
(IM) POSSIBILIDADE JURÍDICA DA UTILIZAÇÃO DE PROVAS ILÍCITAS NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO EM FAVOR DA SOCIEDADE

Fernanda de Oliveira Azevedo

*Pós-graduada em Direito Público pelo Instituto de Educação Continuada da Pontifícia
Universidade Católica de Minas Gerais (IEC-PUC-MINAS)*

SUMÁRIO: Introdução; 1 A vedação constitucional às provas obtidas ilicitamente; 2 O princípio da proporcionalidade e as provas ilícitas; 3 As possibilidades de admissibilidade das provas ilícitas *pro reo* e *pro societate*; 4 Conclusão; Referências.

RESUMO: O presente trabalho estuda a vedação constitucional às provas obtidas ilicitamente e sua mitigação em face do princípio da proporcionalidade. Analisa algumas situações que admitem as provas ilícitas no processo penal brasileiro.

PALAVRAS-CHAVES: Provas Ilícitas. Princípio da proporcionalidade. Admissibilidade das provas ilícitas *pro reo* e *pro societate*.

ABSTRACT: The present work studies the constitutional prohibition of the proofs obtained illicitly and its mitigation according to the principle of proportional justice. It analyzes some situations that admit the illicit proofs in the Brazilian criminal proceeding.

KEYWORDS: Illicit proofs. Principle of proportional justice. Admissibility of the illicit proofs *pro reo* and *pro societate*.

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por escopo o estudo da produção das provas no direito processual penal brasileiro, dando enfoque às provas obtidas ilicitamente, que se discute muito, atualmente, sobre a possibilidade de sua admissibilidade.

Será analisada a garantia constitucional da inadmissibilidade das provas ilícitas no processo, nestes termos: “*são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos*” (art. 5º, inciso LVI), no contexto do Estado Democrático de Direito.

Posteriormente, um estudo sobre a admissibilidade das provas ilícitas *pro reo* e *pro societate*, em face do princípio da proporcionalidade.

Finalmente a conclusão deste artigo é analisar as situações nas quais as provas obtidas ilicitamente podem e devem ser admitidas no processo penal brasileiro, acarretando uma mitigação na regra constitucional sobre o tema.

1 A VEDAÇÃO CONSTITUCIONAL ÀS PROVAS OBTIDAS LICITAMENTE

A Constituição da República de 1988 consagrou, em seu texto constitucional, diversos direitos e garantias fundamentais que, conforme ensinamentos de Canotilho, têm:

a função de direitos de defesa dos cidadãos sob dupla perspectiva: (1) constituem, num plano jurídico-objectivo, normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo fundamentalmente as ingerências destes na esfera jurídica individual; (2) implicam, num plano jurídico-subjectivo, o poder de exercer positivamente direitos fundamentais (liberdade positiva) e de exigir omissões dos poderes públicos, de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos (liberdade negativa). (1999, p. 383).

O Estado Democrático Brasileiro, ao estabelecer direitos e garantias fundamentais aos indivíduos, impõe limites à produção de provas no processo penal brasileiro. Não é toda e qualquer prova produzida que será considerada válida no processo penal.

O princípio da inadmissibilidade de utilização, em juízo, das provas obtidas por meio ilícito é uma das garantias constitucionais contempladas na Constituição Federal, nos termos, “*são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos*” (art. 5º, inciso LVI).

Esta proibição configura essencial garantia do indivíduo em relação à ação persecutória do Estado, que está adstrito a fazer uso de meios probatórios que não atendem contra direitos e garantias fundamentais.

Para Eugênio Pacelli de Oliveira,

[...] mais que uma afirmação de propósitos éticos no trato das questões do Direito, a aludida norma constitucional cumpre uma função ainda mais relevante, particularmente no que diz respeito ao processo penal, a saber: a vedação das provas ilícitas atua no controle de regularidade da atividade estatal persecutória, inibindo e desestimulando a adoção de práticas probatórias ilegais por parte de quem é o grande responsável pela sua produção. Nesse sentido, cumpre função eminentemente pedagógica, ao tempo em que também tutela determinados valores reconhecidos pela ordem jurídica. (2002, p. 267).

Conforme lição de Alexandre de Moraes (2003), provas ilegais são o gênero que inclui as espécies provas ilícitas e provas ilegítimas.

A prova ilícita é aquela obtida com infringência ao direito material, como por exemplo, a confissão mediante tortura; a prova ilegítima, com violação a regras de natureza processual, tal como o depoimento exibido em plenário do Tribunal do Júri fora do prazo do art. 457, do CPP.

Contudo, apesar de a Constituição da República ter proibido, de maneira absoluta, o uso de prova ilícita no processo, nenhum direito e garantia constitucional são verdadeiramente absolutos e ilimitados. Isto porque, *“é impossível a proteção de todos os direitos assegurados na ordem jurídica, pelo fato de que, muito que se imagina, o exercício de um, por alguém, impedirá ou atingirá o exercício de outro, de um terceiro”* (OLIVEIRA, 2002, p. 291).

2 O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E AS PROVAS ILÍCITAS

Em uma ordem pluralista em que coexistem diversos princípios, por vezes contrapostos, é possível uma colisão de princípios. Luís Roberto Barroso (2002) ensina que a incidência dos princípios não pode ser em termos de tudo ou nada, de validade ou invalidade, mas através de uma dimensão de peso ou importância. Na existência de antagonismos inevitáveis, o intérprete, conforme os elementos do caso concreto, deverá fazer escolhas fundamentadas.

Luís Roberto Barroso (2002) explana que princípios constitucionais devem ser interpretados de forma harmoniosa, sendo

que, em caso de conflito de normas, a solução para a colisão será através da técnica denominada ponderação de interesses ou ponderação de valores, segundo a qual, busca o peso relativo de cada um dos princípios contrapostos no caso concreto.

Acrescenta ainda Luís Roberto Barroso que:

Como não existe um critério abstrato que imponha a supremacia de um sobre o outro, deve-se, à vista do caso concreto, fazer concessões recíprocas, de modo a produzir um resultado socialmente desejável, sacrificando o mínimo de cada um dos princípios ou direitos fundamentais em oposição. O legislador não pode, arbitrariamente, escolher um dos interesses em jogo e anular outro, sob pena de violar o texto constitucional. Seus balizamentos devem ser o princípio da razoabilidade (*v. infra*) e a preservação, tanto quanto possível do núcleo mínimo do valor que esteja cedendo passo. Não há, aqui, superioridade formal de nenhum dos princípios em tensão, mas a simples determinação da solução que melhor atende o ideário constitucional na situação apreciada (2002).

É, outrossim, o entendimento de Humberto Bergmann Ávila, a saber:

Quando ocorre uma colisão de princípios é preciso verificar qual deles possui maior peso diante das circunstâncias concretas. Por exemplo: a tensão que se estabelece entre a proteção da dignidade humana e da esfera íntima de uma pessoa (CF, art. 1º, III e art. 5º, X) e o direito de proteção judicial de outra pessoa (CF, art. 5º, XXXV) não se resolve com a primazia imediata de um princípio sobre o outro. No plano abstrato, não há uma ordem imóvel de primazia, já que é impossível saber se ela seria aplicável a situações ainda desconhecidas. A solução somente advém de uma ponderação no plano concreto, em função da qual se estabelece que, naquelas condições, um princípio sobrepõe ao outro (1999, p.158-159).

Neste diapasão, conforme doutrina de Paulo Bonavides (2005), nenhuma norma Constitucional deve ser interpretada em contradição com outra norma Constitucional, e, atendendo-se que não há formalmente graus distintos de hierarquia entre normas de direitos fundamentais, o princípio da proporcionalidade, que foi primeiramente estudado e aplicado no direito alemão, funciona como critério para a solução de conflitos de direitos e garantias fundamentais, através de

juízos comparativos de ponderação dos interesses envolvidos no caso concreto, nestes termos:

Uma das aplicações mais proveitosas contidas potencialmente no princípio da proporcionalidade é aquela que o faz instrumento de interpretação toda vez que ocorre antagonismo entre direitos fundamentais e se busca daí solução conciliatória, para a qual o princípio é indubitavelmente apropriado. As cortes constitucionais européias, nomeadamente o Tribunal de Justiça da Comunidade Européia, já fizeram uso freqüente do princípio para diminuir ou eliminar a colisão de tais direitos. (BOVANIDES, 2005, p.425).

A doutrina reconhece que o princípio da proporcionalidade é constituído por três subprincípios, quais sejam, adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Segundo Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino, o pressuposto da adequação, significa que qualquer medida que o Poder Público adote deverá ser apta a atingir o objetivo pretendido. O subprincípio da necessidade significa que uma restrição de direito somente será legítima se não for possível adotar outra medida menos gravosa que seja capaz de atingir o mesmo objetivo. Por fim, o elemento da proporcionalidade em sentido estrito, que somente é exercido depois de verificado os subprincípios supramencionados, e cabe averiguar se os objetivos positivos obtidos superam as desvantagens decorrentes da restrição a um ou outro direito.

Portanto, o princípio da proporcionalidade

significa que, ao se analisar uma lei restritiva de direitos, deve-se ter em vista o fim a que ela se destina, os meios adequados e necessários para atingi-lo e o grau de limitação e de promoção que ela acarretará aos princípios constitucionais que estejam envolvidos (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito).” (ALEXANDRINO; PAULO, 2008, p. 164).

Neste sentido, Barbosa Moreira nos dá a compreensão exata da importância da aplicação do princípio da proporcionalidade:

Alude-se, a tal propósito, ao chamado princípio da proporcionalidade. Cabe verificar se a transgressão se explicava por autêntica necessidade, suficiente para tornar escusável o comportamento da parte, e se esta se manteve nos limites determinados pela necessidade; ou se, contrário, existia a possibilidade de provar a alegação por meios regulares, ou se a infração gerou dano superior ao benefício

trazido à instrução do processo. Em suma: averiguar-se dos dois males, se escolheu realmente o menor. (1997, p. 126-127).

Rodolfo Viana Pereira, analisando os ensinamentos de Robert Alexy, enfatiza que a ponderação de interesses deverá ser realizada de maneira racional, sendo que, para atingir esta racionalidade, deverá observar as três sub-regras do princípio da proporcionalidade.

Importa sublinhar que o autor faz questão de ressaltar que essa *ponderação* deve ser feita de modo discursivamente racional e, por isso, faz referência explícita à vinculação da teoria dos princípios com a *regra* (ou *máxima*) da proporcionalidade, concebendo-a como um dos critérios centrais na configuração de dita racionalidade. Essa regra vai implicar a necessidade de observação de três sub-regras, a saber: *regra da adequação, regra da necessidade, e regra da proporcionalidade em sentido estrito*. Toda *ponderação de interesses*, pois, para ser consolidada *racional* na solução de uma colisão de princípios, deve ser, ao mesmo tempo, *adequada, necessária e proporcional*. (PEREIRA, 2001, p. 145-146).

Assim, em determinadas circunstâncias, pode-se haver um conflito de direitos, que deve ser solucionado, ponderando os interesses, a fim de se verificar qual prevalecerá, sendo que, em alguns casos, há um interesse maior a ser defendido do que a intimidade¹. Dependendo da razoabilidade do

1 Um caso polêmico, em que o Supremo Tribunal Federal ponderou entre o interesse público e a intimidade para solucionar o caso concreto, foi o da cantora mexicana extraditanda Gloria Trevi, segundo o qual Gloria Trevi alegava ter sido estuprada por agentes federais, nas dependências da Polícia Federal, o que resultou numa gravidez. A Corte Suprema decidiu pela realização de exame de DNA, através da placenta daquela, a fim de averiguar a paternidade do nascituro, fundamentando que o interesse público se sobrepõe aos interesses individuais da extraditanda nesse caso. Nesses termos: EMENTA: - Reclamação. Reclamante submetida ao processo de Extradicação n.º 783, à disposição do STF. 2. Coleta de material biológico da placenta, com propósito de se fazer exame de DNA, para averiguação de paternidade do nascituro, embora a oposição da extraditanda. 3. Invocação dos incisos X e XLIX do art. 5º, da CF/88. 4. Ofício do Secretário de Saúde do DF sobre comunicação do Juiz Federal da 10ª Vara da Seção Judiciária do DF ao Diretor do Hospital Regional da Asa Norte - HRAN, autorizando a coleta e entrega de placenta para fins de exame de DNA e fornecimento de cópia do prontuário médico da parturiente. 5. Extraditanda à disposição desta Corte, nos termos da Lei n.º 6.815/80. Competência do STF, para processar e julgar eventual pedido de autorização de coleta e exame de material genético, para os fins pretendidos pela Polícia Federal. 6. Decisão do Juiz Federal da 10ª Vara do Distrito Federal, no ponto em que autoriza a entrega da placenta, para fins de realização de exame de DNA, suspensa, em parte, na liminar concedida na Reclamação. Mantida a determinação ao Diretor do Hospital Regional da Asa Norte, quanto à realização da coleta da placenta do filho da extraditanda. Suspenso também o despacho do Juiz Federal da 10ª Vara, na parte relativa ao fornecimento de cópia integral do prontuário médico da parturiente. 7. *Bens jurídicos constitucionais como "moralidade administrativa", "persecução penal pública" e "segurança pública" que se acrescem, - como bens da comunidade, na expressão de Canotilho, - ao direito fundamental à honra (CF, art. 5º, X), bem assim direito à honra e à imagem de policiais federais acusados de estupro da extraditanda, nas dependências da Polícia Federal, e direito à imagem da própria instituição, em confronto com o alegado direito da*

caso concreto, o magistrado poderá admitir uma prova ilícita, com o escopo de evitar *“um mal maior, como, por exemplo, a condenação injusta ou a impunidade de perigosos marginais. Os interesses que se colocam em posição antagônica precisam ser cotejados, para escolha de que qual deva ser sacrificado.”* (CAPEZ, 2006, p. 35-36).

É neste contexto que, no processo penal, tem sido temperada a vedação constitucional da inadmissibilidade de prova ilícita pelo princípio da proporcionalidade (ou da proibição de excesso), admitindo em situações excepcionais e em casos extremamente graves a prova ilícita.

3 AS POSSIBILIDADES DE ADMISSIBILIDADE DAS PROVAS ILÍCITAS PRO REO E PRO SOCIETATE

Há entendimento predominante na doutrina e na jurisprudência em se admitir a prova ilícita penal favorável ao acusado (*pro reo*), em homenagem ao direito de defesa e ao princípio do favor rei. Entende-se que a ilicitude é eliminada por causas excludentes de ilicitude², em prol do princípio da inocência, vendo-se o réu sujeitado a utilizar prova ilícita em defesa de seu direito fundamental da liberdade. Isto porque o princípio que veda as provas obtidas por meios ilícitos não pode ser usado como escudo destinado a perpetuar condenações injustas, bem como o fato de que o erro judiciário sempre deverá ser evitado.

Em um Estado Democrático de Direito, não há como aceitar a condenação de alguém que o próprio Estado acredita ser inocente. A prova da inocência do réu deve ser sempre aproveitada, em todas as circunstâncias. (OLIVEIRA, 2002, p. 294).

Consoante doutrina de Fernando Capez,

entre aceitar uma prova vedada, apresentada como único meio de comprovar a inocência de um acusado, e permitir que alguém,

reclamante à intimidade e a preservar a identidade do pai de seu filho. 8. Pedido conhecido como reclamação e julgado procedente para avocar o julgamento do pleito do Ministério Público Federal, feito perante o Juízo Federal da 10ª Vara do Distrito Federal. 9. Mérito do pedido do Ministério Público Federal julgado, desde logo, e deferido, em parte, para autorizar a realização do exame de DNA do filho da reclamante, com a utilização da placenta recolhida, sendo, entretanto, indeferida a súplica de entrega à Polícia Federal do “prontuário médico” da reclamante. (BRASIL. 2002, p. 129).

- 2 Neste sentido é a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: EMENTA: “Habeas corpus”. Utilização de gravação de conversa telefônica feita por terceiro com a autorização de um dos interlocutores sem o conhecimento do outro quando há, para essa utilização, excludente da antijuridicidade. - Afastada a ilicitude de tal conduta - a de, por legítima defesa, fazer gravar e divulgar conversa telefônica ainda que não haja o conhecimento do terceiro que está praticando crime -, é ela, por via de consequência, lícita e, também conseqüentemente, essa gravação não pode ser tida como prova ilícita, para invocar-se o artigo 5º, LVI, da Constituição com fundamento em que houve violação da intimidade (art. 5º, X, da Carta Magna). “Habeas corpus” indeferido. (BRASIL, 1997, p. 232).

sem nenhuma responsabilidade pelo ato imputado, seja privado injustamente de sua liberdade, a primeira opção é, sem dúvida, a mais consentânea com o Estado Democrático de Direito e a proteção da dignidade humana”. (2006, p. 37).

Lado outro, há calorosa discussão calorosa sobre a viabilidade de utilizar prova ilícita penal *pro societate*, uma vez que, hordienamente, o Estado encontra-se despreparado e desarticulado para enfrentar as formas mais simples e banais de crimes, sem falar na criminalidade violenta, equipada e organizada, que desconhece qualquer limite e coloca em risco a própria sociedade, bem como a possibilidade de ser um meio de diminuir o estado de insegurança que vive a sociedade brasileira.

José Carlos Barbosa Moreira já alertava para o crescimento desta criminalidade organizada, mais armada que a polícia, que dificulta a produção de provas, assim:

Todavia se a defesa – à diferença da acusação – fica isenta do veto à utilização de provas ilegalmente obtidas, não será essa disparidade de tratamento incompatível com o princípio, também de nível constitucional, da igualdade das partes? Quicá se responda que, bem vistas as coisas, é sempre mais cômoda a posição da acusação, porque os órgãos de repressão penal dispõem de maiores e melhores recursos que o réu. Em tal perspectiva, ao favorecer a atuação da defesa no campo probatório, não obstante posta em xeque a igualdade formal, 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 enfrentem as sociedades contemporâneas. *É fora de dúvida que atualmente, no Brasil, certos traficantes de drogas estão muito mais bem armados que a polícia e, provavelmente, não lhes suscitará maiores escrúpulos, munir-se de provas por meios ilegais. Exemplo óbvio é o da coação de testemunhas nas zonas controladas pelo narcotráfico: nem passa pela cabeça de ninguém a hipótese de que algum morador da área declare à polícia, ou em juízo, algo diferente do que lhe houver ordenado o “poderoso chefe” local.* (MOREIRA, 1997, p. 128, (grifo nosso).

Guilherme de Souza Nucci analisando sobre a admissibilidade de provas ilícitas, não admite uma liberdade maior para a atuação policial, desgarrada das proteções constitucionais, em nome da segurança pública, haja vista ainda não existir um Estado-investigação devidamente preparado e equilibrado. Acrescenta que

basta que o direito processual penal crie mecanismos mais flexíveis de investigação policial, sempre sob a tutela de um magistrado, controlando a legalidade do que vem sendo produzido, para que o Estado se torne mais atuante e protetor, sem abrir mão dos direitos e garantias fundamentais. (NUCCI, 2005, p. 84).

Um fundamento à não aceitação da prova ilícita em favor da sociedade, segundo a doutrina dominante, é a idéia de que a vedação de provas produzidas ilicitamente é uma garantia individual contra o Estado, que não poderia fazer uso desse tipo de prova contra aquele.

Alguns doutrinadores, contudo, defendem a utilização das provas obtidas ilicitamente em favor da sociedade, em casos extremos e excepcionais, outrossim, em face do princípio da proporcionalidade.

Francisco Dirceu Barros ensina que

[...] a prova ilícita, em situações excepcionais, pode ser utilizada pro societa, ou seja, em favor da sociedade. O fundamento é o princípio da proporcionalidade, que, como vimos, decorre da teoria do sacrifício, que determina a realização de um juízo de ponderação pelo magistrado, diante do caso concreto, sobre o qual a garantia fundamental deve prevalecer quando duas estão em conflito. Por exemplo: 'liberdade de réu versus a perpetuação de uma injustiça'. (2005, p. 84),

Segundo Eugênio Pacelli de Oliveira (2002), o aproveitamento de provas ilícitas em favor da acusação poderá ser validamente utilizado quando não acarretar incremento ou estímulo da prática de ilegalidade pelos agentes produtores da prova.

Acrescente-se, ainda, que Fernando Capez (2006), analisando o HC 70.814-5, rel. Min. Celso de Mello, DJU, 24 jun. 1994, p. 16649, afirma que a prova se imprescindível ao processo, deve ser aceita, a despeito de ser ilícita, em face do princípio da proporcionalidade *pro reo* e *pro societate*. Contudo, ressalta que apenas a prática de tortura jamais pode ser admitida, independente de seu fim, uma vez que afronta normas de direito natural, anteriores e superiores às normas constitucionais.

Há de conferir razão ao entendimento de Roberto Prado de Vasconcelos a este assunto polêmico. Segundo ele,

É um vício constante da doutrina que afirmar as provas ilícitas incriminatórias não podem jamais ser usadas contra o réu. O problema de se tratar assuntos tão importantes apenas no âmbito da abstração, sem testar suas construções doutrinárias com exemplos hipotéticos, leva a injustiças freqüentes, bem como ao esquecimento de problemas crônicos que necessitam de soluções urgentes.

Exemplifique-se com o caso de combate ao tráfico, não se pode negar que é notória a freqüência com que os meios convenientes fracassam na resolução destes problemas. (2001, p. 465).

Ressalta-se um julgamento em que o Superior Tribunal de Justiça, surpreendentemente, admitiu a incidência da prova ilícita *pro societate*, nestes termos:

EMENTA: CONSTITUCIONAL e PROCESSUAL PENAL. 'HABEAS CORPUS'. ESCUTA TELEFÔNICA COM ORDEM JUDICIAL. RÉU CONDENADO POR FORMAÇÃO DE QUADRILHA ARMADA, QUE SE ACHA CUMPRINDO PENA EM PENITENCIÁRIA, NÃO TEM COMO INVOCAR DIREITOS FUNDAMENTAIS PRÓPRIOS DE HOMEM LIVRE PARA TRANCAR AÇÃO PENAL (CORRUPÇÃO ATIVA) OU DESTRUIR GRAVAÇÃO FEITA PELA POLÍCIA. O INCISO LVI DO ART. 5º DA CONSTITUIÇÃO, QUE FALA QUE 'SÃO INADIMISSÍVEIS ... AS PROVAS OBTIDAS POR MEIO ILÍCITO', NÃO TEM CONOTAÇÃO ABSOLUTA. HÁ SEMPRE UM SUBSTRATO ÉTICO A ORIENTAR O EXEGETA NA BUSCA DE VALORES MAIORES NA CONSTRUÇÃO DA SOCIEDADE. A PRÓPRIA CONSTITUIÇÃO FEDERAL BRASILEIRA, QUE É DIRIGENTE E PROGRAMÁTICA, OFERECE AO JUIZ, ATRAVÉS DA 'ATUAÇÃO CONSTITUCIONAL' (VERFASSUNGSAKTUALISIERUNG), BASE PARA O ENTENDIMENTO DE QUE A CLÁUSULA CONSTITUCIONAL INVOCADA É RELATIVA. A JURISPRUDÊNCIA NORTE-AMERICANA, MENCIONADA EM PRECEDENTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, NÃO É TRANQUÍLA. SEMPRE É INVOCÁVEL O PRINCÍPIO DA 'PROPORCIONALIDADE' (REASONABLENESS). O 'PRINCÍPIO DA EXCLUSÃO DAS PROVAS ILICITAMENTE OBTIDAS' (EXCLUSIONARY RULE) TAMBÉM LÁ PEDE TEMPERAMENTOS. ORDEM DENEGADA' (BRASIL, 1995, p. 1)

Paulo Ivan da Silva (2001), em estudo sobre o tema, expõe que o Superior Tribunal de Justiça tem entendido pela aceitação da prova *pro societate* e, fundamenta seu entendimento no referido julgamento do Habeas Corpus 3.982-RJ, que admitiu como válida, para embasar a acusação, prova obtida ilicitamente, sendo que essa mesma decisão foi reafirmada no Habeas Corpus 4.138-RJ (Repertório IOB de Jurisprudência – 1ª quinzena de julho de 1996 – nº 13/96, p. 217) e no Habeas Corpus 6.129 – RJ (RSTJ 90/364).

No entender de Jose Carlos Barbosa Moreira, no Habeas Corpus 4.138-RJ supracitado, houve uma relevância de argumentos contidos na fundamentação do acórdão.

Com razão sublima o Ministro Relator quão descabido é arvorar em valor supremo, sejam quais foram as circunstâncias, a privacidade deste ou daquele indivíduo: “pode haver” adverte, “do outro lado da balança, o peso do interesse público a ser preservado e protegido. (MOREIRA, 1997, p. 129).

A análise da admissibilidade das provas ilícitas *pro reo* ou *pro societate* deve ser realizada pelo magistrado, em cada caso concreto, considerando suas particularidades e especificidades. É o entender de Roberto Prado de Vasconcelos:

O Juiz ao ter que enfrentar um caso em que esteja sendo discutida a admissibilidade de uma prova ilicitamente obtida, deve atentar para uma boa administração das liberdades em conflito de forma a tornar possível a incidência do “justo” na decisão final ser proferida.

[...]

Os juízes devem construir as soluções dos casos concretos atentando mais para o significado das normas no sistema do que para seu sentido isolado. Para tanto, será necessário verificar qual o bem jurídico violado e atender para as peculiaridades do caso em apreciação (2001, p. 461).

Enfim, a regra deve ser a inadmissibilidade das provas produzidas por meios ilícitos que só excepcionalmente, e sob a condição de que não seja possível provar por outro meio, deverão ser admitidas em juízo *pro reo* e *pro societate*, sendo que o magistrado, através do princípio da proporcionalidade, em análise do caso concreto, buscará um ponto de equilíbrio entre os interesses conflitantes.

4 CONCLUSÃO

A Constituição Federal da República de 1988, no seu art. 5º, inciso LVI, proibiu, de maneira absoluta e genérica, a utilização no processo das provas obtidas ilicitamente.

Tem sido temperada a vedação de inadmissibilidade de prova ilícita pelo princípio da proporcionalidade (ou da proibição de excesso), admitindo em situações excepcionais e em casos extremamente graves a prova ilícita.

Há entendimento predominante na doutrina e na jurisprudência em se admitir a prova ilícita penal quando *pro reo*, em homenagem ao direito de defesa ao princípio do favor rei.

Lado outro, alguns doutrinadores defendem, em face da realidade dos dias atuais e em situações excepcionais, a utilização da prova ilícita em favor da sociedade, outrossim, pelo princípio da proporcionalidade.

A regra deve ser a inadmissibilidade das provas produzidas por meios ilícitos que só excepcionalmente, e sob a condição de que não seja possível provar por outro meio, deverão ser admitidas em juízo *pro reo* e *pro societate*, em face do princípio da proibição do excesso.

REFERÊNCIAS

ÁVILA, Humberto Bergmann. A distinção entre princípios e a redefinição do dever de proporcionalidade. *Revista de direito administrativo*, Rio de Janeiro, v. I, n° 215, p. 151-179, jan/março 1999.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 16. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

BARROS, Francisco Dirceu. *Direito processual: teoria, jurisprudência e questões de concursos com gabarito comentado*. vol. I. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo Direito Constitucional. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 6, n. 59, outubro 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3208>>. Acesso em: 33 jul. 2008.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição Federal*: atualizada até a Emenda Constitucional n. 52, de 8 de março de 2006. 7. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2006.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Sexta Turma. Habeas Corpus n° 36.982-RJ. Relator: Ministro Adhemar Maciel. Brasília, 05 de dezembro de 1995. Diário da Justiça da União, 26 fev. 1996. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 01 jun. 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça, Primeira Turma. Habeas Corpus n° 74678. Relator: Ministro Moreira Alves. Brasília, 10 de junho de 1997. Diário da Justiça da União, 15 ago. 1997. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em: 01 jun. 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação n° 2040. Relator: Ministro Néri da Silveira. Brasília, 21 de fevereiro de 2002. Diário da Justiça da União, 27 jun. 2003. Disponível em <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 01 jun. 2008.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 3. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1999.

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

MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*. 13. ed. São Paulo : Atlas, 2003.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. A Constituição e as provas ilicitamente obtidas. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, n° 337, p. 125-134, jan.fev.,março, 1996.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo e execução penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. *Direito constitucional descomplicado*. Rio de Janeiro: Impetus, 2008.

PEREIRA, Rodolfo Viana. *Hermenêutica filosófica e constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

SANTOS, Paulo Ivan da Silva. As provas obtidas com violação da intimidade e sua utilização no Processo Penal. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 5, n. 51, outubro 2001. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2110>>. Acesso em: 01 de junho de 2008.

VASCONCELOS, Roberto Prado de. Provas ilícitas (Enfoque Constitucional). *Revista dos Tribunais*, São Paulo, vol. 791. p. 456-486, setembro de 2001.

Disponível em: <http://www.direito2.com.br/stf/2002/fev/18/gloria_trevi_recorre_ao_stf_para_impedir_coleta_de_placenta. Acesso em: 10 jun. 2008>.

Disponível em: <http://www.direito2.com.br/stf/2002/fev/21/interesse_publico_prevalece_em_julgamento_de_gloria_trevi. Acesso em: 10 jun. 2008>.