

**FACULDADE DAMAS DE INSTRUÇÃO CRISTÃ – FADIC
CURSO DE DIREITO**

BERTA NIZE BATISTA SOARES

**ADMISSÃO DE PROVA ILÍCITA COM FUNDAMENTO NO ESTADO DE
NECESSIDADE E NA LEGÍTIMA DEFESA**

**Recife
2013**

BERTA NIZE BATISTA SOARES

**ADMISSÃO DE PROVA ILÍCITA COM FUNDAMENTO NO ESTADO DE
NECESSIDADE E NA LEGÍTIMA DEFESA**

Monografia Apresentada à Faculdade Damas
de Instrução Cristã – FADIC como requisito
parcial à obtenção do Título de Bacharel em
Direito.

Área de Concentração: Ciências Jurídicas
Orientador: Prof. Dr. Leonardo Siqueira

Recife
2013

Soares, B. N. B.

Admissão de prova ilícita com fundamento no Estado de necessidade e na legítima defesa. / Berta Nize Batista Soares. O Autor, 2013.

112 folhas.

Orientadora: Profº Drº Leonardo Teixeira

Monografia (graduação) – Bacharelado em Direito - Faculdade Damas da Instrução Cristã. Trabalho de conclusão de curso, 2013.

Inclui bibliografia.

1. Direito 2. Prova 3. Admissibilidade 4. Inadmissibilidade 5. Princípios 6. Excludentes de Antijuridicidade.

340 CDU (2ªed.)

340 CDD (22ª ed.)

Faculdade Damas

TCC 2013-180

BERTA NIZE BATISTA SOARES

**ADMISSÃO DE PROVA ILÍCITA COM FUNDAMENTO NO ESTADO DE
NECESSIDADE E NA LEGÍTIMA DEFESA**

Monografia Apresentada à Faculdade Damas de Instrução Cristã – FADIC como requisito parcial à obtenção do Título de Bacharel em Direito.

Área de Concentração: Ciências Jurídicas

Orientador: Prof. Dr. Leonardo Siqueira

DEFESA PÚBLICA em Recife, de de 2013

BANCA EXAMINADORA

Orientador: Prof.: Dr. Leonardo Siqueira

(1º Examinador) Prof. Dr.

(2º Examinador) Prof. Dr.

**Recife
2013**

Dedico esta conquista aos meus primeiros professores: meus pais Tomaz e Eulália.

Dedico, também, este trabalho a todos os que me auxiliaram em minha caminhada ao conhecimento.

AGRADECIMENTOS

A minha família, principalmente minha mãe e minha irmã que foram fundamentais para a concretização deste projeto profissional. Minha mãe sempre foi meu baluarte, minha luz e foi por ela que eu nunca desisti. Lembro-me do primeiro dia de aula, eu aos seis anos de idade, chorava abraçada a ela, não queria ficar na escola. Ela me convenceu como sempre, a ficar, isto foi o início de tudo.

A meu pai, o meu primeiro mestre, foi quem me alfabetizou e ensinou valores como justiça, compaixão e solidariedade.

Ao Excelentíssimo Juiz Federal Dr. José Carlos Dantas Teixeira de Souza com quem tive a satisfação de trabalhar como Preposta do INSS na 14ª Vara Federal do Juizado Especial Federal em Recife me impulsionou a decidir fazer o curso de Direito. Ele fez a pergunta que minha mãe sempre fazia: “Por que você não faz o curso do Direito?”

A colega do INSS Suely Ferreira de Carvalho responsável pela implantação do Programa de Bolsas de Estudos do INSS, que me proporcionou a oportunidade para realizar o curso.

Aos funcionários da Faculdade Damas que de maneira profissional e amável sempre acolheram meus pedidos.

Aos professores que me estimularam, demonstraram compreensão e paciência durante todo o curso, em especial ao entusiasmado mestre Cláudio Brandão responsável por me levar ao interesse pelo Direito Penal.

“O problema essencial da vida, que é o problema da realidade ou da verdade, não existe, nem pode existir em iguais termos para o homem de inteligência superior e para o homem vulgar. O homem de inteligência superior não tem, é certo, melhores elementos para descobrir a verdade do que o mais fechado dos idiotas. O que tem são melhores elementos para compreender porque é que ela se não pode descobrir.”

Fernando Pessoa

RESUMO

Procurou-se desenvolver uma pesquisa eminentemente dogmática, ao adotar como fontes para o conhecimento do objeto a lei, a doutrina, os princípios processuais e a jurisprudência pela admissibilidade e inadmissibilidade da prova ilícita, bem como as causas excludentes de antijuridicidade, estado de necessidade e legítima defesa e sua fundamentação como hipótese de probabilidade no ordenamento jurídico brasileiro. Diante da problemática da possibilidade ou não da admissão de prova ilícita, questionou-se: há possibilidade de admissão com fundamento nas causas excludentes da antijuridicidade, o estado de necessidade e a legítima defesa? Como uma possível resposta a essa pergunta de pesquisa, assumiu-se a hipótese da corrente da Prova Ilícita *pro reo* como uma exceção considerada legítima. A aplicação do princípio da proporcionalidade sob a ótica do direito de defesa, garantido constitucionalmente e no processo penal, hoje de aceitação praticamente unânime na doutrina e na jurisprudência, que alguns doutrinadores apontam como a problemática das causas de justificação. A dúvida que se coloca é se configuram ou não causas, já que dizem respeito à determinadas e específicas motivações para a prática da ação típica, justificadas pelo Direito. Diante desse contexto, outra pergunta surge frente às situações de estado de necessidade e legítima defesa: é possível a aplicação de critérios de ponderação pelos órgãos de jurisdição? A teoria monista ou unitária, adotada pelo Código Penal vigente, para a grande maioria dos doutrinadores, consagra, no art. 24 do Código Penal, o estado de necessidade como excludente de antijuridicidade (estado de necessidade justificante), mas há algumas consequências que a teoria não conseguiu explicar satisfatoriamente e buscou-se verificar com este trabalho.

Palavras-chave: Prova; Admissibilidade; Inadmissibilidade; Princípios; Excludentes de Antijuridicidade

ABSTRACT

We sought to develop a highly dogmatic research, adopting as sources for knowledge of the object to the law, the doctrine, principles and procedural law for admissibility and inadmissibility of illegal evidence, as well as the exclusionary unlawfulness causes, state of necessity and legitimate defense and its grounds as a likely hypothesis in the Brazilian legal. Faced with the problem of whether or not the admission of illegal evidence, was questioned: no possibility of admission on the basis of the exclusionary unlawfulness causes, the state of necessity and self-defense? As a possible answer to this research question, it was assumed the hypothesis of the current proof Unlawful pro reo as an exception considered legitimate. The application of the principle of proportionality from the perspective of the right to defense, and constitutionally guaranteed in criminal proceedings, today almost unanimous acceptance of the doctrine and jurisprudence, which some scholars point to as the problem of defenses. The question that arises is whether or not configure causes since relate to certain and specific reasons for practicing the typical action, justified by the law. In this context, another question surfaces due to situations of state of necessity and self-defense: it is possible to apply criteria weighting bodies of jurisdiction? Tier or unitary theory, adopted by Penal Code, for the vast majority of scholars, enshrined in art. 24 of the Criminal Code, the state of necessity as exclusionary unlawfulness (state of necessity justifying), but there are some consequences that the theory failed to explain satisfactorily and sought to verify this work.

Keywords: Proof; Admissibility; Inadmissible; Principles; Exclusionary Unlawfulness

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
CAPÍTULO 1 A PROVA NO DIREITO PENAL	14
1.1 Conceituação	14
1.2 A prova no processo e sua relação com a verdade.....	18
1.3 Sujeitos, Fontes e Meios de Prova.....	21
1.4 Objeto da Prova	23
1.5 Classificação das Provas.....	24
1.6 Provas Ilícitas, Provas Lícitas e Provas Ilegais	25
CAPÍTULO 2 EVOLUÇÃO DO SISTEMA DE INADIMISSIBILIDADES DAS PROVAS OBTIDAS POR MEIOS ILÍCITOS	28
2.1 Sistemas de Avaliação da Prova	28
2.1.1 Sistema de Prova legal ou Tarifada	28
2.1.2 Sistema de Livre Convicção (Convencimento Moral ou Íntimo) ou Sistema de Livre Apreciação.....	29
2.1.3 Sistema do Livre Convencimento Motivado ou Sistema Misto ou da Persuasão Racional.....	30
2.2 O Código de Processo Penal e as Modificações da Lei N° 11.690/2008	30
2.3 Ônus da Prova.....	34
2.4 Sistema Alemão (Beweisverbote).....	36
2.5 Sistema Americano	39
2.5.1 A Teoria da Árvore dos Frutos Envenenados - <i>fruits of the poisonous tree</i> <i>theory</i>	39
2.5.2 Regras de Exclusão (Exclusionary Rules).....	40
2.6 Sistema Espanhol.....	42
2.7 Sistema Italiano e o Código de Processo Penal italiano	42
2.8 Sistema Português	43
2.9 Sistema Inglês.....	44
2.10 Exceções ao direito de exclusão da prova obtida por meios ilícitos.....	44
2.10.1 Prova ilícita por derivação	47
2.10.2 Limitação da Fonte Independente (The Independent Source Limitation).....	49
2.10.3 Limitação da Descoberta Inevitável (The Inevitable Discovery Limitation).....	51
2.10.4 Limitação da Descontaminação (The Purged Taint Limitation).....	52
2.10.5 Teoria da Boa-Fé (<i>Good Faith</i>)	53
2.10.6 Teoria da Prova Benéfica em Prol do Acusado (<i>Pro Reo</i>).....	53

2.10.7 Teoria da Prova Ilícita em Favor da Sociedade (<i>Pro Societate</i>).....	55
2.10.8 Teoria do Encontro Fortuito ou Casual de Provas.....	58
2.10.9 Teoria da Proporcionalidade (<i>Balancing Test</i>).....	59
2.10.10 Teoria da inadmissibilidade do uso da prova ilícita	63

CAPÍTULO 3 PROVA ILÍCITA EM CONFLITO COM VALORES

CONSTITUCIONAIS	66
3.1 Princípio da Verdade Real.....	66
3.2 Princípio da Presunção de Inocência.....	67
3.3 Princípio do Livre Convencimento	67
3.4 Princípio do Devido Processo Legal	68
3.5 Princípio da Ampla Defesa.....	68
3.6 Princípio do Contraditório.....	69
3.7 Princípio da Comunhão de Provas	69
3.8 Princípio da Identidade Física do Juiz.....	69
3.9 Princípio da proporcionalidade.....	70
3.10 Princípio da concordância prática ou da harmonização	72
3.11 Princípio da inadmissibilidade da prova ilícita (Princípio da vedação da prova ilícita).....	73

CAPÍTULO 4 AS EXCLUDENTES DE ILICITUDE: ESTADO DE NECESSIDADE E LEGÍTIMA DEFESA

4.1 Estado de Necessidade – Art. 24, CPB, 1940.....	75
4.2 Legítima Defesa - Art. 25, CPB, 1940	83

CAPÍTULO 5 A ADMISSÃO DA PROVA ILÍCITA COM FUNDAMENTO NO ESTADO DE NECESSIDADE E NA LEGÍTIMA DEFESA

5.1 Considerações Doutrinárias.....	88
5.2 Considerações Jurisprudenciais	89
5.3 Comentários à gravações ambientais e interceptações telefônicas e de dados.....	92

CONSIDERAÇÕES FINAIS	98
-----------------------------------	----

REFERÊNCIAS	103
--------------------------	-----

INTRODUÇÃO

No presente trabalho procurou-se desenvolver uma pesquisa eminentemente dogmática, ao adotar como fontes para o conhecimento do objeto a lei, a doutrina, os princípios processuais e a jurisprudência pela admissibilidade e a inadmissibilidade da utilização da prova ilícita princípio constitucional definido no art. 5º, LVI da CF/88 que não é absoluto, as causas excludentes de antijuridicidade, estado de necessidade e legítima defesa, no plano constitucional e infraconstitucional e sua fundamentação como hipótese de probabilidade de aplicação. Recorreu-se, predominantemente, à técnica da pesquisa bibliográfica em livros, artigos doutrinários e repertório jurisprudencial nacional.

Diante da problemática da possibilidade ou não da admissão de prova ilícita no ordenamento brasileiro, questiona-se: há possibilidade de admissão da prova ilícita com fundamento nas causas excludentes da antijuridicidade, o estado de necessidade e a legítima defesa definidos em nosso ordenamento jurídico no artigo 23, I, e conceituado no artigo 24 e 25, do Código Penal?

Como uma possível resposta a essa pergunta de pesquisa, assumiu-se a hipótese de que a corrente da Prova Ilícita *pro reo* como uma exceção considerada legítima, quando o sujeito age dentro dos limites da exclusão da antijuridicidade e, excepcionalmente, avoca para si o uso de prova ilícita em defesa da sua liberdade. Nesse mesmo sentido fundamentar a aplicação do princípio da razoabilidade e proporcionalidade sob a ótica do direito de defesa, garantia constitucional e no processo penal, aceitação praticamente unânime na doutrina e na jurisprudência brasileira, compatibilizado com os demais princípios e garantias fundamentais.

Entretanto, alguns doutrinadores apontam para a problemática das causas de justificação. A dúvida que se coloca é se configuram ou não causas, já que dizem respeito à determinadas e específicas motivações para a prática da ação típica, justificadas pelo Direito. Diante deste contexto, outra pergunta se coloca frente às situações de estado de necessidade e legítima defesa, é possível a aplicação de critérios de ponderação pelos órgãos de jurisdição?

Neste trabalho foi adotado o método hipotético-dedutivo para analisar o problema das provas ilícitas à luz de uma compreensão geral das relações entre Estado e cidadão, onde foram definidos como objetivo identificar, no seio da dogmática jurídica, os ramos do Direito no qual deve ser estudada a utilização da prova ilícita com fundamento nas excludentes de antijuridicidade o estado de necessidade e a legítima defesa considerado como objeto de

estudo o Direito Processual Penal e Constitucional. A inclusão desse instituto implicou em admitir que a sua regulamentação seja regida por princípios em alguma medida antagônicos, por um lado a utilização de prova ilícita *pro societate* e por outro a utilização da prova ilícita *pro reo*.

Foi utilizado também o método penal tópico-hermenêutico onde se buscou vincular o Direito Penal à aplicação e interpretação constitucional a esfera de compreensão da norma que se harmoniza com o “Princípio Constitucional da Legalidade” e à esfera de compreensão do caso que pode ensejar uma argumentação racional para o afastamento da lei, através da fundamentação constitucional e pode ser utilizado como um meio para justificar uma decisão que aumente o âmbito da liberdade, isto é, que seja *pró-libertatis*.

A tópica como a compreensão dos fatos encontra sua legitimidade positivada nos princípios constitucionais, é teleologicamente conforme a legalidade, não se encontra nenhuma incompatibilidade com a liberdade, representa, pois, o cumprimento do Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana.

O trabalho foi dividido em cinco capítulos. No capítulo 1 apresentamos o instituto da prova no direito penal em um delineamento histórico, pois sua utilização no âmbito jurídico está intimamente ligada com o surgimento e a evolução dos direitos e garantias fundamentais. O vocábulo prova possui caráter plurissignificativo, por esta razão, apresentamos vários conceitos doutrinários. O estudo da sua relação com a verdade, problema da verdade processual e suas implicações para a justiça do julgamento, dos enunciados sobre fatos e provas como conjunto das operações por meio das quais se procura obter o convencimento do juiz para indicar a atividade consistente na apresentação de elementos de juízo a favor de uma determinada conclusão.

Discorreremos ainda sobre o direito à prova como desdobramento lógico do direito do de ação, fundamento do sistema de proteção dos direitos individuais materializada no princípio da dignidade da pessoa humana. Os sujeitos, fontes de provas e meios de prova também são apresentados como instrumentos aptos a formar a convicção do juiz quanto à existência ou não de uma situação fática, o que precisa e o que não precisa ser provado. O objeto da prova que constitui ou exclui qualquer dos elementos ou características do fato punível imputado ao réu; a classificação das provas. A prova no processo e sua relação com a verdade mereceu tratamento neste capítulo.

Dedicamos o Capítulo 2 à evolução do sistema de inadmissibilidades das provas

obtidas por meio ilícitos, ao sistema de avaliação da prova, sistema de prova legal ou tarifada, sistema de livre convicção, sistema de livre convencimento motivado ou de persuasão racional. Analisamos ainda a sistemática penal probatória no Código de Processo Penal a luz das modificações decorrentes da Lei nº 11.690/2008 onde se verifica, segundo alguns doutrinadores, uma tomada de posição acerca da admissibilidade de provas ilícitas no processo penal. Buscamos também demonstrar o problema que provoca a atenção dos processualistas (em doutrina e jurisprudência), em direito processual penal e constitucional, que é a teoria da admissibilidade de provas ilícitas em favor da acusação (*pro societate*) no processo penal, desprestigiada por doutrinadores brasileiros. Tratamos também do ônus da prova.

Delineamos neste capítulo o estudo comparado sobre a inadmissibilidade do uso da prova ilícita no ordenamento alienígena, a *Beweisverbote*, de Ernest Beling, originária da Alemanha, o sistema americano, a Teoria da Árvore dos Frutos Envenenados as regras de exclusão *Exclusionary Rules* de origem norte-americana, o sistema espanhol, o sistema italiano e o Código de Processo Penal italiano, o sistema português e o sistema inglês. Tratamos também das exceções ao direito de exclusão da prova obtida por meios ilícitos como a prova ilícita por derivação. A doutrina não a considera absoluta, tanto que o Direito americano reconheceu outras exceções, ou limitações na Jurisprudência que são apresentadas neste capítulo como a limitação da fonte independente, a limitação da descoberta inevitável, a limitação da descontaminação, as teorias da boa-fé, benéfica em prol do acusado, em favor da sociedade, do encontro fortuito ou casual de provas, da proporcionalidade e da inadmissibilidade do uso da prova ilícita.

No capítulo 3 a prova ilícita em conflito com valores constitucionais como os princípios da verdade real, do livre convencimento, do devido processo legal, do contraditório, da comunhão de provas, da identidade física do juiz, da concordância prática ou harmonização, a da inadmissibilidade da prova ilícita ou da vedação da prova ilícita. Analisamos a função do juiz e os princípios que vigoram no sistema processual penal brasileiro. Apresentamos, ainda, a posição da doutrina e jurisprudência quanto ao que dispõe o art. 5º, LVI da Constituição Federal/1988.

No capítulo 4 apresentamos as excludentes de antijuridicidade e a evolução do conceito, requisitos, espécies, um breve histórico dos institutos da legítima defesa e do estado de necessidade. Apresentamos, ainda, as teorias diferenciadora ou dualista de origem alemã e a teoria monista ou unitária do estado de necessidade, adotada pelo Código Penal vigente no

Brasil.

Assunto polêmico, para a grande maioria dos doutrinadores, a teoria monista ou unitária, consagra, no art. 24 do Código Penal, o estado de necessidade como excludente de antijuridicidade (estado de necessidade justificante). Existem algumas consequências que a teoria unitária não conseguiu explicar satisfatoriamente e, portanto, necessitou de apoio doutrinário e tratamento a fim de torná-lo figura independente e sistematizada no quadro das discriminantes. Os jusnaturalistas deram a noção geral ao estado de necessidade. A partir de então, surgiram divergências quanto ao efeito jurídico penal.

O capítulo 5 foi dedicado a admissão da utilização da prova ilícita com fundamento nas excludentes de antijuridicidade (estado de necessidade e legítima defesa), princípios e decisões dos tribunais e comentários às gravações ambientais e interceptações telefônicas e de dados.

Tratar da questão do uso da prova ilícita não é uma tarefa fácil é uma questão que traz problemas de aceitação social, pode despertar reações de indignação sobre a flexibilização das justificativas de aplicação pela ponderação de princípios em conflito e que não traga instabilidade ao sistema de garantias e proteção dos direitos fundamentais. Nesta perspectiva esperamos, sem, no entanto, ambicionar o esgotamento do assunto, contribuir com o aprofundamento do tema para a ciência penal.

CAPÍTULO 1 A PROVA NO DIREITO PENAL

1.1 Conceituação

A utilização das provas no âmbito jurídico está intimamente ligada com o surgimento e a evolução dos direitos e garantias fundamentais. A temática da prova rendeu para o Direito ao longo da história inúmeros questionamentos tanto pela difícil finalidade de reconstruir a verdade, como também pelos diversos métodos utilizados para obtê-la. Na antiguidade o método comum utilizado para saber se o indivíduo seria culpado ou inocente era as “ordálias” ou “juízo dos deuses” que prevaleceu sob a forma do duelo judiciário e levava o julgador a reconhecer a razão do mais forte e, portanto, a força como prova do Direito. Diante desse contexto o acusado era submetido a provações cruéis e dolorosas, se sobrevivesse era considerado inocente.

No período do Iluminismo surge o movimento humanitário onde o homem se desprende das imposições religiosas e se vê digno de obtenção de direitos. Em 1764, Cesare Bonesana, conhecido como Marquês de Beccaria, denunciou o modo desumano que a legislação penal da época tratava os supostos acusados em sua obra “Dos Delitos e das Penas”.

Na idade moderna surgiram correntes do pensamento filosófico-jurídico. Cesare Beccaria, responsável pela reforma da sistemática penal operada no fim do século XVIII, estendendo-se até o início do século XIX, culmina com a consolidação da Escola Clássica. As contribuições de Francesco Carrara para quem "o homem é submetido às leis criminais, por causa de sua natureza moral; por conseguinte, ninguém pode ser socialmente responsável por seu ato se não moralmente responsável" também são importantes neste contexto.

Na escola Positiva surgiu a Criminologia com destaque para as contribuições de Enrique Ferri sobre Sociologia criminal e Princípios do direito criminal e Garofalo com a introdução do conteúdo jurídico, definindo como crime natural a ofensa feita à parte do senso moral formada pelos sentimentos altruístas de piedade e probidade.

Foi a partir do século XVIII com a evolução da processualização da jurisdição que ficou a cargo especificamente do processo penal, ora com o escopo voltado exclusivamente para a satisfação dos interesses de uma dada segurança jurídica, ora com uma visão também voltada para a proteção dos interesses do acusado como sujeito de direitos.

Segundo Jesus-Maria Silva Sanches, visualizam-se nas tendências modernas três velocidades ou três enfoques diferentes que podem ser concebidos ao Direito Penal¹.

Os de primeira velocidade, onde são observadas todas as regras garantistas, penais ou processuais penais, seria pois o Direito Penal tradicional, em que estaria em jogo a liberdade do cidadão com a aplicação de uma pena.

Nos de segunda velocidade, temos um Direito Penal dedicado à aplicação de penas não privativas de liberdade, onde poderiam ser afastadas algumas garantias com o escopo de agilizar a aplicação da lei penal, a exemplo do que ocorre no Brasil com os Juizados Especiais Criminais, seara para a aplicação do Direito Penal Secundário.

E os de terceira velocidade, modelo híbrido, onde se verifica uma minimização das garantias necessárias, mas com o intuito de aplicar penas privativas de liberdade, com algumas das novas tendências, como o Direito Penal do Inimigo.

Carrara e Hessemer, em certo contexto, supervalorizam de igual forma o indivíduo, enquanto autores como Ferri e Jakobs revelam a sociedade, mantendo a velha contenda de defesa ou repudio a direitos, em nome de buscar uma efetiva e real proteção”².

O Pacto de San Jose da Costa Rica, a chamada Convenção Americana Sobre Direitos Humanos da qual o Brasil é signatário, consagra o valor da vida privada e familiar, do domicílio e das correspondências, preceituadas nos seus artigos 9º e 11. Os citados artigos garantem a proteção legal, pois ninguém poderá ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, na de sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra ou reputação.

A Convenção Americana de Direitos Humanos³, no artigo 8º, também estabelece vários dispositivos dos quais pode se extrair o direito à prova.

O artigo 8.1, por exemplo, dispõe que

Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

¹ GRECO, Rogério. **Direito Penal do Equilíbrio**. Niterói: Editora Impetus. 2006, p. 24

² DEODATO, Felipe Augusto Forte de Negreiros, e outros. **Direito Penal Secundário**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2006, p. 161.

³ Pacto de São José da Costa Rica, de 22 de novembro de 1969, foi incorporada ao direito pátrio pelo Decreto 678, de 6 de novembro de 1922.

O artigo 8.2, afirma que, durante o processo,

toda pessoa tem direito, em plena igualdade, a garantias mínimas, dentre as quais a _b) comunicação prévia e pormenorizada ao acusado do tempo e dos meios adequados para a preparação de sua defesa; [...] f) direito de a defesa inquirir as testemunhas presentes no tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras que possam lançar luz sobre os fatos.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, em seu Artigo 12º, assegura que “ninguém sofrerá intromissões arbitrárias na sua vida privada, na sua família, no seu domicílio ou na sua correspondência, nem ataques à sua honra e reputação”, também que contra tais intromissões ou ataques toda pessoa tem direito à proteção da lei.

O art. 5º, inc. LVI, da Carta Constitucional de 1988, adotou o sistema da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos; isso significa que a prova ilícita não pode ingressar nos autos e acaso ingresse, deverá ser excluída, sob as limitações constitucionais ao direito à prova relacionada, pelo menos, com as seguintes garantias, assegurada no artigo 5º: direito à intimidade (inciso X), inviolabilidade do domicílio (inciso XI), inviolabilidade do sigilo da correspondência e das telecomunicações (inciso XII) e inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos (inciso LVI). Entretanto esse não é um assunto pacífico.

O direito à prova é um desdobramento lógico do direito do direito de ação e de defesa. A finalidade da prova é formar o convencimento do juiz. São destinatários todos aqueles que devem formar sua convicção, ou seja, o órgão jurisdicional. Entretanto, o direito à prova não pode ser tido como absoluto. A efetividade da prova decorre do “direito de ação” e, conseqüentemente, do “direito de defesa”, do “devido processo legal” e do “contraditório”.

Acerca do direito de defesa, em julgamento do HC 89.176, o Ministro Gilmar Mendes considera como pedra angular do sistema de proteção dos direitos individuais e materializa uma das expressões do princípio da dignidade da pessoa humana. Para o Ministro Eros Grau⁴ o Estado de Direito viabiliza a preservação das práticas democráticas e, especialmente, o direito de defesa.

Cândido Rangel Dinamarco afirma que “prova é um conjunto de atividades de verificação e demonstração, mediante os quais se procura chegar à verdade quanto aos fatos

⁴ HC 95.009, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 6-11-2008, Plenário, DJE de 19-12-2008. Acesso em 08/04/2012.

relevantes para o julgamento”.⁵

Segundo Guilherme de Souza Nucci, o significado etimológico do termo prova, tem origem no termo latim *probatio*, que significa ensaio, verificação, inspeção, exame, argumento, razão, aprovação ou confirmação. Deriva desse termo, explica o autor, o verbo provar, *probare*, significando ensaiar, verificar, examinar, reconhecer por experiência, aprovar, estar satisfeito com algo, persuadir alguém a alguma coisa ou demonstrar⁶.

A prova, em sentido geral, segundo Nicola Abbagnano é todo “procedimento apto a estabelecer um saber, isto é, um conhecimento válido. Constitui prova todo procedimento desse gênero, qualquer que seja sua natureza: mostrar uma coisa ou um fato, exhibir um documento, dar testemunho, efetuar uma indução são provas tanto quanto as demonstrações da matemática ou da lógica”⁷.

Nucci apresenta três sentidos para o termo prova: a) ato de provar: é o processo pelo qual se verifica a exatidão ou a verdade do fato alegado pela parte no processo (ex: fase probatória); b) meio: trata-se do instrumento pelo qual se demonstra a verdade de algo (ex: prova testemunhal); c) resultado da ação de provar: é o produto extraído da análise dos instrumentos de prova oferecidos, demonstrando a verdade de um fato. Neste último, o juiz, ao chegar à sentença: “fez-se prova de que o réu é autor do crime”⁸.

Para Mirabete provar é:

[...] produzir um estado de certeza, na consciência e mente do juiz, para sua convicção, a respeito da existência ou inexistência de um fato, ou da verdade ou falsidade de uma afirmação sobre uma situação de fato, que se considera de interesse para uma decisão judicial ou a solução de um processo⁹.

Antonio Scarance Fernandes, por outro lado, destaca o direito a prova, o seu caráter de garantia constitucional do acusado, traçando um paralelismo entre ela e os demais direitos subjetivos públicos¹⁰.

Alexandre de Moraes diferencia provas ilícitas das provas ilegais e das ilegítimas. As

⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito processual civil**. São Paulo: Malheiros, 2001, v. 3, p. 75, In: VIEIRA, Márcio. **Os resquícios de prova tarifada no processo civil brasileiro e sua influência no livre convencimento do magistrado**. REVISTA DA ESMESC, v. 17, n. 23, 2010, p. 42.

⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**. 2. ed. São Paulo: RT, 2003, p. 298-9.

⁷ ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 805.

⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**. 2. ed. São Paulo: RT, 2003, p. 152-388.

⁹ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo penal**. São Paulo: Atlas, 10. ed., 2000, p. 256.

¹⁰ FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 76.

provas ilícitas são obtidas com infringência ao direito material, as provas ilegítimas são as obtidas com desrespeito ao direito processual. Para ele, as provas ilegais seriam o gênero do qual as espécies são as provas ilícitas e ilegítimas¹¹.

1.2 A prova no processo e sua relação com a verdade

Segundo Rui Cunha Martins, a Medicina, a História, o Direito e a Comunicação Social lidam de uma forma ou de outra, com o problema da prova.

[...] produzem diagnósticos, interessam-se pelas condições do que pode dizer-se do ocorrido; cuidam do testemunho e das condições que rodeiam a sua recolha; importa-se com o relato; instalam-se nos cruzamentos entre a fonte, a percepção e a decisão; especializam-se no visível; acreditam numa devolução de visibilidade ao que não tem; aceitam responder a expectativas de trazer à luz aquilo que se acredita ter-lhe sido roubado. É por isso que têm sempre, por definição, pontos cegos. Todo campo de visão os tem. Eles são consubstanciais ao exercício do olhar. O ponto cego é privilégio de quem vê.¹²

Para Marinoni e Arenhart¹³ “é óbvio que não existe uma verdade, mas tantas versões de verdade quantas forem necessárias. Cada parte tem a sua, e o juiz, para proferir a decisão, elabora a própria – que pode ser a versão inteira ou parcial de uma das partes”.

Na definição de Abellán (2006, p.367), “o conceito de verdade (o enunciado verdadeiro) traduz, em relação com o de prova (o enunciado provado) um ideal” (tradução livre). A par disso, insta necessário fazer a distinção entre a concepção de prova e de verdade.

Em artigo intitulado Racionalidade e Argumentação em Habermas, Marco Antônio Sousa Alves¹⁴, comenta que Habermas em “Na Teoria da Ação Comunicativa”

[...] distinguia a justificação da verdade tomando como critério a diferença entre um enunciado meramente justificado de acordo com critérios inerentes a uma dada comunidade de comunicação, e um enunciado verdadeiro, que poderia justificar-se em todos os contextos e pressupunha uma idealização das condições de justificação.

¹¹ MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada**. São Paulo: Editora Atlas, S.A., 2006, p. 380.

¹² MARTINS, Rui Cunha. **O Ponto cego do direito. The brazilian lessons**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 1.

¹³ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do processo de conhecimento**. 2. ed. São Paulo: RT, 2003, p. 457

¹⁴ ALVES, Marco Antônio Sousa. **Racionalidade e Argumentação em Habermas**. Kínesis, Vol. I, n° 02, Outubro-180 2009, p. 179-195.

E na obra “Verdade e Justificação”:

[...] submeteu essa concepção discursiva de verdade a uma revisão, entendendo que se tratava de uma generalização excessiva do caso especial da validade de normas e juízos morais. Fazendo justiça a intuições realistas, Habermas faz a conexão interna entre verdade e justificação deixar de ser uma questão epistemológica, passando a se assentar em uma práxis, em uma exigência funcional de nossos processos de entendimento mútuo, que não podem funcionar sem que os envolvidos se refiram a um único mundo objetivo. Assim, o discurso depende de uma orientação pela verdade cujas raízes alcançam o realismo do cotidiano, que fornece o ponto de referência que força os interlocutores à suposição de condições ideais.

Segundo Ferreira¹⁵, verdade é "a correspondência do juízo formado com a realidade". A isto Abellán¹⁶ acrescenta que “dizer que um enunciado fático é verdadeiro significa que os fatos que descreve existiram ou existem em um mundo independente, ou seja, que é correto, no sentido de que se corresponde com a realidade, com a descrição dos fatos que formula. Dizer que um enunciado fático está provado significa que sua verdade tenha sido provada, ou seja, que o enunciado tenha sido confirmado pelas provas disponíveis.” (tradução livre)

Segundo Esther Maria de Sá Castelo Branco¹⁷, Foucault atribui cinco características à verdade, em nossas sociedades: a) é fruto do discurso científico e anunciada pelas instituições que o produzem; b) há uma verdade política e outra econômica; c) apresenta-se de várias formas e é de grande consumo e propagação; d) é transmitida e controlada por aparelhos políticos e econômicos; e) é objeto de conflitos ideológicos.

Para Nietzsche e Foucault diz Castelo Branco,

“[...] a verdade não está nas coisas nem no sujeito. É concebida pela luta dos instintos, mas não os contém. Ao contrário, há sempre uma vontade, por trás do conhecimento, de destruí-lo. Sendo assim, o conhecimento é concebido nas relações de poder, pelo ódio, e não como forma de amor, unidade e pacificação. Por isso, para saber o que é o conhecimento, devemos nos aproximar da política.”

Nicola Malatesta¹⁸ ressalta muito a noção de “certeza”, e ensina que “a verdade, em geral, é a conformidade da noção ideológica com a realidade; a crença na percepção desta conformidade é a certeza”.

¹⁵ FERREIRA, Manuel Cavaleiro de. **Curso de processo penal**. Ed. Danúbio, Lisboa, 1986, p. 205.

¹⁶ ABELLÁN, Marina Gascón. **La argumentación en el derecho**. Palestra Ediciones, 2006, 2006, p. 366-367.

¹⁷ CASTELO BRANCO, Esther Maria de Sá. **Michel Foucault: saber-poder, método e verdade**. Disponível em: <http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1222960301174218181901.pdf>. Acesso em: 09/07/2013

¹⁸ MALATESTA, Nicola Framarino Dei. **A lógica das provas em matéria criminal**. Tradução: Paolo Capitano. Campinas: Bookseller, 1996 In: MACHADO, Vitor Gonçalves. O Problema da Verdade Processual: nova perspectiva sobre a busca da verdade pela prova no processo civil. Revista da Faculdade Mineira de Direito, v.14, n. 28, jul./dez. 2011 – ISSN 1808-9429.

Segundo Alves:¹⁹ “[...] O procedimento de apuração da verdade passou por várias mudanças ao longo da história, incluindo-se a elaboração do sistema probatório e a inserção da figura do julgador como terceiro imparcial.”

Segundo Pacelli a prova judiciária tem um objetivo “[...] dos fatos investigados no processo, buscando a maior coincidência possível com a realidade histórica, isto é, com a verdade dos fatos” “[...] a tarefa de reconstrução da verdade é uma tarefa difícil, quando não impossível²⁰. O processo, portanto, para Pacelli,” “[...] produzirá uma *certeza do tipo jurídica*, que pode ou não corresponder à verdade da realidade histórica (da qual, aliás, em regra, jamais se saberá), mas cuja pretensão é a de estabilização das situações eventualmente conflituosas que vêm a ser o objeto da jurisdição penal”.²¹

Para Jordi Ferrer Beltrán a prova está relacionada à verdade, a respeito da relação entre verdade dos enunciados sobre fatos e provas. “Para desvinculá-las é afirmado que “a finalidade da prova é a fixação formal dos fatos por parte do juiz, independentemente de sua relação com o ocorrido”,²² que “[...] a prova é o conjunto das operações por meio das quais se procura obter o convencimento do juiz a respeito de fatos processuais determinados”²³ ou que “[...] prova é ‘a atividade processual que tende a alcançar a certeza do julgador a respeito dos fatos alegados pelas partes’”.²⁴

Ao conceituar a finalidade da prova, Vicente Greco Filho, afirma que no processo não se busca a certeza absoluta que é sempre impossível, para ele, “a prova não tem um fim em si mesmo ou um fim moral ou filosófico” “[...] o destinatário da prova é o convencimento do juiz. Busca-se, portanto, a certeza relativa suficiente para convencer o magistrado”. A finalidade prática da prova segundo o autor é o convencimento do juiz. Não se busca a certeza absoluta, que é sempre impossível, mas a certeza relativa suficiente na convicção do magistrado²⁵.

Para Fernando Capez a palavra prova vem do latim *probatio que* é o conjunto de atos praticados pelas partes (CPP, arts. 156 2ª parte, 209 e 234) e por terceiros destinados a levar ao magistrado a convicção acerca da existência ou não de um fato, da falsidade ou veracidade de uma afirmação. É todo e qualquer meio de percepção empregado pelo homem com a

¹⁹ ALVES, **Direito Romano**, v. I. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991, p. 222-226.

²⁰ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Curso de processo penal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p.317.

²¹ *Ibidem*, 2009, p.317.

²² BELTRÁN, Jordi Ferrer. **Prova e verità nel diritto**. Bologna: Il Mulino, 2004, p. 65/67.

²³ *Ibidem*, 2004, p. 65/67.

²⁴ *Ibidem*, 2004, p. 65/67.

²⁵ GRECO FILHO, Vicente. **Direito processual civil brasileiro**. 16. ed. São Paulo: Saraiva 2003, v. 2, p.182.

finalidade de comprovar a verdade de uma alegação²⁶.

Em dissertação de Mestrado intitulada “O problema da verdade no processo: a relação entre fato e prova”, Janaína Roland Matilda²⁷, dispõe que:

Os argumentos contrários à possibilidade de averiguação da verdade no processo guardam uma raiz anterior, ou seja; porque a verdade é impossível no mundo, também o é para o direito; porque a verdade constitui um objeto irrelevante para qualquer discussão para o mundo, também o seria para o direito. Tais posturas configuram o que já se chamou de *veriphobia*²⁸, isto é, o repúdio à ideia de possibilidade de verdade.

Verifica-se, pois, que o problema da verdade para o Direito está carregado de subjetivismo. Na busca da “verdade”; a questão da reconstituição dos fatos e os meios de prova utilizados são estudados e analisados à exaustão. O problema não se trata de investigar se é “melhor” a verdade substancial ou a verdade formal, o problema que se coloca é descobrir se realmente existe uma “verdade” e, como diz o poeta Fernando Pessoa, tanto o “homem de inteligência superior, quanto para o mais fechado dos idiotas não possuem melhores elementos para descobrir a verdade, porque a ela não se pode descobrir.”

A verdade seria então um ideal, uma utopia que o operador do Direito deve perseguir. A melhor definição de utopia é citada por Eduardo Galeano, atribuído a um cineasta argentino, Fernando Birri, ao ser entrevistado com ele em um programa de televisão na Colômbia: “A utopia está lá no horizonte. Me aproximo dois passos, ela se afasta dois passos. Caminho dez passos e o horizonte corre dez passos. Por mais que eu caminhe, jamais a alcançarei. Para que serve a utopia? Serve para isso: para que eu não deixe de caminhar”.

1.3 Sujeitos, Fontes e Meios de Prova

Segundo Edilson Mougnot Bonfim²⁹ a prova “[...] é um instrumento usado pelos sujeitos processuais para comprovar os fatos da causa, isto é, aquelas alegações que são

²⁶ CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 282.

²⁷ MATILDA, R. M. **O problema da verdade no processo: a relação entre fato e prova**. Dissertação de Mestrado – Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2009, p. 111.

²⁸ GOLDMAN, Alvin I. **Knowledge in a social world**. Oxford: Oxford University Press. 1999. p. 7. In: MATILDA, R. M. **O problema da verdade no processo: a relação entre fato e prova**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2009, p. 111.

²⁹ BONFIM, **Curso de processo penal**, 3. ed. rev., São Paulo: Saraiva, 2008, p.303.

deduzidas pelas partes como fundamento para o exercício da tutela jurisdicional".

Capez³⁰ classifica os sujeitos processuais em principais e acessórios ou colaterais. “Por principais entende-se aqueles cuja ausência torna impossível a existência ou a complementação da relação jurídica processual; acessórios, por exclusão, são aqueles que, não sendo indispensáveis à existência da relação processual, nela intervêm de alguma forma” E complementa a argumentação: “[...] Os principais são o juiz, o autor (que pode ser o Ministério Público ou o ofendido) e o acusado. Os acessórios ou colaterais são o assistente, os auxiliares da justiça e os terceiros, interessados ou não, que atuam no processo”.

São fontes de prova tudo que indica algum fato ou afirmação que necessita provar, como exemplo, a denúncia. Alguns autores como Ada Pellegrini Grinover entendem que o interrogatório seria fonte de prova. É entendimento minoritário, pois a maioria dos doutrinadores entende que o interrogatório é meio de prova.

Os meios de prova são os instrumentos aptos a formar a convicção do juiz quanto à existência ou não de uma situação fática. Podem ser *nominados* como o interrogatório, perícia e todos que estão previstos no CPP e *inominados*, quando a parte poderá valer-se de qualquer meio de prova, com base no princípio da liberdade das provas, desde que não seja inconstitucional, ilegal ou imoral. Os meios de obtenção de provas diferem dos meios de prova, é a interceptação telefônica, busca e apreensão. Elementos de prova são as afirmações e fatos devidamente comprovados, aquilo que já está provado.

Nem todos os institutos disciplinados nos códigos são propriamente meios de prova, mas disciplinam sua obtenção: a confissão, referida no Código de Processo Civil, artigo 348; no Código Civil (artigo 212, inciso I; e no Código de Processo Penal, artigo 197); os procedimentos probatórios (exibição de documento ou coisa, Código de Processo Civil artigo 355); (o reconhecimento de pessoas e coisas, Código de Processo Penal artigo 226); (a acareação Código de Processo Penal artigo 229); (a busca e apreensão, Código de Processo Penal artigo 240). Também não são meios de prova os indícios, previstos no artigo 239 do Código de Processo Penal, e a presunção (Código Civil artigo 212, inciso IV).

Alguns procedimentos, no entanto, podem ser considerados meios de busca de prova como a busca e apreensão. A exibição de documento, é um meio de busca de provas documentais; a interceptação telefônica é um meio de busca de gravações de conversas telefônicas.

³⁰ CAPEZ. Fernando. **Curso de processo penal**. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 172.

Para Paulo Rangel³¹ prova é meio instrumental de que se valem os sujeitos processuais de comprovar os fatos da causa, ou seja, os fatos deduzidos pelas partes como fundamento do exercício dos direitos de ação e de defesa. A prova é, portanto,

[...] a verificação do *thema probandum* e tem como principal finalidade (ou objetivo) o convencimento do juiz. Tornar os fatos, alegados pelas partes, conhecidos do juiz, convencendo-o de sua veracidade. Portanto, o principal destinatário da prova é o juiz; porém, não podemos desconsiderar que as partes são também interessadas e, conseqüentemente, destinatárias indiretas das provas, a fim de que possam aceitar ou não a decisão judicial final como justa.

1.4 Objeto da Prova

Segundo Heleno Cláudio Fragoso³² ao tratar sobre a prova no Direito Penal

[...] O objeto da prova, portanto, é, primariamente, o que se refere aos elementos constitutivos do crime: I. A ação (ou omissão) típica (corresponde à definição legal do fato punível), em seu aspecto objeto (tipo objeto) e em seu conteúdo subjetivo (tipo subjetivo; dolo e especiais fins ou motivos de agir exigidos pela definição do delito); II. A antijuridicidade, revelada, em regra, por via negativa: é antijurídica a ação (ou a omissão) se não houver causa de justificação (legítima defesa, estado de necessidade, exercício regular de direito, etc.); III. A culpabilidade (que depende da imputabilidade e da consciência da ilicitude, excluindo-se pelo erro e certas situações que tornam inexigível conduta diversa). Objeto primário da prova é, portanto, o que constitui ou exclui qualquer dos elementos ou características do fato punível imputado ao réu, que constitui o *thema probandum*.

Fragoso também considera objeto da prova os indícios (que guardam relação indireta com o que constitui o delito) e elementos auxiliares da utilização e valoração dos meios de prova (prova sobre a prova). Nesta última categoria aparecem como fatos relevantes como a prova de que uma testemunha é parcial por suas vinculações com a vítima ou com o réu; a prova de que a confissão foi obtida por violência, etc. Também os elementos que se referem à medição da pena, as circunstâncias do crime, e a personalidade do agente.

Anota Fragoso que o art. 352 do Código de Processo Penal Militar - CPPM esclarece que a testemunha deve relatar “o que sabe ou tem razão de saber a respeito do fato delituoso narrado na denúncia e circunstâncias que com o mesmo tenham pertinência”. Tem pertinência com o fato tudo o que se relaciona com o processo, conforme dispõe o art. 212 Código de Processo Penal – CPP: “O Juiz não poderá recusar as perguntas da parte, salvo se não tiverem

³¹ RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 15. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 2008, p.461.

³² FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Notas sobre a prova no direito penal**. Revista de Direito Penal, n.º 23, p. 23-40. Disponível em: http://www.fragoso.com.br/eng/arq_pdf/heleno_artigos/arquivo61.pdf Acesso em: 10/07/2013.

relação com o processo”. Tem relação com o processo tudo o que poder ser objeto de prova.

Ensina Nucci³³ que alguns fatos não necessitam ser provados como os *fatos notórios* de conhecimento público geral, cujo conhecimento integra a cultura do homem médio; *fatos axiomáticos ou intuitivos* que evidentes decorrentes das diversas ciências (fatos evidentes) e os decorrentes da experiência e da lógica (fatos intuitivos); os *fatos que contêm uma presunção legal absoluta* (*juris et de jure*), os quais não admitem prova em contrário como a inimputabilidade do menor de 18 anos e a presunção de violência nos crimes sexuais consideradas absolutas pela jurisprudência (STF, HC 81.268); e *fatos que contêm uma presunção legal relativa* quanto à violência presumida contra os costumes (Art. 224, CP) no qual é necessário que o agente saiba da circunstância (STF, HC 73.662) e a presunção de violência nos crimes sexuais considerada relativa pela doutrina; os *fatos impossíveis*, que "causam aversão ao espírito de uma pessoa informada" (ex.: dizer que o réu estava no planeta Júpiter no momento do crime); e, por fim, *fatos inúteis ou irrelevantes*, por não terem influência na causa; presunções: que são conclusões firmadas pela própria lei os fatos irrelevantes ou impertinentes, assim considerados aqueles que não dizem respeito á solução da causa”.

1.5 Classificação das Provas

Quanto ao objeto, podem ser *diretas*, quando recai diretamente sobre o “fato probando”, por exemplo, a *testemunha de visu* (que presenciou o fato) e *indiretas* em que se demonstra outro fato e, por meio de indução, chega-se à conclusão do fato que se deseja provar, chamada prova indiciária (art. 239, CPP) Os indícios podem levar à condenação desde que sejam concretos e veementes.

Quanto ao sujeito ou fonte, podem ser *pessoal*, quando emana da pessoa e *real* que consiste em coisa externa e distinta da pessoa, exemplo da arma com impressões digitais. Quanto à forma ou aparência, a prova pode ser: *testemunhal*, *documental* e *material*. Quanto ao valor ou efeito, as provas podem ser *plenas* quando produz juízo de certeza, necessária para um decreto condenatório e *semi-plenas* quando produz mero juízo de probabilidade, suficiente para decretação de medidas cautelares (prisão preventiva e busca e apreensão).

As provas são ainda classificadas em *cautelares* em que existe um risco de

³³NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**. 2. ed. São Paulo: RT, 2003, p. 298-299.

desaparecimento em razão do transcurso do tempo (*periculum in mora*) e nas quais o contraditório é diferido. Ex.: exame para constatar presença de sêmen na vagina da mulher que foi estuprada; *não repetível* que não poderia ser novamente produzida no curso do processo. Exemplo de uma testemunha ouvida em Inquérito Policial - IP, mas que vem a falecer antes de ser ouvida em juízo, no momento oportuno; *antecipada* produzida com a observância do contraditório real, perante a autoridade judiciária, antes de seu momento processual oportuno e até mesmo antes de iniciado o processo. Exemplo de uma testemunha única presencial do crime, com saúde debilitada, portadora de HIV ou câncer, com risco de falecer antes de iniciada a ação penal.

Determina o Parágrafo único da Lei nº Lei 11.690/2008 que “somente quanto ao estado das pessoas serão observadas as restrições estabelecidas na lei civil”. O Art. 156, por outro lado, dispõe: “a prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício.”

1.6 Provas Ilícitas, Provas Lícitas e Provas Ilegais

Importante diferenciar a atipicidade probatória (normas de abertura do sistema, são admissíveis todos os meios de prova moralmente legítimos, ainda que não previstos neste Código, artigo 332 do Código de Processo Civil) com a ilicitude probatória. A Constituição não veda a admissão no processo da prova obtida por meio não previsto em lei o que não pode ser equivalente a ilícito, pois viola ou ofendem um ou mais preceitos normativos. O conceito etimológico da palavra ilícito vem do Latim *illicitus*, “proibido, ilegal”.

Antes se distinguia dois tipos de provas ilegais as provas ilícitas obtidas com violação de regras de direito material e as provas ilegítimas obtidas com violação de regras de natureza processual. Com o advento da CF/88, o princípio proibitivo estabelecido no art. 5º, LVI, englobou os dois tipos de provas ilegais.

O Código de Processo Civil em seu art. 332 afirma que, “todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa”.

Portanto, provas obtidas por meios ilegais devem ser desentranhadas dos autos do processo, sendo considerada prova imprestável, havendo a consequente análise das demais

provas. Ada Pellegrini Grinover³⁴ salienta que “trata-se de não-ato, de não-prova, que as reconduz à categoria da inexistência jurídica. Elas simplesmente não existem como provas; não têm aptidão para surgirem como provas, daí sua total ineficácia.”

Para as partes, o direito e a liberdade de provar os fatos que alegam, não é irrestrita, embora seja assegurado constitucionalmente não é um direito absoluto, e encontram suas restrições nos limites constitucionais e por leis infraconstitucionais, e é da relativização da própria garantia constitucional do direito à prova, que se origina o debate a cerca da prova obtida por meios ilícitos.

Explica Nucci³⁵ ao acolher o entendimento amplo do termo ilícito, que o gênero é a ilicitude, do qual a legalidade e ilegitimidade são espécies. A prova, materialmente ilícita, considerada ilegal, e a formalmente ilícita, tida como ilegítima:

[...] o ilícito envolve o ilegalmente colhido (captação da prova ofendendo o direito material)
 [...] e o ilegitimamente produzido (fornecimento indevido de prova no processo)
 [...]. Se houver a inversão dos conceitos, aceitando-se que ilicitude é espécie de ilegalidade, então a Constituição estaria vedando somente a prova produzida com infringência á norma de natureza material e liberando, por força da natural exclusão, as provas ilegítimas, proibidas por normas processuais, o que se nos afigura incompatível com o espírito desenvolvido em todo o capítulo dos direitos e garantias individuais.

Verifica-se que não existe no Brasil um conceito único acerca da prova obtida por meios ilícitos, frequentemente, os doutrinadores utilizam os termos prova ilícita, ilegítima e obtida ilegalmente como se fossem expressões sinônimas, quando em verdade definem situações distinguíveis entre si.

A posição da maioria dos autores brasileiros segue a doutrina do professor Alexandre de Moraes para quem “as provas ilícitas não se confundem com as provas ilegais e as ilegítimas. Enquanto as provas ilícitas são obtidas com infringência ao direito material, as provas ilegítimas são as obtidas com desrespeito ao direito processual. Por sua vez, as provas ilegais seriam o gênero do qual as espécies são as provas ilícitas e ilegítimas”³⁶.

A tese defendida por Guilherme de Souza Nucci³⁷, para o qual o gênero é a ilicitude,

³⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antônio Scarance; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **As nulidades no processo penal**. 7. ed. São Paulo: RT, 2001, p. 141.

³⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 328.

³⁶ MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada**. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2006, p. 380.

³⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 351.

termo inclusive utilizado na Constituição Federal, traz o significado de contrariedade ao ordenamento jurídico, o que envolve tanto o ilegal, enquanto infringência as normas de direito material, quanto o ilegítimo, em ofensa às normas de direito processual.

Ao aceitar que a ilicitude é espécie de ilegalidade, então a Constituição vedaria somente a prova produzida com infringência às normas de natureza material. Entretanto, o ordenamento jurídico pátrio não descreve quais as sanções a serem aplicadas em consequência da utilização da prova ilícita, muito embora seja expressamente vedada sua utilização pela regra constitucional.

Diante disso, Scarance Fernandes³⁸ entende correta a exclusão da prova viciada pelo desentranhamento, antes da sentença, para não influir no julgamento da causa. Por outro lado, há os que defendem a tese de que a prova obtida por meios ilícitos, não poderá ser retirada dos autos, a não ser no caso de a própria lei assim o ordenar.

³⁸ FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012/2011, ano 4, n° 20. CORRÊA, Sílvia Leme. A prova processual penal ilícita e a teoria da proporcionalidade. Dissertação (Mestrado em Direito) Setor de Ciências Jurídicas e Sociais, Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2006. Disponível em: http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/handle/1884/3082/silvia_final_bk2.pdf?sequence=1. Acesso em: 18/07/2013.

CAPÍTULO 2 EVOLUÇÃO DO SISTEMA DE INADIMISSIBILIDADES DAS PROVAS OBTIDAS POR MEIOS ILÍCITOS

Para a doutrina existem três grandes sistemas no que diz respeito aos critérios de formação do convencimento do magistrado, o sistema da prova legal (tarifada); o sistema da livre convicção; e o sistema da persuasão racional. Para Vieira³⁹ “tudo é fruto de evolução histórica”.

Segundo Cândido Rangel Dinamarco⁴⁰

[...] em tempos remotos essas regras gerais de valoração da prova tiveram muito peso no processo civil, sendo fruto da superstição dos povos e, em alguma medida, da experiência do legislador. Foram de fundo supersticioso ou místico as ordálias ou juízos de Deus, vigorantes especialmente entre os antigos germânicos.

A confiança em sua própria cultura e experiência, em associação com a crença na legitimidade das generalizações em tema de valoração da prova, levou o legislador, a editar normas valorativas de fundo racional. A avaliação da prova passou a ser procedida pelo próprio julgador, havendo um maior relevo científico caracterizado pela existência de hierarquia dos meios probatórios.

2.1 Sistemas de Avaliação da Prova

2.1.1 Sistema de Prova legal ou Tarifada

No Sistema da prova legal ou tarifada; também denominado de prova legal, a decisão do magistrado está ligado às provas produzidas no processo e os valores das mesmas, já estabelecidos em lei. O juiz criminal fica constricto a critérios de valoração aprioristicamente entabulados na legislação pertinente, existindo, assim, provas mais valorosas do que outras. O que se pretendia coibir com tal sistema eram as arbitrariedades, os abusos e inseguranças advindas com a liberdade de convicção do juiz.

No sistema da prova legal, segundo Moacyr Amaral dos Santos⁴¹ a instrução

³⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. São Paulo: Malheiros, 2001, v. 3, p. 71. In: VIEIRA, Márcio. Os resquícios de prova tarifada no processo civil brasileiro e sua influência no livre convencimento do magistrado. Revista da ESMESC, v. 17, n. 23, 2010, p. 377.

⁴⁰ Ibidem, v. 17, n. 23, 2010, p. 377.

⁴¹ SANTOS, Moacyr Amaral dos. **Primeiras linhas de direito processual civil**. v. II, 1985. In.: HARTMANN, Érica de Oliveira. Os sistemas de avaliação da prova e o processo penal brasileiro. Revista de Direito da Universidade Federal do Paraná, v. 39. 2003, p. 112.

probatória se destinava a produzir a certeza legal. O juiz estava preso ao formalismo e ao valor tarifado das provas, impedido de observar positivamente os fatos e constrangido a dizer a verdade conforme ordenava a lei que o fosse.

A lei preestabelecia quais provas deveriam comprovar a veracidade de determinado fato e qual o valor dos diferentes meios probatórios. Impedia que o juiz emitisse qualquer juízo de valor, ou analisasse os fatos com o intuito de buscar a verdade real dos acontecimentos. Desta maneira, tomando como exemplo a prova testemunhal produzida na idade média, em que o testemunho de dez servos era equivalente a de um nobre, por mais que o julgador percebesse a veracidade do depoimento do servo, teria que decidir em conformidade a esta proporção.

2.1.2 Sistema de Livre Convicção (Convencimento Moral ou Íntimo) ou Sistema de Livre Apreciação

Segundo Andréa Keust Bandeira de Melo⁴² ao apreciar a prova, o Magistrado deverá observar a um critério ou sistema: a) o critério legal que se encontra totalmente superado; “[...] b) o da livre convicção prevalece é a íntima convicção do Magistrado” e [...] c) o da persuasão racional, nele, o julgamento deverá ser fruto da operação lógica, baseada nos elementos do processo.

Fruto da mais atualizada compreensão da atividade jurisdicional, prevalece entre nós, como orientação doutrinária e legislativa. Neste sistema, explica Bandeira de Melo,

[...] embora seja livre o exame das provas, não há arbitrariedade, porque a conclusão deve ligar-se logicamente à apreciação jurídica daquilo que restou demonstrado nos autos e o juiz não pode fugir dos meios científicos que regulam as provas e sua produção, nem tampouco às regras da lógica e da experiência.

Verifica-se neste sistema, caracterizado pela soberania conferida ao julgador em relação à apreciação das provas e ao questionamento da verdade, é dada ao magistrado a discricionariedade de decidir conforme sua convicção, que pode até mesmo ser formada com base em uma ciência privada, causando, em não poucas vezes, situações arbitrárias ao julgar com elementos estranhos à lide. Não há limitação legal na formação de seu convencimento, dispensando-se, inclusive, a motivação das decisões. Estes “poderes” atribuídos ao agente

⁴² MELO, Andréa Keust Bandeira de. **Da prova pericial e as reformas trazidas pela Lei 8.952 de 13.12.94.** Revista dos Trib. Reg. Trab. 13. Reg. João Pessoa, v. 4, n. 1, p. 1-254, 1996, p. 28.

estatal tornam-se tão ilimitados a ponto de, segundo Barbi⁴³ se “[...] considerar o depoimento de uma testemunha, como capaz de suplantar o valor de uma escritura pública, ou admiti-lo como bastante para provar determinada obrigação, independentemente do valor econômico desta.”

2.1.3 Sistema do Livre Convencimento Motivado ou Sistema Misto ou da Persuasão Racional

O Brasil adotou o Sistema do Livre Convencimento Motivado, também chamado de modelo misto, ou ainda da persuasão racional, é o sistema de avaliação de prova que foi adotado pelo Código de Processo Penal brasileiro em seu artigo 157 que deve ser lido conjuntamente com o art. 93, IX da Constituição Federal.

Segundo Hartmann⁴⁴ existem dois exemplos que comprovam ainda a existência do tarifamento legal no Sistema Processual penal brasileiro, são os arts. 155 e 158 do Código de Processo Penal.

2.2 O Código de Processo Penal e as Modificações da Lei N° 11.690/2008

Segundo Eugênio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli⁴⁵ a dogmática aborda os princípios, os fundamentos gerais do Direito Penal, a teoria do delito. "A teoria do delito é uma construção dogmática que nos proporciona o caminho lógico para averiguar se há delito em cada caso concreto", mas, principalmente, se pode haver delito no caso “sub judice”, se é dado ao Legislador tipificar a conduta como criminosa, a Polícia Judiciária investigar, o Ministério Público imputá-la como tal e ao Judiciário assim sancioná-la. A “persecutio criminis” sustenta-se na apuração do crime (materialidade) e na averiguação dos culpados (autoria).

A Carta Magna demonstra a obrigatoriedade da persecução fixou no art. 129, I, ser

⁴³ BARBI, Celso Agrícola. **Comentários ao código de processo civil**: Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991, v. 1, p. 533.

⁴⁴ HARTMANN, Érica de Oliveira. **Os sistemas de avaliação da prova e o processo penal brasileiro**. Revista de Direito da Universidade Federal do Paraná, v. 39. 2003, p. 199.

⁴⁵ ZAFFARONI, Eugênio Raúl e PIERANGELI, José Henrique. **Direito Penal Brasileiro**, RT, 1997, p. 386 In: Teoria Geral do Delito pelo Colarinho Branco - Direito Penal Econômico, Edição 2013, Revista e Ampliada p. 22. Disponível em: <http://www.crimesdocolarinhobranco.adv.br/livro/i-parte-geral/i-iii-da-dogmatica-tipicidade-ilicitude-culpabilidade-e-devido-processo-legal-www.crimesdocolarinhobranco.adv.br>. © 2006 Desenvolvimento Tecmedia - Crimes do Colarinho Branco Acesso em: 31/07/2013.

privativo do Ministério Público o exercício da ação penal pública. Dispôs ainda que a ação deve ser pública e excepcionalmente de iniciativa privada.

O Professor Luigi Ferrojoli ao tratar do direito subjetivo da Sociedade, nos crimes de colarinho branco,

[...] dada a abstração das vítimas, vez que difusas, alheias à epidérmica sensibilização do "*locus delicti*". Desconhece-se portanto, o direito subjetivo da vítima, a Sociedade - inexorável contraposição ao monopólio da Justiça que ela outorgou ao Estado -, à "persecução criminis." Há, portanto, direito subjetivo da Sociedade - garantia social - à persecução penal (ação penal), de idêntico status às garantias individuais do perseguido.

A persecução penal brasileira possui uma fase extrajudicial (administrativa) destinada à formação preliminar da culpa. Essa fase inicial é, em regra, desenvolvida pelo Poder Executivo, por meio da polícia civil, formalizada e instrumentalizada no inquérito policial. O inquérito policial, como verdadeiro procedimento, não apenas informa o *dominus litis*, como também produz provas insuscetíveis de repetição em juízo.

Para Aury Lopes Júnior⁴⁶, a ideia originária do projeto de reforma relacionava-se ao sistema acusatório, onde o valor dos elementos no curso do inquérito policial somente serve para fundamentar medidas de natureza endoprocedimental e, no momento da admissão da acusação, para justificar o processo ou o não-processo no caso de arquivamento

A reforma processual penal levada a efeito pela Lei n. 11.690/2008, o artigo 155 do Código de Processo Penal Brasileiro passou a contar com a seguinte redação:

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.

A Lei nº 11.690/2008 determinou nova redação aos artigos 155, 156, 157 e seguintes do CPP. Dispõe o dispositivo legal no Art. 155:

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

Precisa ser provado o fato narrado pela acusação e defesa; os costumes (exemplo:

⁴⁶ LOPES JÚNIOR, Aury. **Sistemas de investigação preliminar no processo penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 202-203.

“repouso noturno” depende do costume); regulamentos e portarias. Se a portaria é o complemento de uma norma penal em branco, presume-se que o juiz a conheça, não há necessidade de juntá-la ao processo (exemplo: portaria sobre drogas); direito estrangeiro; direito estadual e municipal, mas apenas do lugar diverso da jurisdição competente; fato não contestado (incontroverso). Por esta razão, a revelia no processo penal não possui o efeito de se reputarem verdadeiros contra o réu os fatos alegados.

Determina o Parágrafo único da Lei nº Lei 11.690/2008 que “somente quanto ao estado das pessoas serão observadas as restrições estabelecidas na lei civil”. O art. 156 do Código de Processo Penal passou a dispor⁴⁷:

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.

Embora a Constituição tenha vedado a admissão da prova ilícita, não se manifestou sobre a prova ilícita obtida por derivação, art. 157, § 1º do Código de Processo Penal Brasileiro, acrescentado pela Lei nº 11.690/2008⁴⁸. Tanto a doutrina como a jurisprudência se inclinam no sentido de relativizar o art. 5º, LVI da Constituição Federal diante de situações excepcionais e em casos de extrema gravidade, quando o direito tutelado for mais importante que aquele atingido, de acordo com o princípio da proporcionalidade, como também, pelo princípio do estado de inocência, quando a prova ilícita é utilizada *pro reo*.

A Lei nº 11.690/08 introduziu modificações na sistemática penal de probatória, entre elas, o reconhecimento da teoria dos frutos da árvore envenenada (*fruits of the poisonous tree*) no art. 157, § 1º, do Código Processual Penal, atribuiu-se também maior significado ao princípio da identidade física do juízo processo penal (art. 399, § 2º, CPP) quanto ao procedimento relacionado à produção de provas.

O problema que continua a provocar a atenção dos processualistas (em doutrina e jurisprudência), em direito processual penal e constitucional, é a teoria da admissibilidade de

⁴⁷ Redação anterior do Art. 156, “A prova da alegação incumbirá a quem a fizer; mas o juiz poderá, no curso da instrução, ou antes, de proferir sentença, determinar, de ofício, diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.”

⁴⁸ Art. 157, § 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.

provas ilícitas em favor da acusação (*pro societate*) no processo penal, desprestigiada, por doutrinadores brasileiros e que será tratada mais adiante.

Outros valores podem interferir na admissão da prova a despeito da violação a normas constitucionais ou legais, segundo HÉLVIO SIMÕES VIDAL⁴⁹

[...] em razão da gravidade do fato objeto da prova e dos relevantes interesses em jogo no caso concreto. Nesse sentido, a *teoria dos frutos da árvore envenenada* sofre o impacto do trabalho interpretativo fundado no escopo de proteção da norma e da admissão da prova lícita hipotética, cuja disciplina legal se encontra no art. 157 do CPP, com as modificações dadas pela Lei nº 11.690/2008.

Na inovação legislativa o legislador assume posição expressa quanto ao tipo específico de sanção aplicável caso haja violação da norma constitucional ou legal, ou seja, a impossibilidade de utilização da prova.

A disciplina geral das provas, com ênfase à licitude da mesma, é percebida em outras inovações da reforma processual, com a adoção do sistema da inquirição direta e por videoconferência com o objetivo de imprimir agilidade à produção da prova oral, mas a um só tempo, atribuir maior fidelidade aos depoimentos.

Antes da reforma instituída pela Lei nº. 11.690/2008, o sistema de inquirição das testemunhas era o presidencialista, no qual as perguntas das partes eram dirigidas ao juiz, que as formulava à testemunha. Com a alteração do art. 212 do CPP e seu parágrafo único; foi adotado o sistema da inquirição direta com o cruzamento de informações *cross-examination*, de origem norte-americana, onde a inquirição das testemunhas ocorre diretamente pelas partes, sem o intermédio do juiz, que, ao final, poderá complementar o ato instrutório. O juiz exercerá a função fiscalizatória, indeferindo as perguntas: a) que possam induzir a determinada resposta; b) que não tenham relação com a causa; e c) que importem repetição de outra já respondida.

Outra inovação da reforma do CPP foi a possibilidade de inquirição da testemunha por videoconferência. Somente na impossibilidade da realização da inquirição da testemunha por videoconferência é que o juiz determinará a retirada do réu da sala – o que anteriormente constituía-se na primeira alternativa em tais situações –, prosseguindo na inquirição com a presença do defensor do acusado.

⁴⁹ VIDAL, HÉLVIO SIMÕES. **Comentários à jurisprudência – provas ilícitas e a extensão dos seus efeitos (Fernwirkung der Beweisverbote)**, De jure – Revista Jurídica do Ministério Público de Minas Gerais. N. 11, p. 208-214, jul./de 2008. Disponível em: <http://aplicacao.mp.mg.gov.br/xmlui/jandle/123456789/106>. Acesso em: 15/04/2013.

O Supremo Tribunal Federal, no entanto, num julgamento histórico HC 88914/SP⁵⁰, decidiu que o interrogatório por videoconferência viola a ampla defesa, a regra, agora, é que o réu participe da produção da prova oral. O réu pode, presente na audiência, com sua participação física, para auxiliar seu advogado na sua defesa, causar humilhação, temor, ou sério constrangimento à testemunha ou ao ofendido, de modo que prejudique a verdade do depoimento, somente na impossibilidade dessa forma, o juiz determinará a retirada do réu, prosseguindo na inquirição com a presença do seu defensor (Art. 217, CPP).

2.3 Ônus da Prova

O ônus da prova, segundo Kay Ambos⁵¹, somente pode ser distribuído entre as diferentes partes em um tipo de procedimento que deixa a responsabilidade da produção e apresentação da prova nas mãos dessas partes. No sistema acusatório, como no inglês, o ônus da prova quanto à culpa corresponde normalmente à acusação, mas quanto a outros elementos, em razão do princípio geral do *common law*, o ônus corresponde a parte que

⁵⁰ Depois dos julgamentos dos mandados de segurança, o Supremo Tribunal Federal, competente para o julgamento do Presidente da República nas infrações penais comuns, julgou a Ação Penal nº 307-3, em que são autor o Ministério Público Federal e réus o ex-Presidente da República Fernando Collor e outros, aos quais foram imputados crimes de corrupção passiva e outros previstos no Código Penal. O longo julgamento, realizado durante 4 sessões, suspenso três vezes “em face do adiantado da hora”, ensejou muitas questões preliminares e de ordem e esclarecimentos sobre matéria de fato, antes da decisão do mérito. O acórdão da Ação Penal também é apresentado na íntegra. A respeito, do voto do Ministro Celso de Mello, no julgamento histórico da Ação Penal (APn 307-3): "Inicialmente, aduziu-se que a defesa pode ser exercitada na conjugação da defesa técnica e da autodefesa, esta, consubstanciada nos direitos de audiência e de presença/participação, sobretudo no ato do interrogatório, o qual deve ser tratado como meio de defesa. Nesse sentido, asseverou-se que o princípio do devido processo legal (CF, art. 5º, LV) pressupõe a regularidade do procedimento, a qual nasce da observância das leis processuais penais. Assim, nos termos do Código de Processo Penal, a regra é a realização de audiências, sessões e atos processuais na sede do juízo ou no tribunal onde atua o órgão jurisdicional (CPP, art. 792), não estando a videoconferência prevista no ordenamento. E, suposto a houvesse, a decisão de fazê-la deveria ser motivada, com demonstração de sua excepcional necessidade no caso concreto, o que não ocorrera na espécie. Ressaltou-se, ademais, que o projeto de lei que possibilitava o interrogatório por meio de tal sistema (PL 5.073/2001) fora rejeitado e que, de acordo com a lei vigente (CPP, art. 185), o acusado, ainda que preso, deve comparecer perante a autoridade judiciária para ser interrogado. Entendeu-se, no ponto, que em termos de garantia individual, o virtual não valeria como se real ou atual fosse, haja vista que a expressão “perante” não contemplaria a possibilidade de que esse ato seja realizado on-line. Afastaram-se, ademais, as invocações de celeridade, redução dos custos e segurança referidas pelos favoráveis à adoção desse sistema. Considerou-se, pois, que o interrogatório por meio de teleconferência viola a publicidade dos atos processuais e que o prejuízo advindo de sua ocorrência seria intuitivo, embora de demonstração impossível. Concluiu-se que a inteireza do processo penal exige defesa efetiva, por força da Constituição que a garante em plenitude, e que, quando impedido o regular exercício da autodefesa, em virtude da adoção de procedimento sequer previsto em lei, restringir-se-ia a Documento: 973237 - Inteiro Teor do Acórdão - Site certificado - DJ: 02/08/2010 Página 1 de 11 Superior Tribunal de Justiça defesa penal". (STF - HC 88914/SP, Rel. Min. Cezar Peluso, 14.8.2007 - Informativo n.º 476). Habeas Corpus concedido.

⁵¹ AMBOS, Kai. **O uso transnacional da prova obtida por meio de tortura**. Panóptica. 2012/2011. Ano 4, n. 20. Tradição do Espanhol: LIMA, Saulo Lugon Moulin. Disponível em: http://www.panoptica.org/op20/20_5.pdf. Acesso em: 08/04/2012.

alegar. No sistema inquisitivo ou dirigido por um juiz, como no alemão, sempre é o Estado (o Ministério Público ou o Juiz), e não as partes, quem deve investigar o assunto. Embora o réu possa oferecer provas importantes, o tribunal é independente para produzir a prova que deseja. O juiz está obrigado a investigar os fatos “*ex officio*”, estendendo a recepção da prova a todos os fatos relevantes para o caso.

A questão do ônus de prova esta relacionada com a modalidade da prova. Enquanto em um sistema acusatório se deve exigir desde o principio uma mudança no ônus de prova, em um sistema inquisitivo, por sua vez, a questão não trata do ônus, mas sim do meio de prova, já que a primeira sempre recai sobre o Estado (tribunal).

O Brasil, a partir da Constituição de 1988, adotou institutos que o inserem no sistema acusatório, revelando a preferência da verdade processual em lugar da verdade real, outrora com caráter absoluto e inquisitorial, as funções investigatórias e acusatórias, assim como a fixação do ônus probatório devem ser previamente definida. A regra é a de que o ônus da prova incumbe à parte que alega o fato (art. 156 do CPP), entretanto, em razão de interesses indisponíveis surgidos no processo, ainda seja facultado ao juiz, de ofício determinar a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.

Não incumbe à defesa o ônus da prova inequívoca sobre as excludentes, beneficiando-lhe a dúvida - *in dubio pro reo* -, *ipso jure*, basta semear a incerteza e exacerbar a presunção de inocência, arguirá que também cumpre à acusação demonstrar a inexistência das excludentes alegadas. A ilicitude (incluindo também a ilegitimidade) da prova que, além de inepta a embasar veredicto condenatório, impõe o desentranhamento dos autos (STF, HC , Rel. Min. Maurício Corrêa, RT 744/510 e RTJ 164/1.010), nos crimes de colarinho branco, “[...] onde a “*persecutio criminis*” viabiliza-se apenas mediante prova invasiva da persona investigada (v.g., dados pessoais, bancários, fiscais, telefônicos, busca e apreensão domiciliar, etc.”⁵²

O art. 156 do Código de Processo Penal passou a dispor⁵³:

⁵² **Teoria geral do delito pelo colarinho branco** - Direito Penal Econômico, Edição 2013, Revista e Ampliada p. 39. Disponível em: <http://www.crimesdocolarinhobranco.adv.br/livro/i-parte-geral/i-iii-da-dogmatica-tipicidade-ilicitude-culpabilidade-e-devido-processo-legal-www.crimesdocolarinhobranco.adv.br>. © 2006. Desenvolvimento Tecmedia - Crimes do Colarinho Branco Acesso em: 31/07/2013.

⁵³ Redação anterior do Art. 156, “A prova da alegação incumbirá a quem a fizer; mas o juiz poderá, no curso da instrução, ou antes, de proferir sentença, determinar, de ofício, diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.”

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.

Segundo Marques⁵⁴ o “onus probandi” cabe a quem os fatos aproveita:

O Ministério Público deve provar a prática do fato típico. Feita essa demonstração fundamental, segue-se o juízo de valor sobre a ilicitude da conduta tipificada. Existindo uma causa excludente da antijuridicidade, o fato típico não será ilícito.

Ao réu porém, incumbe provar a existência dessa causa excludente da ilicitude, para que demonstre ter agido ‘secundum jus’. Não lhe cumpre, porém, como lembra Robert Voun, trazer ‘uma prova plena e completa em apoio de sua defesa’, porquanto a prova insuficiente pode mostrar ser provável a existência da causa excludente e justificar assim a absolvição ‘*pour la raison que lê doute profite à l’inculpé est presume innocent*’.

Idêntico fenômeno ocorre com ônus da prova no tocante às causas de exclusão da culpabilidade...

2.4 Sistema Alemão (Beweisverbote)

A *Beweisverbote*, teoria das “proibições probatórias” de Ernest Beling, foi publicada na Alemanha em 1903, influenciado pelo pensamento alemão no começo do século XX. A idéia fundamental dessa teoria, segundo Kai Ambos⁵⁵ é que “[...] a busca da verdade dentro da investigação processual tem limites, devidos aos interesses conflitantes de ordem coletiva e individual. A determinação destes limites depende principalmente da posição que o ordenamento jurídico outorga ao indivíduo frente ao poder”⁵⁶.

Segundo Mendroni:⁵⁷ “[...] a teoria está alicerçada nos direitos individuais – materiais constitucionais dos cidadãos, sobretudo com o intuito de protegê-los (*Rechtstaatlichkeit*) e visam uma construção sistemática do direito das proibições de prova. Tem estrutura baseada na proteção da dignidade humana, do livre desenvolvimento da personalidade, da inviolabilidade do segredo de correspondência, das telecomunicações e do

⁵⁴ MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. Volume II, Editora Millennium, 2000, p. 347. In: Teoria Geral do Delito pelo Colarinho Branco - Direito Penal Econômico, Edição 2013, Revista e Ampliada p. 41. Disponível em: <http://www.crimesdocolarinhobranco.adv.br/livro/i-parte-geral/i-iii-da-dogmatica-tipicidade-ilicitude-culpabilidade-e-devido-processo-legal-> www.crimesdocolarinhobranco.adv.br/. © 2006 Desenvolvimento Tecmedia - Crimes do Colarinho Branco Acesso em: 31/07/2013.

⁵⁵ AMBOS, Kai. **O uso transnacional da prova obtida por meio de tortura**. Panóptica. 2012/2011. Ano 4, n. 20. Tradição do Espanhol: LIMA, Saulo Lugon Moulin. Disponível em: http://ww.panoptica.org/op20/20_5.pdf. Acesso em: 08/04/2012.

⁵⁶ Ibidem. Acesso em: 08/04/2012.

⁵⁷ MENDRONI. A "**exclusionary rule**" do sistema norte-americano. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, IX, n. 25, jan 2006. Acesso em 19/05/2012.

domicílio. São meios processuais de tutela do direito material que buscam a prevenção do dano social e a garantia dos bens jurídicos individuais constitucionais.”

Para Mendroni⁵⁸ “[...] a teoria não busca a prevenção pela repressão; mas a análise de valoração do caso concreto em termos comparativos com a situação de direito e garantia individual que se procurou proteger que os alemães chamam de Princípio da Proporcionalidade Constitucional, ou *Verhältnismäßigkeitsgrundsatz*. Significa dizer que em análise comparativa de âmbito constitucional será aferido qual tem maior peso para concluir a respeito da proibição ou não da apresentação e apreciação da prova em Juízo.”

A ideia fundamental dessa teoria, segundo Kai Ambos:⁵⁹, “[...] é que a busca da verdade dentro da investigação processual tem limites, devidos aos interesses conflitantes de ordem coletiva e individual” a determinação destes limites depende principalmente da posição que o ordenamento jurídico outorga ao indivíduo frente ao poder estatal. Como expôs o Supremo Tribunal de Justiça Alemão (Bundesgerichtshof): “Se o fim de um tribunal penal é descobrir a verdade, em um Estado constitucional a verdade não pode ser perseguida a qualquer preço”. Portanto, o acusado é conhecido e respeitado como um sujeito de direitos e não simplesmente como o objeto dos processos penais. Sua liberdade de decisão e ação é intangível e invulnerável, isto é, não pode ser menosprezada nem manipulada. A manipulação da livre vontade do acusado mediante ameaças, coerção, fraude ou outro meios similares deve ser proibida e esta proibição deve ser efetivada mediante sanções adequadas.”

A estrutura do processo penal no Estado Democrático de Direito concede ao acusado o poder de influenciar na decisão judicial e a noção de proteção aos direitos individuais está intimamente ligada à premissa de que o direito penal e o processo penal devem garantir o mínimo de proteção ao cidadão, mesmo quando suspeito ou acusado pela prática de um crime.

Contudo, as proibições da prova não possuem somente o caráter de proteger os direitos individuais e reagir diante de sua violação mediante a exclusão da prova obtida ilegalmente em desfavor do acusado. As proibições probatórias também carregam uma dimensão coletiva ao preservar a integridade constitucional da ordem legal, especialmente mediante a garantia e realização de um julgamento justo.

Kai Ambos⁶⁰, afirma que “[...] em 1961, muito depois de Beling, foi reconhecido

⁵⁸ MENDRONI. A "exclusionary rule" do sistema norte-americano. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, IX, n. 25, jan 2006. Acesso em 19/05/2012.

⁵⁹ Ibidem: Acesso em: 08/04/2012.

⁶⁰ AMBOS, Kai. O uso transnacional da prova obtida por meio de tortura. Panóptica. 2012/2011. Ano 4, n. 20. Tradição do Espanhol: LIMA, Saulo Lugon Moulin. Disponível em: http://www.panoptica.org/op20/20_5.pdf. Acesso em: 08/04/2012.

pela Suprema Corte de Justiça dos Estados Unidos, ao explicar a regra da exclusão, equivalente a doutrina das proibições probatórias, pelo “imperativo da integridade judicial”, desenvolvido por terceiros para a “integridade moral”. Segundo o autor:

[...] efeito colateral (positivo) das regras de exclusão poderia ser o impacto disciplinar que estas regras poderiam impor nas autoridades investigadoras, porém este efeito não pode ser seu propósito principal, já que existem procedimentos administrativos específicos para sancionar a conduta ilegal dos agentes oficiais.

O importante aqui é que o interesse público ou estatal em descobrir a verdade em um julgamento criminal pode ser compensado pelos interesses privados protegidos, como garantias fundamentais ou direitos, ou inclusive pelo interesse coletivo na integridade dos processos criminais e pela ordem constitucional. Este enfoque individual-coletivo, para Ambos, “[...] também é seguido em nível internacional, particularmente ao se considerar o possível efeito do uso da prova “contaminada” na integridade dos processos.”

O sistema em questão, das proibições probatórias ou das regras de exclusão, pode gerar tensões entre a justiça material (aplicação do *jus puniendi*) e a justiça processual (proteção dos direitos e da integridade judicial). Essas tensões poderiam segundo Ambos, “[...] ocasionar uma relação conflitante entre o interesse no funcionamento de uma administração da justiça penal determinada pela investigação e punição efetiva dos delitos, e , a proteção dos direitos fundamentais do acusado e da integridade do sistema em seu conjunto.”

Entretanto, Kay Ambos⁶¹ salienta que “[...] não permite uma regra inflexível, pois muitas vezes se requer uma ponderação dos interesses, o que conduz a decisões que raramente satisfazem a ambas as partes igualmente.” Para ele, “[...] regras baseadas em princípios constitucionais que regem o uso da prova obtida ilegalmente e suas consequências, são o preço que um Estado constitucional regido pelos princípios do Estado de Direito, um verdadeiro *Rechtsstaat*, deve estar disposto a pagar se quer estar a altura da sua própria lei.”

⁶¹ AMBOS, AMBOS, Kai. **O uso transnacional da prova obtida por meio de tortura**. Panóptica. 2012/2011. Ano 4, n. 20. Tradução do Espanhol: LIMA, Saulo Lugon Moulin. Disponível em: http://www.panoptica.org/op20/20_5.pdf. Acesso em: 08/04/2012.

2.5 Sistema Americano

2.5.1 A Teoria da Árvore dos Frutos Envenenados - *fruits of the poisonous tree theory*

Advinda do direito norte americano a Teoria da Árvore dos Frutos Envenenados tem em seu nascimento em um preceito bíblico de que a árvore envenenada não pode dar bons frutos, ou seja, a prova ilícita originária ou inicial contaminaria as demais provas decorrentes. Porém, esta teoria não é absoluta sob a ótica do Direito Americano havendo limitações a sua aplicação. Sob a ótica do Direito americano, a doutrina da Árvore dos Frutos Envenenados reconhece quatro exceções, ou limitações a sua aplicação.

No reconhecimento da teoria da árvore dos frutos envenenados, no art. 157, § 1º, do Código Processual Penal, explica Medeiros⁶² que importa saber para aplicação dessa teoria quando determinada prova pode ser considerada derivada de outra e quando essa pode ser considerada independente. Assim, se a prova derivada poderia ter sido produzida independentemente da obtenção da prova ilícita, não há razão para negar eficácia àquela. Podendo ser oriunda de uma "fonte autônoma de prova" (independent source rule), pode a prova ser utilizada no processo, ainda que concretamente derivada de prova ilícita (STF, 2ª Turma, RHC 90.376/RJ, rel. Min. Celso de Mello, j. em 03.04.2007, DJ 18.05.2007, p.113). Do mesmo modo, se o descobrimento da prova derivada era inevitável (inevitable discovery) não há razão para negar-se eficácia à prova derivada, que aí se desvincula da prova ilícita:

O Supremo Tribunal Federal - STF adotou, por maioria, a teoria das árvores dos frutos envenenados, segundo a qual a prova lícita, derivada de uma prova ilícita, também é contaminada por esta. A doutrina e a jurisprudência se inclinam no sentido de suavizar o preceito constitucional estabelecido no artigo 5º, inciso LVI, diante de situações excepcionais e em casos de extrema gravidade, quando o direito tutelado é mais importante que aquele atingido, de acordo com o princípio da proporcionalidade, como também, pelo princípio do estado de inocência, quando a prova ilícita é utilizada *pro reo*. O inciso LVI art. 5º, CF/88, não se aplica às provas obtidas por meio ilegítimo. Tais provas são enfrentadas pelo “sistema de nulidades”. Não é necessário retirá-las do processo (seria se fossem inadmissíveis), mas apenas anulá-las ou retificá-las.

O presente entendimento foi utilizado como base para diversos julgados, os quais

⁶² MEDEIROS, Júlio. **O mito da proibição de provas ilícitas "pro societate" no processo penal**. Jus Navigandi, Teresina, ano 15, n. 2418, 13 fev. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/14356>>. Acesso em: 7 abr. 2012.

acolheram a presente teoria negando as provas ilícitas por derivação HC 73.351, Rel. Min. Ilmar Galvão, RTJ 168/543 - HC 72.588-PB, rel. Min. Maurício Corrêa, Informativo do STF nº 35 - HC 74.299, Rel. Min. Marco Aurélio, RTJ 163/683 - HC 73.510, Rel. Min. Marco Aurélio, Informativo do STF nº 96.

A doutrina dos frutos da árvore envenenada não é considerada absoluta, tanto que o Direito americano reconheceu três exceções, ou limitações: a doutrina da atenuação (Attenuation Doctrine), a doutrina da fonte independente (Independent Source Doctrine) e a Doutrina da descoberta inevitável ou doutrina da fonte independente hipotética (Inevitable Discovery Doctrine ou Hypothetical Independent Source Doctrine). Todas as hipóteses são criações norte-americanas, algumas foram importadas.

Antonio Scarance Fernandes citado por Leme⁶³ critica o entendimento que para ele se mostra inadequado por ser extremamente limitativo e não abrange a possibilidade de pessoas ligadas a organizações criminosas, até mesmo policiais, produzirem intencionalmente uma prova ilícita para, com isso, obstar o sucesso da investigação, pois tudo o que viesse a ser obtido nessa averiguação seria considerado ilícito em virtude da contaminação ocasionada pela prova ilicitamente forjada.

2.5.2 Regras de Exclusão (Exclusionary Rules)

As regras de exclusão são uma construção jurisprudencial da Corte Americana por violações à IV, V, VI e XIV Emendas. Segundo Mendroni⁶⁴ deveriam ser preservados os direitos e garantias individuais das pessoas vítimas de atuações policiais irregulares em decorrência de buscas e apreensões. Diante disso, deveriam ser considerados nulos e não poderiam ser considerados como provas e nem estar contidos nos autos.

A Suprema Corte dos Estados Unidos interpretou a Quarta Emenda a partir de 1890, quando a maioria dos estados americanos reconheceu um ou mais dos quatro tipos distintos de invasão de privacidade, que podem ser a base para uma ação de danos civis: intrusão em isolamento; publicação de fatos privados; retratar alguém de forma falsa (mas não

⁶³ FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. In: CORRÊA, Sílvia Leme. A prova processual penal ilícita e a teoria da proporcionalidade. Dissertação (Mestrado em Direito) Setor de Ciências Jurídicas e Sociais, Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2006. Disponível em: http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/handle/1884/3082/silvia_final_bk2.pdf?sequence=1. Acesso em: 18/07/2013.

⁶⁴ MENDRONI, Marcelo Batlouni. A "Exclusionary rule" do sistema norte-americano. In: Âmbito Jurídico. Rio Grande, IX, n. 25, jan. 2006. Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_if=776. Acesso em 19/05/2012.

necessariamente difamatória); e mau uso do nome ou da imagem de um indivíduo para propósitos comerciais sem consentimento. Toda a atuação que violasse os direitos e garantias individuais, principalmente referentes à IV e XIV emendas constitucionais, referente aos preceitos relativos às buscas e apreensões e ao devido processo legal, foram respostas a abusos praticados.

No Brasil, o posicionamento da Corte Americana teve reflexos no voto do Ministro Celso de Mello, no Recurso Extraordinário 251.445-4-GO “[...] A prova ilícita – por qualificar-se como elemento inidôneo de informação – é repelida pelo ordenamento constitucional, apresentando-se destituída de qualquer grau de eficácia jurídica” (STF – RE 251.445-4-GO – Relator: Ministro Celso de Mello – DJU de 03/08/2000 – p.68).

No ano de 1914, no caso *Weelks v. United States*, explica Marco Bruno de Miranda Clementino⁶⁵: “[...] decidiram os *justices*, que a obtenção de provas em violação do domicílio afrontava a Quarta Emenda. A partir daí, estabeleceu-se a Exclusionary Rule e, portanto, a proibição de utilização de provas obtidas por meios ilícitos em cortes federais.” Segundo Clementino, verifica-se que “[...] a regra construída *on the case*, na linha da própria sistemática de fontes da *common law* e sob uma hermenêutica viva da Constituição dos Estados Unidos da América, para cuja proteção foi indiscutivelmente concebida.”

Para Frederico Sousa Barroso:⁶⁶ o sistema anglo americano, apresenta regras de exclusão de provas com a finalidade de apurar a verdade e “[...] encontram fundamento no julgamento por populares, como é notório no *commom law* os quais poderiam ser facilmente iludidos e influenciados pro provas inidôneas.”

Barroso⁶⁷ apresenta duas categorias incluídas nesse sistema: a primeira refere-se a *exclusionary rules of intrinsic policy*: relacionadas à exclusão de provas determinadas por necessidades especiais. Compõem-se de normas que tutelam a idoneidade da prova. Exemplo: capacidade de testemunhar de certas pessoas (crianças, doentes mentais, etc.); vedação de testemunhas auriculares; vedação de provas relacionadas aos antecedentes do acusado; ouvida de opinião das testemunhas. A segunda categoria, *exclusionary rules of extrinsic policy*:

⁶⁵ CLEMENTINO, Marco Bruno de Miranda. **As provas obtidas por meios ilícitos e a reforma processual penal**. FIDES: Revista de Filosofia do Direito, do Estado e da Sociedade, ISSN-e 2177-1383, Vol. 1, n. 1, 2010, p. 50-60.

⁶⁶ BARROSO, Frederico Sousa. **Provas ilícitas**: Confronto entre as liberdades públicas e a efetividade do processo judicial. Revista da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Brasília. ano. 12. Edição Especial, abr. 2004. Disponível em: <http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/AS%20PROVAS%20IL%20C3%DCITAS.pdf>. Acesso em: 21/11/2012.

⁶⁷ *Ibidem*: 2004. Acesso em: 21/11/2013.

baseia-se na exclusão de provas por motivos políticos, compõem-se de normas que tutelam os direitos e as garantias do cidadão. Subdividem-se em *privileges* ou exclusões decorrentes de violações a direitos. Exemplo: direito á assistência de advogado, direito à intimidade e inviolabilidade do domicílio e das comunicações.

2.6 Sistema Espanhol

A Espanha com um sistema jurídico de origem romano germânica e estrutura constitucional semelhante à brasileira, segundo Thiago André Pierobom de Ávila⁶⁸.

Jorge Eduardo Vázquez Rossi citado por Sílvia Leme Corrêa⁶⁹ A Constituição Nacional consagra um amplo espectro de direitos individuais, acentuando a proeminência da pessoa frente ao Estado e protege determinados espaços físicos (domicílio) e formas comunicativas (papéis privados, interceptação de correspondências e telefônicas) que se encontram no âmbito de privacidade indispensável ao desenvolvimento individual.

O novo Código Processual Penal da Província de Córdoba segundo Jorge Eduardo Vázquez Rossi⁷⁰ prevê expressamente a inadmissibilidade das provas ilícitas, determinando a exclusão de prova contrária ao acusado, obtida em desrespeito às garantias constitucionais *pro reo*. A constitucional espanhola

2.7 Sistema Italiano e o Código de Processo Penal italiano

Segundo Sílvia Leme Correia⁷¹, na Itália, a utilização da prova ilícita é tratada como em inutilizabilidade da prova. A autora descreve dois aspectos do mesmo fenômeno, tanto o “vício” que contém o ato quanto o “regime jurídico” ao qual aquele é submetido. É, pois, um

⁶⁸ ÁVILA, Thiago André Pierobom de. **Provas ilícitas e proporcionalidade**: uma análise da colisão entre os princípios da proteção penal eficiente e da admissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos. Dissertação (mestrado em Direito) Faculdade de Direito da Universidade de Brasília. Brasília, 2006, p.

⁶⁹ ROSSI, Jorge Eduardo Vázquez. **Derecho procesal penal**: La realización penal. Rubinzal: Culzoni, 2004. v.2. CORRÊA, Sílvia Leme. **A prova processual penal ilícita e a teoria da proporcionalidade**. Dissertação (Mestrado em Direito) Setor de Ciências Jurídicas e Sociais, Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2006. Disponível em: http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/handle/1884/3082/silvia_final_bk2.pdf?sequence=1. Acesso em: 18/07/2013.

⁷⁰ Ibidem, 2006. Disponível em: http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/handle/1884/3082/silvia_final_bk2.pdf?sequence=1. Acesso em: 18/07/2013.

⁷¹ CORRÊA, Sílvia Leme. **A prova processual penal ilícita e a teoria da proporcionalidade**. Dissertação (Mestrado em Direito) Setor de Ciências Jurídicas e Sociais, Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2006. Disponível em: http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/handle/1884/3082/silvia_final_bk2.pdf?sequence=1. Acesso em: 18/07/2013.

tipo de invalidade que não atinge o ato em si, mas o seu “valor probatório”, impedindo-o (o ato) de servir de fundamento para a decisão judicial.

Hélvio Simões Vidal encontra igual previsão “[...] no art. 191 do Código de Processo Penal italiano, ao dispor que as provas produzidas com violação da proibição estabelecida em lei, não podem ser utilizadas (*“Le prove acquisite in violazione dei divieti stabiliti dalla legge non possono essere utilizzate”*)⁷².” No Código de Processo Penal italiano, explica Vidal, “[...] a inadmissibilidade da prova pode ser suscitada, inclusive *ex officio*, em qualquer estado ou grau do processo (art. 191, *comma 2*)”⁷³.

Para a doutrina italiana, segundo Sílvia Leme, a proibição idônea a gerar a inutilizabilidade é somente aquela prevista por uma norma processual, e não material, pois estas geram nulidades, ao atingirem o ato em si, enquanto as inutilizabilidades atingem apenas o seu valor probatório.

2.8 Sistema Português

A Constituição Portuguesa, no artigo 32, proibiu expressamente todas as provas obtidas mediante tortura, coação grave, ofensa da integridade física ou moral da pessoa, abusiva intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações.

⁷² VIDAL, Hélvio Simões. **Comentários à jurisprudência – provas ilícitas e a extensão dos seus efeitos (Fernwirkung der Beweisverbote)**, De jure – Revista Jurídica do Ministério Público de Minas Gerais. N. 11, p. 208-214, jul./de., 2008. Disponível em: <http://aplicacao.mp.mg.gov.br/xmlui/jandle/123456789/106>. Acesso em 15/04/2013, p.208-214.

⁷³ Assim, por exemplo, “[...] se o *thema probandi* é a confissão do réu, a combinação dos artigos 62 e 191 do CPP italiano é suficiente para excluir a prova de uma confissão produzida indiretamente no processo, uma vez que o referido art. 62 proíbe que o objeto da prova testemunhal seja formado sobre as declarações prestadas pelo imputado” (CRISTIANI, 1991, p. 193). Se, em relação às declarações do acusado, prestadas perante a autoridade policial, existe, por motivo legal, proibição de apreciação (*Beweisverwertungsverbote*), não se admite que sejam tomados depoimentos dos agentes, para testemunhar sobre o que haja declarado o próprio acusado (BEULE, 2006, p. 271); igualmente, não se admite a utilização de interceptação telefônica fora dos casos consentidos pela Lei (art. 271) e que não sejam autorizadas pelo juiz (art. 267); não se admite, igualmente, a utilização da prova em procedimento penal diverso daquele onde foi autorizada (art. 270), ou a utilização da interceptação relativa a conversação ou comunicação que tenham por objeto pessoas protegidas pelo segredo, em razão de ministério, ofício, função ou profissão, salvo quando tenham deposto sobre esses fatos, cujo conhecimento se deu em razão da respectiva atividade, ou os tenham, de outro modo, divulgado (art. 271). A sanção respectiva, para a violação à lei (art. 271 *comma 3*), é a destruição da prova (DALIA; FERRAIOLI, 1992, p. 380-381). O problema do encontro fortuito da prova (*Zufallsfunde*), ou seja, com a autorização da interceptação telefônica para apurar fato determinado, depara-se com a prova de outros fatos ou de crime praticado por terceira pessoa, será permitida que essa seja utilizada no processo (BEULE, 2006, p. 282-283).

2.9 Sistema Inglês

No Sistema Inglês, segundo Sílvia Leme Corrêa⁷⁴ prevalece a possibilidade de utilização das provas ilegalmente obtidas. À justiça criminal cabe perquirir como ocorreram os fatos para melhor julgá-los e não como a prova foi obtida. No entanto, para Antonio Magalhães Gomes Filho tais provas podem ser excluídas, discricionariamente, pelo juiz, mas essa atitude não se constitui uma regra geral. César Dario Mariano da Silva completa que “aquela pessoa que obtiver uma prova de maneira ilícita deverá ser punida, caso a sua conduta seja criminosa”.

2.10 Exceções ao direito de exclusão da prova obtida por meios ilícitos

Segundo Ramos⁷⁵ existe três grandes correntes de entendimento, salvo pequenas variantes, tidas como as fundamentais:

A **Teoria Proibitiva ou Obstativa** propõe pela inadmissibilidade absoluta da prova obtida por meio ilícito e apoia-se no fato de que a prova ilícita deve ser sempre rejeitada, fundamentada no argumento de que a própria Constituição, ao vedar o uso da referida prova, retirou a matéria da discricionariedade do julgador e vedou assim a possibilidade de ponderação.

Corroboram com essa teoria Heleno Cláudio Fragoso e José Frederico Marques, entendem os doutrinadores que são preferíveis um crime ficar impune a se outorgar eficácia à prova que o desvendou, quando colhida com violação dos direitos fundamentais do acusado.

A maior parte da doutrina posiciona-se nesse sentido, pois o julgador no caso em concreto deve sopesar os valores e interesses em conflito a fim de verificar qual preponderará no caso.

A **Teoria Permissiva** entende que a prova obtida ilicitamente sempre deverá ser reconhecida no ordenamento jurídico, fundamenta no fato de que o ilícito se refere ao meio de obtenção da prova e não ao seu conteúdo, pois a finalidade do processo penal é a busca pela

⁷⁴ CORRÊA, Sílvia Leme. **A prova processual penal ilícita e a teoria da proporcionalidade**. Dissertação (Mestrado em Direito) Setor de Ciências Jurídicas e Sociais, Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2006. Disponível em: http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/handle/1884/3082/silvia_final_bk2.pdf?sequence=1. Acesso em: 18/07/2013

⁷⁵ RAMOS, Maíra Silva da Fonseca. **A prova proibida no processo penal: as conseqüências de sua utilização**. BuscaLegis.ufsc.br. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7432>. Acesso 08/04/2012.

verdade real, e se a prova mesmo que obtida ilegalmente demonstrar ao juiz esta verdade, não poderá ser a prova extirpada do processo.

Contudo, aquela pessoa que obtiver uma prova de maneira ilícita deverá ser punida, caso sua conduta caracterize uma infração penal, são coisas diferentes a utilização da prova e a apuração da prática delitiva quanto a sua obtenção.

Essa teoria defendida por Hélio Tornaghi, Fernando de Almeida Pedroso e Hermenegildo de Souza Rego, entre outros doutrinadores, entendem que seria melhor admitir uma prova obtida ilicitamente, do que deixar um infrator esconder-se atrás de direitos e garantias individuais com a finalidade de praticar delitos. Na medida em que a Constituição Brasileira estatuiu a proibição da utilização da prova obtida por meios ilícitos no processo essa também não parece ser a melhor teoria.

As **Teorias Intermediárias** tem como alicerce a relatividade dos direitos e garantias fundamentais, pois, como afirma Silva:⁷⁶ "[...] não há como se reconhecer direitos absolutos e intocáveis, o que certamente nos levaria ao caos, não somente jurídico, mas também social" Todo direito por mais importante que seja, encontra seus limites, mesmo o direito a vida, cede em face do mesmo direito, tanto que em nosso Código Penal encontraremos as hipóteses em que se autoriza que a vida seja ceifada, excluindo-se a ilicitude da conduta daquele que assim procede.

Segundo Alexandre de Moraes:⁷⁷ os direitos humanos fundamentais “[...] não podem ser utilizados como um verdadeiro escudo protetivo da prática de atividades ilícitas, nem tampouco como argumento para o afastamento ou diminuição da responsabilidade penal por atos criminosos”. Para Moraes⁷⁸ “[...] os direitos e garantias fundamentais consagrados pela Constituição Federal, não são ilimitados, uma vez que encontram seus limites nos direitos igualmente consagrados pela Carta Magna” que, embora tenha vedado a admissão da prova ilícita, não se manifestou sobre a prova ilícita obtida por derivação.

O Superior Tribunal de Justiça tem entendido pela aceitação da prova ilícita *pro societate*. No julgamento do HC 3.982-RJ (RSTJ 82/321), admitiu como válida, para embasar a acusação, prova ilicitamente obtida (no caso, interceptação telefônica autorizada antes da Lei 9.296/96). Essa mesma decisão foi reafirmada no HC 4.138-RJ (Repertório IOB de

⁷⁶ SILVA, César Dario mariano da. **Provas ilícitas**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005, p. 22.

⁷⁷ MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. São Paulo: Atlas, 2002, p.170.

⁷⁸ *Ibidem*, 2002, p.170.

Jurisprudência – 1ª quinzena de julho de 1996 – n.º 13/96, p. 217) e no HC 6.129-RJ (RSTJ 90/364)

Contudo, nem toda prova ilícita *pro societate* é admissível no combate a crime hediondo. Já que o princípio da proporcionalidade impõe que sempre se leve em conta, no caso concreto, os direitos e interesses em confronto. No Brasil, o princípio da proporcionalidade é adotado, com reservas, pela jurisprudência, mais acentuadamente em matéria processual civil. Esse princípio é fortemente criticado por alguns doutrinadores. Porém, quando adotado, este pode dar margem em demasia a influência de fatores meramente subjetivos pelo julgador.

Nelson Nery Júnior⁷⁹ afirma que o princípio da proporcionalidade, deve ser utilizado apenas em situações excepcionais e em casos de extrema gravidade, em casos incomuns, onde o direito tutelado é mais importante que aquele atingido, da sua efetiva utilização:

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

Os que assim pensam, divide-se em duas ordens, uma delas, liderada pelo professor Jorge de Figueiredo Dias⁸⁰, que defende o chamado Direito Penal Secundário, a outra, desenvolvida pelo professor alemão Günter Jakobs, intitulada Direito Penal do Inimigo seria um Direito Penal despreocupado com seus princípios fundamentais, pois que não estaríamos diante de cidadãos, mas sim de inimigos do Estado. Ambas têm em comum o anseio por oferecer mecanismos de proteção à sociedade, ao Estado moderno, não nos moldes do direito penal clássico, em que está em jogo a liberdade do cidadão, devem ser observadas todas as regras garantistas, sejam elas penais ou processuais penais.

Para Kai Ambos⁸¹, “a aproximação do *common law* a admissão da prova (não de confissão) pode ser descrita como abertamente “liberal” e sem princípios, admitindo

⁷⁹ NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na constituição federal**. 4. ed. São Paulo: RT, 1997, p. 147.

⁸⁰ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Para uma dogmática do direito penal secundário. Um contributo para a reforma do direito penal nos novos espaços de intervenção**. In: D’AVILA, Fabio Roberto; SOUZA, Paulo Vinícius Sporleder (orgs.). *Direito Penal Secundário*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 25.

⁸¹ AMBOS, Kay. **O uso transnacional da prova obtida por meio de tortura**. *Panóptica*. 2012/2011, ano 4, n. 20. Acesso em: 08/04/2012.

basicamente toda prova que é considerada relevante.” Para o autor, no final do último século, esta posição tornou-se mais restritiva e permitiu aos juízes excluir a prova relevante, se ela foi obtida ilegalmente e sua admissão seria contrária a um julgamento justo ou lesionaria a regra que proíbe a auto-incriminação.

O destaque atual a considerações de princípios de direitos humanos foi efetuado com a Lei de Polícia e Prova criminal de 1984 (Police and Criminal Evidence Act 1984, PACE) e a Lei de Direitos Humanos de 1988 (Police and Criminal Evidence Act 1984, PACE), que incorporou a CEDH, especialmente seu art.6. O sistema atual pode ser descrito ainda como flexível, pois em geral a admissibilidade da prova é decidida com base em uma análise do caso concreto por meio de uma ponderação de interesses (direitos x condenação).

Na aplicação da teoria da árvore dos frutos envenenados (fruits of the poisonous tree) a prova derivada (art. 157, § 1º, do Código Processual Penal) poderia ter sido produzida independentemente da obtenção da prova ilícita, não há razão para negar sua eficácia que pode ser oriunda de uma "fonte autônoma de prova" (independent source rule). Segundo o posicionamento do Ministro Celso de Melo a prova pode ser utilizada no processo, ainda que concretamente derivada de prova ilícita. Do mesmo modo, se o descobrimento da prova derivada era inevitável (inevitable discovery) não há razão para negar-se eficácia à prova derivada, que aí se desvincula da prova ilícita:

[...] Assim, se a prova derivada poderia ter sido produzida independentemente da obtenção da prova ilícita, não há razão para negar eficácia àquela. Podendo ser oriunda de uma "fonte autônoma de prova" (*independent source rule*), pode a prova ser utilizada no processo, ainda que concretamente derivada de prova ilícita (STF, 2ª Turma, RHC 90.376/RJ, rel. Min. CELSO DE MELLO, j. em 03.04.2007, DJ 18.05.2007, p.113). Do mesmo modo, se o descobrimento da prova derivada era inevitável (*inevitable discovery*) não há razão para negar-se eficácia à prova derivada, que aí se desvincula da prova ilícita. (STF, 2ª Turma, RHC 90.376/RJ, rel. Min. Celso de Mello, j. em 03.04.2007, DJ 18.05.2007, p. 113).

2.10.1 Prova ilícita por derivação

É necessário reconhecer que a Constituição da República Federativa do Brasil, embora tenha vedado a admissão da prova ilícita, não se manifestou sobre a prova ilícita obtida por derivação. Para o professor Paulo Rangel:⁸², "[...] somos do entendimento de que a prova obtida lícitamente, através daquela colhida com infringência à lei, é admissível no processo, pois onde a lei (Constituição), não distingue, não cabe ao interprete distinguir. A Constituição não tratou da prova derivada".

⁸² RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 15. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 2008, p. 396.

Segundo Villela Júnior, Et. al.⁸³: “[...] É a prova que por si mesma é lícita. Cujas origens se baseiam numa prova ilícita. A prova ilícita por derivação é conhecida como a "teoria dos frutos da árvore envenenada" (*the fruit of poisonous tree*), criada pela Suprema Corte norte-americana, onde o vício da planta se transmite a todos os seus frutos. São os casos em que a prova deriva de outra obtida ilicitamente, isto é, provas que são lícitas em si mesmas, mas que são oriundas de alguma informação extraída de outra ilicitamente colhida. São, exemplos, a confissão colhida por meio de tortura e a interceptação telefônica clandestina.”

Verifica-se que para a Suprema Corte norte-americana as provas serão ilícitas quando obtidas por agentes públicos estaduais ou federais, por serem reputadas inconstitucionais pela Quarta Emenda que tutela os direitos individuais dos cidadãos e dispõe sobre as garantias fundamentais contra a ingerência do Estado na esfera particular do indivíduo. Trata-se, portanto, de uma forma de proteção do particular contra atos abusivos dos agentes estatais.

No Brasil, a solução dos casos é buscada na doutrina e na jurisprudência como do julgamento no Supremo Tribunal Federal do HC nº 69.912-0/RS, STF⁸⁴, deferido por maioria, que causou grande repercussão no meio jurídico. Quanto a esta decisão, ocorreu divergência entre os Ministros a propósito da aplicação da doutrina dos frutos da árvore envenenada, tendo prevalecido, por maioria, a incidência de referida doutrina. O relator do HC nº 69.912-0/RS⁸⁵, Ministro Sepúlveda Pertence, em seu voto, foi favorável ao deferimento do habeas corpus.

⁸³ VILLELA JÚNIOR, Et alii. **As provas ilícitas no ordenamento jurídico brasileiro - o princípio da proporcionalidade frente às provas ilicitamente obtidas**. Rio Branco, 2004. Disponível em: http://www.pge.ac.gov.br/site/arquivos/bibliotecavirtual/monografias/DAS_PROVASILICITAS.pdf. Acesso em: 01/02/2013.

⁸⁴ Prova ilícita: escuta telefônica mediante autorização judicial: afirmação pela maioria da exigência de lei, até agora não editada, para que, ‘nas hipóteses e na forma’ por ela estabelecida, possa o juiz, nos termos do artigo 5º, XII, da Constituição, autorizar a interceptação de comunicação telefônica para fins de investigação criminal; não obstante, indeferimento inicial do habeas corpus pela soma dos votos, no total de seis, que, ou recusaram a tese da contaminação das provas decorrentes da escuta telefônica, indevidamente autorizada, ou entenderam ser impossível, na via processual do habeas corpus, verificar a existência de provas livres da contaminação e suficientes a sustentar a condenação questionada; nulidade da primeira decisão, dada a participação decisiva, no julgamento, de Ministro impedido (MS 21.750, 24.11.93, Velloso); conseqüente renovação do julgamento, no qual se deferiu a ordem pela prevalência dos cinco votos vencidos no anterior, no sentido de que a ilicitude da interceptação telefônica – à falta de lei que, nos termos constitucionais, venha a discipliná-la e viabilizá-la – contaminou, no caso, as demais provas, todas oriundas, direta ou indiretamente, das informações obtidas na escuta (*fruits of the poisonous tree*), nas quais se fundou a condenação do paciente. (HC nº 69912-0/RS, STF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, D. J. 25.03.94, deferido, por maioria)

⁸⁵ [...] o caso demanda a aplicação da doutrina que a melhor jurisprudência americana constituiu sob a denominação de princípios dos *fruits of the poisonous tree*; é que às provas diversas do próprio conteúdo das conversações telefônicas, interceptadas, só se pode chegar, segundo a própria lógica da sentença, em razão do conhecimento delas, isto é, em conseqüência da interceptação ilícita de telefonemas [...] estou convencido de que essa doutrina da invalidade probatória do *fruit of the poisonous tree* é a única capaz de dar eficácia à garantia constitucional da inadmissibilidade da prova ilícita [...] De fato, vedar que se possa trazer ao processo a própria ‘degravação’ das conversas telefônicas, mas admitir que as informações nela contidas possam ser aproveitadas pela autoridade, que agiu ilicitamente, para chegar a outras provas, que sem tais informações, não colheria, evidentemente, é estimular e não reprimir a atividade ilícita da escuta e da gravação clandestina de conversas privadas.

Ao analisarmos o referido julgado do STF, em sede de habeas corpus, é necessário afirmar que ele trouxe ao meio jurídico o entendimento de que deve ocorrer uma compatibilização entre a ampla liberdade que o Juiz possui para apreciar a prova e a limitação ensejada pela doutrina dos frutos da árvore envenenada. Há de se atentar não mais apenas à convicção formada pelo Julgador, mas também à forma pela qual essa convicção foi buscada.

Segundo Sílvia Leme Corrêa⁸⁶ diante da dificuldade do tema, na decisão pioneira em que o Justice Oliver W. Holmes não admitiu a prova ilícita por derivação, ressaltou ele, no entanto, que a prova assim classificada não se tornaria, por isso, sagrada e inacessível. João Gualberto Garcez Ramos permitiu o advento de três posições doutrinárias com a regra de exclusão: doutrina da atenuação (Attenuation Doctrine), doutrina da fonte independente (Independent Source Doctrine) e a Doutrina da descoberta inevitável ou doutrina da fonte independente hipotética (Inevitable Discovery Doctrine ou Hypothetical Independent Source Doctrine).

2.10.2 Limitação da Fonte Independente (The Independent Source Limitation)

A primeira limitação foi aplicada no caso “Silverthorne”, na qual os fatos apurados através de uma violação constitucional não seriam, necessariamente, inacessíveis ao tribunal, desde que tivessem condições de serem provados por uma fonte independente. Os fatos levados ao conhecimento do tribunal, desde que tivessem a possibilidade de serem provados através de outra fonte independente daquela contaminada, teriam perfeitas condições de serem utilizados por não estar diretamente ligada a árvore envenenada.

Quando há duas fontes de prova, uma lícita e outra ilícita utilizam-se a fonte lícita. A ilicitude da prova fica afastada se demonstrar que a prova não é decorrente da prova ilícita, ou seja, se comprovado que não há nexo de causa e efeito com a prova ilícita. Deverá o magistrado verificar se a prova é originada ou não de fonte independente da prova ilícita. Esta teoria está positivada no § 1º do art. 157/CPP.

O órgão da persecução penal ao demonstrar que obteve legitimamente novos elementos de informação a partir de uma fonte autônoma de prova, que não guarde qualquer relação de dependência nem decorra de prova originariamente ilícita, com esta não mantém

⁸⁶ CORRÊA, Sílvia Leme. **A prova processual penal ilícita e a teoria da proporcionalidade**. Dissertação (Mestrado em Direito) Setor de Ciências Jurídicas e Sociais, Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2006. Disponível em: http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/handle/1884/3082/silvia_final_bk2.pdf?sequence Acesso em: 18/07/2013.

vínculo causal, tais dados probatórios são admissíveis, porque não contaminados pelo vício da ilicitude originária. Essa teoria é adotada pelo STF: HC 83.921⁸⁷ e RHC 90.376⁸⁸.

A exceção à doutrina dos frutos da árvore envenenada também foi invocada pela Suprema Corte norte-americana nos casos *Bynum v. US* e *US v. Crews*, em que a obtenção da prova mediante fonte independente não sofreria a influência da violação regulada na IV Emenda, tendo perfeitas condições de ser utilizada, por não estar diretamente ligada com a árvore.

O caso *Murray v. US* de 1988, serve de exemplo de exceção, quando a polícia possuía indícios suficientes para conseguir um mandado de busca, motivada pela possibilidade de ocorrência do delito de contrabando. Porém, ilegalmente, procedeu à busca sem o necessário mandado, encontrando o corpo de delito no local. A polícia retirou-se do local da busca e, sem fazer menção ao que foi encontrado, obteve do Magistrado um mandado

⁸⁷ “HC 83.921 (03/08/2004): HABEAS-CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO NA FASE INQUISITORIAL. INOBSERVÂNCIA DE FORMALIDADES. TEORIA DA ÁRVORE DOS FRUTOS ENVENENADOS. CONTAMINAÇÃO DAS PROVAS SUBSEQÜENTES. INOCORRÊNCIA. SENTENÇA CONDENATÓRIA. PROVA AUTÔNOMA. 1. Eventuais vícios do inquérito policial não contaminam a ação penal. O reconhecimento fotográfico, procedido na fase inquisitorial, em desconformidade com o artigo 226, I, do Código de Processo Penal, não tem a virtude de contaminar o acervo probatório coligido na fase judicial, sob o crivo do contraditório. Inaplicabilidade da teoria da árvore dos frutos envenenados (fruits of the poisonous tree). Sentença condenatória embasada em provas autônomas produzidas em juízo. 2. Pretensão de reexame da matéria fático-probatória. Inviabilidade do writ. Ordem denegada.

⁸⁸ “Processo: RHC 90376 RJ. Rel: CELSO DE MELLO Julgamento: 02/04/2007. Segunda Turma. DJe-018 DIVULG 17-05-2007 PUBLIC 18-05-2007 DJ 18-05-2007 PP-00113 EMENT VOL-02276-02 PP-00321 RT v. 96, n. 864, 2007, p. 510-525 RCJ v. 21, n. 136, 2007, p. 145-147. Ementa: PROVA PENAL - BANIMENTO CONSTITUCIONAL DAS PROVAS ILÍCITAS (CF, ART. 5º, LVI)- ILCITUDE (ORIGINÁRIA E POR DERIVAÇÃO) - INADMISSIBILIDADE - BUSCA E APREENSÃO DE MATERIAIS E EQUIPAMENTOS REALIZADA, SEM MANDADO JUDICIAL, EM QUARTO DE HOTEL AINDA OCUPADO - IMPOSSIBILIDADE - QUALIFICAÇÃO JURÍDICA DESSE ESPAÇO PRIVADO (QUARTO DE HOTEL, DESDE QUE OCUPADO) COMO "CASA", PARA EFEITO DA TUTELA CONSTITUCIONAL DA INVIOABILIDADE DOMICILIAR - GARANTIA QUE TRADUZ LIMITAÇÃO CONSTITUCIONAL AO PODER DO ESTADO EM TEMA DE PERSECUÇÃO PENAL, MESMO EM SUA FASE PRÉ-PROCESSUAL - CONCEITO DE "CASA" PARA EFEITO DA PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL (CF, ART. 5º, XI E CP, ART. 150, § 4º, II)- AMPLITUDE DESSA NOÇÃO CONCEITUAL, QUE TAMBÉM COMPREENDE OS APOSENTOS DE HABITAÇÃO COLETIVA (COMO, POR EXEMPLO, OS QUARTOS DE HOTEL, PENSÃO, MOTEL E HOSPEDARIA, DESDE QUE OCUPADOS): NECESSIDADE, EM TAL HIPÓTESE, DE MANDADO JUDICIAL (CF, ART. 5º, XI). IMPOSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO, PELO MINISTÉRIO PÚBLICO, DE PROVA OBTIDA COM TRANSGRESSÃO À GARANTIA DA INVIOABILIDADE DOMICILIAR - PROVA ILÍCITA - INIDONEIDADE JURÍDICA - RECURSO ORDINÁRIO PROVIDO. BUSCA E APREENSÃO EM APOSENTOS OCUPADOS DE HABITAÇÃO COLETIVA (COMO QUARTOS DE HOTEL) - SUBSUNÇÃO DESSE ESPAÇO PRIVADO, DESDE QUE OCUPADO, AO CONCEITO DE "CASA" - CONSEQÜENTE NECESSIDADE, EM TAL HIPÓTESE, DE MANDADO JUDICIAL, RESSALVADAS AS EXCEÇÕES PREVISTAS NO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL. A QUESTÃO DA FONTE AUTÔNOMA DE PROVA ("AN INDEPENDENT SOURCE") E A SUA DESVINCULAÇÃO CAUSAL DA PROVA ILCITAMENTE OBTIDA - DOCTRINA - PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - JURISPRUDÊNCIA COMPARADA (A EXPERIÊNCIA DA SUPREMA CORTE AMERICANA): CASOS "SILVERTHORNE LUMBER CO. V. UNITED STATES (1920); SEGURA V. UNITED STATES (1984); NIX V. WILLIAMS (1984); MURRAY V. UNITED STATES (1988)", v.g..

calçado apenas nos indícios previamente conhecidos. Posteriormente, de posse do necessário mandado, a polícia realizou a busca e apreendeu o contrabando. Nesta decisão, a maioria da Corte manifestou-se afirmando a necessidade da prova de que o mandado não havia sido requerido com base no que foi encontrado ilegalmente, mas apenas pelos indícios anteriores à diligência ilegal.

O Tribunal salientou que, em sentido contrário, haveria o reconhecimento de uma relação de dependência e a limitação não poderia ser aplicada. A decisão não foi unânime, já que alguns julgadores pugnaram a fundamentação da *exclusionary rule*. Os julgadores afirmaram que o reconhecimento da limitação por fonte independente poderia encorajar policiais a constatar primeiro ilegalmente o crime, para somente depois requerer, se ainda oportuno, o mandado, o que ensejaria sucesso em todos os casos. Contudo, tal fundamentação não prevaleceu, e a analisada limitação foi aplicada.

Um caso que merece atenção é o *Segura v. US*, de 1984. Policiais sem mandado entraram e permaneceram por horas na residência de um acusado, tempo em que o mandado seria providenciado com base em informações obtidas anteriormente ao ingresso ilegal na mencionada residência. A Suprema Corte norte-americana, em maioria, aplicou a limitação da fonte independente ao argumentar que as provas não possuíam correlação direta à ilegalidade realizada, mas ao mandado obtido perante o magistrado competente, sem qualquer tipo de conexão.

Há a necessidade de um exame cuidadoso para o reconhecimento da "Limitação da Fonte Independente", segundo Villela Júnior, Et alii:⁸⁹

[...] em vista da exigência da demonstração de que a prova a ser valorada pelo julgador originou-se de uma fonte autônoma, sem qualquer relação de dependência com a prova ilícita. A não ser evidenciado no processo que a prova nasceu de uma fonte independente, deverá ser aplicada a doutrina da inadmissibilidade da prova derivada, sob pena de burlar facilmente tal proibição.

2.10.3 Limitação da Descoberta Inevitável (The Inevitable Discovery Limitation)

A segunda exceção à doutrina dos frutos da árvore envenenada significa que a prova decorrente de uma violação constitucional, como a IV Emenda, poderia ser aceita desde que pudesse, inevitavelmente, ser descoberta por meios jurídicos. Caso em que a prova decorrente

⁸⁹ VILLELA JÚNIOR, Et. al. **Das provas ilícitas no ordenamento jurídico brasileiro** - o princípio da proporcionalidade frente às provas ilicitamente obtidas. Rio Branco, 2004. Disponível em: <http://www.pge.ac.gov.br/site/arquivos/bibliotecavirtual/monografias/DAS-PROVASILICITAS.pdf>. Acesso em: 01/02/2013.

de uma violação constitucional teria que ser avaliada se hipoteticamente ela viria a ser descoberta por outros meios jurídicos disponíveis.

A Teoria da Descoberta Inevitável não se impede a admissão da prova obtida por meio ilícito se tal prova teria sido descoberta inevitavelmente por meio de atividades investigatórias lícitas, sem qualquer relação com a violação analisando-se, em tese, o meio de investigação policial ou judicial, se é percebido que era inevitável a descoberta da prova ilícita derivada, poderá ser usada. Esta Teoria está positivada no § 2º do art. 157/CPP. A prova seria produzida de qualquer forma, independentemente da prova ilícita originária. Analisando-se, em tese, o meio de investigação policial ou judicial, se é percebido que era inevitável a descoberta da prova ilícita derivada, poderá ser usada. Não foram encontrados julgados no STF que adotem esta teoria.

Não se trata de saber se a prova foi ou não obtida com abstração da árvore envenenada, pois, neste caso, a prova a ser admitida no processo é inconstitucional. Em decorrência disso, é indispensável avaliar se, mesmo sendo inconstitucional, tal prova seria hipoteticamente descoberta por meios jurídicos disponíveis.

No caso *Nix v. Williams*, de 1984, ficou estabelecido que a análise hipotética da descoberta da prova por meios jurídicos não pode se basear em meras conjecturas. No caso em apreço, a Suprema Corte expôs que é ônus da acusação provar que a informação ilegalmente obtida seria, inevitavelmente, adquirida por outros meios legais, reclamaria fatos concretos, passíveis de pronta verificação.

2.10.4 Limitação da Descontaminação (The Purged Taint Limitation)

A terceira exceção à doutrina dos frutos da árvore envenenada, segundo a qual, não obstante ilícita a prova, poderá ocorrer no processo um acontecimento capaz de purgar o veneno, imunizaria os respectivos frutos conquistados. Limitação da descontaminação, inobstante a prova ser ilícita, poderá ocorrer no processo um acontecimento capaz de purgar o veneno, imunizando os respectivos frutos, como uma posterior confissão espontânea do acusado.

Na Teoria do Nexo Causal Atenuado, Limitação da Contaminação Expurgada (*Purged Taint Limitation*) ou Conexão Atenuada (*Attenuated Connection Limitation*) não existe vínculo entre a prova ilícita e a prova derivada ou, quando, este vínculo é tênue, pode-se usar a prova derivada. É quando uma prova, não obstante ser ilícita tem tal ilicitude

dissipada em virtude de um fato superveniente.

Este fato teria o poder de tornar secundária a ligação da prova com a violação da norma constitucional. Dessa forma, a intervenção de um ato independente, como a posterior confissão espontânea, e em consonância com os direitos fundamentais do acusado, tornam a aludida prova como não sendo mais considerada obtida de uma ilegalidade, pois houve quebra do nexo de causalidade com a árvore envenenada.

2.10.5 Teoria da Boa-Fé (*Good Faith*)

É considerada válida a prova obtida por meios ilícitos desde que isso não tenha decorrido da intenção da autoridade policial, que agiu de boa-fé. Essa teoria não é aceita no ordenamento jurídico brasileiro. Quando os agentes do Estado realmente acreditam que observaram as disposições legais.

Segundo Oswaldo Trigueiro do Valle Filho⁹⁰, citado por Sílvia Leme Corrêa:

[...] emblemático neste panorama o modelo *good faith*, pelo qual a iniciativa da população americana, impulsionada pela mídia, pretendia que as atividades policiais ilegais pudessem ser sanadas ante a boa-fé de seus agentes. Segundo seus defensores, a finalidade era positiva, jogando sob suspeita a atividade de juristas na proteção daquele modelo que fez da América o palco da real revolução popular *We the people*.

2.10.6 Teoria da Prova Benéfica em Prol do Acusado (*Pro Reo*)

Favor libertatis também conhecido como princípio do *favor innocentiae*, *favor libertatis*, *in dubio pro reo* ou *princípio do favor rei*, considerado como um dos mais importantes princípios do Processo Penal. Decorre do princípio da presunção de inocência e baseia-se na predominância do direito de liberdade do acusado quando colocado em confronto com o *jus puniendi*, o direito de punir do Estado. Na dúvida, sempre prevalecerá o interesse do réu. O princípio deve orientar, inclusive, as regras de interpretação, de forma que, diante da existência de duas interpretações antagônicas, deve-se escolher aquela que se apresenta mais favorável ao acusado.

⁹⁰ VALLE FILHO, Oswaldo Trigueiro do. **A ilicitude da prova: teoria do testemunho de ouvir dizer**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. In: CORREA, Sílvia Leme. A prova processual penal ilícita e a teoria da proporcionalidade. Dissertação (Mestrado em Direito) Setor de Ciências Jurídicas e Sociais, Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2006. Disponível em: http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/handle/1884/3082/silvia_final_bk2.pdf?sequence=1. Acesso em: 18/07/2013.

A prova obtida por meio ilícito deve ser considerada válida, quando for utilizada em prol do acusado. Nessa corrente, a vedação foi estabelecida como uma garantia do indivíduo, não poderia ser utilizada em seu desfavor, quando necessária para comprovar a inocência. Haveria também uma situação de exclusão da ilicitude, em razão da caracterização do estado de necessidade.

Para Medeiros⁹¹ o acusado ao fazer uso de provas ilícitas para se defender

[...] conta a seu favor com os postulados constitucionais da liberdade, da ampla defesa, do contraditório, da presunção de inocência, da dignidade da pessoa humana e com os princípios processuais penais do *favor libertatis* e da busca da verdade real (ou processual) – este último muito criticado por alguns doutrinadores.

A proibição da utilização no processo de provas ilícitas é uma garantia do particular contra o Estado. A liberdade é considerado o bem mais importante que o ser humano possui e por esta razão é resguardada constitucionalmente por vários princípios como do devido processo legal, do contraditório, da ampla defesa. Ante a decisão entre a proibição de uma prova e o direito à prova da inocência, deve prevalecer a inocência porque o Estado não tem interesse em punir um inocente.

Segundo Antônio Magalhães Gomes Filho, diante de um confronto entre uma proibição de prova

[...] ainda que ditada pelo interesse de proteção a um direito fundamental - e o direito à prova da inocência, parece claro que deva este último prevalecer; não só porque a liberdade e a dignidade da pessoa humana (núcleo axiológico da Constituição Federal) constituem valores insuperáveis na ótica da sociedade democrática, mas também porque ao próprio Estado não pode interessar a punição de um Inocente. A moderna jurisprudência norte-americana tem afirmado que o direito à prova de defesa é superior⁹².

As "Mesas de Processo Penal" do "Departamento de Direito da USP" estabeleceram, através da Súmula 50, que "podem ser utilizadas no processo penal as provas ilicitamente colhidas" desde que beneficiem a defesa. Conforme se depreende da orientação jurisprudencial constante na Súmula 50, se a prova obtida por meio ilícito é favorável à

⁹¹ MEDEIROS, Júlio. **O mito da proibição de provas ilícitas "pro societate" no processo penal.** Jus Navigandi, Teresina, ano 15, n. 2418, 13 fev. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/14356>>. Acesso em: 7 abr. 2012.

⁹² GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Direito à prova no processo penal.** São Paulo. Revista dos Tribunais, 1997, p.47. In: MEDEIROS, Júlio. O mito da proibição de provas ilícitas "pro societate" no processo penal. Jus Navigandi, Teresina, ano 15, n. 2418, 13 fev. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/14356>>. Acesso em: 7 abr. 2012. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/14356/o-mito-da-proibicao-de-provas-ilicitas-pro-societate-no-processo-penal/2#ixzz2a4S6r02U>.

Defesa, "seria um não-senso sua inadmissibilidade".

O direito à prova da inocência deve prevalecer; tanto em decorrência da liberdade como da dignidade da pessoa humana, núcleo axiológico da Constituição Federal, valores primordiais no Estado Democrático de Direito. A moderna jurisprudência norte-americana também tem afirmado que o direito à prova de defesa é superior.

Decisão que contraria esta corrente foi adotada no julgamento do Recurso Extraordinário n.º 251.445/GO, no qual foi reconhecida a nulidade processual de ação penal devido à produção da prova em violação aos direitos fundamentais de caráter substancial do réu; tratava-se de prova obtida por particular em consultório odontológico, consistente em fotografias entregues à polícia e que embasaram a ação penal por abusos sexuais praticados contra menores⁹³.

José Carlos Barbosa Moreira⁹⁴ também critica a corrente que admite a prova ilícita em favor da defesa do réu ao questionar o tratamento diferenciado que a defesa, ao contrário da acusação, ao ficar isenta do veto à utilização de provas obtidas de maneira ilícita sobre o princípio da igualdade das partes, se poderia afirmar que a posição mais cômoda é da acusação porque os órgãos de repressão penal possuem maiores e melhores recursos que o réu. Diz o autor:

Em tal perspectiva, ao favorecer a atuação da defesa no campo probatório, não obstante posta em xeque a igualdade formal, se estará tratando de restabelecer entre as partes a igualdade substancial. O raciocínio é hábil e, em condições normais, dificilmente se contestará a premissa da superioridade de armas da acusação. Pode suceder, no entanto, que ela deixe de refletir a realidade em situações de expansão e fortalecimento da criminalidade organizada, como tantas que enfrentam as sociedades contemporâneas.

2.10.7 Teoria da Prova Ilícita em Favor da Sociedade (*Pro Societate*)

Na corrente que defende a prova ilícita *pro societate*, a possibilidade da utilização da proporcionalidade em desfavor do cidadão, a efetiva realização da justiça penal constitui um importante interesse do Estado de Direito, que, em determinadas circunstâncias, pode justificar o sacrifício dos direitos individuais. Esta corrente entende legítima a revogação parcial de regras de exclusão de prova, ditadas pelo interesse de proteção do indivíduo, em

⁹³ Ementa: PROVA ILÍCITA. MATERIAL FOTOGRÁFICO QUE COMPROVARIA A PRÁTICA DELITUOSA (LEI Nº 8.069/90, ART. 241). FOTOS QUE FORAM FURTADAS DO CONSULTÓRIO PROFISSIONAL DO RÉU E QUE, ENTREGUES À POLÍCIA PELO AUTOR DO FURTO, FORAM UTILIZADAS CONTRA O ACUSADO, PARA INCRIMINÁ-LO. INADMISSIBILIDADE (CF, ART. 5º, LVI).

⁹⁴ MOREIRA, José Carlos Barbosa. **A constituição e as provas ilicitamente obtidas**. Temas de Direito Processual. Sexta Série. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 112-113.

nome da prevenção e repressão das formas mais graves de criminalidade.

A Constituição de 1988 no art. 5º, XLII, tratou com extremo rigor os crimes de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes, terrorismo e crimes hediondos, em vista do direito violado no caso concreto (p. ex., a prova obtida com violação da intimidade), considerado admissível para alguns doutrinadores, com base no princípio da proporcionalidade, a utilização de prova ilícita *pro societate*, principalmente se tais crimes forem executados por organizações criminosas. Nesses casos, afastar-se-ia a proibição do art. 5º, LVI, da CF em nome da manutenção da segurança da coletividade, que também é direito fundamental (art. 5º, caput).

Aquote e Scardazzi⁹⁵ salientam que, embora os tribunais expressamente defendam a tese de inadmissibilidade absoluta da prova obtida ilicitamente, as decisões casuísticas e com suas particularidades demonstram abrandamento desse entendimento, pois acabam por admitir, ainda que excepcionalmente, a prova ilícita *pro societate*.

O Superior Tribunal de Justiça Nº HC 3.982-RJ, por exemplo, admitiu prova ilicitamente obtida (interceptação telefônica anterior à Lei 9.296/96), em favor da acusação. Também o Supremo Tribunal Federal, admitiu que “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).

Apesar da proibição expressa, agora pela legislação ordinária, em casos excepcionais, a jurisprudência tem aplicado o princípio da proporcionalidade em favor da sociedade, para impedir a impunidade e dar uma resposta eficaz para a sociedade. Entretanto, se verifica não se pode ter como regra a utilização da prova ilícita a favor da sociedade, como ocorre em decisões casuísticas e a sua inadmissibilidade comporta exceções, não pode ser taxada como absoluta.

Ao advogar na defesa da imprestabilidade das provas obtidas por meios ilícitos, o Ministro do Supremo Tribunal Federal, Celso de Melo argumenta no seu voto a absoluta invalidade da prova ilícita e a considera inidônea, imprestável eivada de inconstitucionalidade

⁹⁵ AQUOTTI, Marcus Vinícius Feltrim e SCARDAZZI, Ariane Ragini. **Recentes alterações e atuais discussões sobre a admissibilidade das provas ilícitas no direito penal face a aplicação do princípio da proporcionalidade.** Disponível em: www.ibccrim.org.br. Publicado em: 26 Nov. de 2009. Acesso em 15 de março de 2013.

[...] Trata-se de consequência que deriva, necessariamente, da garantia constitucional que tutela a situação jurídica dos acusados em juízo penal e que exclui, de modo peremptório, a possibilidade de uso, em sede processual, da prova – de qualquer prova – cuja ilicitude venha a ser reconhecida pelo Poder Judiciário. A prova ilícita é prova inidônea. Mais do que isso, prova ilícita é prova imprestável. Não se reveste, por essa explícita razão, de qualquer aptidão jurídico-material. Prova ilícita, sendo providência instrutória eivada de inconstitucionalidade, apresenta-se destituída de qualquer grau, por mínimo que seja, de eficácia jurídica. (STF, AP 307-3, Rel. Min. Celso de Mello, DJU 13/10/1995).

O Superior Tribunal de Justiça também tem entendido pela aceitação da prova ilícita *pro societate* no julgamento do HC 3.982-RJ (RSTJ 82/321):

[...] admitiu como válida, para embasar a acusação, prova ilicitamente obtida (no caso, interceptação telefônica autorizada antes da Lei 9.296/96). Essa mesma decisão foi reafirmada no HC 4.138-RJ (Repertório IOB de Jurisprudência – 1ª quinzena de julho de 1996 – n.º 13/96, p. 217) e no HC 6.129-RJ (RSTJ 90/364)

O posicionamento no qual o *princípio da proporcionalidade pro societate* poderia ser invocado apenas em situações excepcionais e em casos de extrema gravidade, em casos incomuns, onde o direito tutelado é mais importante que aquele atingido, da sua efetiva utilização como em crimes hediondos, tráfico de drogas, tortura, terrorismo e crime organizado, nas quais a aplicação da vedação da prova ilícita causasse flagrante e notória injustiça. Jamais se poderia admitir, no entanto, a prática da tortura; por violar normas de direito natural anteriores e superiores à nossa própria Lei Fundamental. Contudo, nem toda prova ilícita *pro societate* é admissível no combate a crime hediondo. Já que o princípio da proporcionalidade impõe que sempre se leve em conta, no caso concreto, os direitos e interesses em confronto.

Para Medeiros⁹⁶ o crime deve ser respondido dentro do devido processo legal em qualquer situação; o que não significa, obviamente, que não deva haver punição. E para aqueles que criticam o princípio processual da busca da verdade real (ou material), diz ele:

[...] deveras é certo que o direito não exprime a verdade absoluta: a sua verdade é apenas relativa e mede-se pelo seu fim, mas como se deixou vincado, a interpretação do Texto Constitucional é processo aberto realizado de acordo com o volver do direito, que deve mesmo ser infinitamente variado.

Em outro julgamento, HC n.º 70.814/SP (STF, 1ª T. HC 70.814/SP, Rel. Min. Celso

⁹⁶ MEDEIROS, Júlio. **O mito da proibição de provas ilícitas "pro societate" no processo penal**. Jus Navigandi, Teresina, ano 15, n. 2418, 13 fev. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/14356>>. Acesso em: 7 abr. 2012.

de Mello – DJ 24/6/1994), o STF já admitira a violação da correspondência dos presidiários pela administração penitenciária, sob o fundamento que o direito ao sigilo não poderia ser invocado para a prática de infrações por parte daquele que está preso. Neste caso, houve, pois, uma ponderação de interesses a partir de uma prova obtida ilicitamente em desfavor do preso, isto é, *pro societate*. Conforme ensina Rudolf Von Jhering⁹⁷ "o direito não só pode, mas deve mesmo ser infinitamente variado".

Contrários à adoção de provas ilícitas *pro societate* no processo penal, Nestor Távora e Rosmar Antonni⁹⁸ argumentam que a proteção da sociedade está mais bem amparada pela preservação do núcleo básico de garantias de todos, sendo que "a ponderação de interesses dá vazão a uma ampla fluidez e instabilidade de garantias, podendo visivelmente albergar arbítrios na concepção utilitária e maniqueísta, já ressaltada, entre interesse social contrapondo-se aos do réu".

Sílvia Leme Corrêa⁹⁹ fala sobre uma possível “razão de Estado” como fundamento de violação de normas jurídicas e lembra Francesco Cultrera que diz:

[...] a segurança do estado é uma exigência de tal importância, que os condutores dos estados são obrigados, para garanti-la, a violar as normas jurídicas, morais, políticas, econômicas, que consideram ao contrário, imperativas quanto tal exigência não está em jogo”. Cita, ao final, o perigo de tal interpretação: “diante das exigências políticas, o homem poderá ficar reduzido a pura e simples coisa, a puro e simples instrumento.

2.10.8 Teoria do Encontro Fortuito ou Casual de Provas

Ocorre nas hipóteses em que a autoridade policial, ao cumprir uma diligência, casualmente encontra provas que não estão na linha de desdobramento natural da investigação. Tudo dependerá da maneira como a diligência é realizada.

Segundo Pacelli citado por Sílvia Leme Corrêa¹⁰⁰ a teoria visa assegurar a

⁹⁷ JHERING, Rodolf Von. **A luta pelo Direito**. Trad. Richard Paul Neto. Rio de Janeiro, 1978, p.348.

⁹⁸ TÁVORA, Nestor e ANTONNI, Rosmar. **Curso de direito processual penal**. 2. ed. Salvador: Ed. JusPODIVM, 2009, p.312.

⁹⁹ CORRÊA, Sílvia Leme. **A prova processual penal ilícita e a teoria da proporcionalidade**. Dissertação (Mestrado em Direito) Setor de Ciências Jurídicas e Sociais, Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2006. Disponível em: http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/handle/1884/3082/silvia_final_bk2.pdf?sequence Acesso em: 18/07/2013

¹⁰⁰ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 5. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. In: CORRÊA, Sílvia Leme. **A prova processual penal ilícita e a teoria da proporcionalidade**. Dissertação (Mestrado em Direito) Setor de Ciências Jurídicas e Sociais, Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2006. Disponível em: http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/handle/1884/3082/silvia_final_bk2.pdf?sequence Acesso em: 18/07/2013.

inviolabilidade dos direitos fundamentais em face do abuso de autoridade, funcionando no controle ou pedagogia da atividade policial persecutória.

Luiz Flávio Gomes e Raul Cervini, citados por Antonio Scarance Fernandes¹⁰¹, admitem o encontro fortuito de provas referentes a crime diverso quando este é conexo com o crime investigado e de responsabilidade do mesmo sujeito passivo. Do contrário, a prova seria nula, porém, poderia valer como fonte de prova e, a partir dela, desenvolver-se-ia nova investigação. Teria validade, portanto, como *notitia criminis*, a ser investigada de forma independente das provas conhecidas por meio do encontro fortuito.

2.10.9 Teoria da Proporcionalidade (*Balancing Test*)

O princípio da proporcionalidade origina-se dos ideais de garantir a liberdade individual em relação aos poderes e interesses do Estado. A teoria da proporcionalidade remonta as teorias jusnaturalistas formuladas na Inglaterra, nos séculos XVII e XVIII.

A ideia de proporção entre os direitos advêm da antiguidade clássica, onde os antigos gregos já entendiam que seu comportamento deveria ser avaliado pela ideia de proporcionalidade como padrão do justo. Modernamente ganhou força pelas decisões proferidas pela Corte Constitucional Alemã que destacou a exigência de um critério de proporcionalidade como forma de harmonizar as normas constitucionais na ocorrência de conflitos entre valores constitucionais, dignos de tutela.

Segundo Sílvia Leme Corrêa¹⁰² coube aos alemães a construção dogmática do princípio da proporcionalidade, mas foi nos Estados Unidos da América que se desenvolveu, quase meio século antes, a ideia de maior liberdade dos juízes na criação do direito a que se denominou “princípio da razoabilidade”.

Encontram-se diversas denominações (ponderação, concordância prática, razoabilidade, balancing etc). Os conceitos de razoabilidade e proporcionalidade são fundamentais para adentrarmos na questão da aplicabilidade entre os princípios

¹⁰¹ FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. In: CORRÊA, Sílvia Leme. A prova processual penal ilícita e a teoria da proporcionalidade. Dissertação (Mestrado em Direito) Setor de Ciências Jurídicas e Sociais, Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2006. Disponível em: http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/handle/1884/3082/silvia_final_bk2.pdf?sequence. Acesso em: 18/07/2013

¹⁰² CORRÊA, Sílvia Leme. **A prova processual penal ilícita e a teoria da proporcionalidade**. Dissertação (Mestrado em Direito) Setor de Ciências Jurídicas e Sociais, Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2006. Disponível em: http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/handle/1884/3082/silvia_final_bk2.pdf?sequence. Acesso em: 18/07/2013.

constitucionais que conflitam com o uso da prova ilícita.

Segundo Silvia Leme Corrêa os alemães utilizam o termo proporcionalidade ou proibição de excesso:

[...] porquanto a atividade legislativa é vinculada a limites formais e materiais e o vício de inconstitucionalidade, seja por atuar além da autorização constitucional seja por permitir invasão ou restrição indevida na esfera de direitos ou liberdades fundamentais, redundaria em excesso.

O *princípio da proporcionalidade* também conhecido como *princípio da razoabilidade* ou *razoabilidade*, ou ainda, *princípio do interesse predominante* conforme a denominou o Camargo Aranha¹⁰³ um dos defensores da aplicação do citado princípio que surge com o objetivo de mitigar o aparente caráter absoluto do art. 5º, LVI da Constituição Federal, afirmando que em casos excepcionais, a utilização no processo da prova ilícita será admitida.

A razoabilidade (para a doutrina norte-americana) ou princípio da proporcionalidade (para a doutrina alemã) tem extração constitucional, mais precisamente no postulado do devido processo legal (art. 5º, LIV, da CF), em seu aspecto substantivo ou material. Esta é a atual posição do Supremo Tribunal Federal (HC nº 94.403/SP), sob a relatoria e cuidados do Ministro Celso de Mello. E, sob outro prisma, também encontraria amparo no art. 5º, §2º, da CF, proveniente do regime e dos princípios adotados na Constituição/88.

Segundo Sílvia Leme Corrêa¹⁰⁴ o Supremo Tribunal Federal, em 1993, empregou pela primeira vez o princípio da proporcionalidade em sede de controle de constitucionalidade quando deferiu liminar de suspensão dos efeitos da Lei Paranaense nº 10.248, de 14/01/93, ocasião em que fez referência expressa no corpo da ementa da expressão razoabilidade.

Aury Lopes Júnior¹⁰⁵ defende que o próprio conceito de proporcionalidade é constantemente manipulado, e faz referência ao grande número de decisões amparadas no reducionismo binário do interesse público versus interesse privado, para justificar a restrição de direitos fundamentais (e, no caso, até a condenação) a partir da prevalência do interesse público.

¹⁰³ ARANHA, Adalberto José Q. T. Camargo. **Da prova no processo penal**. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 56.

¹⁰⁴ CORRÊA, Sílvia Leme. **A prova processual penal ilícita e a teoria da proporcionalidade**. Dissertação (Mestrado em Direito) Setor de Ciências Jurídicas e Sociais, Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2006. Disponível em: http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/handle/1884/3082/silvia_final_bk2.pdf?sequence. Acesso em: 18/07/2013

¹⁰⁵ LOPES JÚNIOR, Aury. **Sistemas de investigação preliminar no processo penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 565.

Segundo Bueno:¹⁰⁶ “[...] por meio dos critérios incorporados ao Postulado Normativo da Proporcionalidade o Juiz consegue medir os valores dos bens jurídicos postos em conflito e decidir, concretamente, qual deve proteger, qual deve prevalecer, mesmo em detrimento (ou eliminação momentânea) do outro.”

Os critérios são também denominados, segundo Sílvia Leme Corrêa¹⁰⁷ “elementos”, “requisitos intrínsecos ou subprincípios estruturais”:

[...] no sentido de que, sendo limitado o poder, a restrição a direito individual, em face da Constituição, pelo órgão julgador, só seria justificada por razões de necessidade, adequação e supremacia do valor protegido em face do restringido (proporcionalidade em sentido estrito), que, em tese, dariam a densidade indispensável para alcançar a funcionalidade pretendida por seus aplicadores¹⁰⁸.

Regra da adequação (Geeignetheit), dita que se deve buscar a correspondência exata entre os meios e os fins para que haja uma relação lógica entre os utilizados. A restrição é adequada se for apta a realizar o fim por ela visado. Existe uma relação de meio e fim se a medida (incriminação) adotada seja suscetível de atingir o objetivo escolhido (prevenir a reincidência). Por exemplo: não é adequada a prisão preventiva se o próprio crime não leva à prisão.

Regra de necessidade (Enforderlichkeit), leva em consideração a existência de possíveis outros meios para alcançar o mesmo fim, dando-se preferência àquele que trouxe menor restrição ou prejuízos ao direito em questão. A restrição deve ser feita da maneira menos gravosa. A medida (incriminação) escolhida, meio empregado, não excede os limites indispensáveis à conservação do fim legítimo que se almeja, se existe outra de menor lesividade. Deve-se perguntar se existe outra medida menos gravosa, idônea a alcançar o mesmo objetivo (v.g., sanções administrativas/civis).

Regra de proporcionalidade em sentido estrito (Verhältnismässigkeit), que prevê o sopesamento de vantagens e desvantagens da solução dada por cada princípio à situação fática. A ponderação entre a medida e o resultado. Entre os valores em conflito, deve

¹⁰⁶ BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v.1.685, p. 136.

¹⁰⁷ CORRÊA, Sílvia Leme. **A prova processual penal ilícita e a teoria da proporcionalidade**. Dissertação (Mestrado em Direito) Setor de Ciências Jurídicas e Sociais, Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2006. Disponível em: http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/handle/1884/3082/silvia_final_bk2.pdf?sequence. Acesso em: 18/07/2013

¹⁰⁸ Ibidem: http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/handle/1884/3082/silvia_final_bk2.pdf?sequence. Acesso em: 18/07/2013.

predominar o de maior relevância. O sacrifício imposto ao titular do direito fundamental atingido está em uma relação proporcional com a importância do bem jurídico que se pretende proteger.

Os requisitos extrínsecos do princípio da proporcionalidade, afirma Sílvia Leme Corrêa são conhecidos como “judicialidade e motivação, no sentido de que a restrição aos direitos constitucionais fundamentais seja imposta por juiz mediante decisão fundamentada”¹⁰⁹.

A doutrina aponta dois pressupostos essenciais para a atuação do princípio da proporcionalidade:

[...] o formal, da legalidade, pelo qual a restrição a direito individual não poderia ser admitido sem lei prévia, elaborada por órgão constitucionalmente competente, imposta e interpretada de forma estrita; e outro, de natureza material, que é a justificação teleológica, segundo o qual a restrição a direito individual somente se justifica se tiver por objetivo efetivar valores constitucionalmente relevantes¹¹⁰.

Para Humberto Ávila:¹¹¹ a razoabilidade, por outro lado, “[...]enquanto postulado normativo aplicativo – comporta três acepções básicas, equidade, congruência e equivalência. Distingue-a da proporcionalidade:¹¹²

[...] a razoabilidade, como dever de harmonização do geral para o individual (dever de equidade) atua como instrumento para determinar que as circunstâncias de fato devem ser consideradas com a presunção de estarem dentro da norma ou para expressar que a aplicabilidade da regra geral depende de um enquadramento no caso concreto.

[...] como dever de harmonização do direito com suas condições externas (dever de congruência) exige a relação das normas com as suas condições externas de aplicação que demandarão um suporte empírico existente para a adoção de uma medida quer exigindo uma relação congruente entre o critério de diferenciação escolhido e a medida adotada.

[...] como dever de vinculação entre duas grandezas (dever de equivalência), semelhante à exigência de congruência, impõe uma relação de equivalência entre a medida adotada e o critério que a dimensiona.

¹⁰⁹ CORRÊA, Sílvia Leme. **A prova processual penal ilícita e a teoria da proporcionalidade**. Dissertação (Mestrado em Direito) Setor de Ciências Jurídicas e Sociais, Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2006. Disponível em: http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/handle/1884/3082/silvia_final_bk2.pdf?sequence. Acesso em: 18/07/2013.

¹¹⁰ Ibidem: http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/handle/1884/3082/silvia_final_bk2.pdf?sequence. Acesso em: 18/07/2013.

¹¹¹ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 102 e ss.

¹¹² ÁVILA, Humberto. **Moralidade, razoabilidade e eficiência na atividade administrativa**. In: Revista Eletrônica de Direito do Estado. Salvador nº 4 out., nov., dez. 2005. Acesso em: 20/05/2013.

A proporcionalidade, explica Ávila, “exige que o poder Legislativo e o Executivo escolham, para realização de seus fins, meios adequados, necessários e proporcionais. A aplicação da proporcionalidade exige a relação de causalidade entre meio e fim.”

2.10.10 Teoria da inadmissibilidade do uso da prova ilícita

A perspectiva constitucional, do fenômeno das provas ilícitas no ordenamento jurídico, deve-se, pioneiramente, a Ada Pellegrini Grinover,¹¹³ que em obra escrita ainda sob a égide da Constituição anterior explica ser "inaceitável a corrente que admite as provas ilícitas, no processo, preconizando pura e simplesmente a punição do infrator pelo ilícito material cometido", numa simples visão unitária que pretende superar a distinção entre ilícito material e inadmissibilidade processual do ponto de vista da obtenção da prova.

Ensina Grinover: “[...] a “possibilidade de utilização, no processo penal, da prova favorável ao acusado, ainda que colhida com infringência a direitos fundamentais seus ou de terceiros, é uma manifestação do princípio da proporcionalidade¹¹⁴.”Nesses casos, segundo a autora, incide a chamada “atipicidade constitucional”, Isto é, a desconformidade do padrão, do tipo imposto pela Carta Magna.

Pelo sistema constitucional vigente no Brasil, não há como se falar em garantia absoluta, extremada e isenta de restrição decorrente do respeito que deve ter outras garantias de igual ou superior relevância.

Segundo Ada Pellegrini Grinover o direito à prova, concebido como “o direito das partes de deduzir todas as provas relevantes à sua disposição”, não é irrestrito, encontra limites legais e éticos, que visam, acima de tudo, proteger o indivíduo em sua intimidade. Ensina a autora¹¹⁵:

[...] os direitos do homem não podem ser entendidos de forma absoluta. Assim, o princípio da convivência das liberdades deve ser respeitado de modo a não se tornar danoso à ordem pública e às liberdades alheias. As grandes linhas evolutivas dos direitos fundamentais, após o liberalismo, acentuaram a transformação dos direitos individuais em direitos do homem inserido na sociedade. De tal modo que não é mais exclusivamente com relação ao indivíduo, mas no enfoque de sua inserção na sociedade, que se justificam, no Estado social de direito, tanto os direitos como as suas limitações.

¹¹³ GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antônio Scarance; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **As nulidades no processo penal**. 7. ed. São Paulo: RT, 2001, p.199.

¹¹⁴ Ibidem: 2001, p. 48.

¹¹⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antônio Scarance; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **As nulidades no processo penal**. 7. ed. São Paulo: RT, 2001, p. 48.

Grinover, Scarance e Gomes Filho¹¹⁶ admitem a utilização no processo penal, da prova favorável ao acusado, ainda que colhida com infringência a direitos fundamentais seus ou de terceiros, seja com fundamento no princípio da proporcionalidade, seja por meio da aplicação das causas excludentes da ilicitude do direito penal, conforme as circunstâncias do caso concreto.

Alexandre de Moraes¹¹⁷ assinala, no entanto que:

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

O Supremo Tribunal Federal – STF se pronunciou que um direito individual "não pode servir de salvaguarda de práticas ilícitas" (RT, 709/418)¹¹⁸. E na mesma vertente o Superior Tribunal de Justiça – STJ sobre a utilização *ad argumentandum tantum*, por aqueles que praticam crimes hediondos que os direitos individuais devem ser observados por todos, principalmente por aqueles que cometem os censurados delitos.

O Ministro Celso de Melo se manifestou no julgamento da Ação Penal 307-3/DF considerou inidônea e imprestável a prova ilícita,¹¹⁹ Plenário, relator Min. Celso de Mello,

¹¹⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antônio Scarance; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **As nulidades no processo penal**. 7. ed. São Paulo: RT, 2001, p. 116.

¹¹⁷ MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. São Paulo: Atlas, 2002, p.169.

¹¹⁸ “[...] está muito em voga, hodiernamente, a utilização *ad argumentandum tantum*, por aqueles que perpetram delitos bárbaros e hediondos, dos indigitados direitos humanos. Pasmem, ceifam vidas, estupram, sequestram, destroem lares e trazem dor a quem quer que seja, por nada, mas depois, buscam guarida nos direitos humanos fundamentais. É verdade que esses direitos devem ser observados, mas por todos, principalmente, por aqueles que, impensadamente, cometem os censurados delitos, trazendo a dor aos familiares das vítimas (Cf. 6ª T., RHC nº 2.777-0/RJ, Rel. Min. PEDRO ACIOLI, *Ementário* STJ, nº 8/721)”.

¹¹⁹ A norma inscrita no artigo 5º, LVI, da Lei Fundamental promulgada em 1988 consagrou, entre nós, com fundamento em sólido magistério doutrinário (Ada Pellegrini Grinover, *Novas tendências do Direito Processual*, pág. 60/82, 1990, *Forense Universitária*; Mauro Cappelletti, *Efficacia di prove illegittimamente ammesse e comportamento della parte*, in *Rivista di Diritto Civile*, pág. 112, 1961; Vincenzo Vigoritti, *Prove illecite e costituzione*, in *Rivista di Diritto processuale*, pág. 64 e 70, 1968), o postulado de que a prova obtida por meios ilícitos deve ser repudiada - e repudiada sempre - pelos Juízes Tribunais, por mais relevantes que sejam os fatos por elas apurados, uma vez que se subsume ela ao conceito de inconstitucionalidade (Ada Pellegrini Grinover, *op. cit.*, pág. 62, 1990, *Forense Universitária*). A cláusula constitucional do *due process of law* - que se destina a garantir a pessoa do acusado contra ações eventualmente abusivas do Poder Público - tem, no dogma da inadmissibilidade das provas lícitas, uma de suas projeções concretizadoras mais expressivas, na medida em que o réu tem o impostergável direito de não ser denunciado, de não ser julgado e de não ser condenado com apoio em elementos instrutórios obtidos ou produzidos de forma incompatível com os limites impostos, pelo ordenamento jurídico, ao poder persecutório e ao poder investigatório do Estado.(...) Trata-se de consequência que deriva, necessariamente, da garantia constitucional que tutela a situação jurídica dos acusados em juízo penal e que se exclui, de modo peremptório, a possibilidade de uso, em sede processual, da prova - de qualquer prova - cuja ilicitude venha a ser reconhecida pelo Poder Judiciário. A prova ilícita é prova inidônea. Mais do que isso, prova ilícita é prova imprestável... (STF, Ação Penal 307-3/DF, Plenário, relator Min. Celso de Mello, DJU 13/10/1995).

DJU 13/10/1995). No julgamento do RE nº 251.445/GO (DJU 3.8.2000), Rel. Min. Celso de Mello, a violação, covarde, de direitos fundamentais (à segurança, à proteção da incapacidade, à intimidade e outros tantos) de vários menores não mereceu a aplicação do princípio da proporcionalidade, preferindo-se manter a proteção do domicílio do acusado, já que, como se sabe, é essa (inviolabilidade do domicílio) uma garantia individual expressa (art. 5º, XI, da CF).

CAPÍTULO 3 PROVA ILÍCITA EM CONFLITO COM VALORES CONSTITUCIONAIS

Segundo Celso Antonio Bandeira de Mello in Sílvia Leme Corrêa¹²⁰ princípio é,

[...] por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico.

Para análise dos princípios que se colocam diante da aplicabilidade da prova ilícita é importante também utilizar o conceito de princípio segundo Cássio Scarpinella Bueno¹²¹:

Os princípios são importantes auxiliares no ato do conhecimento, na compreensão global do sistema. São a base do ordenamento jurídico. São as ideias fundamentais e informadoras de qualquer organização jurídica. São os elementos que dão racionalidade e lógica, um sentido de coesão e unidade ao ordenamento jurídico.

3.1 Princípio da Verdade Real

Como já tratamos no primeiro capítulo, vigora no processo penal moderno o *princípio da verdade real*, que corresponde à busca da certeza sem obstáculos ou limitações legais na valoração da prova (sistema do livre convencimento). É o sistema utilizado pelo direito pátrio (art. 157, Código de Processo Penal e art. 297 Código de Processo Penal Militar).

A verdade real, segundo Frederico Sousa Barroso¹²²,

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

¹²⁰ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1998. CORRÊA, Sílvia Leme. A prova processual penal ilícita e a teoria da proporcionalidade. Dissertação (Mestrado em Direito) Setor de Ciências Jurídicas e Sociais, Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2006. Disponível em: http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/handle/1884/3082/silvia_final_bk2.pdf?sequence. Acesso em: 18/07/2013.

¹²¹ BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v.1.685, p. 132.

¹²² BARROSO, Frederico Sousa. **Provas ilícitas: confronto entre as liberdades públicas e a efetividade do processo judicial**. Monografia (Curso Ordem Jurídica e Ministério Público. Revista da Fundação da Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, Brasília, Ano 12, Edição Especial, p. 87-137, abr. 2007, p.93. Disponível em: http://www.escolamp.org.br/arquivos/II%20Concurso%20de%20monografias_03.pdf Acesso em: 31/07/2013.

Para Avolio in: Medeiros¹²³

[...] encontra-se superada, no atual estágio de evolução das liberdades públicas, a “visão do processo penal como instrumento voltado à busca da verdade real ou material.” No entanto, ressalva o autor, “a ideia de proporcionalidade é indissociável da noção de direito e se encontra presente desde as fases mais remotas.”

3.2 Princípio da Presunção de Inocência

A Constituição Federal de 1988 veda o uso no processo de provas obtidas por meios ilícitos, considerando-as imprestáveis. Contudo a prova ilícita é permitida no inquérito policial para benefício do réu com base *no princípio do estado de inocência* e na salvaguarda da liberdade com a mitigação do preceito constitucional.

Como já tratado anteriormente neste trabalho no capítulo 2, o princípio da presunção de inocência se baseia na predominância do direito de liberdade do acusado quando colocado em confronto com o *jus puniendi*, o direito de punir do Estado. Na dúvida, sempre prevalecerá o interesse do réu. O princípio deve orientar, inclusive, as regras de interpretação, de forma que, diante da existência de duas interpretações antagônicas, deve-se escolher aquela que se apresenta mais favorável ao acusado.

3.3 Princípio do Livre Convencimento

O *princípio do livre convencimento* tem a sua margem de risco. Como diz G. Leone:¹²⁴

[...] ele é certamente uma conquista, mas, também, um perigo. E isto porque pode transformar-se em arbítrio, confundindo o juiz a certeza que deve ser alcançada *sub specie universalis*, ou seja, a certeza objetiva e demonstrada, com base na prova, de que todos devem participar, com a certeza subjetiva ou íntima convicção, insuficiente.

[...] o *princípio do livre convencimento* não pode e não deve significar para o juiz a liberdade de substituir a prova por sua mera opinião, conquanto honesta. Livre convencimento não significa arbítrio.” Complementa Umberto Del Pozzo:¹²⁵ “[...] não pode ele [o juiz] conduzir à arbitrária substituição da acurada busca da verdade, em termos objetivos e gerais, por uma apodítica afirmação de “convencimento.

¹²³ MEDEIROS, Júlio. **O mito da proibição de provas ilícitas "pro societate" no processo penal.** Jus Navigandi, Teresina, ano 15, n. 2418, 13 fev. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/14356>>. Acesso em: 7 abr. 2012.

¹²⁴ G. LEONE. **Spunti sul problema della prova nel processo penale, no vol. Studi in memoria di F. Grispigni.** Milão Giuffrè, 1954, p. 324.

¹²⁵ UMBERTO DEL POZZO. **Appunti preliminari per una teoria della probabilità nel processo penale.** 6. ed. no vol. Em homenagem a Antolisei (Studi in onore di Francesco Antolisei, Milão, Giuffrè, 1965, I, 445).

O princípio da livre convicção do juiz é originário do modelo processual acusatório, em coerência com outros princípios reciprocamente interdependentes como afirma Ferrajoli:¹²⁶

[...] a não presunção legal de culpabilidade, na presença de tipos de prova abstratamente previstos em lei; presunção de inocência; ônus de prova para condenação a cargo da acusação; questionabilidade de qualquer prova – evidenciando a dúvida como hábito profissional do julgador; contraditório entre as partes; separação pura entre acusação e juiz, etc, como alternativa democrática à autoritária sistemática de provas legais.

Em voto, no julgamento do HC 40.609, com precisão afirmou o Min. Evandro Lins e Silva:

É questão de direito definir o campo da livre apreciação das provas, para anular decisão calcada em dados meramente subjetivos, fruto de convicção íntima, haurida de elementos probatórios indiretos, para fazer prevalecer a prova direta, resultante de documento escrito.

3.4 Princípio do Devido Processo Legal

Por outro lado, o *princípio do devido processo legal*, assegura o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes (art. 5º, LV). O contraditório e a ampla defesa estão intrinsecamente ligados às vezes se confundem. Impõe o contraditório que se dê às partes ocasião e possibilidade de intervirem no processo, É do contraditório (visto em seu primeiro momento, da informação, que se materializa na citação do réu) como garantia do direito de defesa; e com o direito de ação a garantia do contraditório que por este se manifesta.

3.5 Princípio da Ampla Defesa

Quando há confronto de princípios como o da proibição da prova ilícita e o da ampla defesa do réu, a prova ilícita será aceita segundo o princípio da ampla defesa. Com a finalidade de demonstrar fatos levadas ao conhecimento do tribunal provas colhidas ilicitamente são postas no processo como meio de formação do convencimento do julgador, porém estas provas ilícitas, ilegítimas ou ilegais devem ser desprezadas, segundo o preceito constitucional.

¹²⁶ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão:** teoria do garantismo penal. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p.133-134.

3.6 Princípio do Contraditório

Consiste na ciência bilateral e na possibilidade de contrariar as provas produzidas. A instrução probatória é o momento mais importante do processo, de modo que, para dar cumprimento aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, torna-se indispensável assegurar às partes o direito de produzir provas, com a finalidade de demonstrar a procedência da acusação ou da defesa. Em decorrência disso, negar às partes o direito de produzir provas equivale a negar-lhes a proteção daqueles dois princípios, que nenhum significado teria para o processo, se não pudessem ser aplicados no seu momento central.

3.7 Princípio da Comunhão de Provas

Para o *princípio da comunhão de provas*, a prova produzida por uma parte pode ser aproveitada pela outra, ou seja, a prova é comum. Por esta razão, a possibilidade de desistência de testemunhas possui certas peculiaridades no Tribunal do Júri; a desistência somente poderá ocorrer até o início da sessão.

3.8 Princípio da Identidade Física do Juiz

Quanto ao procedimento, intrinsecamente ligado à produção de provas recentemente modificado pela Lei nº 11.719/2008, atribuiu-se maior concretude ao princípio da identidade física do juiz no processo penal (art. 399, § 2º, da Lei Instrumental Penal).

Decisão do Superior Tribunal de Justiça¹²⁷, proferida pouco antes do advento da lei 11719/2008:

CONSTITUCIONAL – PENAL – PROCESSO PENAL – HABEAS CORPUS – CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA – RÉU DOMICILIADO E RESIDENTE NA ITÁLIA – INTERROGATÓRIO MEDIANTE CARTA ROGATÓRIA – AUSÊNCIA DE PREVISÃO ESPECÍFICA NO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL – INAPLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ – GARANTIAS CONSTITUCIONAIS E LEGAIS – ACORDO FIRMADO ENTRE BRASIL E ITÁLIA PARA COOPERAÇÃO JUDICIÁRIA E ASSISTÊNCIA MÚTUA EM MATÉRIA PENAL – DECRETO 862/1993 - ORDEM CONCEDIDA.

1. Encontrando-se o agente em País estrangeiro, mas em local sabido, sua citação deve ocorrer via carta rogatória. Inteligência do artigo 368 do Código de Processo Penal.

¹²⁷ Processo HC 88225 / RJ HABEAS CORPUS 2007/0180087-4. DJ 22.04.2008, p. 1.

2. É possível a realização do interrogatório do agente em País estrangeiro, desde que resguardadas todas as garantias legais e constitucionais atinentes à espécie, notadamente quando há acordo de cooperação judiciária e assistência mútua em matéria penal devidamente firmado pelo Brasil, promulgado no ordenamento interno via Decreto.
3. Ademais, o princípio da identidade física do juiz não é aplicável ao processo penal.

3.9 Princípio da proporcionalidade

A doutrina brasileira, baseada no direito alemão, tem aceitado a aplicação do princípio da proporcionalidade para solucionar questões envolvendo conflitos entre normas constitucionais diante da possibilidade do sacrifício de um direito ou garantia constitucional em prol de outro de igual ou superior valia, notadamente quando está em jogo interesse público relevante.

A ideia de que um princípio poderá prevalecer sobre outro, em uma perspectiva abstrata, poderia ser considerada como uma agressão a condição pluralista da sociedade. A pluralidade de princípios e a impossibilidade de submetê-los a alguma forma de hierarquização exige uma metodologia que permita a sua aplicação ao caso concreto com a ponderação dos princípios ou da aplicação da proporcionalidade como regra capaz de permitir a coexistência conforme ensina Marinoni¹²⁸ “ou de fazer prevalecer um princípio diante de outro sem que um deles tenha que ser eliminado em abstrato, ou sem que o princípio não preferido em determinada situação tenha que ser negado como capaz de aplicação em outro caso concreto”.

Sobre a aplicação do princípio da proporcionalidade ao caso concreto, recomenda Medeiros¹²⁹ a aplicação da regra da necessidade. Diz o autor:

[...] em favor da acusação e com fundamento em provas obtidas ilicitamente, nesta fase (preliminar), deve-se decidir a forma que ofereça menos desvantagem, por meio da resposta à seguinte pergunta: “existe um meio fático menos gravoso, que não a prova ilícita, que possibilite, a partir dele, a obtenção da prova da autoria e materialidade de um determinado delito?”

Para Nelson Nery Júnior¹³⁰ o princípio da proporcionalidade, deve ser utilizado

¹²⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de Processo Civil: Teoria geral do processo**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 52. v.1.

¹²⁹ MEDEIROS, Júlio. **O mito da proibição de provas ilícitas "pro societate" no processo penal**. Jus Navigandi, Teresina, ano 15, n. 2418, 13 fev. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/14356>>. Acesso em: 7 abr. 2012.

¹³⁰ NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na constituição federal**. 4. ed. São Paulo, RT, 1997, p. 147.

apenas em situações excepcionais e em casos de extrema gravidade, em casos incomuns, onde o direito tutelado é mais importante que aquele atingido, da sua efetiva utilização. A firma que não devem ser aceitos os extremos:

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

Haveria, portanto, dois resultados quando os questionamentos passarem sob a ótica do *princípio da proporcionalidade*; o primeiro, quando o direito de maior relevância for violado, nesse caso o mencionado direito deverá ser tutelado pelo poder judiciário e, por conseguinte, a prova ilicitamente colhida não será aceita. O segundo acontece quando o direito oriundo da prova ilicitamente obtida tiver maior relevância que o direito violado pela ilicitude na obtenção da prova, neste caso a prova ilicitamente obtida deverá ser aceita, com validade e eficácia. A crítica reside se cabe ao juiz um poder absoluto de apreciação sobre o valor que deve preponderar. Admite-se que o juiz, em cada caso concreto, faça a ponderação de valores assegurados pela Constituição, leve em consideração a intensidade e a quantidade da violação do direito fundamental e o dano que poderá resultar caso a prova não seja admitida.

Um dos grandes problemas a preocupar o intérprete atual para a teoria da proporcionalidade, como forma de solução da colisão de direitos fundamentais conflitantes, segundo Sílvia Leme Corrêa, é o seu conceito aberto. A autora chama atenção para a importância das chamadas restrições aos direitos fundamentais e cita Robert Alexy¹³¹, em que “a lei fundamental se manifesta com toda clareza quando fala em restrições, limitações, delimitações”. Diz Alexy:

Para a teoria externa, o conceito de restrição sugere que há duas coisas – o direito e suas restrições – donde se desume que há o ‘direito em si’ e o ‘direito restringido’, entre os quais há uma relação especial, criada apenas por meio de uma necessidade externa ao direito, de compatibilizar os direitos de diferentes indivíduos entre si e com os bens coletivos.

¹³¹ ALEXY, Robert. **Teoria de los Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993. In CORRÊA, Sílvia Leme. A prova processual penal ilícita e a teoria da proporcionalidade. Dissertação (Mestrado em Direito) Setor de Ciências Jurídicas e Sociais, Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2006. Disponível em: http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/handle/1884/3082/silvia_final_bk2.pdf?sequence. Acesso em: 18/07/2013.

Já a teoria interna não crê na existência de duas coisas – direito e suas restrições – mas apenas o direito com um determinado conteúdo. O conceito de ‘restrição’ é substituído pelo de ‘limite’. Quando se fala de limites em lugar de restrições, fala-se em ‘restrições imanentes’.

A interpretação da Lei Fundamental é “processo” aberto, segundo Peter Häberle¹³²

[...] e sua compreensão há de ser a mais dilatada possível (Constituição em sentido lato), de modo que, sobre acolher aquela interpretação que se faz em âmbito mais restrito, principalmente na esfera jurídica dos tribunais, venha a abranger por igual aqueles que ativa ou passivamente participam da vida política da comunidade.”

Para Paulo Bonavides¹³³, “[...] Häberle assevera ser necessário "viver o Direito Constitucional *prima facie* numa específica problemática de tempo" e que a

[...] continuidade da Constituição somente é possível quando o passado e o futuro nela se acham conjugados. Tem-se, portanto, a chamada ponderação de valores constitucionais em conflito, com a aplicação do princípio da proporcionalidade que a ordem jurídica não admite que uma garantia constitucional seja invocada para acobertar uma prática criminosa.

3.10 Princípio da concordância prática ou da harmonização

Segundo José Patrício Pereira Melo¹³⁴ este princípio,

[...] deve-se buscar no problema a ser solucionado, em face da constituição, a confrontação de bens e valores jurídicos que ali estariam conflitando de modo a, no caso concreto sob exame, estabelecer qual ou quais dos valores em conflito deverá prevalecer, preocupando-se, contudo, em otimizar a preservação, igualmente, dos demais, evitando o sacrifício total de uns em benefício dos outros.

Ao diferenciar o princípio da proporcionalidade e o princípio da adequação e da concordância prática ou da harmonização, Melo¹³⁵ explica:

¹³² HÄBERLE, Peter. **Verfassung als öffentlicher prozess**. 1978, p.123. In: MEDEIROS, Júlio. O mito da proibição de provas ilícitas "pro societate" no processo penal. Jus Navigandi, Teresina, ano 15, n. 2418, 13 fev. 2010. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/14356>>. Acesso em: 7 abr. 2012.

¹³³ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 21. ed. atual, 2007, p.515, In: MEDEIROS, Júlio. O mito da proibição de provas ilícitas "pro societate" no processo penal. Jus Navigandi, Teresina, ano 15, n. 2418, 13 fev. 2010. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/14356>>. Acesso em: 7 abr. 2012.

¹³⁴ MELO, José Patrício Pereira. As diferenças entre o princípio da proporcionalidade, e o princípio da adequação e da concordância prática ou da harmonização. Revista Direito & Dialogicidade – Artigo. v. 1, n. 1, 2010, p. 14. Disponível em: <http://periodicos.urca.br/ojs/index.php/DirDialog/article/view/189/121> Acesso em: 01/08/2013.

¹³⁵ Ibidem: 2010. Acesso em: 01/08/2013.

A proporcionalidade como máxima da solução de conflitos entre princípio, direitos fundamentais e valores constitucionais, emergem como princípio maior de interpretação constitucional, cujo alcance conciliador é evitar os excessos e prejuízo que a interpretação constitucional pudesse trazer para as normas e valores constitucionais. O princípio da concordância prática e da harmonização, na sua aplicação tópica, parte da observação conjunta dos direitos e bens constitucionais em conflito e procura harmonizar o máximo possível a aplicação conjunta de ambos os institutos, apelando para as concessões mútuas ou otimização do seu uso, tendo em vista a máxima eficácia da Constituição e dos valores nela expressos.

3.11 Princípio da inadmissibilidade da prova ilícita (Princípio da vedação da prova ilícita)

Princípio que possui status constitucional (Art. 5º, LVI CF/88) e tem origem no direito norte-americano. O objetivo último desse princípio é o respeito aos direitos fundamentais. Tanto a doutrina como a jurisprudência se inclinam no sentido de relativizá-lo.

A norma constitucional veda de modo categórico a admissão da prova obtida por meio ilícito, assim o são aquelas que ferem as várias inviolabilidades postas como garantias pelo legislador constituinte, a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra, da imagem (art. 5º, inciso XII), do domicílio (art. 5º, XI), das comunicações em geral e dos dados (art. 5º, XIII), contra a tortura, tratamento desumano ou degradante (art. 5º, III), a integridade física e psíquica do preso (art. 5º, XLIX). Dessa forma, a prova colhida em afronta a tais garantias, será ela ilícita e inutilizável como prova.

O Direito norte-americano fonte da teoria de vedação das provas ilícitas, segundo Oliveira in Medeiros¹³⁶, aceita, sem maiores problemas, a prova obtida ilicitamente por particulares. O fundamento, conforme a conhecida doutrina de Gonzales-Cuellar Serrano¹³⁷ é que “a norma da vedação da prova ilícita dirige-se ao Estado, produtor da prova, e não ao particular.”

Na comparação do princípio da vedação da utilização de prova ilícita em processo e o bem jurídico constitucionalmente relevante consubstanciado *na persecutio criminis in judictio*, pode-se concluir pela possibilidade da utilização das provas ilícitas - sempre em

¹³⁶ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Curso de processo penal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p.330. In MEDEIROS, Júlio. O mito da proibição de provas ilícitas "pro societate" no processo penal. Jus Navigandi, Teresina, ano 15, n. 2418, 13 fev. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/14356>>. Acesso em: 7 abr. 2012.

¹³⁷ GONZALEZ-CUELLAR SERRANO, José Francisco. **Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal**. Madrid: Colex, 1990, p.331. In n MEDEIROS, Júlio. O mito da proibição de provas ilícitas "pro societate" no processo penal. Jus Navigandi, Teresina, ano 15, n. 2418, 13 fev. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/14356>>. Acesso em: 7 abr. 2012.

situações estritamente necessárias - no processo penal?

Pergunta Fernando Capez:¹³⁸

[...] seria mais importante proteger o direito do preso ao sigilo de sua correspondência epistolar, do qual se serve para planejar crimes, do que desbaratar uma poderosa rede de distribuição de drogas, que ceifa milhões de vidas de crianças e jovens? Certamente não. Não seria possível invocar a justificativa do estado de necessidade?

¹³⁸ CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p.307.

CAPÍTULO 4 AS EXCLUDENTES DE ILICITUDE: ESTADO DE NECESSIDADE E LEGÍTIMA DEFESA

As excludentes de antijuridicidade, estado de necessidade e legítima defesa, definidas em nosso ordenamento jurídico por meio do artigo 23, I, e conceituado no artigo 24 e 25, do Código Penal Brasileiro, segundo Medeiros¹³⁹ na lição de René Ariel Dotti¹⁴⁰ e também entendida por alguns doutrinadores como "cláusulas de garantia social e individual", protegem um direito individual (próprio ou de terceiro) e, também, ao mesmo tempo, um interesse coletivo, em favor da sociedade, que reprova comportamentos ilícitos, como os causadores de perigo ou lesão.

4.1 Estado de Necessidade – Art. 24, CPB, 1940

Art. 24. Considera-se em estado de necessidade quem pratica o fato para salvar de perigo atual, que não provocou por sua vontade, nem podia de outro modo evitar, direito próprio ou alheio, cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se.

§ 1º Não pode alegar estado de necessidade quem tinha o dever legal de enfrentar o perigo.

§ 2º Embora seja razoável exigir-se o sacrifício do direito ameaçado, a pena poderá ser reduzida de um a dois terços.

Segundo Tavares:¹⁴¹ “[...] para alguns doutrinadores o Código Penal prevê, embora impropriamente, no seu art. 24, tanto o estado de necessidade que exclui a ilicitude como aquele que exclui a culpabilidade. Para outros o referido dispositivo só trata de necessidade justificante (como excludente da ilicitude).”

O art. 24 do Código Penal vigente manteve a redação originária do anterior e permaneceu fiel à teoria unitária ou monista, que explica o estado de necessidade como excludente de ilicitude (estado de necessidade justificante), quer quando o bem jurídico sacrificado seja de menor valor, quer quando seja de igual valor. Não existe comparação de valores entre os bens jurídicos postos em perigo, exige que o agente atue de acordo com o

¹³⁹ MEDEIROS, Júlio. **O mito da proibição de provas ilícitas "pro societate" no processo penal.** Jus Navigandi, Teresina, ano 15, n. 2418, 13 fev. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/14356>>. Acesso em: 7 abr. 2012.

¹⁴⁰ DOTTI, René Ariel. **Curso de direito penal:** parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 385.

¹⁴¹ TAVARES, Heloisa Gaspar Martins. **Estado de necessidade como excludente de culpabilidade.** Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 508, 27 nov. 2004. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/5959>>. Acesso: 21/05/2013.

senso comum daquilo que é razoável. Portanto, se o agente sacrifica bem jurídico de maior valor do que o bem que foi preservado, realiza conduta típica e antijurídica, pois, em tal circunstância, está ausente a razoabilidade.

Na opinião de Zaffaroni e Pierangeli¹⁴² existem algumas consequências que a teoria unitária não consegue explicar satisfatoriamente.

Admitir que todo e qualquer estado de necessidade é justificante leva à aceitação, como consequência inafastável, de que no exemplo tão repetido dos naufragos que lutam pela posse da tábua que somente pode manter um deles flutuando, ambos atuam justificadamente, vale dizer, que ambos têm uma permissão legal para matar, e, portanto, se irá impor o mais forte. O direito converte em jurídico um resultado decorrente de força.

Cláudio Brandão¹⁴³ define a origem do nome estado de necessidade, que adveio da formulação latina *jure necessitatis*, constante nas obras mais dos séculos XVII e XVIII (*In. Exclusão da Antijuridicidade*).

Heloisa Gaspar Martins Tavares¹⁴⁴ em trabalho intitulado Estado de Necessidade como Excludente de Culpabilidade, explica que o:

[...] estado de necessidade, diferentemente da legítima defesa, não era considerado um instituto autônomo pelos romanos, nem canonistas, nem práticos medievais e que “admitia-se o estado de necessidade, mas com aplicação apenas em casos particulares, como furto famélico, aborto para salvar a vida da gestante, o ato do capitão que, para salvar o navio em perigo, deitasse o carregamento ao mar”.

Basileu Garcia Apud Tavares¹⁴⁵ que em sua obra Instituições de Direito Penal, lembra o caso do "iate *La Mignonette*" cujo capitão e seu imediato, para sobreviver ao naufrágio da embarcação ocorrido em 1884, mataram um tripulante, para saciar a fome e a sede. Foram julgados na Inglaterra e condenados à pena de morte. Beneficiaram-se em seguida com uma comutação, para prisão por seis meses.

O estado de necessidade necessitava de apoio doutrinário e tratamento a fim de torná-lo figura independente e sistematizada no quadro das discriminantes. Os jusnaturalistas

¹⁴² ZAFFARONI, Eugenio Raúl e PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal**. Parte Geral. Vol. I. 7º ed. São Paulo: Ed RT, 2008, p.498.

¹⁴³ BRANDÃO, Cláudio. **Curso de direito penal**: parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p.183-195.

¹⁴⁴ TAVARES, Heloisa Gaspar Martins. **Estado de necessidade como excludente de culpabilidade**. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 508, 27 nov. 2004. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/5959>>. Acesso: 21/05/2013.

¹⁴⁵ GARCIA, Basileu. **Instituições de direito penal**. Vol. I, Tomo I, Editora Max Lemonad, 1980, p. 330.

deram a noção geral do estado de necessidade. A partir de então, diz Nelson Hungria¹⁴⁶

[...] surgiram divergências quanto ao efeito jurídico penal da *necessitas cogens*: diziam uns que era excluída a imputabilidade ou a culpabilidade do agente (dada a sua conseqüente perturbação de ânimo ou coação psicológica) e não a injuricidade do fato; outros entendiam que era suprimida a injuricidade: desde que, no conflito de interesses, era posto a salvo o preponderante, o estado de necessidade tornava *factum licitum* o sacrifício do direito menos valioso.

Durante muito tempo a doutrina orientou-se no sentido da primeira corrente. Após esta fase, a doutrina passou a considerar que *o fato necessitado é lícito*, ou seja, em alguns casos no estado de necessidade não há crime.

A teoria diferenciadora ou Teoria Dualista, a respeito do estado de necessidade teve origem na Alemanha em 1927. O ordenamento jurídico alemão previa duas formas de estado de necessidade: a) *Estado de necessidade jurídico-penal ou estado de necessidade exculpante*: causa de exclusão da culpabilidade (art. 54 do revogado Código Penal alemão); b) *Estado de necessidade jurídico-civil ou estado de necessidade justificante*: causa de exclusão de ilicitude (arts. 228 e 904 do Código Civil alemão).

Em 1927, depois da histórica decisão, proferida pela primeira câmara do Tribunal de Reich, admitindo um aborto médico para salvar a vida da gestante, a doutrina e jurisprudência alemã passaram a construir, sob influências de ideias jusnaturalistas, o *estado de necessidade justificante "supralegal"*, com fundamento no *princípio da ponderação de bens e deveres*. Ponderam-se os bens e deveres em conflito; o que for considerado de menor valor pode ser licitamente sacrificado para proteção do de maior valor.

O princípio da ponderação de bens e deveres incide apenas no *estado de necessidade justificante*, por não conseguir fundamentar a impunibilidade do fato necessário quando esses bens e deveres sejam de igual valor. No exemplo clássico da vida contra vida na tábua de salvação. Quando o bem sacrificado seja maior do que o protegido, que traduzem comportamentos ilícitos incide a excludente de culpabilidade – *estado de necessidade exculpante*. Daí a necessidade do tratamento dualista dado ao estado de necessidade pela *teoria diferenciadora*.

Nessa época que a jurisprudência alemã passou a admitir, mesmo sem amparo legal, a exclusão da antijuricidade em determinadas situações de estado de necessidade,

¹⁴⁶ HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao código penal**. vol. I. Tomo II, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1978, p. 270.

consagrando a denominada "*teoria diferenciadora*", acolheu duas formas de estado de necessidade, que foram incorporadas ao texto legal.

O Código Penal Alemão de 1890, segundo Heloisa Gaspar Martins Tavares¹⁴⁷, foi mais rígido do que o atual na configuração do estado de necessidade, que assim preceituava no art. 32: "*Não serão também criminosos: 1) os que praticarem o crime para evitar mal maior*". Para ela, a legislação revogada exigia desigualdade entre os bens que se chocavam e predominância do interesse mais importante. Atualmente o Código Penal alemão, vigente desde 1975, adota a *teoria diferenciadora*, assim como o Código Penal espanhol (Lei Orgânica nº 10/95).

O Código Penal brasileiro de 1969, que não chegou a entrar em vigor, também adotava a *teoria diferenciadora* em seu artigo 25, ao dispor não ser culpado quem:

[...] para proteger direito próprio ou de pessoa a quem está ligado por estreitas relações de parentesco ou afeição, contra perigo certo e atual, que não provocou nem podia de outro modo evitar, sacrifica direito alheio, ainda quando o superior ao direito protegido, desde que não lhe era razoavelmente exigível conduta diversa.

Para Tavares¹⁴⁸ o Código Penal vigente optou pela *teoria unitária, monista*, não define a natureza dos bens em conflito. Consagra o estado de necessidade como excludente de criminalidade, sem as restrições adotadas pela legislação alemã, não estabelecendo expressamente a ponderação de bens, não definindo a natureza dos bens em conflito ou condição dos titulares dos respectivos bens. Essa orientação não é pacífica. Para alguns o Código Penal prevê, embora impropriamente, no seu art. 24, tanto o estado de necessidade que exclui a ilicitude como aquele que exclui a culpabilidade. Para outros o referido dispositivo só trata de necessidade justificante (como excludente da ilicitude).

A orientação majoritária dos doutrinadores é que o art. 24 do Código Penal só trata do estado de necessidade como excludente de ilicitude (estado de necessidade justificante). Dentre eles, temos: Paulo José da Costa Júnior, Alberto Silva Franco, Aníbal Bruno, Nelson Hungria, Francisco de Assis Toledo.

Contrariando a doutrina majoritária, temos o pensamento de Heleno Cláudio Fragoso¹⁴⁹:

¹⁴⁷ TAVARES, Heloisa Gaspar Martins. **Estado de necessidade como excludente de culpabilidade**. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n.508, 27 nov. 2004. Disponível em:<<http://jus.com.br/artigos/5959>>. Acesso: 21/05/2013.

¹⁴⁸ TAVARES, Heloisa Gaspar Martins. Estado de necessidade como excludente de culpabilidade. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 508, 27 nov. 2004. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/5959>>. Acesso: 21/05/2013.

¹⁴⁹ FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal**. Parte Geral. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1994, p.189.

A legislação vigente, adotando fórmula unitária para o estado de necessidade e aludindo apenas ao sacrifício de um bem que, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se, compreende impropriamente também o caso de bens de igual valor (é o caso do naufrago que, para reter a única tábua de salvamento, sacrifica o outro). Em tais casos subsiste a ilicitude e o que realmente ocorre é o estado de necessidade como excludente da culpa (inexigibilidade de outra conduta).

[...]

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 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 a antijuridicidade ou a culpabilidade, conforme o caso.

Tavares¹⁵⁰ apoia entendimento diverso de Assis Toledo:

O estado de necessidade exculpante pressupõe a existência do injusto, isto é, de uma ação típica e antijurídica, o que indubitavelmente não poderá ocorrer no direito brasileiro, enquanto perdurar a redação dada ao art. 24 do Código Penal, pelo menos em relação a bens de igual valor (vida contra vida, por exemplo). Diante de uma norma permissiva, não há como falar-se em ilicitude do fato que a ela se ajusta.

O art. 24 do Código Penal vigente mantendo a redação originária do anterior permaneceu fiel à teoria unitária ou monista, que explica o estado de necessidade como excludente de ilicitude (estado de necessidade justificante), quer quando o bem jurídico sacrificado seja de menor valor que o bem ameaçado, quer quando seja de igual valor.

Para Zaffaroni¹⁵¹ existem algumas consequências que a teoria unitária não consegue explicar satisfatoriamente.

Admitir que todo e qualquer estado de necessidade é justificante leva à aceitação, como consequência inafastável, de que no exemplo tão repetido dos naufragos que lutam pela posse da tábua que somente pode manter um deles flutuando, ambos atuam justificadamente, vale dizer, que ambos têm uma permissão legal para matar, e, portanto, se irá impor o mais forte. O direito converte em jurídico um resultado decorrente de força.

A nossa legislação adota a teoria unitária sobre o estado de necessidade, pois não existe comparação de valores entre os bens jurídicos postos em perigo, exige que o agente atue de acordo com o que é razoável.

¹⁵⁰ TAVARES, Heloisa Gaspar Martins. **Estado de necessidade como excludente de culpabilidade**. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 508, 27 nov. 2004. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/5959>>. Acesso: 21/05/2013.

¹⁵¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl e PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal**. Parte Geral. Vol. I. 7. ed. São Paulo. Ed RT, 2008, p.498.

Tavares¹⁵² apresenta os ensinamentos de Flávio Augusto Monteiro de Barros onde duas possibilidades se abrem: “[...] a) a incidência do § 2º do art. 24 do CP, que prevê a redução da pena de um a dois terços; b) o estado de necessidade exculpante, que funciona como causa supralegal de exclusão da culpabilidade.” São analisados o “[...] o perfil subjetivo do acusado, isto é, os seus dotes intelectuais, culturais e sociais.” Com base no estado de necessidade exculpante serão verificados se diante dos atributos do acusado, não se lhe exigiria conduta diversa exclui-se a culpabilidade. No entanto, se lhe exigir outro comportamento, “[...]subsiste a punição do crime, podendo o juiz reduzir a pena de um a dois terços, por força do § 2º do art. 24 do Código Penal.”

A teoria unitária, segundo a qual só há estado de necessidade como excludente de injuricidade (estado de necessidade justificante), consagrada no Brasil, admite o reconhecimento do estado de necessidade exculpante (excludente de culpabilidade) com fundamento na inexigibilidade de conduta diversa.

Conforme ensina Assis Toledo¹⁵³ a inexigibilidade de outra conduta é a mais importante causa de exclusão da culpabilidade:

[...] quando aflora em preceitos legislados, é uma causa legal de exclusão. Se não, deve ser reputada causa supralegal, erigindo-se em princípio fundamental que está intimamente ligado com o problema da responsabilidade pessoal e que, portanto, dispensa a existência de normas expressas a respeito.

Em um mesmo sentido, Flávio A. Monteiro de Barros¹⁵⁴ afirma que: “Supre-se a lacuna da lei através da analogia *in bonam partem*, forma de integração do ordenamento jurídico que, no campo das normas penais não incriminatórias, não sofre a limitação do princípio da reserva legal.”

Segundo Miguel Reale Júnior e Wessels in Tavares:¹⁵⁵

[...] a inexigibilidade de conduta diversa não pode ser admitida como princípio nem aplicada fora das hipóteses legais sob pena de abrir portões para a insegurança jurídica, enfraquecendo a legalidade e gerando absolvições infundadas.
[...] o direito penal enfraquecido, é aquele que não pune quando existem todos os pressupostos de uma punição.

¹⁵² ZAFFARONI, Eugenio Raúl e PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal**. Parte Geral. Vol. I. 7º ed. São Paulo. Ed RT, 2004. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/5959>>. Acesso: 21/05/2013.

¹⁵³ TOLEDO, A. **Princípios básicos de direito penal**. São Paulo: Saraiva, 4. ed. 1991, p. 328.

¹⁵⁴ TAVARES, Heloisa Gaspar Martins. Estado de necessidade como excludente de culpabilidade. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 508, 27 nov. 2004. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/5959>>. Acesso: 21/05/2013.

¹⁵⁵ Ibidem. Acesso: 21/05/2013.

Portanto, afirma Tavares¹⁵⁶, adotada a teoria da culpabilidade normativa, não haverá culpabilidade sempre que não se puder exigir do agente conduta diferente daquela empreendida. A exigibilidade de conduta diversa constitui um dos elementos da culpabilidade, nesse sentido, se ausente aquela, excluída esta.

Guilherme de Souza Nucci¹⁵⁷ define o instituto sob os seguintes termos: “[...] é o sacrifício de um interesse juridicamente protegido, para salvar de perigo atual e inevitável o direito do próprio agente ou de terceiro, desde que outra conduta, nas circunstâncias concretas, não era razoavelmente exigível.”

Portanto, de acordo com o art. 24 do Código Penal, considera-se em estado de necessidade quem pratica um ato criminoso para salvaguardar de perigo atual, direito próprio ou de terceiro, cujo sacrifício em face das circunstâncias, não era razoável exigir-se. Portanto, conforme destaca João José Leal “[...] não age contra a ordem jurídica quem está a lesar direito de outrem para salvar o seu.”¹⁵⁸

Trata-se de uma faculdade e não um direito, porque a este corresponde uma obrigação, e no estado de necessidade não há obrigação para nenhum dos agentes envolvidos na hipótese de sacrificar seus bens jurídicos (ou de terceiros). Isso, pois pode haver a possibilidade de estado de necessidade contra estado de necessidade.

Segundo Cláudio Brandão¹⁵⁹ os requisitos para que exista a causa de justificação do estado de necessidade, que estejam configurados: a) um perigo atual, b) que ameace direito próprio ou alheio, c) não provocado dolosamente e, d) inexistência do dever legal de enfrentar o perigo. Para o professor:¹⁶⁰ são requisitos da situação de perigo “[...] para que exista a causa de justificação que estejam configurados: a) um perigo atual, b) que ameace direito próprio ou alheio, c) não provocado dolosamente e d) inexistência do dever legal de enfrentar o perigo.”

Portanto, para que exista a causa de justificação que estejam configuradas: a existência de perigo atual (aquele que existe e persiste) e inevitável; não provocação voluntária (intencional) do perigo (dolosa ou culposamente); inevitabilidade do perigo por outro meio (o agente não tem escolha para evitar o perigo) que é diferente de legítima defesa; inexigibilidade do sacrifício do bem ameaçado (se for igual ou de maior valor); direito próprio

¹⁵⁶ TAVARES, Heloisa Gaspar Martins. Estado de necessidade como excludente de culpabilidade. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 508, 27 nov. 2004. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/5959>>. Acesso: 21/05/2013.

¹⁵⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**. 2. ed. São Paulo: RT, 2003, p. 160.

¹⁵⁸ LEAL, João José. **Direito penal geral**. São Paulo: Atlas, 1998, p.249.

¹⁵⁹ BRANDÃO, Cláudio. **Curso de direito penal**: parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p.183-195.

¹⁶⁰ *Ibidem*, 2008, p.183-195.

ou alheio (ou bem disponível necessita do consentimento do portador do bem); elemento subjetivo, a finalidade de (unicamente) salvar o bem do perigo; ausência do dever legal (policia, bombeiro, segurança que estejam em serviço), de enfrentar o perigo. A inevitabilidade é um elemento essencial do estado de necessidade.

Diversas são as teorias acerca do instituto do estado de necessidade, o estudo elaborado por Jescheck¹⁶¹, destaca algumas teorias diversas, como a desenvolvida por Kant. São espécies de estado de necessidade:

Quanto ao terceiro que sofre a ofensa o estado de necessidade defensivo: ocorre quando o agente pratica o ato necessário descrito no tipo, contra coisa da qual emana perigo para o bem jurídico em questão; estado de necessidade agressivo: verifica-se quando o ato necessário se dirige contra coisa diversa daquela de que promana o perigo para o bem jurídico em defesa.

Quanto ao bem sacrificado o estado de necessidade justificante: trata-se do sacrifício de bem de menor valor em relação ao bem preservado, ou então, do sacrifício de bem de igual valor ao preservado; estado de necessidade exculpante: remete-se a teoria da inexigibilidade da conduta diversa, ou seja, nas condições, não era razoável exigir-se do agente outro comportamento.

Quanto à titularidade o estado de necessidade próprio: refere-se à espécie no qual o agente protege bem próprio; estado de necessidade de terceiro: verifica-se quando o agente protege bem de terceiro.

Quanto ao elemento subjetivo do agente o estado de necessidade real: é a própria tipificação legal, ou seja, quando efetivamente existe a situação de perigo que descreve o "caput" do artigo 24. Trata-se da "teoria da equidade", proposta por Kant:¹⁶²

Pese a no considerar como 'inculpabilis' la acción realizada en estado de necesidad, puesto que, no obstante la situación de necesidad, se opone al imperativo categórico, si que la estimó 'impunibilis', dado que el autor, en caso de coacción irresistible, ya no puede ser determinado legalmente a actuar conforme a Derecho. Así, el hecho realizado en estado de necesidad no debería ser castigado por razones de equidad.

O Estado de necessidade putativo verifica-se quando a situação de risco é imaginada por erro do agente. Encontra-se regulado pelo § 1º do artigo 20 do CPB. Trata-se de causa

¹⁶¹ KANT, Emmanuel, In:Hans-Heinrich. **Tratado de derecho penal:** parte general. Trad. José Luis Manzanares Samaniego. Granada: Editorial Comares, 1993, p.357.

¹⁶² Ibidem, 1993, p.357.

elidente de culpa (*latu sensu*) ou dirimente. Se o erro advém de culpa (*strictu sensu*), responderá o agente pelo delito culposo.

4.2 Legítima Defesa - Art. 25, CPB, 1940

Preconiza o Art. 25 do Código Penal Brasileiro, “Entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem”.

Ao examinar a legítima defesa no julgamento da Apelação nº 697023711¹⁶³, Agudo, RS, a Quarta Câmara do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul afirma a necessidade de distinguir-se “situação de legítima defesa” e “ação em legítima defesa”:

A situação de legítima defesa está para a ação em legítima defesa em uma relação e causa jurídica e consequência jurídica possível. Só quando, mas sempre que, se verifique uma verdadeira situação de legítima defesa, é que há lugar ao exercício do direito de legítima defesa.

A situação de legítima defesa compreende a presença de uma agressão injusta, atual ou iminente, a direito próprio ou de terceiro. A ação em legítima defesa, por sua vez, compreende a necessidade do meio de defesa e a moderação no uso desse meio, cabendo ao defendente escolher, dentre os meios eventualmente disponíveis e de igual eficácia para cessar o ataque, o de menor lesividade, utilizando-o até o exato instante em que houver afastado a ameaça de lesão ao bem jurídico (CF. Taipa de Carvalho, A Legítima defesa, p. 313).

Para Brandão¹⁶⁴, “[...] a ideia de legítima defesa se baseia na repulsa de uma agressão.” “[...] é um contra-ataque, é uma reação.” Brandão, em sua obra apresenta-nos um breve histórico da legítima defesa. Afirma o professor “[...] que a ideia de legítima defesa surge com a própria ideia do Direito Penal, porque, segundo ele, a defesa é uma reação humana natural, decorrente do próprio instinto de conservação.” Historicamente, encontra-se “[...] alusão à legítima defesa na Antiguidade oriental, como por exemplo, no Código de Manu. Mas é o Direito Romano que vai nos apresentar uma noção mais aperfeiçoada da legítima defesa.”

Afirmam Zaffaroni e Pierangel¹⁶⁵ “[...] O problema mais complexo da legítima

¹⁶³ Julgamento da Apelação nº 697023711, contra veredito do Júri da Comarca de Agudo, Quarta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Rel. Des. Danúbio Edon Franco. J. 25.06.97, DJ 08.08.97, p. 31.

¹⁶⁴ BRANDÃO, Cláudio. **Curso de direito penal**: parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p.183-195.

¹⁶⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl e PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal**. Parte Geral. Vol. I. 7. ed. São Paulo. Ed RT, 2008, p.498.

defesa não é a sua natureza, mas seu fundamento, que é definido pela necessidade de conservar a ordem jurídica e garantir o exercício de direitos. O fundamento da legítima defesa se baseia no princípio de que ninguém pode ser obrigado a suportar o injusto”.

Segundo Cláudio Brandão¹⁶⁶ existem duas teorias que procuram explicar a natureza jurídica do estado de necessidade: a Teoria Diferenciadora de origem alemã, baseada na interpretação sistemática do Código Civil e do Código Penal.

Para a teoria diferenciadora o estado de necessidade pode excluir a culpabilidade ou a antijuridicidade. Caso o bem sacrificado for de menor valor que o bem preservado, o estado de necessidade excluirá a culpabilidade, se o bem sacrificado for de menor valor que o bem preservado, o estado de necessidade excluirá a antijuridicidade.

Para a teoria unitária, adotada no Brasil, afirma Claudio Brandão, “[...] o estado de necessidade excluirá a antijuridicidade da ação, quer o bem sacrificado seja de mesmo valor que o preservado, quer ele seja de menor valor.” E explica: “A ideia geral que norteia o estado de necessidade é de conflito de bens jurídicos. Nesta excludente, existe uma agressão a um bem jurídico para a preservação de outro bem jurídico”.

Conforme Capez:¹⁶⁷ “[...] A necessidade do meio, não guarda relação com a forma com que é empregado. Interessa apenas saber se o instrumento era o menos lesivo colocado à disposição do agente no momento da agressão”.

Para Cláudio Brandão¹⁶⁸ quando o Direito permite a realização de condutas típicas o faz dentro dos limites das causas de justificação. O excesso se verifica sempre que o agente extrapola os limites das causas de justificação.

O excesso não absorve toda ação, somente o ato que ocasionou abuso ao repelir a injusta agressão, sobre este excesso, existe alguns julgados a favor nos Tribunais como no TJCE – ACr 1998.08167-4 – 1ª C.Crim. – Des. Fernando Luiz Ximenes Rocha – DJCE 03.05.2000)¹⁶⁹, TACRSP, RT 695/335¹⁷⁰.

¹⁶⁶ BRANDÃO, Cláudio. **Teoria jurídica do crime**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 108-109.

¹⁶⁷ CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 282.

¹⁶⁸ BRANDÃO, Cláudio. **Teoria jurídica do crime**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 108-109.

¹⁶⁹ PENAL – LESÃO CORPORAL GRAVE – LEGÍTIMA DEFESA – REFORMA DO DECISUM – EXCESSO DOLOSO CONFIGURADO – I – Dentre as hipóteses de excesso doloso, tem-se sua configuração quando a vítima, embora agindo inicialmente sob a proteção da legítima defesa, passa a repelir as agressões em situação que não mais justifica o revide. Na hipótese, dá-se o chamado excesso extensivo, arredando, a partir de sua concretização, a justificativa da legítima defesa. II- Apelo conhecido e provido.

¹⁷⁰ "Responde por excesso, no caso de legítima defesa sucessivas, o agressor inicial que golpeou o antagonista, quando este já fora imobilizado por terceiro, e, portanto, já não mais repelia o primeiro ataque."

STF - HABEAS CORPUS : HC 73477 RJ
 "HABEAS CORPUS". JÚRI. TENTATIVA DE HOMICÍDIO PRIVILEGIADO. NULIDADE DA SENTENÇA POR VÍCIO NA QUESITAÇÃO: FALTA DE QUESITO OBRIGATÓRIO. LEGÍTIMA DEFESA. EXCESSO CULPOSO. FIXAÇÃO DA PENA-BASE: VÍCIO. Ementa
 "HABEAS CORPUS". JÚRI. TENTATIVA DE HOMICÍDIO PRIVILEGIADO. NULIDADE DA SENTENÇA POR VÍCIO NA QUESITAÇÃO: FALTA DE QUESITO OBRIGATÓRIO. LEGÍTIMA DEFESA. EXCESSO CULPOSO. FIXAÇÃO DA PENA-BASE: VÍCIO.
 1. Negado pelo Júri o quesito concernente à necessidade dos meios empregados pelo agente, ainda assim devem ser questionadas a moderação e a natureza do excesso culposo no encerramento da seriação dos quesitos da legítima defesa.
 2. Nulidade absoluta do julgamento, pelo Júri, por falta de quesito obrigatório (Súmula 156).
 3. Tratando-se de defeito no questionário que pode levar o Conselho de Sentença a erro, mesmo não argüido na Sessão do Júri, impõe-se a declaração da nulidade do julgamento, para que outro se realize, ficando prejudicada a tese relativa à nulidade da sentença por vício na fixação da pena.
 4. Precedentes.
 5. Habeas Corpus deferido para anular o julgamento do Tribunal do Júri, por vício de quesitação, determinando que outro seja realizado.

Expressão utilizada por Heleno Fragoso¹⁷¹ “Defendendo-se demais”, que ultrapassa a permissão legal. Segundo Fragoso:

[...] incorre em excesso na legítima defesa, sendo penalmente responsabilizado pelo fato típico a que der causa que poderá ser doloso ou culposo (art. 23, § único, do CP). Os tipos permissivos, e a legítima defesa é um dos casos, à exemplo dos incriminadores, que destinam-se ao homem, são descritivos e também requerem tipicidade, como adequação da conduta voluntária à hipóteses que veiculam.

Segundo Heleno Fragoso¹⁷²:

O excesso é doloso quando o defendente intencionalmente supera os limites da necessidade e moderação estipulados pela lei penal, sabendo e querendo ir além do necessário para prevenir a ofensa ao bem jurídico. O excesso é tratado como culposo quando os supera, com relevância jurídico-penal sempre que prevista a modalidade culposa da infração correspondente ao resultado a mais.

Prossegue Heleno “[...] o excesso é sempre antijurídico, funcionando como divisor entre a licitude e a ilicitude da reação, mesmo nas situações em que possa produzir o efeito de excluir a culpabilidade (excesso exculpante).” Será casual, “[...] quando, apesar da moderação no emprego do meio adequado, a defesa for além do necessário” por causa de um acontecimento fora da ordem normal das previsões ou dos cálculos que o agente não possa levar em consideração. Casual, pois, diz Fragoso:

¹⁷¹ FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal**. Parte Geral. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1994, p.189.

¹⁷² Ibidem, 1994, p.189.

[...] é o excesso coberto pelo fortuito, fato imprevisível e que em sede penal compreende a culpa levíssima, ou o excesso provocado por força externa absoluta, apresentando-se, por qualquer destas duas fontes, como inevitável, estranho e indominável pela vontade, não subsumível no tipo a cuja hipótese descritiva corresponda.

A superveniência do fortuito ou da *vis absoluta* não exclui a licitude da defesa, afirma-se a falta de adequação defensiva não puder ser atribuída ao defendente, por dolo ou culpa na escolha ou no uso do meio defensivo, a defesa atenderá à descrição típica e, por conseguinte, será legítima.

Não ocorre excesso accidental, que equivale ao caso fortuito, quando o agente pratica o ato deliberadamente. No caso fortuito o fato resulta do acaso, decidiu o Tribunal de Justiça de Santa Catarina TJ-SC no julgamento da Apelação Criminal nº 11013/1996¹⁷³, o Tribunal de Justiça de Santa Catarina TJ-SC - Apelação Criminal: APR 11013 SC 1996.001101-3.

Nelson Hungria argumenta:¹⁷⁴ que “[...] o fortuito e a força externa absoluta impedem a tipificação de qualquer fato humano a que o resultado lesivo poderia prender-se, uma vez que se trata de causas independentes interferindo no fluxo causal como coeficiente exclusivo, para impedir assim que uma conduta humana pudesse figurar na espécie antecedente do evento, apareça como *prius* deste último.”

Assim entende Toledo¹⁷⁵:

São necessários os meios reputados eficazes e suficientes para repelir a agressão. Assim, quando a diferença de porte dos contendores revelar que a força física do agredido era ineficaz para afastar a ameaça do espancamento, o emprego da arma poderá ser um meio necessário, se de outro recurso menos lesivo e também eficaz não dispuser o ofendido.

Afirma Leonardo Siqueira:¹⁷⁶ “[...] todos os elementos da legítima defesa estão

¹⁷³ Apelação Criminal APR 11013 SC 1996.001101-3. JÚRI. QUESITAÇÃO. NULIDADE INOCORRENTE. QUESITOS DE SÉRIES DIFERENTES. EXCESSO ACIDENTAL. INOCORRÊNCIA. DECISÃO MANIFESTAMENTE CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS. Ement: JÚRI. QUESITAÇÃO. NULIDADE INOCORRENTE. QUESITOS DE SÉRIES DIFERENTES. EXCESSO ACIDENTAL. INOCORRÊNCIA. DECISÃO MANIFESTAMENTE CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS. 1- Não há que se falar em contradição nas respostas do Júri se os quesitos se referem à série diferente. A antinomia só anula o Júri quando ocorrer na mesma série de quesitos. 2- Não ocorre excesso accidental, que equivale ao caso fortuito, quando o agente pratica o ato deliberadamente. No caso fortuito o fato resulta do acaso. 3. Não ocorre excesso accidental, que equivale ao caso fortuito, quando o agente pratica o ato deliberadamente.

¹⁷⁴ HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. vol. I. Tomo II, Rio de Janeiro. Ed. Forense, 1978, p. 270.

¹⁷⁵ TOLEDO, A. **Princípios básicos de direito penal**. São Paulo: Saraiva, 4. ed. 1991, p. 328.

¹⁷⁶ SIQUEIRA, Leonardo. **A ação de legítima defesa no direito penal**. Revista *Duc In Altum* – Caderno de Direito. Vol. 3, b. 4, Jul-Dez., 2011, p. 145.

subordinados a sua fundamentação – tanto a individual (proteção de bens jurídicos) quanto a social (afirmação do direito perante o injusto).”

Por outro lado entende o Supremo Tribunal Federal - STF que o emprego de arma de fogo, não para matar, mas para ferir ou amedrontar, pode ser considerado o meio menos lesivo e, portanto, necessário.

CAPÍTULO 5 A ADMISSÃO DA PROVA ILÍCITA COM FUNDAMENTO NO ESTADO DE NECESSIDADE E NA LEGÍTIMA DEFESA

5.1 Considerações Doutrinárias

Os direitos e garantias constitucionais são relativos e devem ser harmonizados de forma que maior eficácia resulte dos preceitos constitucionais interpretados. Segundo Sílvia Leme Corrêa¹⁷⁷, quem desrespeita a dignidade humana ou fere direitos constitucionais de outrem, não pode invocar o princípio da inadmissibilidade da prova obtida por meio ilícito.

Quanto a exclusão da antijuridicidade Legítima Defesa diz Alexandre de Moraes, in Sílvia Leme Corrêa¹⁷⁸:

[...] a vítima, ameaçada e coagida, poderia realizar uma gravação clandestina, sem o conhecimento do interlocutor, em legítima defesa de sua liberdade pública (liberdade), utilizando-a no processo para comprovar a prática da extorsão; o filho, vítima de maus-tratos e sevícias, poderia utilizar uma gravação clandestina contra o pai, agressor, em legítima defesa de suas liberdades públicas (liberdade, integridade física); a família do sequestrado poderia utilizar uma possível “carta confidencial”, remetida pelos sequestradores do ente querido, para comprovar o sequestro judicialmente e contribuir para a libertação do sequestrado, vítima da agressão aos seus direitos humanos fundamentais (liberdade, integridade física etc.).

Ensina Alexandre de Moraes na hipótese do uso de prova ilícita em legítima defesa da liberdade, integridade, etc.:

O que ocorre na hipótese é a ausência de ilicitude dessa prova, vez que aqueles que a produziram agiram em legítima defesa de seus direitos humanos fundamentais, que estavam sendo ameaçados ou lesionados em face de condutas anteriormente ilícitas. Assim agindo – em legítima defesa – a ilicitude na colheita da prova é afastada, não incidindo, portanto, o inciso LVI, do art. 5, da Carta Magna.

Quanto a exclusão da antijuridicidade estado de necessidade afirma Paulo Rangel, in Sílvia Leme Corrêa¹⁷⁹:

¹⁷⁷ CORRÊA, Sílvia Leme. **A prova processual penal ilícita e a teoria da proporcionalidade**. Dissertação (Mestrado em Direito) Setor de Ciências Jurídicas e Sociais, Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2006. Disponível em: http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/handle/1884/3082/silvia_final_bk2.pdf?sequence Acesso em: 18/07/2013

¹⁷⁸ MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2003. CORRÊA, Sílvia Leme. **A prova processual penal ilícita e a teoria da proporcionalidade**. Dissertação (Mestrado em Direito) Setor de Ciências Jurídicas e Sociais, Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2006. Disponível em: http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/handle/1884/3082/silvia_final_bk2.pdf?sequence Acesso em: 18/07/2013.

¹⁷⁹ RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 10. ed., 2. tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. In: CORRÊA, Sílvia Leme. **A prova processual penal ilícita e a teoria da proporcionalidade**. Dissertação (Mestrado em Direito) Setor de Ciências Jurídicas e Sociais, Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2006. Disponível em: http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/handle/1884/3082/silvia_final_bk2.pdf?sequence Acesso em: 18/07/2013.

Assim, surge em doutrina a teoria da exclusão da ilicitude, capitaneada pelo mestre Afrânio Silva Jardim, à qual nos filiamos, onde 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. [...] Dessa forma, é admissível a prova colhida com (aparente) infringência às normas legais, desde que em favor do réu para provar sua inocência, pois absurda seria a condenação de um acusado que, tendo provas de sua inocência, não poderia usá-las só porque (aparentemente) colhidas ao arrepio da lei.

Eugênio Pacelli de Oliveira citado por Sílvia Leme Corrêa¹⁸⁰ afirma:

[...] após falar das causas de justificação como meio de exclusão da ilicitude da prova, ressalta que “quando nada, ainda que não afastada a ilicitude, a prova poderia ser aceita já então pelos critérios hermenêuticos da proporcionalidade e/ou da razoabilidade...”

No entanto, ensina Cláudio Brandão¹⁸¹ que o “[...] Direito quando permite a realização de condutas típicas somente o faz dentro dos limites das causas de justificação. O excesso se verifica sempre que o agente extrapola os limites das causas de justificação.”

O *princípio da proporcionalidade* recebe críticas da doutrina que ao ser adotado pode dar margem em demasia a influência de fatores meramente subjetivos pelo julgador. É importante salientar para a manipulação do conceito de proporcionalidade e para o grande número de decisões fundamentadas no interesse público versus interesse privado, para justificar a restrição de direitos fundamentais (e, no caso, até a condenação) a partir da prevalência do interesse público.

5. 2 Considerações Jurisprudenciais

Em julgamento do processo de Extradicação n.º 783 em que a reclamante alegara que teria sido vítima de estupro no interior das dependências da Polícia Federal o Supremo Tribunal Federal deferiu na Rcl n.º 2.040/DF (Rcl n.º 2.040/DF, Rel. Min. NÉRI DA SILVEIRA, em 21.2.2002 – Informativo STF n.º 257, 18 a 22 de fevereiro de 2002), a produção de exame de DNA na placenta da gestante, recolhida sem a autorização desta, com fundamento em uma necessária ponderação, entre valores constitucionais contrapostos, admitiu, então, a aplicação da proporcionalidade na produção da prova. O STF valeu-se de critério de proporcionalidade para a aceitação de prova não prevista em lei, portanto, inicialmente inadmissível em favor da acusação.

¹⁸⁰ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 5. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. In: CORRÊA, Sílvia Leme. A prova processual penal ilícita e a teoria da proporcionalidade. Dissertação (Mestrado em Direito) Setor de Ciências Jurídicas e Sociais, Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2006. Disponível em: http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/handle/1884/3082/silvia_final_bk2.pdf?sequence Acesso em: 18/07/2013

¹⁸¹ BRANDÃO, Cláudio. **Teoria Jurídica do Crime**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 128.

A Suprema Corte firmou o entendimento de constituir prova lícita a captação, por meio de fita magnética, de conversa entre presentes, ou seja, a denominada "gravação ambiental", ou "clandestina", feita por um dos interlocutores, ou com a sua autorização, sem conhecimento do outro, quando há investida criminosa deste último (RE nº 212.081-2/RO, relator Min. Octavio Gallotti, DJ 27.3.98).

No mesmo sentido, tratando-se de gravação de conversa telefônica. Precedentes: (HC nº 74.678-1/SP, rel. Min. Moreira Alves, DJ 15.8.97; HC nº 75.338-8/RJ, relator Ministro Nelson Jobim, DJ 25.9.98) “[...] consubstanciam o entendimento do Supremo Tribunal Federal quanto à matéria, onde ressaltam que a ilicitude da referida prova somente é afastada em vista de existir, a justificar a conduta do agente da gravação, excludente de antijuridicidade, qual seja, *verbi gratia*, a sua legítima defesa contra a investida criminosa de seu interlocutor.”

No voto do Ministro Carlos Velloso, que proferiu, na sessão plenária do Supremo Tribunal Federal do dia 30.9.93, no julgamento em que foi recebida a denúncia oferecida pelo Ministério Público Federal contra Antônio Rogério Magri, ex-Ministro do Trabalho e Previdência Social em que admite gravação de conversa como prova se produzida pelo agente com a intenção (fl. 450) de precaver-se contra futura negativa de seu interlocutor:

Não há, ao que penso, ilicitude em alguém gravar uma conversa que mantém com outrem, com a finalidade de documentá-la, futuramente, em caso de negativa. A alegação talvez pudesse encontrar ressonância no campo ético, não no âmbito do direito (INQ nº 657-2/DF, DJ 19.11.93).

Independente da presença de excludente de antijuridicidade pode ser aceita, como prova a gravação de diálogo transcorrido em local público, porque neste caso não está em pauta a proibição do art. 5º, XII, da CF decisão proferida no HC 74.356-SP, Rel. Min. Octavio Gallotti, RT 743/550 e RTJ 165/934. Essa posição está consonante com o projeto de reforma do Código Penal, que exclui do crime de violação de intimidade (art. 154, § 2º) a divulgação de imagem ou som colhido em local público.

Segundo decisão proferida pelo relator Ministro Francisco Rezek em sede de Habeas corpus, também é considerada lícita, independentemente da existência de excludente de ilicitude, a gravação clandestina de conversa ocorrida em reunião que, embora não transcorra em local público, não tem nenhuma conotação secreta ou privada, não havendo por que se falar de violação de sigilo assegurado constitucionalmente (RHC 67.058-RS, Rel. Min. Francisco Rezek, RT 641/394 e RTJ 128/745).

Diante de tal controvérsia o Ministro Sepúlveda Pertence no julgamento do Habeas Corpus¹⁸² STF, HC 79 o Ministro Sepúlveda Pertence não contesta a relatividade dos direitos e garantias individuais:

[...] sujeitos a restrições na estrita medida da necessidade, em caso de conflito com outros interesses fundamentais tutelados pela Constituição Federal/88 e igualmente não negou a legitimidade do apelo ao critério da proporcionalidade para resolver a questão entre valores constitucionais¹⁸³.

Encontramos outros julgados que tratam da questão: Processo: AGV 4228 MS 2005.004228-5 Relator: Des. Paulo Alfeu Puccinelli. Julgamento: 31/10/2005 Órgão Julgador: 3ª Turma Cível Publicação: 28/11/2005¹⁸⁴. Processo: ERO 507 MT Rel: Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira. Julgamento: 26/06/2001 Publicação: DJ – Diário de Justiça, Data 09/08/2001, Página 153¹⁸⁵.

¹⁸² STF, HC 79.512 Rel.: Min. Sepúlveda Pertence, j. 16/12/1999.

¹⁸³ “[...] sujeitos a restrições na estrita medida da necessidade, em caso de conflito com outros interesses fundamentais tutelados pela Constituição Federal/88 e igualmente não negou a legitimidade do apelo ao critério da proporcionalidade para resolver a questão entre valores constitucionais.” “[...] Posto não ignore a autoridade do entendimento contrário, resisto, no entanto, a admitir que à garantia constitucional da inadmissibilidade da prova ilícita se possa opor, com o fim de dar-lhe prevalência em nome do princípio da proporcionalidade, o interesse público na eficácia da repressão penal em geral ou, em particular, na de determinados crimes. É que, aí, foi a Constituição mesma que ponderou os valores contrapostos e optou – em prejuízo, se necessário, da eficácia da persecução criminal – pelos valores fundamentais, da dignidade humana, aos quais serve de salvaguarda a proscrição da prova ilícita. (STF, HC 79.512, Rel.: Min. Sepúlveda Pertence, j. 16/12/1999)”

¹⁸⁴ “Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO - PRODUÇÃO DE PROVA - GRAVAÇÃO AMBIENTAL POR TERCEIRO E SEM O CONHECIMENTO DA PARTE - INFORMAÇÕES DE CARÁTER ÍNTIMO E PESSOAL - PROVA ILÍCITA - AUSÊNCIA DE EXCLUDENTE DE ILICITUDE - NÃO-APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE - RECURSO PROVIDO. A obtenção de prova exige a observância dos requisitos de ordem material e formal; a gravação ambiental, sem o conhecimento da parte envolvida por terceiro é considerada prova ilícita, não se admitindo como meio de prova, consoante a jurisprudência das Cortes Superiores. A ilicitude só será afastada mediante a justificativa de excludente de ilicitude, aplicando-se o princípio da proporcionalidade, situação não verificada no presente caso, sendo, conseqüentemente, devido e legal o desentranhamento das provas carreadas aos autos obtidas ilicitamente. Recurso provido.”

¹⁸⁵ “Decisão RECURSO ORDINÁRIO. EMBARGOS DECLARATÓRIOS. CONTRADIÇÃO. NEXISTÊNCIA. REJEITADOS. I- Inexistente a apontada contradição, rejeitam-se os embargos. II- Competente é o julgador monocrático para apreciar os declaratórios de suas decisões. 1. Cuida-se de embargos declaratórios, opostos por Joel Marques Queirós, contra decisão que proferi, negando seguimento a recurso ordinário por ele interposto, com esta ementa: "RECURSO ORDINÁRIO RECEBIDO COMO ESPECIAL. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE RECURSAL. FITA CASSETE CONTENDO GRAVAÇÃO DE DIÁLOGO FEITA POR UM DOS INTERLOCUTORES. LEGÍTIMA DEFESA. NÃO CONFIGURAÇÃO. PROVA ILÍCITA. ABUSO DE PODER ECONÔMICO E DE AUTORIDADE. EXAME DA MATÉRIA PREJUDICADO. PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RECURSO A QUE SE NEGA SEGUIMENTO. I- O recurso ordinário, previsto no art. 121, § 4º, III, da Constituição Federal, refere-se às decisões dos Tribunais Regionais que versam sobre inelegibilidade ou expedição de diploma, no que diz respeito às eleições federais ou estaduais. II- Por tratar-se de matéria de inelegibilidade para cargo municipal, cabível o recurso especial, convertendo-se, no caso, o ordinário naquele, presentes os demais pressupostos, pelo princípio da fungibilidade, prestigiado na Corte.” “[...] III- A prova consistente em fita cassete contendo gravação de diálogo efetuada por um dos interlocutores, sem o conhecimento do outro ou dos demais, não produzida para uso futuro, em defesa, é de ser tida como ilícita, a teor da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, da qual o relator, respeitosamente, guarda reserva. IV- Ilícita a prova dos autos, prejudicado fica, com suporte na doutrina dos frutos da árvore envenenada, o exame da matéria atinente à alegação de ocorrência de prática de abuso de poder econômico e de autor (fruits of the poisonous tree) idade”.

5.3 Comentários à gravações ambientais e interceptações telefônicas e de dados

Constituem provas ilícitas as obtidas com violação do domicílio, das comunicações, da privacidade, da integridade física etc., o artigo 11 da “Convenção Americana sobre Direitos Humanos”, faz parte do direito internacional e integra o sistema brasileiro.

Art. 11 – Proteção da honra e dignidade.

1. Toda pessoa tem direito ao respeito de sua honra e ao reconhecimento de sua dignidade.
2. Ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, na de sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra ou reputação.
3. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais ingerências ou tais ofensas.

Para Paulo Ivan Silva Santos¹⁸⁶ a interceptação, a escuta e as gravações atingem o direito à intimidade, mas a violação delas resultante certamente não se dá por igual, não ocorrendo no mesmo momento.

Consoante a lição de nosso maior estudioso do assunto, Paulo José da Costa Júnior "na expressão 'direito à intimidade' são tutelados dois interesses, que se somam: o interesse de que a intimidade não venha a sofrer agressões e o de que não venha a ser divulgada. O direito, porém, é o mesmo. (...) No âmbito do direito à intimidade, portanto, podem ser vislumbrados estes dois aspectos: a invasão e a divulgação não autorizada da intimidade legitimamente conquistada.

Esse direito é protegido em dois momentos. Primeiramente, a proteção consiste numa reação à interferência ilícita na intimidade, procurando evitar que ela seja devassada (através de "grampos telefônicos", p. ex.), a proteção dirige-se a terceiros. No segundo momento, a reação vira-se contra a divulgação indevida da intimidade alcançada legitimamente, dirige-se ao destinatário do fato íntimo.

Quando na violação à intimidade se divulga um fato íntimo que se alcançou legitimamente (por exemplo, no caso do destinatário de uma carta contendo segredo) a repulsa do ordenamento jurídico é menos severa do que quando a violação ocorre na interferência na intimidade devassada. A lei costuma excluir a ilicitude da conduta quando há "justa causa" para divulgação do fato íntimo (CP, art. 153).

Por envolver a captação por terceiro, sem o conhecimento dos interlocutores, “a interceptação” choca-se com o primeiro momento do direito à intimidade. Por outro lado, “a

¹⁸⁶ SANTOS, Paulo Ivan da Silva. **As provas obtidas com violação da intimidade e sua utilização no Processo Penal.** jus Navigandi, Teresina, ano 6, n. 51, 1 out. 2001. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/2110>>. Acesso em: 29 nov. 2010.

escuta” (captação que se dá com a autorização de um dos interlocutores) e “a gravação” (captação por um dos interlocutores) atingem o direito à intimidade no momento subsequente.

Por essa razão a interceptação só pode ocorrer com autorização judicial, que não é necessária, caso exista justa causa, para a escuta e gravação telefônica. Segundo o art. 10 da Lei 9.296/96 a simples interceptação (mesmo sem divulgação do conteúdo captado) é crime, se for realizada sem autorização judicial. Ao passo que para o art. 151, § 1º, II, do Código Penal, se não houver divulgação do conteúdo ou se houver justa causa para a divulgação, a escuta e a gravação não são crimes, prescindindo de autorização judicial.

No Brasil, há divisão na doutrina e na jurisprudência. A respeito do uso da gravação clandestina, Vicente Greco Filho¹⁸⁷ ensina que o sigilo existe em face de terceiros e não dos interlocutores, que podem divulgar a conversa desde que haja justa causa, podendo, neste caso, tal gravação servir como prova, em processo, tanto para a acusação quanto para a defesa.

Ao discorrer sobre a Lei 9.296/96, Greco Filho¹⁸⁸ afirma que a gravação unilateral feita por um dos interlocutores com o desconhecimento do outro, chamada por alguns de gravação clandestina ou ambiental não é interceptação nem está disciplinada pela lei comentada e também inexistente tipo penal que a incrimine. Diz o doutrinador:

O seu aproveitamento como prova, porém, dependerá da verificação, em cada caso, se foi obtida, ou não, com violação da intimidade do outro interlocutor e se há justa causa para a divulgação.

[...]

A Problemática da gravação unilateralmente realizada se insere no mesmo contexto da fotografia ou videogravação oculta, da escuta a distância etc. e não tem a ver com a interceptação telefônica.

[...]

Em nosso entender, aliás, ambas as situações (gravação clandestina ou ambiental e interceptação consentida por um dos interlocutores) são irregulamentáveis porque fora do âmbito do inciso XII do art. 5º da Constituição e sua licitude, bem como a da prova dela decorrente, dependerá do confronto do direito à intimidade (se existente) com a justa causa para a gravação ou a interceptação, como o estado de necessidade e a defesa de direito, nos moldes da disciplina da exibição da correspondência pelo destinatário (art. 153 do Código Penal e art. 233 do Código de Processo Penal) (SÁ JÚNIOR, p. 302-313).

Ada Pellegrini Grinover¹⁸⁹ só admite esse tipo prova (gravação clandestina) se for utilizada pela defesa, considerando-a ilícita quando utilizada pela acusação. Afirma a autora:

¹⁸⁷ GRECO FILHO, Vicente. **Direito Processual Civil Brasileiro**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 2, p.182.

¹⁸⁸ Ibidem: 2003, p. 182.

¹⁸⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antônio Scarance; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Interceptações Telefônicas e Gravações Clandestinas no Processo Penal. Novas Tendências do Direito Processual**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990, p. 66.

A gravação clandestina de telefonemas ou conversas diretas próprias, embora estranha à disciplina das interceptações telefônicas, pode caracterizar outra modalidade de violação da intimidade: qual seja, a violação de segredo.

No entanto, a doutrina não tem considerado ilícita a gravação sub-reptícia de conversa própria, quando se trate, por exemplo, *de comprovar a prática de extorsão, equiparando-se, nesse caso, a situação à de quem age em estado de legítima defesa, o que exclui a antijuridicidade.*

Parece, entretanto, que também nesse caso a prova só será admissível para comprovar a inocência do extorquido, não deixando de configurar prova ilícita quanto ao sujeito ativo da tentativa de extorsão.

Deve-se notar que a esfera privada do homem não é homogênea, segundo Paulo José da Costa Júnior¹⁹⁰, dividindo-se em esferas progressivamente menores à medida que se torna mais restritas a intimidade, na proporção em que dela participem um número cada vez menor de pessoas¹⁹¹. Segundo o autor:

A esfera da vida privada estrito senso, estão localizados os fatos que o indivíduo não quer que sejam de domínio público e cujo conhecimento é restrito a determinado grupo de pessoas, no qual se deposita alguma confiança. Fora dessa esfera, estão os acontecimentos públicos, sobre os quais a pessoa não faz segredo algum, onde é permitido o conhecimento da coletividade em geral e os exclui da tutela da intimidade.

Na *esfera da intimidade* estão os episódios cujo conhecimento só é permitido àquelas pessoas em que o indivíduo deposita certa confiança e com as quais mantém certa intimidade. Excluem dessa esfera a coletividade em geral e determinadas pessoas, que convivem com o titular do direito à intimidade num âmbito mais amplo.

A *esfera do segredo* localizam-se os fatos mais íntimos da vida da pessoa e sobre os quais quer manter maior segredo e compartilhamento com uns poucos amigos, mais próximos, em quem se deposita muita confiança. Dessa esfera ficam excluídas até mesmo pessoas da intimidade do titular do direito à intimidade. Nessa esfera se faz necessária maior proteção legal contra a indiscrição.

Estão fora, portanto, do âmbito da intimidade em qualquer de suas esferas e, por conseguinte, da respectiva proteção legal - os acontecimentos públicos, transcorridos em lugares públicos. Assim, essa proteção constitucional só se coloca quando a conversa ocorre em local não público (não necessariamente privado) ou tem conotação privada.

¹⁹⁰ COSTA JÚNIOR, Paulo José da. **O direito de estar só: Tutela penal da intimidade**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. In: SANTOS, Paulo Ivan da Silva. *As provas obtidas com violação da intimidade e sua utilização no Processo Penal*. Jus Navigandi, Teresina, ano 6, n. 51, 1 out. 2001. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/2110>>. Acesso em: 15 abr. 2013.

¹⁹¹ *Ibidem*. Acesso em: 15 abr. 2013.

Não é toda e qualquer violação de sigilo que serve como prova no processo penal; assim, o direito à prova não pode ser tido como absoluto. Excluídas as hipóteses de invasão da privacidade, também se deve notar que a intimidade está sempre relacionada com a confiança, de tal maneira que somente se fala em direito à intimidade quando a confiança é quebrada, pois ninguém confia segredos a estranhos.

Após o exame da polêmica decisão do Supremo Tribunal Federal, cabe trazer outros julgados da mesma Corte que utilizaram como o Habeas Corpus nº 69.912-0/RS como precedente:

COMPETÊNCIA – HABEAS CORPUS – ATO DE TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Na dicção da ilustrada maioria (seis votos a favor e cinco contra), em relação a qual guardo reservas, compete ao Supremo Tribunal Federal julgar todo e qualquer habeas-corpus impetrado contra ato de Tribunal, tenha este, ou não, qualificação de superior. PROVA ILÍCITA – ESCUTA TELEFÔNICA – PRECEITO CONSTITUCIONAL – REGULAMENTAÇÃO. Não é auto-aplicável o inciso XII do artigo 5º da Constituição Federal. E surge ilícita a prova produzida em período anterior à regulamentação do dispositivo constitucional. PROVA ILÍCITA – CONTAMINAÇÃO. Decorrendo as demais provas do que é levantado via prova ilícita, tem-se a contaminação daquelas, motivo pelo qual não subsistem. Precedente: habeas-corpus nº 69.912/RS, relatado pelo Ministro Sepúlveda Pertence perante o Pleno, com acórdão veiculado no Diário da Justiça de 25 de março de 1994. (HC nº 73.510-0/SP, STF, 2ª T, Rel. Min. Marco Aurélio, D. J. 12.12.97, deferido, por maioria)

HABEAS CORPUS. ACUSAÇÃO VAZADA EM FLAGRANTE DE DELITO VIABILIZADO EXCLUSIVAMENTE POR MEIO DE OPERAÇÃO DE ESCUTA TELEFÔNICA, MEDIANTE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. PROVA ILÍCITA. AUSÊNCIA DE LEGISLAÇÃO REGULAMENTADORA. ARTIGO 5º, XII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. FRUITS OF THE POISONOUS TREE.

[...]

Assentou, ainda, que a ilicitude da interceptação telefônica – à falta da lei que, nos termos do referido dispositivo, venha a discipliná-la e viabilizá-la – contamina outros elementos probatórios eventualmente coligidos, oriundos, direta ou indiretamente, das informações obtidas na escuta. (HC nº 73.351-4/SP, STF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Ilmar Galvão, D. J. 19.03.99, deferido, por maioria)

Para o Ministro Sepúlveda Pertence a divisão, quanto à possibilidade de uso da gravação clandestina pela acusação, também ocorre no STF. Por maioria, o Tribunal não tem admitido como prova válida, no processo a gravação oculta de conversa conforme decisão proferida na Apelação 307/DF:

[...] não é o simples fato de a conversa se passar entre duas pessoas que dá, ao diálogo, a nota de intimidade, a confiabilidade na discricção do interlocutor, a favor da qual, aí sim, caberia invocar o princípio constitucional da inviolabilidade do círculo de intimidade, assim como da vida privada (AP 307-DF, RTJ 162/254).

O inciso XII do artigo 5º da Constituição Federal preceitua ser "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".

Sobre a primordial necessidade de preservação do Estado Democrático de Direito frente à utilização indiscriminada de provas ilícitas, posicionou-se o Ministro Ricardo Lewandowski, em decisão proferida nos autos da Ação Cautelar nº 130.275/BA:

A tese de que as provas obtidas por meios ilícitos devem ser acolhidas para salvaguardar interesse público e o Estado Democrático de Direito é uma contradição em termos. Não há de se falar em prova ilícita que seja moralmente legítima. A prova ilícita é consequentemente imoral, atentatória ao Estado Democrático de Direito brasileiro, o qual estabelece, por meio de sua Constituição, que “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos” (art. 5º, LVI, da CF/88)¹⁹².

Sobre a necessidade de preservação do instituto da segurança jurídica em detrimento da consideração de provas ilícitas, o Ministro Marco Aurélio, decidiu na ocasião do julgamento do Recurso Especial Eleitoral nº 21.261/MG: “Quando a Constituição Federal versa sobre o desprezo à prova ilícita, o faz a partir de uma razoabilidade; o faz a partir, como eu disse de um intuito muito caro que se vive num Estado Democrático de Direito, que é o instituto da segurança jurídica.”¹⁹³

Notícia publicada pelo Tribunal Superior do Trabalho em 27 de Outubro de 2010 sobre um Casal de Empresários brasileiro que foi condenado a indenizar doméstica por danos morais no valor de R\$ 5 mil que reclamou ter sofrido constrangimento e teve sua honra ofendida, ao ser investigada de forma abusiva pela polícia que apurava denúncia de furto de jóias e relógios ocorrido na residência do casal. Foi deferida ainda à empregada verbas rescisórias atinentes à rescisão contratual indireta no valor total de R\$ 10 mil¹⁹⁴.

¹⁹² TSE - Agravo Regimental em Ação Cautelar nº 130275, Acórdão de 30/08/2011, Relator(a) Min. FÁTIMA NANCY ANDRIGHI, Publicação: DJE - Diário da Justiça Eletrônico, Data 22/09/2011, p. 54.

¹⁹³ Trecho do voto do Min. Marco Aurélio. TSE - RECURSO ESPECIAL ELEITORAL nº 21261, Acórdão nº 21261 de 30/10/2003, Relator(a) Min. FRANCISCO PEÇANHA MARTINS, Publicação: DJ – Diário de Justiça, Volume 1, Data 05/03/2004, Página 95 RJTSE - Revista de Jurisprudência do TSE, Volume 15, Tomo 1, p. 185.

¹⁹⁴ Embargos de Declaração em Recurso de Revista nº TST-E-ED-RR-118900-04.2006.5.10.0009, em que é Embargante THEREZA CRISTINA SALOMÃO GONÇALVES E OUTRO e Embargada MARLÚCIA GONÇALVES DE SOUZA. Os embargos de declaração opostos pelos reclamados foram rejeitados nos seguintes termos: "Sem razão os embargantes. O acórdão embargado foi claro, ao consignar ter sido comprovado o dano moral sofrido pela autora, bem como a culpa dos empregadores, os quais foram omissos em relação aos abusos cometidos pela polícia, na residência deles, contra os seus empregados. De início, ao contrário do alegado, não se apurou a responsabilidade da reclamante por crime algum, sendo este um dos fundamentos da condenação. Não se revê prova pela via dos embargos de declaração. Os autos evidenciam que não há tratamento desigual, mas, ao contrário, responsabilização pelo ato ilícito e culposo praticado pelos embargantes, o qual

Nery Júnior¹⁹⁵ defende que não se deve emprestar validade e eficácia a provas obtidas sem o conhecimento do protagonista nem a gravação fonográfica ou televisiva que deve ser aplicado o princípio da proporcionalidade.

provocou inegável dano ao patrimônio imaterial da embargada-reclamante. Na verdade, as razões dos embargos revelam o inconformismo da parte com a decisão, que foi contrária aos seus interesses. Todavia, a mera irresignação com o conteúdo do acórdão embargado enseja meio de impugnação diverso. Não é este o objetivo dos embargos de declaração, recurso que se presta tão somente a sanar contradições ou omissões na análise dos temas trazidos à tutela jurisdicional, no momento processual oportuno, como reza o artigo 897-A da CLT. Ressalte-se, ainda, que a oposição de embargos declaratórios, com a finalidade de prequestionamento, não constitui nova hipótese de cabimento do recurso, a ser adicionada àquelas previstas nos artigos 535 do CPC e 897-A da CLT. A matéria que se pretende prequestionar deve, precipuamente, enquadrar-se nas hipóteses legalmente previstas, o que não ocorreu no caso em tela. Em face do exposto, rejeito os embargos de declaração dos reclamados." (fls. 171v/172).

¹⁹⁵ NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na constituição federal**. 4. ed. São Paulo: RT, 1997, p. 147.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Tratar da questão do uso da prova ilícita não é uma tarefa fácil, traz problemas de aceitação social que pode despertar reações de indignação ante a flexibilização das justificativas de aplicação e ponderação de princípios em conflito e isso pode trazer instabilidade ao sistema de garantias e proteção dos direitos fundamentais.

Na perspectiva deste trabalho não ambicionamos o esgotamento do assunto, mas contribuir com o aprofundamento do tema para a ciência penal. Para responder a pergunta de cuja hipótese a corrente da prova ilícita *pro reo* seria uma exceção considerada legítima para comprovar a inocência de um acusado como causas, de exclusão da antijuridicidade, compelido ao uso de prova ilícita em defesa da sua liberdade defendida por alguns doutrinadores e reconhecida pelos tribunais.

Como vimos no curso deste trabalho o direito e a liberdade de provar os fatos que alegam, não é irrestrita, embora seja assegurado constitucionalmente não é um direito absoluto, e encontram restrições nos limites constitucionais e por leis infraconstitucionais, e é da relativização da própria garantia constitucional do direito à prova.

A proibição da utilização no processo de provas ilícitas é uma garantia do particular contra o Estado. A defesa, diferentemente da acusação, tem a seu favor a isenção do veto à utilização de provas ilícitas, o que para alguns poderia significar incompatibilidade com o princípio da igualdade das partes. A liberdade de uma pessoa é um bem fundamental, por esta razão é resguardada constitucionalmente por vários princípios como do devido processo legal, do contraditório, da ampla defesa. Ante a decisão entre a proibição de uma prova e o direito à prova da inocência, deve prevalecer a inocência porque o Estado não tem interesse em punir um inocente com a perda da liberdade.

Diante deste cenário acolhemos o posicionamento doutrinário e jurisprudencial sobre o qual ao encontrar-se em conflito outros princípios que ponham em risco a liberdade, a inocência, a intimidade, a honra e a dignidade da pessoa humana núcleo axiológico da Constituição Federal, valores primordiais no Estado Democrático de Direito, quando o direito de maior relevância for violado, nesse caso o mencionado direito deverá ser tutelado pelo poder judiciário e a prova ilicitamente colhida deve ser aceita com validade e eficácia.

A crítica reside apenas se cabe ao juiz um poder absoluto de apreciação sobre o valor de substituir a prova por sua mera opinião para evitar-se o arbítrio. Admite-se que o juiz, em

cada caso concreto, faça a ponderação de valores assegurados pela Constituição e leve em consideração a intensidade e a quantidade da violação do direito fundamental e o dano que poderá resultar caso a prova não seja admitida.

O acusado ao fazer uso de provas ilícitas para se defender tem a seu favor os postulados constitucionais da liberdade, da ampla defesa, do contraditório, da presunção de inocência, da dignidade da pessoa humana e com os princípios processuais penais do *favor libertatis* e da busca da verdade. Quando há confronto de princípios como o da proibição da prova ilícita e o da ampla defesa do réu, a prova ilícita será aceita segundo o princípio da ampla defesa. Defendemos a premissa de que o direito penal e o processo penal devem garantir o mínimo de proteção ao cidadão, mesmo quando suspeito ou acusado pela prática de um crime premissa de que o direito penal e o processo penal devem garantir o mínimo de proteção ao cidadão, mesmo quando suspeito ou acusado pela prática de um crime.

Apesar a Constituição Brasileira proibir o uso no processo de prova ilícita, ela é permitida no inquérito policial somente para benefício do réu, também com base no princípio do estado de inocência e na salvaguarda da liberdade o que deixa claro a mitigação do preceito constitucional.

A instrução probatória como o momento mais importante do processo para dar cumprimento aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa torna-se indispensável para assegurar às partes o direito de produzir provas a fim de demonstrar a procedência da acusação ou da defesa. Negar às partes o direito de produzir provas equivale a negar-lhes a proteção daqueles dois princípios, que nenhum significado teria para o processo, se não pudessem ser aplicados no seu momento central.

A doutrina brasileira tem aceitado a aplicação do princípio da proporcionalidade para solucionar a confrontação de bens e valores jurídicos entre normas constitucionais diante da possibilidade do sacrifício de um direito ou garantia em prol de outro de igual ou superior valia, principalmente quando está em jogo interesse público relevante.

Concordamos com a ideia de que um princípio poderá prevalece sobre outro, em uma perspectiva abstrata, poderia ser considerada como uma agressão à condição pluralista da sociedade e exige uma metodologia que permita a sua aplicação ao caso concreto com a ponderação dos princípios ou da aplicação da proporcionalidade como regra capaz de permitir a coexistência.

Defendemos a aplicação do princípio da proporcionalidade ao caso concreto e a

decisão com base na adoção da regra da proporcionalidade em sentido estrito em que prevê o sopesamento de vantagens e desvantagens na solução dada para cada princípio ou situação fática. Como medida de eficácia da Constituição e dos valores nela expressos, a aplicação do princípio da harmonização. O objetivo último desse princípio é o respeito aos direitos fundamentais. Tanto a doutrina como a jurisprudência se inclinam no sentido de relativizá-lo, em conjunto com o princípio da proporcionalidade e o estabelecimento de concessões mútuas com a finalidade de otimizar seu uso como solução de conflitos entre princípios, direitos fundamentais e valores constitucionais.

A norma constitucional (Art. 5º, LVI CF/88) veda a admissão da prova obtida por meio ilícito, por considerar que ferem as várias inviolabilidades postas como garantias pelo legislador constituinte como a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra, da imagem, do domicílio, das comunicações em geral e dos dados, contra a tortura, tratamento desumano ou degradante, a integridade física e psíquica do preso. Contudo, concordamos com o posicionamento da doutrina norte-americana que aceita, sem maiores problemas, a prova obtida ilicitamente por particulares, pois a norma da vedação é dirigida ao Estado, produtor da prova, e não ao particular.

A doutrina e jurisprudência que defende a tese de que somente se poderia utilizar o princípio da proporcionalidade *pro societate* para o reconhecimento da validade da prova ilícita para embasar a acusação em situações excepcionais e casos de extrema gravidade como nos crimes hediondos, tráfico de drogas, tortura, terrorismo e crime organizado. No entanto, a possibilidade da utilização de tais provas, em situações estritamente necessárias ou excepcionais, em defesa do Estado, não parece a melhor escolha, pois sempre restará que direitos fundamentais, seriam violados.

Quanto à aplicabilidade do fundamento nas causas excludentes de antijuridicidade estado de necessidade e legítima defesa, alguns doutrinadores apontam para a problemática das causas de justificação. A dúvida que se coloca é se configuram ou não causas, já que dizem respeito à determinadas e específicas motivações para a prática da ação típica, justificadas pelo Direito. Seria possível a aplicação de critérios de ponderação pelos órgãos de jurisdição?

Como possível resposta a essa questão somos pela aplicação do princípio da proporcionalidade ao caso concreto e a decisão com base na adoção da regra da proporcionalidade em sentido estrito, que prevê a ponderação, o sopesamento de vantagens e desvantagens na solução dada para cada princípio ou situação fática. Também como medida

de eficácia da Constituição e dos valores nela expressos, a aplicação do princípio da harmonização com respeito aos direitos fundamentais, foram encontrados diferentes posicionamentos dos tribunais. Selecionamos alguns que tratam das excludentes:

Independente da presença de excludente de antijuridicidade pode ser aceita, como prova a gravação de diálogo transcrito em local público, porque neste caso não está em pauta a proibição do art. 5º, XII, da CF. Essa posição está consonante com o projeto de reforma do Código Penal, que exclui do crime de violação de intimidade (art. 154, § 2º) a divulgação de imagem ou som colhido em local público.

Também é lícita, independentemente da existência de excludente de ilicitude, a gravação clandestina de conversa ocorrida em reunião que, embora não transcorra em local público, não tem nenhuma conotação secreta ou privada, não havendo por que se falar de violação de sigilo assegurado constitucionalmente. Independentemente da presença de excludente de ilicitude, a gravação de conversa pessoal entre os indiciados e autoridades policiais, sem o conhecimento daqueles, poder-se-ia opor o direito ao silêncio (art. 5º, LXIII, da CF), e não o direito à intimidade.

A Suprema Corte firmou o entendimento de constituir prova lícita a captação, por meio de fita magnética, de conversa entre presentes, ou seja, a denominada "gravação ambiental", ou "clandestina", feita por um dos interlocutores, ou com a sua autorização, sem conhecimento do outro, quando há investida criminosa deste último.

Concordamos com a posição do Supremo Tribunal Federal ao tratar de gravação de conversa telefônica. Precedentes consubstanciam o entendimento do STF e ressaltam que a ilicitude da referida prova somente é afastada em vista de existir, a justificar a conduta do agente da gravação, excludente de antijuridicidade, a sua legítima defesa contra a investida criminosa de seu interlocutor. É admitida essa prova se produzida pelo agente com a intenção de precaver-se contra futura negativa de seu interlocutor. A alegação de ilicitude, segundo a decisão, talvez pudesse encontrar ressonância no campo ético, não no âmbito do direito.

Uma vítima ameaçada e coagida poderia, em legítima defesa, por exemplo, lançar mão de provas colhidas ilicitamente ou por meios ilícitos para comprovar a prática de extorsão; para comprovar maus tratos cometidos contra uma criança, idoso ou pessoa com deficiência; contribuir para libertação de um sequestrado.

No exemplo da criança vítima de violência sexual, seus pais poderiam resolver colocar uma câmara escondida, sem autorização nos ambientes da casa para comprovar por meio das imagens captadas a agressão à criança. Há, no exemplo dado, a legítima defesa de

terceiros (filho menor) já que os pais tem o dever de assistência e cuidado, conforme dispõe o art. 229 da CF, art. 1.634 e incisos do Código Civil. Ante a decisão entre a proibição de uma prova obtida de forma ilícita, o direito oriundo da prova ilicitamente obtida “segurança e bem estar da criança”, pela sua condição de vulnerabilidade, apresenta maior relevância. É, no caso concreto, que a aplicação do princípio da proporcionalidade configura-se como dever de harmonizar as circunstâncias do fato que guardam relação com a norma.

Verificou-se no presente estudo que a proibição de prova ilícita é uma garantia individual contra o Estado, predominante é o entendimento na doutrina que possível é a utilização de prova favorável ao acusado ainda que colhida com infringência a direitos fundamentais seus ou de terceiros, e, quando produzida pelo próprio interessado.

Nossa posição é de que a razoabilidade, deve ser utilizada, como dever de harmonização do geral para o individual (*dever de equidade*) como instrumento para determinar que as circunstâncias de fato devem ser consideradas com a presunção de estarem dentro da norma ou para expressar que a aplicabilidade da regra geral depende de um enquadramento no caso concreto. Como dever de harmonização do direito com suas condições externas (*dever de congruência*) que exige a relação das normas com as suas condições externas de aplicação que demandarão um suporte empírico existente para a adoção de uma medida quer ao exigir uma relação congruente entre o critério de diferenciação escolhido e a medida adotada. Como dever de vinculação entre duas grandezas (*dever de equivalência*), impõe uma relação de equivalência entre a medida adotada e o critério que a dimensiona. A aplicação da proporcionalidade exige a relação de causalidade entre meio e fim.

É importante chamar atenção para a manipulação do conceito de proporcionalidade e ao grande número de decisões amparadas no interesse público versus interesse privado, para justificar a restrição de direitos fundamentais (e, no caso, até a condenação) a partir da prevalência do interesse público.

Devem ser medidos os valores dos bens jurídicos postos em conflito e decidir, concretamente, qual deve proteger, qual deve prevalecer mesmo em detrimento (ou eliminação momentânea) do outro aplicando as *regras de adequação* entre meios e fins; as *regras da necessidade* que leva em consideração a existência de outros meios para alcançar o mesmo fim, dando-se preferência àquele que trouxe menor restrição ou prejuízos ao direito em questão e as *regras da proporcionalidade em sentido estrito* para sopesar as vantagens e desvantagens da solução dada a cada princípio à situação fática.

REFERÊNCIAS

ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

AP 307-DF, RTJ 162/254.

ALVES, José Carlos Moreira. **Direito romano**. v. I. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

AMBOS, Kai. **O uso transnacional da prova obtida por meio de tortura**. Panóptica. 2012/2011. Ano 4. Nº 20. [Tradução do espanhol: LIMA, Saulo Lugon Moulin. Disponível em: http://www.panoptica.org/op20/20_5.pdf. Acesso em: 08/04/2012.

AQUOTTI, Marcus Vinícius Feltrim. e SCARDAZZI, Ariane Ragni. **Recentes alterações e atuais discussões sobre a admissibilidade das provas ilícitas no direito penal face a aplicação do princípio da proporcionalidade**. Disponível em: www.ibccrim.org.br. Publicado em: 26 Nov. de 2009 em www.ibccrim.org.br. Acesso em: 08/04/2012.

ARANHA. Adalberto José Q. T. Camargo. **Da prova no processo penal**. São Paulo: Saraiva. 1996.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BARBI, Celso Agrícola. **Comentários ao código de processo civil: Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991, v. 1.

BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. **Direito penal, parte geral**. vol. I. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

BARROSO, Frederico Sousa. **Provas ilícitas: Confronto entre as liberdades públicas e a efetividade do processo judicial**. Revista da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, Brasília, Ano 12, Edição Especial, abr. 2004. Disponível em: http://www.escolamp.org.br/arquivos/II%20Concurso%20de%20monografias_03.pdf. Acesso em 18/05/2013.

BARBOSA, José Olindo Gil. **As provas ilícitas no processo brasileiro**. Disponível em: <http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/AS%20PROVAS%20IL%3%8DCIT%20AS.pdf>. Acesso em: 21/11/2010.

BELTRÁN, Jordi Ferrer. **Prova e verità nel diritto**. Bologna: Il Mulino, 2004.

BITENCOURT, César Roberto. **Manual de direito penal – parte geral**. Vol. I. São Paulo. Saraiva, 2000.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 21. ed. atual, 2007, p.515, In: MEDEIROS, Júlio. O mito da proibição de provas ilícitas "pro societate" no processo penal. Jus Navigandi, Teresina, ano 15, n. 2418, 13 fev. 2010. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/14356>>. Acesso em: 7 abr. 2012.

BONFIM. **Curso de processo penal**. 3. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2008.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v.1.685.

BRANDÃO, Cláudio. **Teoria jurídica do crime**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

BRANDÃO, Cláudio. **Distribuído em palestra: O direito no cinema**. Faculdade Damas, Recife. 2008.

BRANDÃO, Cláudio. **Curso de Direito Penal: parte geral**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

_____. **Curso de direito penal: parte geral**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. **Curso de processo penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **Curso de processo penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **Curso de processo Penal**. 18.ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CARNELUTTI, Francesco. **As misérias do processo penal**. Tradução de Ricardo Rodrigues Gama. 1. ed. 3ª tiragem. Campinas: Russell Editores, 2008.

CLEMENTINO, Marco Bruno de Miranda. **As provas obtidas por meios ilícitos e a reforma processual penal**. FIDES: Revista de Filosofia do Direito, do Estado e da Sociedade, ISSN-e 2177-1383, Vol. 1, N. 1, 2010

CORREA, Sílvia Leme. **A prova processual penal ilícita e a teoria da proporcionalidade**. Dissertação (Mestrado em Direito) Setor de Ciências Jurídicas e Sociais, Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2006. Disponível em: http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/handle/1884/3082/silvia_final_bk2.pdf?sequence=1. Acesso em: 08/04/2012.

COSTA JÚNIOR, Paulo José da. **O direito de estar só: Tutela Penal da Intimidade**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, Apud SANTOS, Paulo Ivan da Silva. As provas obtidas com violação da intimidade e sua utilização no Processo Penal. Jus Navigandi, Teresina, ano 6, n. 51, 1 out. 2001. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/2110>> Acesso em: 15 abr. 2013.

CONSTITUIÇÃO E SUPREMO. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/constituicao.asp>. Acesso em 08/04/2012.

Cf. Hermenegildo Souza Rego, Natureza das normas sobre prova, 155.

Cf. 6ª T., RHC nº 2.777-0/RJ, Rel. Min. PEDRO ACIOLI, Ementário STJ, nº 8/721.

CF. Altayr Venzon, Excessos na Legítima Defesa.

CF. Taipa de Carvalho, A Legítima Defesa.

DEODATO. Felipe Augusto Forte de Negreiros, et. al. **Direito penal secundário**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Para uma dogmática do direito penal secundário. Um contributo para a reforma do direito penal nos novos espaços de intervenção**. In: D'AVILA, Fabio Roberto, SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder (orgs). **Direito Penal Secundário**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2006.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. São Paulo: Malheiros, 2001, v. 3, p. 75, Apud VIEIRA, Márcio. Os Resquícios de Prova Tarifada no Processo Civil Brasileiro e Sua Influência no Livre Convencimento do Magistrado. REVISTA DA ESMESC, v. 17, n. 23, 2010.

DOTTI, René Ariel. **Curso de direito penal**: parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

KANT, Emmanuel, citado por JESCHECK, Hans-Heinrich. **Tratado del derecho penal**: parte general.

DE JURE – Revista Jurídica do ministério Público de Minas Gerais.

DECISÕES MONOCRÁTICAS: **RE 251445 / GO** – GOIÁS. RECURSO

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. São Paulo: Malheiros, 2001, v. 3. In.: VIEIRA, Márcio. **Os resquícios de prova tarifada no processo civil brasileiro e sua influência no livre convencimento do magistrado**. Revista da ESMESC, v. 17, n. 23, 2010.

EXTRAORDINÁRIO. DJ 03/08/2000 PP-00068.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012/2011, ano 4. nº 20. CORREA, Sílvia Leme. A prova processual penal ilícita e a teoria da proporcionalidade. Dissertação (Mestrado em Direito) Setor de Ciências Jurídicas e Sociais, Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2006. Disponível em: http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/handle/1884/3082/silvia_final_bk2.pdf?sequence=1. Acesso em: 10 abr. 2013.

FERNANDES, Antonio Scarance. op. cit.

FERNANDES In: Ambos. **O uso transnacional da prova obtida por meio de tortura**. Panóptica. 2010/2011. Ano 4. N. 20.

FERAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal parte geral**. ed. Forense, Rio de Janeiro, 1994.

GARCIA, Basileu, **Instituições de direito penal**. Vol. I, Tomo I, Ed. Max Lemonad, 1980.

GRECO, Rogério. **Direito penal do equilíbrio**. Niterói: Editora Impetus. 2006.

GRECO FILHO, Vicente. **Direito processual civil brasileiro**. 16. ed. São Paulo: Saraiva 2003, v. 2.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antônio Scarance; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **As nulidades no processo penal**. 7. ed. São Paulo: RT, 2001.

_____. **As nulidades do processo penal**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

_____. **As nulidades do processo penal**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

_____. **Liberdades públicas e processo penal – As interceptações telefônicas**. São Paulo: Saraiva, 1976.

_____. **As nulidades no processo penal**. São Paulo: Malheiros. 1993.

_____. **As nulidades no processo penal**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

_____. **Interceptações telefônicas e gravações clandestinas no processo penal. Novas tendências do direito processual**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990.

G. LEONE. **Spunti sul problema della prova nel processo penale, no vol. Studi in memoria di F. Grispigni**. Milão Giuffrè, 1954.

GOLDMAN, Alvin I. **Knowledge in a social world**. Oxford: Oxford University Press. 1999. p. 7. In: MATILDA, R. M. O problema da verdade no processo: a relação entre fato e prova. Dissertação (Mestrado em Direito) – Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2009.

GONZALEZ-CUELLAR SERRANO, José Francisco. **Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal**. Madrid: Colex, 1990.

HAMILTON, Sérgio Demoro. **As provas ilícitas, a teoria da proporcionalidade e a autofagia do direito.** Forum Direito Penal: Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada. Universo Jurídico. Minas Gerais. Disponível em: http://uj.novaprolink.com.br/forum/303/discussao/3747/Teoria_dos_Frutos_da_Arvore_Envenenada.

HÄBERLE, Peter. **Verfassung als öffentlicher prozess.** 1978, p.123. In: MEDEIROS, Júlio. O mito da proibição de provas ilícitas "pro societate" no processo penal. Jus Navigandi, Teresina, ano 15, n. 2418, 13 fev. 2010. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/14356>>. Acesso em: 7 abr. 2012.

HC 74.356-SP, Rel. Min. Octavio Gallotti, RT 743/550 e RTJ 165/934.

HC 69.818-SP, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, RTJ 148/213 e HC 75.513, Rel. Min. Moreira Alves, RT 740/525 e RT 734/627.

HC nº. 72.588-1-PB. Rel: Min. Néri da Silveira. Julgamento: 05/11/1996. Segunda Turma. DJ 14-03-1997 PP-06903 Ement Vol-01861-01 PP-00178.

HC 95.009, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 6-11-2008, Plenário, DJE de 19-12-2008 Constituição e Supremo. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/constituicao.asp>. Acesso em 08/04/2012.

HARTMANN, Érica de Oliveira. **Os sistemas de avaliação da prova e o processo penal brasileiro.** Revista de Direito da Universidade Federal do Paraná, v. 39. 2003, p. 199.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao código penal.** Vol. I. Tomo II. Rio de Janeiro: Ed. Forense. 1978.

INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA, p. 04/06. **Em posição mais ampla admitindo o uso do gravação clandestina:** Renato Maciel de Sá Jr., "A Prova Fonográfica", in Revista dos Tribunais nº 574/302-313.

JESUS, Damásio. **Direito Penal:** Parte Especial, v. 2, p. 260 e FRAGOSO, Heleno Cláudio. Lições de Direito Penal: Parte Especial, v. 1.

JHERING, Rudolf Von. **A luta pelo Direito.** Trad. Richard Paul Neto, Rio de Janeiro, 1978.

JESCHECK, Hans-Heinrich. **Tratado de derecho penal:** parte general. Trad. José Luis Manzanares Samaniego. Granada: Editorial Comares, 1993.

JORNAL JURID. <http://secure.jurid.com.br>) em 17/06/2010, TRT.

LEAL, João José. **Direito penal geral.** São Paulo: Atlas, 1998.

LIMA NETO, José Henrique Barbosa Moreira. **Da Inviolabilidade de dados:** inconstitucionalidade da Lei 9296/96 (Lei de interceptação de comunicações telefônicas). Jus Navigandi, Teresina, ano 2, n. 14, 1 jun. 1997. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/197>>. Acesso em: 19 maio 2012.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Sistemas de investigação preliminar no processo penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

LOPES JR., Aury. **Direito processual e sua conformidade constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

MATILDA, R. M. **O problema da verdade no processo: a relação entre fato e prova**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2009.

MARTINS, Rui Cunha. **O ponto cego do direito. The Brazilian Lessons**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MELO, Andréa Keust Bandeira de. **Da prova pericial e as reformas trazidas pela Lei 8.952 de 13.12.94**. Rev.Trib.Reg.Trab. 13 Reg. João Pessoa v. 4 n. 1, 1996.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. **A "Exclusionary rule" do Sistema Norte-Americano**. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, IX, n. 25, jan 2006. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=776>. Acesso em: 19/05/2013.

MEDEIROS, Júlio. **O mito da proibição de provas ilícitas "pro societate" no processo penal**. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 15, n. 2418, 13 fev. 2010. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/14356>>. Acesso em: 7 abr. 2012.

MENDES, Maria Gilmaise de Oliveira. **Direito à intimidade e interceptações telefônicas**. Belo Horizonte: Mandamentos, 1999.

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

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. São Paulo: Editora Atlas, 1999.

_____. **Constituição do Brasil interpretada**. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2006.

_____. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. São Paulo: Atlas, 2002.

MORAES, Alexandre de. op. cit., p. 170.

MODIN, Augusto. **Manual de inquérito policial**. São Paulo: Editado pela Escola de Polícia de São Paulo, 1955.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **A constituição e as provas ilicitamente obtidas**. Temas de Direito Processual – Sexta Série. São Paulo: Saraiva, 1997.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na constituição federal**. 4. ed. São Paulo, RT, 1997.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

_____. **Código de processo penal comentado**. 2. ed. São Paulo: RT, 2003.

_____. **Código de Processo Penal Comentado**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. **Código de processo penal comentado**. 2. ed. São Paulo: RT, 2007, p. 152 e 388.

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

_____. **Curso de processo penal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

_____. **Curso de processo penal**. 5. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. In: CORRÊA, Sílvia Leme. A prova processual penal ilícita e a teoria da proporcionalidade. Dissertação (Mestrado em Direito) Setor de Ciências Jurídicas e Sociais, Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2006. Disponível em: http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/handle/1884/3082/silvia_final_bk2.pdf?sequence. Acesso em: 15 abr. 2013.

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 15 ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 2008.

RANGEL, Paulo. Direito processual penal. 10.ed., 2. tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. In: CORRÊA, Sílvia Leme. A prova processual penal ilícita e a teoria da proporcionalidade. Dissertação (Mestrado em Direito) Setor de Ciências Jurídicas e Sociais, Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2006. Disponível em: http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/handle/1884/3082/silvia_final_bk2.pdf?sequence. Acesso 15 abr. 2013.

_____. **Direito processual penal**. 15 ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 2008.

RAMOS, Maíra Silva da Fonseca. **A prova proibida no processo penal: as consequências de sua utilização**. BuscaLegis.ufsc.br. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7432> Acesso 08/04/2012.

RHC 67.058-RS, Rel. Min. Francisco Rezek, RT 641/394 e RTJ 128/745.

RCL nº 2.040/DF, Rel. Min. NÉRI DA SILVEIRA, em 21.2.2002 –InformativoSTF nº 257, 18 a 22 de fevereiro de 2002.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**. São Paulo: Saraiva, v. II, 1985. In: HARTMANN, Érica de Oliveira. Os Sistemas de Avaliação da Prova e o Processo Penal Brasileiro. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná Vol. 39, 2003.

SANTOS, Paulo Ivan da Silva. **As provas obtidas com violação da intimidade e sua utilização no Processo Penal**. Jus Navigandi, Teresina, ano 6, n. 51, 1 out. 2001. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/2110>. Acesso em: 29 nov. 2010.

SANTOS, Paulo Ivan da Silva. **As provas obtidas com violação da intimidade e sua utilização no Processo Penal**. Jus Navigandi, Teresina, ano 6, n. 51, 1 out. 2001. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/2110>> Acesso em: 15 abr. 2013.

SILVA, César Dario Mariano da. **Provas ilícitas**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005.

SILVA, César Dario Mariano da. **Provas ilícitas**. MPCRIM: Associação Nacional do Ministério Público Criminal. São Paulo, Disponível em: <http://mperim.com.br/?p=453>. Acesso em 03/04/2012.

SIQUEIRA, Leonardo. **A ação de legítima defesa no direito penal**. Revista Duc In Altum - Caderno de Direito, vol. 3, nº 4, jul-dez. 2011.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Segunda Turma. HC 74116/SP.912 /RS** Relator: Ministro Néri da Silveira. Decisão por maioria. Brasília, 05.11.1996. DJ de 14.03.1997, p. 178. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 30/11/2010.

STF, 1ª T. HC 70.814/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO – DJ 24/6/1994.

TÁVORA, Nestor e ANTONNI, Rosmar. **Curso de direito processual penal**. 2. ed. Salvador: Ed. JusPODIVM, 2009.

TAVARES, Heloisa Gaspar Martins. **Estado de necessidade como excludente de culpabilidade**. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, nº 508. Acesso: 21/05/2013.

TOLEDO, F. de A. **Princípios básicos de direito penal**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

UMBERTO DEL POZZO. **Appunti preliminari per una teoria della probabilità nel processo penale**. 6. ed. no vol. Em homenagem a Antolisei (Studi in onore di Francesco Antolisei, Milão, Giuffrè, 1965, I, 445).

VALLE FILHO, Oswaldo Trigueiro do. **A ilicitude da prova: teoria do testemunho de ouvir dizer**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. In: CORREA, Sílvia Leme. A prova processual penal ilícita e a teoria da proporcionalidade. Dissertação (Mestrado em Direito) Setor de Ciências Jurídicas e Sociais, Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2006. Disponível em: http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/handle/1884/3082/silvia_final_bk.pdf?sequence=1.

VASCONCELLOS, Roberto Prado de. **Provas ilícitas (Enfoque Constitucional)**. In Revista dos Tribunais, nº 791, setembro de 2001.

VIDAL, Hélvio Simões. **Comentários à jurisprudência – provas ilícitas e a extensão dos seus efeitos (*Fernwirkung der Beweisverbote*)**. De jure – Revista Jurídica do Ministério Público de Minas Gerais. n.11, p.208-214, jul./dez., 2008. Disponível em: <https://aplicacao.mp.mg.gov.br/xmlui/handle/123456789/106> Acesso em: 15 abr. 2013.

VILLELA JÚNIOR et. al. **Das provas ilícitas no ordenamento jurídico brasileiro - O princípio da proporcionalidade frente às provas ilicitamente obtidas**. Rio Branco, 2004. Disponível em: http://www.pge.ac.gov.br/site/arquivos/bibliotecavirtual/monografias/DAS_PROVAS_ILICITAS.pdf. Acesso em: 01/02/2013.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl e PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal**. 7. ed. Parte Geral. Vol. I. São Paulo. Ed RT, 2008.

_____. **Direito Penal Brasileiro, RT, 1997**, p. 386 In: Teoria Geral do Delito pelo Colarinho Branco - Direito Penal Econômico, Edição 2013, Revista e Ampliada. Disponível em: <http://www.crimesdocolarinhobranco.adv.br/livro/i-parte-geral/i-iii-da-dogmatica-tipicidade-ilicitude-culpabilidade-e-devido-processo-legal-www.crimesdocolarinhobranco.adv.br>. ©2006. Desenvolvimento Tecmedia - Crimes do Colarinho Branco Acesso em: 31/07/2013.