de Organização Criminosa*: Lei n. 12.850/13, p. 10).

<sup>19</sup> FERRAJOLI, Luigi, *op. cit.*, p. 52.

<sup>20</sup> Cf. GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*, p. 54; BARROS, Marco Antônio de. *A busca da verdade no processo penal*, p. 137).

<sup>21</sup> Para Ferrajoli, a verdade processual pode ser concebida como uma verdade *aproximada*. De acordo com o jurista italiano, “sempre, quando se afirma a ‘verdade’ de uma ou de várias proposições, a única coisa que se diz é que estas são (plausivelmente) verdadeiras *pele que sabemos* sobre elas, ou seja, em relação ao conjunto dos conhecimentos confirmados que delas possuímos” (*op. cit.*, p. 53).

<sup>22</sup> Cf. DIAS, Jorge Figueiredo. *Direito Processual Penal*, pp. 193-194.

<sup>23</sup> FERNANDES, Antonio Scarance; ALMEIDA, José Gavião de; MORAES, Maurício Zanoide de (coord). *Provas no processo penal – estudo comparado*, p. 11.

<sup>24</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República*

Não tem nenhum sentido, portanto, a utilização de provas ilícitas sobre o argumento da descoberta da *verdade real*.<sup>25</sup>

No entanto, “reações pendulares”, entre períodos de paz social, teses garantistas, aumento da criminalidade, aparição de novas formas de delinquência, além do terrorismo, faz com que, conforme explana Teresa Armenta Deu, em estudo monográfico sobre o tema:

“[...] A variabilidade do conceito e a configuração da prova ilícita estão muito ligadas à já mencionada tensão entre a tutela de bens essenciais para a sociedade, através do processo penal e das garantias exigidas, seja para limitar os direitos fundamentais, seja para adotar as medidas necessárias para alcançar aqueles objetivos. [...] essa tensão aumenta em circunstâncias de grande insegurança dos cidadãos e, muito frequentemente, uma diluição das garantias, apelando a circunstâncias de exceção.”<sup>26</sup>

Ao tratar do tema, Antonio Scarance Fernandes conclui que “a tendência atual é no sentido de vedar a produção da prova ilícita, mas há forte inclinação para se admitir, no caso concreto,

---

*Portuguesa anotada*, p. 515.

<sup>25</sup> “A verdade material tornasse obsessivo refrão de todo o sistema processual, fazendo com que o princípio do livre convencimento seja visto como necessidade de remover qualquer obstáculo formalista à investigação. É assim que ‘a busca da verdade se transmuda num valor mais precioso do que a proteção da liberdade individual’. A esta colocação respondeu brilhantemente, entre outros, Peters, demonstrando que, tomando este caminho, perder-se-á fatalmente o sentido de qualquer limite. Degrada, em nome do *Materialprinzip*, a pessoa humana ao nível do objeto, a verdade absoluta torna-se um mito que corresponde ao ilimitado poder do juiz. Como observa Cordero, é suficiente um instante de reflexão para perceber que a caça não pode valer mais do que a presa, ou seja, o modo de agir não pode valer mais do que o resultado. Dois processos podem ser imaginados: um em que a dignidade do homem é aviltada; outro em que é respeitada” (GRINOVER, Ada Pellegrini. *Provas ilícitas, interceptações e escutas*, pp. 87-91).

<sup>26</sup> DEU, Teresa Armenta. *A prova ilícita: um estudo comparado (La prueba ilícita: un estudio comparado)*, p. 64. Acrescenta a autora: [...] Basta se referir à decisão do Tribunal de Distrito de Rotterdam no final de 2002, na qual de admitiram informes da polícia secreta para iniciar uma investigação, mas não como fundamento exclusivo para fundar a existência de uma ‘suspeita razoável’, e a reação provocada na imprensa norte-americana através do *The Wall Street Journal Europe*, de 07 de julho de 2003, criticando seu teor, por dificultar a luta antiterrorista e frustrar os esforços das agências de inteligência através de ‘*Tribunais liberais e leis inadequadas*’” (*op. cit.*, p. 64).

e em circunstâncias especiais do princípio da proporcionalidade”<sup>27</sup>.

Por conseguinte, passa-se a analisar a adoção do princípio da proporcionalidade nesta matéria.

### 3.1. DISCUSSÃO SOBRE A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

O entendimento geral, sem dúvidas, é de que o princípio (ou, para alguns, regra<sup>28</sup>) da proporcionalidade pode ser aplicado pelo intérprete ao caso concreto, porquanto “integra de modo implícito o sistema, como um princípio constitucional não-escrito”<sup>29</sup>.

No entanto, conforme adverte Luiz Francisco Torquato Avolio, também há críticas quanto à sua utilização, que encerraria um “subjetivismo ínsito”, pois é impossível enunciar, abstratamente, seus elementos essenciais (interesses e valores), de

---

<sup>27</sup> FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal...*, p. 91.

<sup>28</sup> Cite-se, por todos, Virgílio Afonso da Silva. (SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*, p. 169). As regras garantiriam direitos ou imporiam deveres definitivos, enquanto os princípios garantiriam direitos ou imporiam direitos *prima facie*. “A consequência da diferença entre regra e princípio é que, em caso de conflitos entre regras, seu caráter definitivo deve permanecer, [...] aplicando-se as regras *lex specialis derogat legi generali*, *lex posterior derogat legi priori*, ou ainda *lex superior derogat legi inferiori*. Por outro lado, [...] no caso de colisão entre princípios a solução deverá ser dada por ponderação ou sopesamento. No entanto, mesmo após a solução do conflito entre princípios, ambos continuarão ‘tão válidos quanto antes’, e não se poderá dizer que entre eles consistirá exceção ao outro, posto que ‘às vezes prevalece um, às vezes o outro’, dependendo das condições concretas de cada caso em questão” (BADARÓ, Gustavo, *op. cit.*, p. 42).

<sup>29</sup> BARROSO, Luís Roberto. Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade do direito constitucional. *Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro*, p. 174). Apenas como indicação de alguns dos textos mais relevantes sobre o tema: ÁVILA, Humberto Bergmann Ávila. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2009; BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. 3. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 1996; SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. 1. ed. 3. tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

modo que configuraria “um parâmetro excessivamente vago e perigoso para uma satisfatória sistematização das vedações probatórias”, sendo que as maiores incertezas derivam da “errônea individualização dos valores em jogo”<sup>30</sup>.

Também fazendo reservas ao tratar da questão, Maria Thereza Rocha de Assis Moura pondera:

“[...] Os partidários da teoria da proporcionalidade admitem sua aplicação, frise-se, em situações extraordinárias, que levariam a resultados desproporcionais, inusitados e repugnantes, se a prova ilicitamente colhida não pudesse ser admitida. Mas, a nosso ver, mencionada teoria deve ser vista com sérias reservas, porque grande é a margem de subjetividade na apreciação dos valores conflitantes.”<sup>31</sup>

De qualquer maneira, considerando a sua ampla aceitação, não é possível olvidar-se de que, para sua correta aplicação, são apontados basicamente três requisitos: a adequação (um prognóstico: entre as medidas disponíveis, quais atingiriam a finalidade almejada), a necessidade (uma intervenção mínima: entre as medidas disponíveis que atingiriam a finalidade almejada, qual a de menor ingerência) e a proporcionalidade em sentido estrito (na utilização da medida disponível que atingiria a finalidade almejada, com a menor ingerência possível, as vantagens superariam as desvantagens advindas).<sup>32</sup>

---

<sup>30</sup> AVOLIO, Luiz Francisco Torquato, *op. cit.*, p. 72.

<sup>31</sup> MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. *A ilicitude na obtenção da prova e sua aferição*. Disponível em: < [http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=5070](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5070)>. Acesso em: 15.nov.2015.

<sup>32</sup> Citem-se, por todos: CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República portuguesa anotada*, pp. 391-393; BADARÓ, Gustavo, *op. cit.*, pp. 44-45. “Visto que a aplicação de princípios válidos – caso sejam aplicáveis – é obrigatória, e visto que para essa aplicação, nos casos de colisão, é necessário um sopesamento, o caráter principiológico das normas de direito fundamental implica a necessidade de um sopesamento quando elas colidem com princípios antagônicos. Isso significa, por sua vez, que a máxima da proporcionalidade em sentido estrito é deduzível do caráter principiológico das normas de direitos fundamentais. A máxima da proporcionalidade em sentido estrito decorre do fato de princípios serem mandamentos de otimização em face de possibilidades jurídicas. Já as máximas da necessidade e da adequação decorrem da natureza dos princípios como mandamentos de otimização em face de possibilidades fácticas” (ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*

Para tanto, Suzana de Toledo Barros sustenta a possibilidade da aplicação do princípio diante da resposta afirmativa a três questões: 1) “a medida restritiva adotada é apta a atingir o fim proposto?”; 2) “existe outra medida menos gravosa apta a lograr o mesmo objetivo?”; 3) “O sacrifício imposto ao titular do direito fundamental atingido está em relação proporcional com a importância do bem jurídico que se pretende salvaguardar?”<sup>33</sup>.

No processo penal, é justamente no tema da prova ilícita que se trava a discussão da incidência do princípio (ou regra) da proporcionalidade em benefício do acusado ou igualmente em favor da acusação.

### 3.2. ADMISSIBILIDADE “PRO SOCIETATE”

A crescente complexidade das relações sociais e a sofisticação das práticas criminosas mais graves, espalhadas e organizadas, com seus nefastos efeitos à sociedade e à própria estrutura estatal, têm acarretado a utilização cada vez mais frequente do princípio da proporcionalidade com o escopo de que determinados direitos, interesses ou valores não prevaleçam sobre outros de igual ou maior estatura jurídico-valorativa. Não se reconhece, em tal contexto, a existência de direitos absolutos, nem mesmo os fundamentais constantes do artigo 5º da Constituição da República e de Tratados e Convenções Internacionais.

Em decorrência disso, conquanto minoritária, tem surgido a ideia da admissibilidade da prova ilícita *pro societate*.

De acordo com Thiago André Pierobon de Ávila, “a ausência de uma tutela penal efetiva favorece a tendência de fortalecimento de instâncias extra-estatais de penalização (como, e.g., grupos de extermínio), a quebra de confiança na tutela

---

(*Theorie der Grundrechte*), pp. 117-118).

<sup>33</sup> BARROS, Suzana de Toledo, *op. cit.*, p. 76.

jurídica eficaz e o fomento das tendências de autodefesa”<sup>34</sup>.

Inspirados por tais razões há quem defenda, em certos casos, o sacrifício de direitos protegidos pelas regras de exclusão, em nome do interesse do Estado na efetiva realização da justiça penal no respeitante à prevenção e repressão das formas mais graves de criminalidade ou, ainda, quando estiverem em jogo direitos fundamentais do indivíduo.

Deveras, de acordo com uma corrente doutrinária, citada por Antonio Scarance Fernandes, “admite-se a produção de prova obtida em violação de norma inconstitucional em situações excepcionais quando, no caso, objetivava-se proteger valores mais relevantes do que aqueles infringidos na colheita da prova e também constitucionalmente protegidos (BAUR, BARBOSA MOREIRA, RENATO MACIEL, HERMANO DUVAL, CAMARGO ARANHA, MONIZ ARAGÃO)”<sup>35</sup>.

Os autores Kai Ambos e Marcellus Polastri Lima assim expõem o problema:

“[...] É evidente que as questões concretas, advindas da problemática sobre a prova ilícita, ainda irão gerar no Brasil embate doutrinário e exigirão, em breve, uma posição mais clara (até sumular) do Supremo Tribunal Federal. Se, de um lado, devem ser preservados direitos e garantias individuais, outras garantias e princípios constitucionais também devem ser protegidos, e daí pensamos que, sem dúvida, deverá ser utilizado o princípio da proporcionalidade, não só *pro reo*, mas excepcionalmente, como ocorre em outros países, poderá ser utilizado *pro societate*, mormente quando concorrerem garantias e princípios constitucionais de igual ou maior magnitude, exigindo-se, assim, a realização de uma ponderação de interesses.”<sup>36</sup>

Ao defender a aplicabilidade do princípio contra o réu, sustentando que a acusação objetiva resguardar valores

---

<sup>34</sup> ÁVILA, Thiago André Pierobom de. *Provas ilícitas e proporcionalidade*, p. 69, onde alude ao ensinamento de Heinz Zipf.

<sup>35</sup> FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal...*, p. 90.

<sup>36</sup> AMBOS, Kai; LIMA, Marcellus Polastri. *O processo acusatório e a vedação probatória: perante as realidades alemã e brasileira, com a perspectiva já de acordo com a reforma processual de 2008*, p. 185.

fundamentais para a coletividade, Fernando Capez cita hipoteticamente o caso de uma carta apreendida ilicitamente, que seria dirigida ao chefe de grande rede de narcotráfico internacional, com extensas ramificações com o crime organizado. Para ele, certamente não seria mais importante “proteger o direito do preso ao sigilo de sua correspondência epistolar, do qual se serve para planejar crimes, do que se desbaratar uma poderosa rede de distribuição de drogas, que ceifa milhões de vidas de crianças e jovens”<sup>37</sup>.

Eugênio Pacelli afirma ser possível a utilização da proporcionalidade quanto ao aproveitamento da prova ilícita em favor da acusação, “nas hipóteses em que não estiver em risco a *aplicabilidade potencial e finalística* da norma da inadmissibilidade. Segundo ele, “por *aplicabilidade potencial e finalística* estamos nos referindo à função de controle da atividade estatal (responsável pela produção da prova) que desempenha a norma do art. 5º, LVI, da CF”. Conclui o mencionado jurista que, “quando não se puder falar no incremento ou estímulo da prática de ilegalidade pelos agentes produtores da prova, pensamos ser possível, em tese, a aplicação da regra da proporcionalidade”.<sup>38</sup>

É justamente em nome da “viabilização da persecução penal” e da “eficácia do processo penal”, em geral diante das formas mais graves de criminalidade, que, em regra, se sustentam os defensores de tal tese.<sup>39</sup>

---

<sup>37</sup> CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*, p. 370. Antes da citação do exemplo, defendeu o autor: “[...] Dependendo da razoabilidade do caso concreto, ditada pelo senso comum, o juiz poderá admitir uma prova ilícita ou sua derivação, para evitar um mal maior, como, por exemplo, a condenação injusta ou a impunidade de perigosos marginais. Os interesses que se colocam em posição antagonística precisam ser co- tejados, para escolha de qual deva ser sacrificado” (*op. cit.*, p. 367).

<sup>38</sup> PACELLI, Eugênio. *Curso de processo penal*, p. 367.

<sup>39</sup> Cite-se, por exemplo, Gabriel Silveira de Queirós Campos (*Provas ilícitas e ponderações de interesses no processo penal*, p. 297). No mesmo sentido, Sérgio Demoro Hamilton critica a extensão dada à regra constitucional: “[...] h) muito embora a Carta Política de 1988 não tenha feito expressa menção ao Princípio da Razoabilidade, ele integra, de modo implícito, o sistema que ela adota; [...] m) em consequência do exposto, não vislumbro razão plausível para que não se adote, igualmente, a Teoria da

Contrapõe-se a isso: a) uma sistemática violação ao princípio da presunção da inocência dos acusados de infrações mais graves; b) a classificação dos fatos, como mais ou menos graves, abriria um espaço incontrolável ao arbítrio dos agentes policiais na obtenção de provas incriminadoras; c) o respeito às garantias processuais.<sup>40</sup>

O Supremo Tribunal Federal, conquanto tenha demonstrado alguma tendência à admissibilidade da utilização de prova ilícita contra o acusado<sup>41</sup>, em geral a repudia<sup>42</sup>.

### 3.3. ADMISSIBILIDADE “*PRO REO*”

---

Proporcionalidade *pro societate*; n) a Exclusionary Rule (princípio da exclusão do processo de prova obtida ilicitamente) não é tomada em termos absolutos nem mesmo nos Estados Unidos, onde incoorre unanimidade a respeito de sua adoção; o) os direitos e garantias assegurados na Constituição Federal não podem revestir sentido absoluto, diante do princípio da convivência da liberdade, impondo-se, por tal motivo, uma interpretação harmônica dos bens jurídicos em contraste. É caso da aplicação do brocardo segundo o qual “meu direito termina onde começa o do próximo”; p) a Constituição Federal protege o direito, não o abuso de direito; q) a Lei Maior, como de resto qualquer lei, deve apresentar um caráter eminentemente ético, não podendo servir de instrumento para proteger toda sorte de abusos praticados por marginais da pior espécie, em nome da defesa dos direitos e garantias individuais de criminosos (...)” (HAMILTON, Sérgio Demoro. *As Provas Ilícitas, a Teoria da Proporcionalidade e a Autofagia do Direito*, pp. 264-265).

<sup>40</sup> GOMES FILHO, Antonio Magalhães; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Novas tendências...*, pp. 469-470.

<sup>41</sup> “A administração penitenciária, com fundamento em razões de segurança pública, pode, excepcionalmente, proceder à interceptação da correspondência remetida pelos sentenciados, eis que a cláusula da inviolabilidade do sigilo epistolar não pode constituir instrumento de salvaguarda de práticas ilícitas” (STF, HC 70.814-5, rel. Min. Celso de Mello, DJU, 24 jun. 1994, p. 16.649).

<sup>42</sup> “Da explícita proscrição da prova ilícita, sem distinções quanto ao crime objeto do processo (CF, art. 5º, LVI), resulta a prevalência da garantia nela estabelecida sobre o interesse na busca, a qualquer custo, da verdade real no processo: conseqüente imperitância de apelar-se ao princípio da proporcionalidade – à luz de teorias estrangeiras inadequadas à ordem constitucional brasileira – para sobrepor, à vedação constitucional da admissão da prova ilícita, considerações sobre a gravidade da infração penal objeto da investigação ou da imputação” (STF, HC 80.949, rel. min. Sepúlveda Pertence, 1ª T., DJ de 14-12-2001). No mesmo sentido: STF, HC 79.512, rel. min. Sepúlveda Pertence, P., DJ de 16-5-2003).



No processo penal, é deveras ampla a aceitação da aplicação do princípio da proporcionalidade da prova ilícita favorável ao acusado<sup>43</sup>.

Sustenta-se que a inadmissibilidade da prova ilícita constitui uma garantia individual contra o Estado, de modo a ser possível a utilização da prova, ainda que obtida mediante infringência a direitos fundamentais, porquanto a vedação não pode ser invocada para se manter uma condenação injusta.

Assim, como garantia individual expressa, não pode ser utilizada contra quem é o seu titular originário. Em outras palavras, entre permitir que um inocente seja privado de sua liberdade e aceitar uma prova ilícita que seja o único meio de comprovar a sua inocência, a última opção é a que está de acordo com a dignidade humana e o Estado Democrático de Direito. O princípio constitucional em questão, destarte, não é absoluto, porém sua relativização só pode se dar por uma interpretação favorável ao acusado (*favor rei*).<sup>44</sup>

De acordo com Ada Pellegrini Grinover e Antonio Magalhães Gomes Filho, não se vislumbra nenhuma contradição entre a rejeição do princípio da proporcionalidade para a prova ilícita *pro sociedade* e a aceitação *pro reo*, “uma vez que a importância dos valores confrontados – o interesse na punição dos

---

<sup>43</sup> “Seria inaceitável condenar o acusado apenas porque a demonstração de sua inocência só pôde ser realizada por meio de prova obtida de forma ilícita” (FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal...*, p. 92). “Trata-se da aplicação do princípio da proporcionalidade, na ótica do direito de defesa, também constitucionalmente assegurado, e de forma prioritária no processo penal, todo informado pelo princípio do *favor rei*” (GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As nulidades...*, p. 161).

<sup>44</sup> “A prova da *inocência* do réu deve *sempre ser aproveitada*, em quaisquer circunstâncias. Em um Estado de Direito não há como se conceber a ideia da condenação de alguém que o próprio Estado acredita *ser inocente*. Em tal situação, a jurisdição, enquanto Poder Público, seria, por assim dizer, uma contradição em seus termos. Um paradoxo jamais explicado ou explicável” (PACELLI, Eugênio, *op. cit.*, p. 366). No mesmo sentido, além dos autores já citados na nota anterior, por exemplo: BONFIM, Edison Mougenot. *Curso de processo penal*, p. 315; CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*, p. 369; GRECO FILHO, Vicente. *Manual de Processo Penal*, p. 178.

delitos, de um lado, e a tutela da inocência, de outro – é diversa, até porque ao Estado não interessa a punição de inocentes”<sup>45</sup>.

A propósito, leciona Fernando da Costa Tourinho Filho:

“[...] se a inadmissibilidade das provas ilícitas está no capítulo destinado aos direitos e garantias fundamentais do homem, não pode repugnar à comum consciência jurídica o fato de a defesa conseguir por meio ilícito prova que demonstre a inocência do imputado. Poder-se-á, então, dizer: *male captum, bene retentum*. Essa mesma corrente, por esse critério de proporcionalidade sobre o qual se baseia a exceção aos princípios de exclusão da prova ilícita (*Verhältnis Mässigkeits Prinzip*), não empresta um valor inquebrantável àquela proibição constitucional. Entre o sigilo das comunicações e o direito de liberdade, este supera aquele. Essa doutrina da proporcionalidade, surgida na jurisprudência tedesca, chegou a inspirar a Súmula 50 das Mesas de Processo Penal da Faculdade de Direito da USP, no sentido de se autorizar a prova ilícita se necessariamente indispensável para a defesa do réu.”<sup>46</sup>

Igualmente, tem-se afirmado que, quando produzida pelo próprio acusado, tal como, exemplificativamente, a gravação de conversa telefônica em caso de extorsão, constitui hipótese excludente da ilicitude, como a legítima defesa e o estado de necessidade. Tal entendimento está, de certa maneira, sedimentado pelo Supremo Tribunal Federal<sup>47</sup> e pelo Superior Tribunal de

---

<sup>45</sup> GOMES FILHO, Antonio Magalhães; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Novas tendências...*, p. 471. Acrescentam os autores que, além disso, “são raros e excepcionais os casos em que se pode imaginar que o acusado venha a servir-se de meios ilícitos para a obtenção de provas, ao passo que essa mesma prática é sabidamente rotineira na atividade dos órgãos estatais de investigação, daí porque o próprio estabelecimento das proibições de prova. Nesse aspecto, os relatórios nacionais examinados trazem exemplos importantes sobre a possibilidade de superar as proibições de prova em favor da defesa”.

<sup>46</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de processo penal*, p. 373.

<sup>47</sup> “Captação, por meio de fita magnética, de conversa entre presentes, ou seja, a chamada gravação ambiental, autorizada por um dos interlocutores, vítima de concussão, sem o conhecimento dos demais. Ilicitude da prova excluída por caracterizar-se o exercício de legítima defesa de quem a produziu. Precedentes do Supremo Tribunal: HC 74.678, DJ de 15-8-1997, e HC 75.261, sessão de 24-6-1997, ambos da Primeira Turma” (STF, RE 212.081, rel. min. Octavio Galotti, 1ª T, DJ de 27-3-1998) – RHC 108.156, rel. min. Luiz Fux, 1ª T, DJE de 10-8-2011).

Justiça<sup>48</sup>.

Defendendo tal tese, cite-se Paulo Rangel, que adota a denominada “teoria da exclusão da ilicitude”, capitaneada, segundo ele, por Afrânio Silva Jardim, segundo a qual “a conduta do réu é amparada pelo *direito* e, portanto, não pode ser chamada de ilícita. O réu, interceptando uma ligação telefônica, sem ordem judicial, com o escopo de demonstrar sua inocência, estaria agindo de acordo com o direito, em verdadeiro estado de necessidade justificante”<sup>49</sup>.

#### 4. A PROVA ILÍCITA E A EFETIVAÇÃO PLENA DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA

A questão de fundo envolvendo a problemática das provas, consoante bem observa Marcos Zilli, está relacionada aos limites éticos do poder estatal, observando-se que, em países cuja história foi marcada por períodos de exceção, a realidade foi marcada por violências e abusos às liberdades públicas, de modo que somente por uma reconstrução diária se dá a legitimação do Estado, pois “reconquistar a confiança coletiva exige, sobretudo, uma mudança de paradigmas por parte dos agentes públicos”. Ao mesmo tempo:

“[...] A proibição, todavia, por si só, seria inócua caso não fosse acompanhada de uma rigorosa sanção e que é justamente a imprestabilidade processual das provas obtidas ilicitamente assim como das derivadas. O mecanismo deve ser visto, sobretudo, como forte estímulo ao aprimoramento técnico-científico da atividade investigatória, com a superação definitiva do emprego de métodos espúrios. O custo social é, muitas vezes, alto. Mas, ainda é o melhor remédio que se dispõe para a

---

<sup>48</sup> “A gravação feita por um dos seus interlocutores exclui a ilicitude do meio de obtenção de prova, não havendo que se falar em violação constitucional ao direito de privacidade quando a vítima grava diálogo com qualquer tipo de criminoso. Precedentes do STF e do STJ” (STJ, HC nº 29.174-RJ (2003/0118869-0), rel. min. Jorge Scartezzini, 5º T., DJ de 1º-06.2004).

<sup>49</sup> RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*, p. 487. No mesmo sentido: SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*, p. 180.

sedimentação dos valores do Estado de Direito.”<sup>50</sup>

Para o autor português Manuel Costa Andrade, “proibições de prova são barreiras colocadas à disposição dos factos que constituem objecto do processo” e as “proibições de valoração deverão, por isso, conceber-se como imperativos de autopurificação da justiça em ordem a neutralizar a perda da autoridade já ocorrida (através da violação da proibição da prova) e impedir a sua comunicação à sentença”<sup>51</sup>.

Diante desse estado de coisas, posicionamos no sentido de que, para uma efetivação plena da Constituição da República, não é possível a aplicação, *em nenhuma hipótese*, do princípio da proporcionalidade na admissão da prova ilícita.

Evidentemente que ao Estado não interessa a punição de um inocente, em qualquer caso. No entanto, parece-nos haver uma impropriedade técnica, uma verdadeira *contradictio in re ipsa*, na própria terminologia “prova ilícita *pro reo*”.

Há um erro técnico, pois a prova, em casos tais, não pode ser chamada de *ilícita*, na medida em que o acusado que dela fizer uso estará acobertado por uma excludente de ilicitude ou até mesmo uma dirimente de culpabilidade.

Sustentamos não haver nenhuma ponderação a ser feita, haja vista que, considerando ser a prova apenas *aparentemente ilícita*, está-se diante de mero *conflito aparente*, que, portanto, se resolve naturalmente a favor da liberdade e de outros direitos fundamentais.

E isso não se aplica, a nosso ver, somente às hipóteses em que a prova *aparentemente ilícita* foi obtida pelo próprio acusado, porquanto, quando não for possível reconhecer o estado de necessidade *justificante*<sup>52</sup> ou a legítima defesa (artigos

---

<sup>50</sup> ZILLI, Marcos. *O pomar e as pragas*. Disponível em: <<http://infodireito.blogspot.com.br/2008/08/artigo-o-pomar-e-as-pragas.html>>. Acesso em: 12.dez.2015.

<sup>51</sup> COSTA ANDRADE, Manuel, *op. cit.*, pp. 73-74.

<sup>52</sup> “O estado de necessidade é excludente da ilicitude quando, em situação de conflito ou colisão, ocorre o sacrifício do *bem de menor valor*. A inexigibilidade de outra conduta, no entanto, desculpa a ação quando se trata do sacrifício de *bem de igual ou de*

24 e 25 do Código Penal, respectivamente), ou seja, quando, por exemplo, o acusado fizer uso, para provar sua inocência, de prova obtida por terceiro, malgrado este deva responder por sua infração, aquele estará sob o pálio da inexigibilidade de conduta diversa, configurando estado de necessidade *exculpante* (artigo 24 do Código Penal) e, excluindo, por conseguinte, a *culpabilidade*<sup>53</sup>.

Nada justifica, por outro lado, em nenhum aspecto, a defesa da utilização *pro societate* de provas ilícitas. Toda manipulação de preceito constitucional, via hermenêutica, é inaceitável, não permitindo o princípio legalidade a concessão de uma fonte hipotética, a um produto mental, retirando significados de significantes.

E uma vez que a Constituição da República expressamente preceitua que “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos” e, como o legislador não concedeu restrições ou extensões, não cabe ao hermeneuta fazê-las.

Como bem pondera Jacinto Nelson de Miranda Coutinho:

“Com regras e princípios constitucionais não se brinca, não se negocia, não se relativiza – como se tem feito em nome de

---

*maior valor*, que ocorra em circunstâncias nas quais ao agente não era razoavelmente exigível comportamento diverso, excluindo, pois, a *culpabilidade*. O estado de necessidade previsto no art. 24 do CP vigente, portanto, pode excluir antijuridicidade ou culpabilidade, conforme o caso” (FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal: parte geral*, p. 261).

<sup>53</sup> “Há situações concretas em que o sujeito efetivamente está atuando de modo contrário ao direito, consciente e deliberadamente, mas a situação é de tal modo excepcional que, conquanto não esteja expressamente autorizada pelo direito como uma regra geral de exclusão da pretensão de ilicitude, igualmente pode gerá-la, de modo excepcional, específico e restrito. Vale dizer: dependendo de uma análise tópica, *especificamente quanto ao autor, sem cogitar na exclusão da pretensão de ilicitude dos partícipes e sem afastar a responsabilidade em outros âmbitos de ilicitude*. [...] Assim, somente é possível a atribuição de um juízo de censura a uma pessoa de quem seja exigível que se comporte de forma diversa daquela como agiu. A normalidade das circunstâncias do fato é condição inafastável para a admissibilidade da exigência de atuar conforme o direito” (BUSATO, Paulo César. *Direito penal: parte geral*, pp. 502-503 – grifo nosso).

deuses menores –, sob pena de se inviabilizar os próprios direitos e garantias individuais. [...] Fica simples, deste modo, sustentar que se não pode ter, no Brasil, os problemas que têm os italianos e norte-americanos. A prática, contudo, dos órgãos de investigação aos tribunais, passando pela opinião pública regida pelos meios de comunicação e pelo magistério jurídico, desaconselha uma conclusão simplista. *Habemus legis; ma non troppo.*<sup>54</sup>

Por conseguinte, claro está que, havendo o emprego de meios delituosos para a obtenção da prova, não deve haver leniência com posturas *justiceiras*, porém, além da inutilização da prova após o seu desentranhamento (artigo 157 do Código de Processo Penal), os responsáveis pela violação legal devem ser responsabilizados criminalmente, para uma busca e obtenção de prova calcada em uma cultura democrática, em pleno diapasão com a Constituição da República<sup>55</sup>.

## 5. CONCLUSÕES

Não há hipótese de aplicação do princípio (ou critério) da proporcionalidade em matéria de prova ilícita, considerando que ao hermeneuta não conferiu a Constituição da República a possibilidade de restrição ou expansão, na medida em que claramente preceitua em seu artigo 5º, inciso LVI, a

---

<sup>54</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Prova ilícita e a responsabilidade pelo abuso de autoridade. In ZILIO, Jacson; BOZZA, Fábio (Orgs). *Estudos críticos sobre o sistema penal: homenagem ao Professor Doutor Juarez Cirino dos Santos por seu 70º aniversário*, pp. 1.193-1.194. No mesmo sentido: LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*, p. 589. Na doutrina estrangeira, cite-se, por todos, COSTA ANDRADE, Manuel. *Sobre as proibições...*, pp. 34 e ss.

<sup>55</sup> Guilherme de Souza Nucci também se posiciona pela manutenção integral dos critérios da proibição da prova ilícita, pois, a seu ver “não se pode conceder *carta branca* a quem não se educou, sob a era da democrática Constituição de 1988”; ao mesmo tempo, segundo adverte o referido autor, “pouco se discute tal prova no direito brasileiro, visto que são raros os casos em que se apura, efetivamente, o abuso policial. Preferem os operadores do direito ignorar muitas alegações de violações dos direitos individuais a perder uma boa prova, que possa produzir a condenação de alguém considerado perigoso à sociedade” (*Código de processo penal comentado*, p. 372).

inadmissibilidade, no processo, das provas obtidas por meios ilícitos.

De um lado, há uma impropriedade técnica, uma *contradictio in re ipsa*, na própria terminologia “prova ilícita *pro reo*”, pois a prova, em tal hipótese, não pode ser assim taxada, já que estará o acusado sob o pálio de alguma excludente da ilicitude (legítima defesa ou estado de necessidade justificante) ou de dirimente de culpabilidade (estado de necessidade exculpante – *inexigibilidade de conduta diversa*), sendo que, no caso de a prova ter sido ilegalmente obtida por terceiro, este deverá responder pelo cometimento da infração penal.

De outro lado, a persecução criminal envolve a investigação e a apuração de supostas práticas delituosas por *pessoas*, que, evidentemente, devem ter a sua dignidade preservada, em qualquer situação, até mesmo por mandamento constitucional, não se justificando, em nenhuma hipótese, que se parta dos que servem a Justiça o uso de meios similares daqueles empregados por quem seja, de fato, criminoso.

Uma Justiça eficaz deve, insofismavelmente, configurar uma meta sempre a ser seguida por todos os operadores do direito. No entanto, como os fins nunca devem justificar os meios, no contexto de uma sociedade livre e democrática, sob a égide de uma Lei Maior garantista como a nossa, tal eficácia não será real diante de forças brutas e artifícios, que degradam tanto quem os sofrem quanto quem os utiliza, porém apenas dentro dos estritos limites da legalidade.

Esse é o único meio da efetivação plena da Constituição da República, devendo haver a responsabilização de todo aquele que perpetrar infrações penais, não se transigindo com abusos de autoridade, portanto, no âmbito de uma cultura verdadeiramente democrática.



## 6. REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais (Theorie der Grundrechte)*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.
- AMBOS, Kai; LIMA, Marcellus Polastri. *O processo acusatório e a vedação probatória: perante as realidades alemã e brasileira, com a perspectiva já de acordo com a reforma processual de 2008*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.
- ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- ÁVILA, Thiago André Pierobom de. *Provas ilícitas e proporcionalidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. *Provas ilícitas: interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas*. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.
- BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014.
- BARROS, Marco Antônio de. *A busca da verdade no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. 3. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 1996.
- BARROSO, Luís Roberto. Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade do direito constitucional. *Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro* n. 4, PGJ-RJ, 1996, p. 174.



- BONFIM, Edison Mougenot. *Curso de processo penal*. 3. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2008.
- BUSATO, Paulo César. *Direito penal: parte geral*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.
- CAMPOS, Gabriel Silveira de Queirós. *Provas ilícitas e ponderações de interesses no processo penal*. Salvador: Editora Juspodium, 2015.
- CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa anotada*. Vol. 1, artigos 1 a 100. 1. ed. brasileira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- CERVINI, Raúl. Incidência de *las Mass Media en la Expansion del Control Penal em Lationoamerica*. *Revista Brasileira de Ciências Criminais (Instituto Brasileiro de Ciências Criminais)*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, ano 2, nº 5, janeiro-março, 1994.
- COSTA ANDRADE, Manuel. *Sobre as proibições de prova em processo penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.
- COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. As reformas parciais do CPP e a gestão da prova: segue o princípio inquisitivo. In. *Boletim IBCCRim*, São Paulo, ano 16, nº 188, jul. 2008.
- \_\_\_\_\_. Prova ilícita e a responsabilidade pelo abuso de autoridade. In. ZILIO, Jacson; BOZZA, Fábio (Orgs). *Estudos críticos sobre o sistema penal: homenagem ao Professor Doutor Juarez Cirino dos Santos por seu 70º aniversário*. Curitiba: LedZe Editora, 2002.
- DIAS, Jorge Figueiredo. *Direito processual penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.
- DEU, Teresa Armenta. *A prova ilícita: um estudo comparado (La prueba ilícita: un estudio comparado)*. Tradução Nereu José Giacomolli. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

- FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal (Diritto e Ragione: teoria del garantismo penale)*. Tradução Ana Paula Zomer Sica, Fausi Hassan Choukr, Juarez Tavares, Luiz Flávio Gomes, 4. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.
- FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; GRINOVER, Ada Pellegrini. *As nulidades no processo penal*. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.
- \_\_\_\_\_. *Processo penal constitucional*. 7. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.
- \_\_\_\_\_; ALMEIDA, José Gavião de; MORAES, Maurício Zanoide de (coord). *Provas no processo penal – estudo comparado*. São Paulo: Saraiva, 2011.
- FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal: parte geral*. ed. rev. por Fernando Fragoso. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- GOMES FILHO, Antonio Magalhães; GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance. *As nulidades no processo penal*. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.
- \_\_\_\_\_. *Direito à prova no processo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1996.
- \_\_\_\_\_. Notas sobre a terminologia da prova (reflexos no processo penal brasileiro). In. YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide de (Orgs). *Estudos em homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DJP, 2005.
- \_\_\_\_\_; GRINOVER, Ada Pellegrini. Novas tendências em matéria de provas ilícitas. Relatório síntese. In. GRINOVER, Ada Pellegrini; CALMON, Petrônio (Orgs.). *Direito processual comparado. XIII World Congress of procedural law*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- \_\_\_\_\_. Provas. Lei 11.690, de 09.06.2008. In. ASSIS

- MOURA, Maria Thereza Rocha de (Coord.). *As reformas no processo penal. As novas leis de 2008 e os projetos de reforma*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.
- GRECO FILHO, Vicente. *Comentários à Lei de Organização Criminosa: Lei n. 12.850/13*. São Paulo: Saraiva, 2014.
- \_\_\_\_\_. *Manual de Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 1991.
- GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. *As nulidades no processo penal*. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.
- \_\_\_\_\_; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Novas tendências em matéria de provas ilícitas. Relatório síntese. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; CALMON, Petrônio (Orgs.). *Direito processual comparado. XIII World Congress of procedural law*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- \_\_\_\_\_. *Provas ilícitas, interceptações e escutas*. 1. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.
- HAMILTON, Sérgio Demoro. As Provas ilícitas, a teoria da proporcionalidade e a autofagia do direito. *Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro*, nº 11, PGJ-RJ, jan/jun 2000.
- LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- MORAES, Maurício Zanoide de. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. *A ilicitude na obtenção da prova e sua aferição*. Disponível em: <<http://www.ambito->

- juridico.com.br/site/index.php?n\_link=revista\_artigos\_leitura&artigo\_id=5070>. Acesso em: 15.nov.2015.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de processo penal comentado*. 11. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.
- PACELLI, Eugênio. *Curso de processo penal*. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2012
- RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. 1. ed. 3. tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.
- SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2001.
- TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.
- ZILLI, Marcos. *O pomar e as pragas*. Disponível em: <<http://infodireito.blogspot.com.br/2008/08/artigo-o-pomar-e-as-pragas.html>>. Acesso em: 12.dez.2015.