

**UNIVERSIDADE DO EXTREMO SUL CATARINENSE – UNESC
CURSO DE DIREITO**

LUIZA BONOTTO

**A JUSTIFICATIVA PARA USO DA PROVA ILÍCITA PELO PRINCÍPIO DA
PROPORCIONALIDADE NO SISTEMA PROCESSUAL BRASILEIRO**

CRICIÚMA

2017

LUIZA BONOTTO

**A JUSTIFICATIVA PARA USO DA PROVA ILÍCITA PELO PRINCÍPIO DA
PROPORCIONALIDADE NO SISTEMA PROCESSUAL BRASILEIRO**

Monografia apresentada para obtenção do Grau de Bacharel no Curso de Direito da Universidade do Extremo Sul Catarinense – UNESC.

Orientador: Prof. Mcs Michel Alisson

CRICIÚMA

2017

LUIZA BONOTTO

**A JUSTIFICATIVA PARA USO DA PROVA ILÍCITA PELO PRINCÍPIO DA
PROPORCIONALIDADE NO SISTEMA PROCESSUAL BRASILEIRO**

Monografia apresentada para a obtenção do grau de Bacharel em Direito, no Curso de Direito da Universidade do Extremo Sul Catarinense – UNESC.

Orientador: Prof. Mcs Michel Alisson

Criciúma, 01 de dezembro de 2017.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Michel Alisson (Mestre) – UNESC - Orientador

Prof. Fabrizio Guinzani (Mestre) - UNESC

Prof.^a Rosângela Del Moro (Especialista) - UNESC

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, a Deus, por tudo que me foi proporcionado e pela oportunidade de estar aqui.

Aos meus pais, Zeca e Dulce, pessoas de personalidade e honestidade ímpares, verdadeiros exemplos a serem seguidos.

Ao meu marido, Gabriel, que me apoiou incondicionalmente em todos os momentos, dando-me forças para encarar todos os desafios da minha vida.

À minha Psicóloga, Sani Silva, que me ensinou muito nesses últimos meses, dando-me um grande suporte e me ajudando a tornar os sonhos em realidade.

Ao meu orientador, Prof. Michel Alisson, pela liberdade, colaboração e orientação no presente estudo.

Provas constituem os olhos do processo, o alicerce sobre o qual se ergue toda a dialética processual. Sem provas idôneas e válidas, de nada adianta desenvolverem-se aprofundados debates doutrinários e variadas vertentes jurisprudenciais sobre temas jurídicos, pois a discussão não terá objeto.

Fernando Capez (2014, p. 76).

RESUMO

O reconhecimento da normatividade dos princípios no ordenamento jurídico é consequência da nova compreensão do Direito, que não pode mais ser indiferente aos valores nem estar dissociada dos ideais de Justiça. O tema abordado neste estudo é a prova ilícita e o princípio da proporcionalidade, tendo em vista os conflitos existentes na utilização da prova ilícita em colisão com os direitos fundamentais dos indivíduos. O objetivo principal deste trabalho é verificar a justificativa para o uso da prova ilícita pelo princípio da proporcionalidade no sistema processual brasileiro. Para tanto, verifica-se a possibilidade de utilização da prova obtida ilicitamente, sempre em caráter excepcional, por meio do princípio da proporcionalidade, visando a garantia dos direitos fundamentais. O método utilizado neste trabalho foi a pesquisa exploratória e analítica de caráter bibliográfico. Assim, no decorrer do estudo serão abordadas as provas no sistema processual brasileiro, enfatizando a prova ilícita e também a teoria da proporcionalidade e da razoabilidade sob o ponto de vista dos Direitos alemão, norte-americano e brasileiro. Por fim, discorrerá sobre a aplicação do princípio da proporcionalidade nas provas ilícitas, com a demonstração da doutrina e jurisprudências sobre o tema, tendo como desfecho o sopesamento dos direitos fundamentais mediante a aplicação do princípio da proporcionalidade para a resolução dos conflitos concretos.

Palavras-chave: Princípio da Proporcionalidade. Prova Ilícita. Sistema Processual Brasileiro. Direitos Fundamentais.

ABSTRACT

The recognition of the normativity of principles in the legal system is a consequence of the new understanding of Law, which can no longer be indifferent to values nor be dissociated from the ideals of Justice. The subject addressed in this study is the unlawfully evidence and the principal of proportionality in view of the use of illicit evidence in collision with the fundamental rights of individuals. The main objective of this work is to verify the justification for the use of the illicit evidence by the principal of proportionality in the Brazilian procedural system. In order to do so, it is possible to use the evidence obtained unlawfully, always on an exceptional basis, through the principle of proportionality, aiming at guaranteeing fundamental right. The method used in this work was the exploratory and analytical research of a bibliographic character. Thus, in the course of the study will be approached the evidence in the Brazilian procedural system, emphasizing the illicit evidence and also the theory of proportionality and reasonableness from the point of view of German, North American and Brazilian Law. Finally, it will deal with the application of the proportionality principle for the resolution of concrete conflicts.

Keywords: Principle of Proporcionality. Illicit Evidence. Brazilian Procedural System. Fundamental Rights.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	8
2 DA PROVA	10
2.1 DAS PROVAS NO SISTEMA PROCESSUAL BRASILEIRO	10
2.2 DA ORIGEM.....	13
2.3 CONCEITO E OBJETIVOS	14
2.3.1 Das provas lícitas e ilícitas	17
2.3.2 Provas ilícitas por derivação	19
2.4 DO ÔNUS E DOS MEIOS DE PROVA.....	21
2.4.1 Sistema de avaliação da prova	22
2.4.1.1 Sistema da prova legal	22
2.4.1.2 Sistema da íntima convicção e do livre convencimento motivado do juiz.....	24
3 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE	26
3.1 O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE NO DIREITO ALEMÃO	30
3.2 O PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE NO DIREITO NORTE-AMERICANO.....	32
3.3 A PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE NO DIREITO BRASILEIRO	33
4 O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E A PROVA ILÍCITA	37
4.1 A INTERPRETAÇÃO DA DOUTRINA.....	37
4.1.1 Prova ilícita <i>pro societate</i>	39
4.1.2 Prova ilícita <i>pro reo</i>	40
4.2 ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL DO STF	42
4.2.1 Do Habeas Corpus n. 103325	43
4.2.2 Do Habeas Corpus n. 96056	47
5 CONCLUSÃO	52
REFERÊNCIAS	53

1 INTRODUÇÃO

A Prova refere-se ao conjunto dos meios empregados para demonstrar legalmente a existência de um ato ou fato jurídico. No Direito, para se verificar se a prova é lícita ou ilícita é preciso verificar sua admissibilidade, pertinência e contundência. Tendo nas normas a admissibilidade das provas, a exceção então deve ser expressa de forma concreta e justificada. Dentre as provas vedadas no sistema processual brasileiro, encontram-se as provas ilícitas e é sobre elas que o presente trabalho irá se desenvolver, percorrendo, entre outros temas, o da sua possível aceitação no processo penal.

A inadmissibilidade das provas ilícitas não é regra rígida. Apesar do cuidado das normas que restringem condutas violadoras da dignidade da pessoa humana na trajetória do processo, na doutrina, é cada vez mais aceita a denominada teoria da proporcionalidade. A proporcionalidade realiza a ponderação de princípios em conflito para se determinar qual interesse mais relevante deve preponderar no caso concreto.

A Constituição Federal de 1988 traz em seu texto o princípio da inadmissibilidade das provas ilícitas, no art. 5º, inciso LVI: “são inadmissíveis no processo as provas obtidas por meios ilícitos”. A recente reforma do Código de Processo Penal trouxe à legislação processual este princípio, com a redação dada ao art. 157, onde são inadmissíveis, devendo ser extraídas do processo as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas com o descumprimento às normas constitucionais. Esta norma prevista na Constituição e no Código de Processo Penal é a alegação fundamental de tratamento da polêmica sobre as provas ilícitas.

Assim, o objetivo do presente trabalho é analisar a aplicação do princípio da proporcionalidade em relação às provas ilícitas no sistema processual brasileiro, observando quando da existência de colisão de direitos fundamentais dos indivíduos.

Visando uma melhor distribuição da temática, o estudo foi desenvolvido em capítulos. O primeiro capítulo aborda as provas no sistema processual brasileiro; seu conceito, origem e objetivo; provas ilícitas; provas ilícitas por derivação; o ônus e os meios de prova e sistemas de avaliação da prova, tais como: sistema da prova legal, da íntima convicção e do livre convencimento motivado do juiz.

O segundo capítulo aborda o princípio da proporcionalidade e suas origens; a proporcionalidade no Direito alemão; o princípio da razoabilidade no Direito norte-americano; e a proporcionalidade e a razoabilidade no Direito brasileiro.

Já o terceiro e último capítulo discorre sobre o princípio da proporcionalidade e a prova ilícita; a interpretação da doutrina; prova ilícita *pro societate*; prova ilícita *pro reo*; e o entendimento jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal sobre o tema em questão.

No que concerne ao método utilizado, registra-se a aplicação da pesquisa exploratória e analítica, de caráter bibliográfico, analisando a luz de especialistas obras que abordam provas ilícitas, princípio da proporcionalidade e princípio da razoabilidade.

Justifica-se, portanto, este estudo tendo em conta a necessidade de os órgãos julgadores aplicarem, de forma sensata e equilibrada, o princípio da proporcionalidade quando da análise das provas ilícitas, a fim de evitar decisões incoerentes e contrárias aos desígnios do processo.

2 DA PROVA

A prova é um dos pressupostos fundamentais quando se discute o funcionamento do sistema jurídico como um todo. É por meio da prova que se fará a devida comprovação a respeito dos argumentos e teses levantadas dentro das lides judiciais. O presente capítulo pretende aprofundar o conceito de prova, suas origens, o funcionamento dentro do ordenamento jurídico brasileiro, bem como a forma de interpretação por parte dos juízes. Entretanto, ressalta-se que este estudo vai se ater apenas às provas ilícitas, tema central da pesquisa.

Para analisar as provas, serão abordados os principais aspectos correlacionados com o objetivo do presente estudo, iniciando pelas provas ilícitas no sistema processual brasileiro e sua origem, princípio da proporcionalidade e da razoabilidade e suas origens, e por fim, a aplicação do princípio da proporcionalidade nas provas ilícitas.

2.1 DAS PROVAS NO SISTEMA PROCESSUAL BRASILEIRO

Toda aspiração jurídica prende-se a algum fato jurídico, em que se fundamenta. Para melhor compreensão, fato jurídico é todo acontecimento natural ou humano que provoca efeitos jurídicos. Assim, deduzindo sua reivindicação em juízo, “ao autor da demanda incumbe afirmar a ocorrência do fato que lhe serve de base, qualificando-o juridicamente e dessa afirmação extraíndo as consequências jurídicas que resultam no seu pedido de tutela jurisdicional” (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2007, p. 371).

Os referidos autores ainda complementam:

As afirmações de fato feitas pelo autor podem corresponder ou não à verdade. E a elas ordinariamente se contrapõem as afirmações de fato feitas pelo réu em sentido oposto, as quais, por sua vez, também podem ser ou não verdadeiras. As dúvidas sobre a veracidade das afirmações de fato feitas pelo autor ou por ambas as partes no processo, a propósito de dada pretensão deduzida em juízo, constituem as questões de fato que devem ser resolvidas pelo juiz, à vista da prova dos fatos pretéritos relevantes (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2007, p. 371).

Segundo Aranha (2006, p. 6), “o estudo da prova no direito processual penal brasileiro é ainda ínfimo, apesar da sua relevância, pois é muito mais penoso e difícil julgar o fato do que o direito”. Contudo, conforme ainda ensina o autor, a análise

da prova é de fundamental importância para o entendimento dos fatos, pois o direito é prontamente contemplado em doutrinas, jurisprudências ou legislações, ao contrário do que acontece com os fatos que dependem, unicamente, da inclinação das partes de tentar esclarecer o que lhes parece justo.

De acordo com os ensinamentos de Mirabete (2008, p. 21), “para solucionar com exatidão o litígio penal, o juiz, no processo, deve apurar a verdade dos fatos a fim de aplicar, com justiça, a lei penal”. Complementando, Ferraz Júnior (2001, p. 314) expõe que “a decisão não emerge automaticamente da subsunção do caso à norma, pois há também o requisito probatório”. Partindo do pressuposto de que provar é persuadir com a verdade, cabe aqui definir o que é verdade.

Nas palavras de Malatesta (2005, p. 85), a verdade é a similaridade da percepção ideológica com a realidade, porém ela nem sempre está vinculada à certeza. Assim sendo, a prova, em geral, “é a relação concreta entre a verdade e o espírito humano nas suas especiais determinações de credibilidade, probabilidade e certeza” (MALATESTA, 2005, p. 87).

Cintra, Grinover e Dinamarco (2007, p. 372) lecionam que a prova significa, deste modo, “o instrumento por meio do qual se forma a convicção do juiz a respeito da ocorrência ou inoocorrência de certos fatos”.

Prova em direito, conforme conceitua Tartuce (2012, p. 132) refere-se ao “conjunto dos meios empregados para demonstrar legalmente a existência de um ato ou fato jurídico. A prova se faz quanto ao fato, não quanto ao direito, considerando que é do fato que se extraem as consequências jurídicas”. Deste modo, a prova é um recurso utilizado para corroborar a verdade de um fato. “No direito para se verificar se é lícita ou ilícita é preciso verificar a admissibilidade, pertinência e contundência das provas”.

O fato jurídico pode ser provado, segundo dispõe o art. 212 do Código Civil de 2002, mediante: confissão, documento, testemunha, presunção e perícia (BRASIL, 2002, p. 25).

Theodoro Júnior (2005, p. 515) esclarece que o instrumento da prova está relacionado com as provas dos fatos alegados, através dos meios legais que são aplicados para “provar a verdade dos fatos”.

Nesse sentido, o Código de Processo Civil (CPC) em seu art. 373 assim determina:

Art. 373. O ônus da prova incumbe:

I – ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito;

II – ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

§ 1º Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do *caput* ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído.

§ 2º A decisão prevista no § 1º deste artigo não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil.

§ 3º A distribuição diversa do ônus da prova também pode ocorrer por convenção das partes, salvo quando:

I – recair sobre direito indisponível da parte;

II – tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito.

§ 4º A convenção de que trata o § 3º pode ser celebrada antes ou durante o processo (BRASIL, 2016a, p. 93).

Já o art. 369 do CPC estabelece que: “as partes têm o direito de empregar todos os meios legais e moralmente legítimos, para provar a veracidade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir de forma eficaz na convicção do juiz” (BRASIL, 2016a, p. 92).

O mesmo código determina ainda em seu art. 370 que: “caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito. Parágrafo único: o juiz indeferirá, em decisão fundamentada, as diligências inúteis ou meramente protelatórias” (BRASIL, 2016a, p. 92).

No sistema processual brasileiro, o juiz passou a ter grandes atribuições no processo, contudo estas não são ilimitadas, pois conforme as normas que tratam das obrigações processuais e conjecturas legais, na maioria das vezes, “a vontade ou a conduta influi decisivamente sobre a prova e afasta a iniciativa do juiz nesta matéria” (THEODORO JÚNIOR, 2005, p. 516).

Pereira (1998, p. 88) assevera que “o direito civil define os meios de prova, enuncia os lineamentos do regime a que se submeterá a comprovação do fato jurídico, natural ou voluntário, especialmente a declaração de vontade”. Já o direito processual aduz que “os preceitos que presidem apreciação da prova em juízo, é a técnica de trazê-la à consciência do julgador”.

Assim, para compreender melhor o uso e a importância da prova no sistema jurídico, far-se-á uma breve explanação sobre a origem da mesma.

2.2 DA ORIGEM

Nas origens do Direito, nas sociedades primitivas, não havia a figura da prova, primeiramente pelo fato de que o mais forte era o vitorioso do conflito, depois pela autocomposição, para a qual não havia uma decisão sobre quem possuía razão, mas renúncia de todo ou de parte do Direito. Apenas com a evolução social e o fortalecimento do Estado, quando despontaram os árbitros, é que os primeiros mecanismos de provas foram criados (HOLTHAUSEN, 2006, p. 42).

Ainda conforme Holthausen (2006, p. 42), como nas sociedades antigas se incumbia origem divina ao Direito, sendo que a religião era o alicerce da sociedade, os meios de provas usados para a demonstração dos fatos possuíam correlação direta com a religião, como, por exemplo, os ordálios (sentença divina aplicada na era medieval, em que se submetia os litigantes a provas duras e a testes de resistência terríveis), o juramento, os conspurgadores e embates judiciários.

Os ordálios, segundo Campo (1994, p. 27):

[...] eram provas de caráter eminentemente religioso, usadas principalmente pelos primitivos povos germanos e os semibárbaros da família indo-europeia, e tinham por escopo submeter alguém a um determinado procedimento probatório inculcado na esperança de que Deus não o deixaria sair com vida ou sem um sinal evidente se não dissesse a verdade ou se fosse culpado. Difundidas, predominaram durante muito tempo através de diversas modalidades: pela sorte, pelo fogo, pela água fria, da cruz, do pão e queijo, da eucaristia pela caldeira pendente, do pão bento, das serpentes, etc., chegando até a Europa na Idade Média, com a predominância do cristianismo, sob o pálio de que Deus participava do processo e do julgamento dos homens.

Já o juramento, conforme Lopes (2002, p. 22) consistia

[...] na invocação da divindade como testemunha da verdade do fato que se alega (Gusmão) [...]. Era acompanhado de certas formalidades, exigindo-se a imprecação feita pelo jurador, que pedia à divindade fosse castigado, em caso de mentira. Tal meio de prova era amplamente adotado pelos gregos e romanos, não só por razões religiosas, como também pela própria necessidade, a falta da escrita e pela impossibilidade de colheita de depoimentos orais.

Santos (1970, p. 37) comenta que, como retificador ao abuso dos juramentos falsos, surgiu na Idade Média a instituição dos conspurgadores, que se baseava no juramento de outros indivíduos em abono do prestado pelo acusado ou por quem devia jurar. Tentou-se dessa maneira reerguer o prestígio do juramento, recolocando-o na superior posição que lograva na antiguidade, especialmente entre os romanos.

Para Campo (1994, p. 26) tratava-se de verdadeira batalha entre as partes, as quais se batiam mutuamente. Fato curioso é a representação por campeões, quando uma das partes fosse menor, religioso ou idoso. O certo é que o combate judiciário estabelecia a prova por excelência, permanecendo por muitos séculos, da qual se serviam para extinguir controvérsias de fato e de direito.

Também cabe aqui citar o código de Hamurabi onde prevalecia a Lei do Talião, conhecida como “olho por olho, dente por dente”. O criminoso deve sofrer o mesmo mal que fez a outrem. Exemplo singular entre todos é o do art.196: “se alguém furou o olho de um homem livre, será furado seu olho”. Ou, conforme o caso, merece padecer do mesmo mal que tentou infligir (art. 3): “deve ser condenado à morte quem comparece ao tribunal e acusa alguém de um crime merecedor da pena capital, mas não apresenta as devidas provas” (BRIGHT, 2003, p. 85).

Já os hebreus, na fase processual penal, instituíram uma espécie de defesa que o acusado requeria a seu favor para provar sua inocência (BRIGHT, 2003, p. 86). Era o famoso ordálio (prova de Deus), conforme já citado anteriormente nesse estudo.

O ordálio era muito aplicado nos casos em que não existiam provas e o denunciado reivindicava sua inocência. A prova se constituía na ingestão de uma água colhida em um pote de barro e o sacerdote adicionava um pouco de pó tirado do santuário. “O acusado que ingerisse o líquido e não sentisse nada em seu interior [...], ficava livre de toda e qualquer acusação” (BOBBIO, 1992, p. 59).

Visando um melhor entendimento sobre provas, no tópico a seguir serão abordados seu conceitos e objetivos.

2.3 CONCEITO E OBJETIVOS

A origem do termo “provar vem do latim *probatio*, derivado do verbo *probare* que significa examinar, persuadir, demonstrar”. Desse modo, “provar significa fazer conhecer aos outros uma verdade conhecida por nós”. Assim, a prova é o elemento utilizado para convencer o juiz da verdade dos fatos, que, por sua vez, é o seu destinatário (ISHIDA, 2010, p. 111).

A prova, no sentido jurídico, é a “demonstração, que se faz, pelos meios legais, da existência ou veracidade de um ato material ou de um ato jurídico, em virtude da qual se conclui por sua existência ou se firma a certeza a respeito da existência do fato ou do ato demonstrado” (SILVA, 1987, p. 491).

Na concepção de Tourinho Filho (2012, p. 563):

[...] provar é estabelecer a existência da verdade e o meio para se alcançar isso são as provas, ou seja, é demonstrar a veracidade do que se afirma. Assim, entende-se que prova são todos os elementos produzidos pelas partes do processo, visando estabelecer a existência de alguns fatos, é um instrumento de verificação

Nos dizeres de Nucci (2011, p.17):

A prova é a demonstração lógica da realidade, no processo, por meio dos instrumentos legalmente previstos, buscando gerar, no espírito do julgador, a certeza em relação aos fatos alegados e, por consequência, gerando a convicção objetivada para o deslinde da demanda

Corroborando Greco Filho (1981, p. 167), ao afirmar que “a prova é todo elemento que pode levar o conhecimento de um fato a alguém. [...] a prova busca alcançar ao conhecimento de alguém a verdade ou a certeza sobre determinado fato”.

Juridicamente, provar é apontar a certeza sobre um fato, com o objetivo de persuadir o julgador a respeito da verdade aludida. “Certeza diverge de verdade. A certeza é objetiva por recair sobre fatos; a verdade é subjetiva por estar ínsita em cada pessoa” (DOLCI, 2016, p. 1).

Para Carnelutti (1982, p. 18), “a prova é a fixação formal do fato controvertido, condicionada por percepções obtidas e deduções extraídas de acordo com o ordenamento jurídico”. Na concepção de Santos (1970, p. 18), “cabe às partes e ao juiz trazer os fatos ao processo, segundo a forma determinada na lei. Por isso, o que existe, realmente é a demonstração, a exibição, a investigação dos fatos, respeitadas as regras processuais”.

Bentham (2001, p. 15) leciona que:

[...] a prova é um instrumento que o processo tomou emprestado da realidade da vida, porque dela todos fazem uso cotidiano como meio de caracterizar a existência de fatos relevantes, o seu grau de exigência deve acompanhar as imposições dessa mesma realidade. Assim, quando esses fatos podem ameaçar a existência ou a eficácia de direitos subjetivos de tal relevância que o direito substancial considera indisponíveis pelo próprio titular, a sua prova deve estar acima de qualquer suspeita.

A prova tem como principal finalidade, “a formação do convencimento prático do sujeito para quem ela é dirigida, podendo inclusive ser o próprio agente” (SANTOS, 1985, p. 329).

O objetivo da prova, segundo Greco Filho (1981, p. 167) é a persuasão do juiz, que é o seu destinatário. “No processo, a prova não tem um fim em si mesma ou um fim moral ou filosófico; sua finalidade é prática, qual seja, convencer o juiz”.

O conceito de prova engloba diversos significados, sendo uma prática aplicada pelas partes, com a finalidade de demonstrar a autenticidade de seus argumentos, os recursos e ferramentas capazes de “comprovar a veracidade de uma afirmação ou existência de um fato trazido ao processo e/ou o resultado final, a convicção que surge no espírito de seu destinatário” (BONFIM, 2012, p. 355-356).

O intuito da prova, conforme aduz Tourinho Filho (2010, p. 232) é convencer o Juiz do fato alegado. “As partes, com as provas produzidas, procuram convencer o Juiz de que os fatos existiram, ou não, ou, então, de que ocorreram desta ou daquela forma”.

Corroborando Nucci (2011, p. 15) afirma que: “a finalidade da prova é convencer o juiz a respeito da verdade de um fato litigioso, isto é, busca-se a verdade processual”. A verdade processual, segundo o autor, surge durante o litígio, “podendo corresponder à realidade ou não, embora seja com base nela que o magistrado deve proferir sua decisão”.

Conforme Capez (2010, p. 344):

Sem dúvida alguma, o tema referente à prova é o mais importante de toda a ciência processual, já que as provas constituem os olhos do processo, o alicerce sobre o qual se ergue toda a dialética processual. Sem provas idôneas e válidas, de nada adianta desenvolverem-se aprofundados debates doutrinários e variadas vertentes jurisprudenciais sobre temas jurídicos, pois a discussão não terá objeto.

A prova é distinta no campo criminal e cível. O primeiro está mais relacionado aos fatos, à verdade que passa dos autos, evidenciada pelas partes; o segundo está profundamente ligado ao direito, à letra da lei. Assim sendo, constata-se que o Magistrado, quando determinado pelo direito, encontra maior segurança e certeza ao estabelecer sua decisão, ao passo que, quando da análise fática, está reunido à realidade social daquele indivíduo em particular, já que precisa averiguar o homem e sua realidade, uma situação mais complexa. Percebe-se que no direito penal há também certa interdisciplinaridade com a Sociologia, Psicologia, Antropologia, Lógica, entre outros, de maneira a legitimar a decisão do julgador (INELLAS, 2000, p. 3-4).

Portanto, os fatos podem ser demonstrados por um ou mais meios de provas, de modo que é possível que uma prova ilícita sobre determinado fato seja afastada, mas ele acabe demonstrando por outros meios. Uma prova contemporânea ou posterior à ilícita, ou mesmo a confissão, podem incidir sobre o mesmo fato a

respeito do qual versa a prova considerada contrária ao direito recusado pelo juiz (CAMBI, 2006, p. 363).

Sendo a prova ilícita um dos pontos cruciais desse estudo, o tópico a seguir dissertará sobre o tema.

2.3.1 Das provas lícitas e ilícitas

Segundo Mendes (1999 apud CIPRIANO, 2006, p. 15), “são consideradas provas lícitas àquelas obtidas de forma correta, sob a prescrição da lei e da ética”. Conforme o art. 332 do Código de Processo Civil, “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” (BRASIL, 2016a).

Mendes (1999 apud CIPRIANO, 2006, p. 15-16) ainda complementa:

Atente-se para o fato que a observância de regras preestabelecidas e de um rito determinado, previstos no processo, constitui um valor de garantia para o indivíduo, e não um retorno ao sistema da prova legal em que se permitiria tão somente um valor de verdade, mas assinalava a defesa das formas processuais em nome da tutela dos direitos do acusado. O limite do direito à prova, como se vê, é uma espécie de parâmetro do qual a atividade probatória não pode esgueirar-se, de modo que a prova acolhida no processo, em princípio, será uma prova da categoria lícita.

Na Constituição Federal de 1988, no rol dos direitos e garantias individuais, em seu art. 5º, LVI encontra-se referência às provas ilícitas. O artigo estabelece o seguinte dispositivo legal: “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos” (BRASIL, 2016b, 16). Constituindo-se como provas ilícitas aquelas obtidas com a violação da intimidade, da vida privada, da honra, da imagem, do domicílio, e das comunicações, salvo nos casos permitidos no inciso XII, do mesmo artigo, onde fica determinado que:

[...] é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal” (BRASIL, 2016b, p. 13).

Nesta linha, Capez (2000, p. 129) explana:

Provas ilícitas são aquelas produzidas com violação a regras de direito material, ou seja, mediante a prática de algum ilícito penal, civil ou administrativo, tais como: a diligência de busca e apreensão sem prévia autorização judicial ou durante a noite; a confissão obtida mediante tortura; a interceptação telefônica sem autorização judicial; o emprego de detector de mentiras; as cartas particulares interceptadas por meios criminosos. Enquanto, provas ilegítimas são as produzidas com violação a regras de

natureza meramente processual, como: o documento exibido em plenário do Júri, com desobediência ao disposto no art. 475 CPP; os documentos juntados na fase do art. 406 CPP.

Corroborando, Grinover (1996, p. 131) considera prova ilícita,

[...] a prova colhida com infringência às normas ou princípios colocados pela Constituição e pelas leis, frequentemente para a proteção das liberdades públicas e especialmente dos direitos de personalidade e mais especificamente do direito à intimidade”.

É preciso também observar que determinadas provas ilícitas podem, ao mesmo tempo, ser ilegítimas, se a lei processual também coibir sua produção em juízo. Nessa perspectiva, Grinover (1996, p. 139) leciona que certas provas ilícitas, “porque constituídas mediante a violação de normas materiais ou de princípios gerais do direito, podem ao mesmo tempo ser ilegítimas, se a lei processual também impede sua produção em juízo”.

Capez (2000, p. 129), leciona que são provas ilícitas aquelas também denominadas provas vedadas, pois, por determinação da lei, “não podem ser trazidas a juízo ou invocadas como fundamento de um direito. Pelo mesmo motivo, enquadram-se dentro das provas ilegais, ao lado das provas ilegítimas”.

Entretanto, Marinoni e Arenhart (2008, p. 240) asseveram que:

Apesar de espécies de provas ilegais, as provas ilícitas não se confundem com as provas ilegítimas. Enquanto, as provas ilícitas são aquelas obtidas com infringência ao direito material, as provas ilegítimas são as obtidas com desrespeito ao direito processual. Disto conclui-se que determinadas provas ilícitas podem, ao mesmo tempo, ser ilegítimas, se a lei processual também impedir sua produção em juízo.

Sobre o tema ressalta-se a lição de Charaf Bdine Júnior, citado por Silva (2014, p. 171), na qual alega que provas ilícitas “são hábeis para provar a verdade sobre qual se funda a ação ou defesa. Excluem-se, portanto, os meios ilegais e moralmente ilegítimos como meio de demonstrar a verdade dos fatos”.

Conforme ensinam Didier Júnior, Braga e Oliveira (2008, p. 38) são exemplos de provas ilícitas:

[...] a confissão obtida sob tortura, o depoimento de testemunha sob coação moral, a interceptação telefônica clandestina, a obtenção de prova documental mediante furto, a obtenção de prova mediante invasão de domicílio etc. São também exemplos de provas ilícitas aquela colhida sem observância da participação em contraditório, o documento material ou ideologicamente falso, ou qualquer outra prova que se mostre em desconformidade com o ordenamento jurídico, pouco importando a natureza jurídica da norma violada.

Quanto ao direito à privacidade e sua relação com as provas ilícitas, a sua aplicabilidade interessa para o uso ao caso concreto e não a disponibilidade do bem penal ou civil. “Uma vez comprovado que o direito a ser preservado é maior que o direito violado com a prova ilícita, ela deve ser admitida tanto em processo civil quanto em processo penal” (SANTOS, 2014, p. 86).

Diante dos fatos, ao considerar inconcebíveis todas as provas obtidas por meios ilícitos, a Constituição Federal deve ser compreendida de forma ampla, vetando tanto as provas ilícitas quanto as ilegítimas.

Considerando inadmissível a prova obtida por meio ilícito, o tópico a seguir trará à tona também a questão das provas ilícitas por derivação.

2.3.2 Provas ilícitas por derivação

As provas ilícitas por derivação são aquelas obtidas tendo como base uma prova ilícita anterior, ou seja, a prova derivada é obtida licitamente. A questão é que só se chegou a ela, em virtude de uma prova anterior produzida de forma ilícita.

Nas palavras de Capez (2010, p. 372), provas ilícitas por derivação,

[...] são aquelas em si mesmas lícitas, mas produzidas a partir de outra ilegalmente obtida. É o caso da confissão extorquida mediante tortura, que venha a fornecer informações corretas a respeito do lugar onde se encontra o produto do crime, propiciando a sua regular apreensão. Esta última prova, a despeito de ser regular, estaria contaminada pelo vício na origem.

Sobre a matéria, é tradicional a doutrina criada pela Suprema Corte norte-americana, chamada de teoria dos frutos da árvore envenenada (*fruits of the poisonous tree*). De acordo com essa teoria, o vício da planta se transmite a todos os seus frutos (AVOLIO, 1999, p. 73).

A teoria dos frutos da árvore envenenada foi criada e retificada a partir do julgamento do caso *Silverthorne Lumber Co v. United States* (1920), quando a empresa tentou sonegar o pagamento de impostos e no combate à fraude, agentes federais copiaram de forma ilegal os livros fiscais da referida empresa obtendo, assim, as provas da fraude. Nesse caso, a Suprema Corte questionou se as provas derivadas de atos ilegais poderiam ser admitidas em juízo, e decidiu que se consentisse na aplicação de provas derivadas de atos ilegais, estaria incitando as instituições policiais a desrespeitar a 4ª Emenda da Constituição norte-americana. Desse modo, julgou

pela inadmissibilidade das provas derivadas de provas obtidas ilicitamente (AVOLIO, 1999, p. 74).

Da mesma forma que as provas ilícitas, as provas ilícitas por derivação das mesmas também causam bastante controvérsias sobre sua admissibilidade. Contudo, “a posição dominante sobre este tema, é de que não se admite o uso das provas derivadas das ilícitas” (AVOLIO, 2003, 71).

Ainda conforme observa Avolio (2003, p. 71):

Se a prova ilícita tomada por referência comprometer a proteção de valores fundamentais, como a vida, a integridade física, a privacidade ou a liberdade, essa ilicitude há de contaminar a prova dela referida, tornando-a ilícita por derivação e, portanto, igualmente inadmissível no processo.

A proibição das provas ilícitas por derivação tem por finalidade impedir a admissibilidade de provas idôneas obtidas por meio de condutas ilícitas, o que poderia estimular atos ilegais (AVOLIO, 2003, p. 72).

Neste sentido, cabe aqui expor a análise de Oliveira (2010, p. 375):

Se os agentes produtores de prova ilícita pudessem dela se valer para a obtenção de novas provas, a cuja existência somente se teria chegado a partir daquela (ilícita), a ilicitude da conduta seria facilmente contornável. Bastaria a observância da forma prevista em lei, na segunda operação, isto é, na busca das provas obtidas por meio das informações extraídas por via da ilicitude, para que se legalizasse a ilicitude da primeira (operação). Assim, a teoria da ilicitude por derivação é uma imposição da aplicação do princípio da inadmissibilidade das provas obtidas ilicitamente.

Observa-se, portanto, principalmente a partir da recente alteração do CPP, em seu art. 157 § 1º que: “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”. Nesse seguimento, nos termos do § 2º do mesmo artigo: “considera-se fonte independente aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova” (BRASIL, 2017, p. 44).

Isso veio confirmar o entendimento jurisprudencial, que no modelo processual penal brasileiro o impedimento das provas ilícitas inclui as provas derivadas das ilícitas.

A seguir será relatado o entendimento sobre o ônus e os meios de prova.

2.4 DO ÔNUS E DOS MEIOS DE PROVA

O termo 'ônus da prova', na concepção de Dinamarco (2005, p. 73), significa a questão de saber quem responderá pela ausência de prova de determinado fato. Ainda segundo o autor, é o “encargo, atribuído pela lei a cada uma das partes, de demonstrar a ocorrência dos fatos de seu próprio interesse para as decisões a serem proferidas no processo”.

Nos dizeres de Nucci (2011, p. 26):

Deve-se compreender o ônus da prova como a responsabilidade da parte, que possui o interesse em vencer a demanda, na demonstração da verdade dos fatos alegados, de forma que, não o fazendo, sofre a 'sanção processual', consistente em não atingir a sentença favorável ao seu desiderato.

Conforme os ensinamentos de Tourinho Filho (2011, p. 267) o ônus deve ser entendido como “um imperativo que a lei estabelece em função do próprio interesse daquele a quem é imposto”.

No entendimento de Avolio (2003, p. 98):

Analisando-se o que vem a ser o ônus da prova, podemos dizer que a produção de prova não é um comportamento necessário para o julgamento favorável. Na verdade, o ônus da prova indica que a parte que não produzir prova sujeitará ao risco de um resultado desfavorável. Ou seja, o descumprimento deste não implica, necessariamente, em um resultado desfavorável, mas no aumento do risco do julgamento contrário, uma vez que, a margem do risco existe também para a parte que produziu a prova.

Nessa perspectiva, Marinoni e Arenhart (2006, p. 271) asseveram que: “a ideia de ônus da prova não tem o objetivo de ligar a produção da prova resultado favorável, mas sim o de relacionar a produção da prova a uma maior chance de convencimento”. De acordo com os ensinamentos de Gonçalves (2011, p. 414), “o ônus da prova pode ser encarado sob o aspecto subjetivo e o objetivo”.

O subjetivo, conforme esclarece o autor, é pertinente à distribuição do ônus às partes. Deste modo, o ônus da prova importa somente ao autor e ao réu, mas não ao juiz. “As partes, cientes do seu ônus, devem tomar as medidas necessárias para cumpri-lo, sob pena de ter o pronunciamento desfavorável, como já vimos no item anterior” (GONÇALVES, 2011, p. 414).

Quanto ao aspecto objetivo, Gonçalves (2011, p. 414) ADUZ que o ônus da prova interessa ao magistrado e não às partes, sendo que o juiz que tem a obrigação de buscar a veracidade dos fatos para formar sua convicção, independentemente da disposição das partes. “Se mesmo assim não formar sua

convicção, deverá sentenciar com base no ônus da prova, julgando a favor de quem não tem o ônus”.

Assim, o ônus da prova é a incumbência designada a uma das partes, de comprovar a existência ou inexistência daqueles fatos controversos no processo, indispensáveis para convencer o juiz. Deste modo, “a consequência para quem se desincumbir do ônus da prova é o julgamento desfavorável, sempre que o juiz não se convencer acerca das questões de fato” (GONÇALVES, 2011, p. 419).

Considerando que cada prova tem seu peso e valor predeterminado por lei, o tópico seguinte dissertará sobre os sistemas de avaliação da prova.

2.4.1 Sistema de avaliação da prova

Os sistemas de avaliação da prova estabelecem, através de suas normas e princípios, a conduta que a autoridade judicial deve ter perante as provas. Cada sistema engloba um método específico que caracteriza a valoração da prova aplicada pelo julgador. A admissão de um sistema mais ou menos rigoroso quanto a este controle, ocorre em função da preocupação do legislador com o subjetivismo pertinente ao ato de julgar (LOPES JÚNIOR, 2012, p. 174).

Sobre o sistema de avaliação da prova, Mirabete (2005, p. 259-260) ensina que este sofreu muitas alterações ao longo do tempo. Passou pela fase pagã (sistema ético/pagão/empírico), na qual “a apreciação das provas era deixada ao sabor das impressões do juiz”, baseando-se em um juízo de experiência; depois veio a fase religiosa, e, finalmente, com a modernidade, desenvolve-se o sistema atual de valoração das provas.

Atualmente a doutrina aponta a existência de três sistemas de valoração da prova: o sistema da prova legal, o sistema da íntima convicção do Juiz e o sistema do livre convencimento motivado, sobre os quais ver-se-á a seguir.

2.4.1.1 Sistema da prova legal

O sistema da prova legal, segundo Oliveira (2010, p. 128) surgiu como substituto ao sistema inquisitivo¹, visando abrandar o excesso de poderes atribuídos

¹ A origem da nomenclatura do sistema inquisitivo vem da inquisição (Santa Inquisição – Tribunal Eclesiástico), que possuía como finalidade a investigação e punição dos hereges, pelos membros do

ao juiz, ao instaurar um padrão rigoroso de avaliação da prova, no qual tanto se designava certos tipos de provas para determinados delitos, quanto se estimava previamente as provas. Para Rangel (2006, p. 424) “significa dizer que todas as provas têm seu valor prefixado pela lei, não dando ao magistrado liberdade para decidir naquele caso concreto, se aquela prova era ou não comprovadora dos fatos, objeto do caso penal”. A finalidade deste sistema é limitar o julgador ao valor ou meio de prova que a lei estabelece a determinado fato, não possibilitando ao juiz avaliar de acordo com seu arbítrio (RANGEL, 2006, p. 424).

De acordo com esse sistema, a cada prova é determinado um valor estabelecido pelo legislador, cabendo ao juiz valorar as provas de acordo com seus princípios morais e éticos, que desafie o que foi instituído pela lei (HARTMANN, 2003, p. 111).

Existia dessa forma, uma hierarquia visível entre as provas, que conforme assevera Brum (1980, p. 55) “dependendo da natureza do fato ou da qualidade da pessoa acusada, a lei previa o tipo e a qualidade de provas que deveriam ser consideradas pelo juiz”. Essas regras de avaliação de provas, segundo Dias (1981, p. 199) “eram baseadas em regras da vida e da experiência que eram tidas tradicionalmente como seguras pela sociedade”.

Conforme ensina Tourinho Filho (2012, p. 138), o juiz deveria deliberar baseado nas provas existentes no processo, e a lei pleiteava que certos fatos se provassem de determinada maneira, do mesmo modo que, comunicava o valor das provas se cumpridas determinadas condições ou pressupostos.

Segundo Coutinho (1998, p. 196), a razão para adoção do sistema de prova legal por diversos ordenamentos,

[...] baseava-se no fato de que muitas legislações aceitaram a previsão da possibilidade de o juiz incorrer em erro, no momento de valoração dos meios de prova utilizados, razão pela qual se fixou na lei, uma hierarquia de valores referentes a tais meios. Veja-se, neste sentido, o sistema processual inquisitório medieval, no qual a confissão, no topo da estrutura, era considerada prova plena, a rainha das provas (*regina probationum*), tudo como fruto do tarifamento previamente estabelecido. Transferia-se o valor do julgador à lei para evitar manipulações; e, isso funcionava retoricamente como mecanismo de garantia do arguido, que estaria protegido contra os abusos decorrentes da subjetividade. Sem embargo, a história demonstrou, ao revés, como foram os fatos retorcidos, por exemplo, pela adoção irrestrita da tortura.

clero. No sistema inquisitivo é o juiz quem detém a reunião das funções de acusar, julgar e defender o investigado – que se restringe à mero objeto do processo (TÁVORA, 2009, p. 98).

Dentre as desvantagens deste sistema, Hartmann (2003, p. 112) ressalta o fato de que, diante da obrigatoriedade de decidir segundo os valores das provas anteriormente estabelecidas pelo legislador, acabava o juiz, em determinadas circunstâncias, decidindo contra aquilo que poderia entender ser a verdade.

2.4.1.2 Sistema da íntima convicção e do livre convencimento motivado do juiz

Para Rangel (2006, p. 426), o sistema da íntima convicção do juiz é aquele mediante o qual o julgador, de maneira livre e soberana, poderá valer-se de elementos que, apesar de não constarem nos autos do processo, o levaram a determinado convencimento, não havendo a necessidade de motivar sua decisão.

Na concepção de Gomes Filho (1997, p. 23) neste sistema, "a decisão funda-se exclusivamente na certeza moral do juiz, que decide sobre sua admissibilidade, sua avaliação, seu carreamento para os autos".

No sistema de íntima convicção, a diferença está no fato de que o julgador não precisa fundamentar o seu veredicto. Desta forma, o que distingue o sistema da prova legal em relação ao sistema da íntima convicção é a autonomia do juiz na valoração dos elementos probatórios, que, a despeito de existir, é reprimida "pela obrigatoriedade de justificação das escolhas adotadas, diante da prova legitimamente obtida, com a explicitação do caminho percorrido até a decisão" (STRECK, 2007, p. 139).

O ordenamento jurídico brasileiro acolheu como sistema de avaliação da prova, categoricamente, o livre convencimento motivado do juiz. É o que estabelece o art. 93, IX da Constituição Federal:

Art. 93, IX: todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação (BRASIL, 2016b, p. 64).

E o art. 155, do CPP:

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. (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008) (BRASIL, 1941, p. 21).

No Sistema do livre convencimento motivado, o magistrado formará, de maneira livre e racional, o seu convencimento por meio do conjunto de provas contidas nos autos, sem fazer uso da determinação legal (art.157, CPP). Posteriormente, deverá justificar as razões que o levaram a tal decisão, sempre se sustentando nos elementos probatórios do processo (GOMES FILHO, 1997, p. 30).

As provas empregadas pelo juiz neste sistema, serão somente aquelas que foram averiguadas judicialmente e reveladas às partes, “para que se utilizassem do contraditório, sendo impedida a utilização de provas do inquérito policial” (GOMES FILHO, 1997, p. 31).

Conforme o entendimento de Bonfim (2012, p. 328):

[...] o sistema da persuasão racional é uma maneira de garantir flexibilidade aos julgamentos, evitando situações manifestamente injustas ensejadas pela adoção cega do sistema da prova legal, sem, por outro lado, recair no excessivo arbítrio concedido aos juízes pelo sistema do livre convencimento absoluto, permitindo um controle objetivo sobre a legalidade das decisões.

Cabe aqui destacar que neste sistema não há estabelecimento de valores às provas e nem se fundam uma hierarquia entre elas.

Observa-se, portanto, que o juiz efetua à apreciação e avaliação das provas, conforme os preceitos do sistema adotado em determinado ordenamento jurídico. Em qualquer um dos sistemas abordados, busca-se aplicar, em algum grau, um controle sobre a atividade judicial (HARTMANN, 2003, p. 114).

No capítulo a seguir serão abordados os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, assim como suas origens.

3 PRINCIPIO DA PROPORCIONALIDADE

A origem teórica e filosófica do princípio da proporcionalidade remonta a Grécia antiga e surgiu da necessidade de fundamentar a intervenção do Estado sobre o patrimônio dos particulares.

Segundo Guerra Filho (2003, p. 75-76), a origem e o desenvolvimento do princípio da proporcionalidade estão intimamente ligados à evolução dos direitos e garantias individuais do cidadão, constatados a partir do surgimento do Estado de Direito na Europa.

Schäfer (2001, p. 109) registra que:

A origem da proporcionalidade pode ser encontrada na passagem do Estado absolutista, onde o governante estava legalmente incondicionado, sem limites de atuação, para o Estado liberal (individualista), onde a lei passou a ser limitadora das próprias ações do governante. Se antes a lei garantia a totalidade do poder do monarca, agora ela serve de freio aos seus atos. O Estado absolutista, com o poder concentrado nas mãos do monarca, já não conseguia dar as respostas esperadas aos apelos da população, ao contrário, avolumavam-se desmandos e as liberdades individuais restavam a mercê dos interesses da Administração. Percebeu-se então a necessidade de limitar o poder do administrador público, surgindo a proporcionalidade, como obstáculo aos desmandos, demarcando os meios que poderiam ser empreendidos, para obter as finalidades perseguidas.

Guerra Filho (2003, p. 75), destaca que a Carta Magna inglesa, de 1215, na qual aparece com toda a nitidez a ideia de que “o homem livre não deve ser punido por um delito menor senão na medida desse delito, e por um grave delito ele deve ser punido de acordo com a gravidade do delito”, é apontada como referência histórica para o princípio desse modelo de formação política (Estado de Direito). Guerra Filho (2003, p. 75), ainda assevera que “essa espécie de contrato entre Coroa e os senhores feudais é a origem do *Bill of Rights*, de 1689 onde então adquirem força de lei os direitos frente à Coroa, estendidos aos súditos em seu conjunto”.

Portanto, conforme a concepção de Guerra Filho (2003, p. 75), conclui-se:

[...] que a origem do princípio da proporcionalidade remonta aos séculos XII e XVIII, quando na Inglaterra surgiram as teorias jusnaturalistas propugnando ter o homem direitos imanescentes a sua natureza e anteriores ao aparecimento do Estado, e, por conseguinte, conclamando ter o soberano o dever de respeitá-los.

Existem inúmeras circunstâncias onde é preciso decidir o que é mais importante, o direito de determinado indivíduo ou o direito de outro. Comuns também são as situações onde é necessário decidir entre a prevalência de determinado direito

fundamental sobre o outro, haja vista a multiplicidade de direitos fundamentais tutelados pela nossa Constituição. Partindo desse princípio, constata-se a necessidade de se conhecer as técnicas utilizadas para a resolução de conflitos envolvendo direitos fundamentais (LOPES, 2012, p. 4).

Carvalho (2009, p. 16) entende por direitos fundamentais aqueles constitucionalmente válidos.

Pode-se dizer que houve uma evolução na visão constitucionalista ao perceber atualmente os direitos fundamentais não apenas na sua perspectiva subjetiva, passando a ser considerados como um conjunto de valores objetivos básicos e fins diretivos da ação dos Poderes Público e não apenas garantias negativas dos interesses individuais.

Para Sarlet (2006, p. 35), “o termo ‘direitos fundamentais’ se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado”.

Portanto, todas as limitações aos direitos fundamentais devem ser consideradas possivelmente ilegítimas e, por esse motivo, devem passar por um exame constitucional mais rigoroso. Saliencia-se que “somente será legítima a restrição ao direito se for atendido o princípio da proporcionalidade, pois a ponderação entre princípios se operacionaliza através desse princípio” (LOPES, 2012, p. 12).

Porém, o fato do princípio da proporcionalidade estar associado ao Estado Democrático de Direito, não significa que ele seja contrário ao “devido processo legal” (GUERRA FILHO, 2003, p. 77). Assim, conforme assevera Cretton (2001, p. 57), a cláusula do devido processo legal, no seu ponto de vista processual, também foi garantia primordial do Estado de Direito, ademais, tanto o princípio da proporcionalidade como o do devido processo legal, tem como finalidade a dignidade da pessoa humana.

Corroborando, Marmelstein (2008, p. 372) leciona que “para se verificar se a lei que limita determinado direito fundamental é válida ou não, deve-se fazer uso do princípio da proporcionalidade”.

Complementando, Silva (2002, p. 45), salienta que “a exigibilidade da regra da proporcionalidade para a solução de colisões entre direitos fundamentais não decorre deste ou daquele dispositivo constitucional, mas da própria estrutura dos direitos fundamentais”.

Conforme Castro (2007, p. 109-110):

[...] é bem verdade que o princípio da proporcionalidade ainda não é um cânone expresso no texto constitucional, mas está claramente implícito quando o legislador constituinte de 1988 adotou a cláusula do devido processo legal (art. 5º, inc. LIV); o sistema misto do controle jurisdicional da constitucionalidade (art. 102 e incs.); o sistema difuso em que a inconstitucionalidade de uma lei pode ser declarada por um juiz a quo, somente gerando efeitos entre as partes; e o sistema concentrado em que a inconstitucionalidade de uma lei é declarada por um Tribunal Superior, gerando efeitos vinculados *erga omnes*.

A proporcionalidade, segundo Araújo (2009, p. 291), está relacionada à limitação do poder estatal, considerando a proteção dos direitos individuais. De modo geral, cabe ao Estado estabelecer a limitação destes direitos, de maneira a atender o interesse público; “assim, o agir estatal há de ser proporcional, proporcionalidade esta que deve ser observada entre os meios a serem empregados e os fins a serem alcançados”.

O dever de proporcionalidade, conforme Ávila (2001, p. 24-25), “não é um princípio nem uma regra, sendo um postulado normativo aplicativo, ou seja, uma condição imposta pelo próprio Direito para que ele seja corretamente aplicado”.

Por seu turno, Silva (2002, p. 23) define a proporcionalidade como,

[...] uma regra de interpretação e aplicação do direito, (...) empregada especialmente nos casos em que um ato estatal, destinado a promover a realização de um direito fundamental ou de um interesse coletivo, implica a restrição de outro ou outros direitos fundamentais. O objetivo da proporcionalidade (...) é fazer com que nenhuma restrição a direitos fundamentais tome dimensões Desproporcionais.

Diante da aparente divergência de aplicação dos princípios fundamentais ao solucionar um caso concreto, o intérprete dispõe de um eficaz instrumento jurídico ao enfrentar o suposto problema, o princípio da proporcionalidade (MAGALHÃES FILHO, 2004, p. 208).

Bonavides (2005, p. 398) leciona que o princípio da proporcionalidade apresenta estrutura mista, tendo como essência atributos de princípio e de regra. “A primeira deve-se ao fato de ter um alto grau de generalidade, abstratividade e de fundamentalidade”. A segunda resulta da perspectiva, diante de um fato concreto, da obrigação de “hierarquizar valorativamente um dos princípios fundamentais conflitantes, para solucionar a questão posta em juízo”.

De acordo com Silva (2010, p. 2), no princípio da proporcionalidade os preceitos constitucionais estão conectados em um sistema. Existem princípios constitucionais que se sobrepõem a outros quanto à importância. O direito à vida

é o mais significativo e, mesmo assim, pode ser “sacrificado em casos expressamente previstos em lei, como ocorre com a legítima defesa, o estado de necessidade, etc.”. Deste modo, existem casos em que um direito deverá ser sacrificado em detrimento de outro de igual ou superior importância, devido à relatividade dos direitos e garantias constitucionais.

Ainda, conforme os ensinamentos de Silva (2010, p. 2), “de acordo com o princípio da proporcionalidade, havendo conflito entre valores constitucionais, serão eles sopesados para verificar qual deverá preponderar no caso concreto”.

Portanto, “a essência e a destinação do princípio da proporcionalidade é a preservação dos direitos fundamentais”, afirma Guerra Filho (2003, p. 99). Desse modo, o princípio da proporcionalidade atua como “instrumento indispensável para aferir a legitimidade de leis que restringem direitos fundamentais”. Nos dizeres de Sarmiento (2002, p. 77), “é uma poderosa ferramenta para aferição da conformidade das leis e dos atos administrativos como os ditames da razão e da justiça”.

Contudo, o conceito de proporcionalidade não é unânime entre os doutrinadores, possuindo conceitos diferentes e aplicações distintas, conforme a sua origem. Barroso (1999, p. 57) argumenta que na doutrina e na jurisprudência, frequentemente a proporcionalidade é abordada comumente como sinônimo de razoabilidade. “Para muitos, a única diferença seria que a proporcionalidade seria uma construção dos alemães, enquanto a razoabilidade seria uma construção dos norte-americanos”.

De acordo com os ensinamentos de Guerra Filho (2003, p. 77), estes princípios se diferem, já a partir de sua origem. O princípio da proporcionalidade, proveniente da Alemanha, é associado “[...] ora ao princípio (estruturante) do Estado de Direito, ora ao princípio (fundamental) da dignidade humana – e, daí o nosso outro princípio estruturante, do Estado Democrático”.

Já o princípio da razoabilidade, de origem anglo-saxônica, remonta a Magna Carta inglesa de 1215 e está relacionado à “cláusula do devido processo legal na forma substantiva, sendo que da forma processual, ele é derivado” (GUERRA FILHO, 2003, p. 77).

A seguir será feita uma breve explanação sobre o princípio da proporcionalidade na doutrina alemã, bem como do referido princípio na doutrina norte-americana.

3.1 O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE NO DIREITO ALEMÃO

No Direito alemão, conforme esclarece Mendes (2001, p. 2), encontra-se o que chamam de princípio da proibição do excesso, que se identifica muito ao princípio da proporcionalidade, atuando como “um freio ao legislador que, desatento, pode ultrapassar a linha do razoável produzindo inconstitucionalidades”.

A doutrina identifica como típica manifestação do exagero de poder legislativo a violação ao princípio da proporcionalidade ou da proibição de excesso, que se revela mediante contraditoriedade, incongruência, e irrazoabilidade ou inadequação entre meios e fins (MENDES, 2001, p. 2).

Mendes (2001, p. 2) ainda coloca que no modelo alemão, “outorga-se ao princípio da proporcionalidade ou ao princípio da proibição de excesso qualidade de norma constitucional não-escrita, derivada do Estado de Direito”. Completa o autor: “a utilização do princípio da proporcionalidade ou da proibição de excesso no Direito constitucional envolve, como observado, a apreciação da necessidade (*Erforderlichkeit*) e adequação (*Geeignetheit*) da providência legislativa”.

Já Ávila (2011, p. 177) entende que a proporcionalidade se distingue da chamada proibição de excesso existente no Direito germânico, afirmando que:

[...] o postulado da proporcionalidade não se confunde com o da *proibição de excesso*: esse último veda a restrição da eficácia mínima de princípios, mesmo na ausência de um fim externo a ser atingido, enquanto a proporcionalidade exige uma relação proporcional de um meio relativamente a um fim.

Segundo Barros (2003, p. 77) o princípio da proporcionalidade, conforme rege a doutrina alemã, é constituído por três subprincípios "os quais, em conjunto dão-lhe a densidade indispensável para alcançar a funcionalidade pretendida pelos operadores do direito". São eles: o subprincípio da adequação, o subprincípio da exigibilidade ou necessidade e o subprincípio da proporcionalidade propriamente dito.

O primeiro subprincípio estabelece que o meio utilizado deva ser adequado para alcançar o fim. O segundo afirma que o método selecionado deve ser aquele que estabeleça o menor sacrifício, seja brando para o direito fundamental não predominante na resolução do caso concreto. E o terceiro mostra o modo mais adequado e necessário em virtude de agregar mais vantagens, tendo como base, o maior número de interesses em disputa (BARROS, 2003, p. 77).

Dessa forma, é imperativo destacar que a aplicação do princípio da proporcionalidade deve sempre seguir a ordem de seus três subprincípios, conforme explana de maneira mais detalhada Alexy (2003, p. 136).

- O subprincípio da adequação consiste em realizar um exame absoluto, ou seja, sem comparações com outras hipóteses, em relação ao meio escolhido por determinado ato para alcançar seu objetivo. O ato deve ser considerado adequado se o meio escolhido por ele alcançar ou promover o objetivo pretendido, ou seja, tal medida só é inadequada se não contribuir em nada para o objetivo alcançado;
- O subprincípio da necessidade, por sua vez, obriga a realização de um exame comparativo, cotejando-se a gravidade do meio escolhido e o objetivo pretendido. A medida adotada deve ser considerada necessária se não existir outro meio menos gravoso para atingir o mesmo objetivo. Em suma, aqui pretende-se aferir se a realização de tal objetivo não pode ser promovido de outra maneira que limite menos o direito fundamental atingido. Assim, o primeiro passo é verificar qual é o direito que está sendo restringido e depois pensar em outras medidas tão eficazes quanto, porém menos gravosas, efetuando-se a comparação supramencionada;
- O subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito é um exame que deve levar em conta a intensidade da restrição do direito atingido e a importância da realização do direito fundamental colidente. Em outros termos, trata-se de apontar qual direito, em determinado caso concreto, deve ser protegido: o direito atingido com a medida ou o direito que a medida quis prestigiar. O princípio da proporcionalidade em sentido estrito estabelece que "quanto maior o grau de não-satisfação ou de detrimento de um princípio, maior a importância de se satisfazer o outro.

Guerra Filho (2000, p. 71) traz um interessante julgado do Tribunal Constitucional alemão que aborda a diferença entre meio adequado e exigível:

O meio empregado pelo legislador deve ser adequado e exigível, para que seja atingido o fim almejado. O meio é adequado, quando com seu auxílio se pode promover o resultado desejado; ele é exigível, quando o legislador não poderia ter escolhido outro igualmente eficaz, mas que seria um meio não-prejudicial ou portador de uma limitação menos perceptível a direito fundamental.

Acerca do princípio da proporcionalidade em sentido estrito, é de fundamental importância citar o entendimento de Fernandes (2007, p. 60-61):

O conflito entre princípios soluciona-se de forma diversa do conflito entre regras. Este conduz a uma incompatibilidade da qual resulta a exclusão de uma das regras do sistema, com permanência da outra. A colisão de princípios, que encerram em seu bojo valores, não enseja a eliminação de um deles, mas a descoberta, em cada caso, do princípio prevalente.

Complementa Avolio (2015, p. 67) ao salientar que a aplicação do princípio da proporcionalidade, sob o ponto de vista do direito de defesa, também assegurado constitucionalmente e de forma "prioritária no processo penal, onde impera o princípio do favor rei, é de aceitação praticamente unânime pela doutrina e pela jurisprudência".

A seguir tratar-se-á do princípio da razoabilidade na doutrina estadunidense.

3.2 O PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE NO DIREITO NORTE-AMERICANO

O primórdio da razoabilidade tem relação com a garantia do *due process of law* do Direito estadunidense, que tem sua origem na cláusula *law of the land*, da Carta Magna de 1215 da Inglaterra. Porém, foi a Suprema Corte norte-americana, no século XX, que desenvolveu “uma jurisprudência mais consistente sobre o princípio da razoabilidade, no âmbito da aplicação substantiva do devido processo legal” (BRAGA, 2008, p. 50).

Brochado (2002, p. 128) assevera que “o *due process of law* sofreu substancial transformação dentro do sistema norte-americano, tornando-se parâmetro de justiça a todo ordenamento jurídico da América do Norte”.

Nos dizeres de Dória (1986, p. 11), a salvaguarda do devido processo legal, no Direito norte-americano, teve sua cisão do Direito inglês com as diversas declarações de direitos das colônias americanas no decorrer das lutas pela independência. É nessa ocasião que o princípio se desliga de sua raiz inglesa e passa a “integrar o sistema jurídico americano, numa trajetória que o transmudaria no mais fecundo de quantos instrumentos se criaram para a defesa de direitos individuais”.

A redação do dispositivo citado, assim determinava:

[...] nenhum homem será detido ou preso, nem despojado de seu livre domínio, de sua liberdade ou livres costumes, nem posto fora da lei, nem exilado, nem molestado de maneira alguma, e nós não poremos nem mandaremos por a mão nele, a não ser em virtude de um julgamento legal por seus pares e na forma da lei da terra (DÓRIA, 1986, p. 12).

Em 1791 é que as garantias dos direitos individuais foram devidamente solidificadas pela redação da V Emenda Constitucional. No entanto, as normas estabelecidas no texto, vinculava apenas o Governo Federal. Em 1868 adicionou-se à Constituição norte-americana a XIV Emenda, incorporando os Estados federados às limitações previstas na cláusula do devido processo legal. Ficou estabelecido que “nenhum Estado privará qualquer pessoa da vida, liberdade, ou propriedade, sem o devido processo legal” (DÓRIA, 1986, p. 16-17).

Cretton (2001, p. 74) registra que as decisões das Cortes norte-americanas deixam notório o “elevado teor de racionalidade *lato sensu* que a aplicação da

razoabilidade exige” e o “indispensável exame da correlação meios e fins”. Assim, os dois critérios não servem para estremar um princípio do outro, pois ambos os princípios convergem rumo ao princípio da ponderação de valores e bens jurídicos, “fundante do próprio Estado de Direito Democrático contemporâneo” (CRETTON, 2001, p. 75).

No entendimento de Martel (2001, p. 287):

[...] para que o devido processo legal substantivo seja chamado a atuar, mister se faz que haja uma privação nos *bem* ou nas *liberdades* por ele tutelados. Ausente essa privação, ausente a garantia dele. Em coerência com essa afirmação atua o *teste da razoabilidade*, cujo primeiro passo é exatamente a averiguação da presença de um *bem* ou de uma *liberdade* tutelados pelo devido processo legal sendo restringido.

Ainda conforme Martel (2001, p. 244) as privações nos direitos de vida, propriedade e liberdade das pessoas somente estarão de acordo com essa norma se o devido processo legal for atendido: “O texto do devido processo legal não protege os indivíduos contra a privações da liberdade simplesmente. Ele os protege contra privações sem o devido processo legal”.

Outro fator que difere a razoabilidade da proporcionalidade, segundo Cristóvam (2006, p. 91-92):

[...] relaciona-se a sua estrutura e aplicação. Enquanto a primeira constitui-se em pauta que exige que os atos estatais sejam razoáveis, devendo apresentar adequação entre meios e fins, a segunda foi desenvolvida pelo Tribunal Constitucional alemão em três níveis independentes e que devem ser ordenadamente aplicados na análise da legitimidade das leis ou atos do Poder Público: a adequação, a necessidade e a ponderação.

Tanto o princípio para os alemães quanto para os americanos trata do conflito de direitos fundamentais, ainda que sob alegações distintas e métodos próprios, servindo de base para aquilo que vai se consolidar como o princípio da proporcionalidade e razoabilidade no direito brasileiro.

3.3 A PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE NO DIREITO BRASILEIRO

No Brasil, os temas envolvendo o conflito de princípios e direito fundamentais ganhou maior relevância devido a promulgação da Constituição Federal de 1988, pois, a doutrina e a jurisprudência passaram a desenvolver a base teórica para aplicação dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade para solucionar as questões mais intrincadas do direito (PESSOA, 2004, p. 12).

Nos dizeres de Castro (2005, p. 82 -83) o princípio da proporcionalidade está inserido na ideia de razoabilidade, relacionada à origem e desenvolvimento do devido processo legal, cuja regulamentação encontra-se disposta no art. 5º, inciso LIV, da Constituição, onde determina que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” (BRASIL, 2016b, p. 16). Já Bonavides (2016, p. 381) defende que o princípio da proporcionalidade tem sua origem no art. 1º da referida Constituição, que se fundamenta no “Estado Democrático de Direito”.

No entendimento de Pontes (2000, p. 83), na legislação brasileira,

[...] a razoabilidade manifesta-se na garantia do devido processo legal, mas com ela não se confunde. A razoabilidade, como princípio geral de interpretação que impede a consumação de atos, fatos e comportamentos inaceitáveis, penetra e constitui uma exigência, não apenas da garantia do devido processo legal, mas de todos os princípios e garantias constitucionais autonomamente assegurados pela ordem constitucional brasileira.

A razoabilidade funciona como uma ferramenta para determinar que os fatos devam ser considerados com a suposição de estarem dentro da normalidade. Ela atua na interpretação dos fatos descritos em regras jurídicas. Deste modo, exige certa interpretação como forma de resguardar a eficácia de “princípios axiologicamente subjacentes”. Interpretação desigual das circunstâncias de fato restringiria algum princípio constitucional, como o princípio do devido processo legal (ÁVILA, 2006, p. 139).

Já a proporcionalidade, conforme leciona Ávila (2006, p. 146):

[...] exige que o Poder Legislativo e o Poder Executivo escolham, para a realização de seus fins, meios adequados, necessários e proporcionais. Um meio é adequado quando promove o fim a que se propõe. Um meio é dito necessário se, dentre todos aqueles meios igualmente adequados para promover o fim, for o menos restritivo relativamente aos direitos fundamentais e um meio é proporcional, em sentido estrito, se as vantagens que promove superam as desvantagens que provoca.

Para uma aplicação apropriada do princípio da razoabilidade, Barroso (1998, p. 67) coloca que é fundamental buscar elementos mais objetivos na especificação da razoabilidade dos atos do Poder Público, sobretudo, para lhe outorgar um cunho normativo. O autor ainda afirma que: “Somente esta delimitação de objeto poderá impedir que o princípio se esvazie de sentido, por excessivamente abstrato, ou que se perverta num critério para julgamento *ad hoc*”.

É importante frisar a relevância de ambos os princípios no âmbito Jurídico brasileiro. Cabe também lembrar que, apesar de não estarem expressamente

previstos na Constituição, ambos vêm sendo constantemente mencionados pelos Tribunais. É fato, porém, que os Tribunais não expõem uma base adequada, mas, ao menos, se inicia no Brasil uma jurisprudência sobre o tema (ÁVILA, 2006, p. 140).

Conforme Guerra Filho (2000, p. 69), tanto a razoabilidade quanto a proporcionalidade são condições necessárias implícitas nos sistemas jurídicos, atualmente largamente reconhecidas “pela comunidade jurídica mundial e consagradas, inclusive, nos ordenamentos positivos de certos países”.

Acerca do tema, Lima (1999, p. 287) considera que:

[...] razoabilidade e proporcionalidade podem até ser magnitudes diversas, entretanto, cremos que o princípio da proporcionalidade carrega em si a noção de razoabilidade, em uma relação inextrincável, e que não pode ser dissolvida, justificando, assim, a intercambialidade dos termos proporcionalidade e razoabilidade no ordenamento brasileiro.

Na doutrina brasileira a relação entre os princípios é defendida por diversos autores, que entendem não haver qualquer distinção no tratamento entre as duas máximas, pois ambas teriam o mesmo significado na identidade de conteúdo e finalidade. A proporcionalidade do Direito alemão seria o equivalente terminológico da razoabilidade norte-americana (CRISTÓVAM, 2006, p. 91). Na concepção de Bandeira de Mello (1999, p. 68), “a proporcionalidade nada mais é que uma faceta da razoabilidade”.

“Embora proporcionalidade e razoabilidade sejam essenciais à aplicação do devido processo legal, possuem significado distinto, ainda que se possa subsumir a proporcionalidade como elemento da razoabilidade” (ROSAS, 2001, p. 11).

Tácito (2005, p. 45), por seu turno, destaca “a acolhida dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade na jurisprudência de nossos tribunais superiores”, mas admite as diferenças de origem e afirma que “a rigor, o princípio da razoabilidade filia-se à regra da observância da finalidade da lei que, a seu turno, emana do princípio da legalidade”. Bandeira de Mello (2006, p. 107), alega que, “igualmente, enraíza ambos os princípios nos dispositivos constitucionais que consagram o princípio da legalidade (arts. 5º, II, 37 e 84 da CRFB)”.

A razoabilidade, conforme leciona Cristóvam (2006, p. 92) está vigorosamente enraizada no ordenamento jurídico contemporâneo, fazendo parte de diversos sistemas regimentais. Em vários países está expressamente especificada na Constituição, “sendo que em outros tantos é implicitamente reconhecido, ressaíndo da própria ordem constitucional vigente”.

Ainda nas palavras de Cristóvam (2006, p. 92):

No ordenamento constitucional brasileiro, há que se considerá-la como máxima constitucional expressa, que encontra sua "*sedes materiae*" na disposição normativa que disciplina o devido processo legal, o artigo 5º, LIV da Constituição Federal, segundo o qual "ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal". Não se pode olvidar que a cláusula do devido processo legal, conforme disposta na CRFB, encerra não somente o devido processo legal em seu caráter processual, mas principalmente o devido processo substantivo, onde descansa hialina a máxima da razoabilidade.

Desta forma, como resultado de sua evolução, no começo da década de 1960, o princípio da proporcionalidade firmou-se na sua configuração atual: pleiteando que toda limitação de direitos precisa ser apropriada, necessária e equilibrada, no sentido que deve ser adequada para a execução dos propósitos da norma, "deve limitar os direitos o menos possível e deve traduzir uma justa medida entre o interesse público e o direito limitado" (CANOTILHO, 1998, p. 417).

Assim, diante do exposto até aqui, é possível concluir que os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade possibilitam o cumprimento do devido processo legal substantivo, proporcionando o funcionamento do Estado Democrático de Direito e resguardando os direitos e garantias fundamentais.

Por fim, cabe aqui citar as palavras de Grinover (2011, p. 129) que, em relação a aplicação do princípio da proporcionalidade pelo magistrado, é imperioso ter cautela face à subjetividade deste princípio, principalmente quando da "aplicação para aceitar ou rejeitar prova obtida por meios ilícitos". Tema que será dissertado no capítulo a seguir.

4 O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E A PROVA ILÍCITA

O emprego da prova ilícita no processo, conforme já apontado nos capítulos anteriores, é extremamente limitado, beirando à impossibilidade em virtude justamente de estar violando um direito fundamental, como o próprio devido processo legal e a garantia à ampla defesa, por exemplo, de um indivíduo e vir, assim, comprometendo o andamento do processo judicial como um todo dali por diante, uma vez que sujeito à nulidade ou anulação, de acordo com a situação concreta pela qual se realizou.

Inicia-se, então, abordando o posicionamento da doutrina a respeito do uso do princípio da proporcionalidade para justificar o uso da prova ilícita no processo, bem como os argumentos levantados nesse sentido.

4.1 A INTERPRETAÇÃO DA DOCTRINA

Os preceitos constitucionais organizam-se em um sistema, onde é necessário a harmonização entre eles. Diante disso, não existe a possibilidade de ocorrer litígios insolúveis entre os princípios protegidos pela Constituição Federal. Nesse sentido, surge a proporcionalidade para resolver estes conflitos, considerando valores e indicando qual prevalecerá no caso concreto (SILVA, 2007, p. 22).

Conforme argumenta Silva (2010, p. 3), “assim, sempre será possível o sacrifício de um direito em prol de outro de igual ou superior valia, dada à relatividade dos direitos e garantias constitucionais”.

A consolidação deste princípio se dá em grande parte devido à preocupação da Corte Alemã com o arbítrio no exercício do poder estatal e concomitantemente com uma contínua afirmação da valência dos direitos primordiais garantidos constitucionalmente (SANGALI, 2001, p. 58).

No entendimento de Pontes (2000, p. 43), a proporcionalidade abrange, inevitavelmente, um papel moderador, pois “representa um apelo ao intérprete para que, no processo de decisão jurídica, evite o excessivo, o desmedido e busque decidir segundo uma posição intermediária”.

No âmbito das provas ilícitas, a teoria da proporcionalidade despontou como uma ligação intermediária referente à viabilidade de adoção destas no processo penal, com a finalidade de evitar posturas radicais. Tal princípio ensina que nenhuma

garantia constitucional tem valor soberano, de forma a tornar ilegítima outra de semelhante grau de relevância (SOARES, 2009, p. 57).

Para Chaves e Cunha (2007, p. 65) “tem-se, assim, a famosa confrontação de pesos e contrapesos, adotada pelo Direito Alemão”. Acontece que o tema principal da categoria dominante, aquela em que a prova ilícita é renegada completamente, foi refreada por ações pontuais, ou seja, orientadas para a resolução de casos especiais, em que seria mais cautelosa a aceitação da prova obtida por meio ilegal.

Silva (2010, p. 3) ainda destaca que: além dessas alegações jurídicas, outra explicação lógica “é que não seria justo deixar alguém ser condenado por uma infração penal quando é possível demonstrar sua inocência através de uma prova obtida ilicitamente”.

Sobre o princípio da proporcionalidade na colheita das provas ilícitas, Sangali (2001, p. 58) assevera que:

[...] é perfeitamente possível haver prova colhida, a princípio ilicitamente, mas que pelo princípio da proporcionalidade possa vir a ser admitida como válida e eficaz no processo. Se o direito à inviolabilidade da intimidade (art. 5º, X da CF) e das comunicações telefônicas (art. 5º, XII da CF) é garantido pela Constituição Federal, não menos verdade é que existem outros direitos igualmente tutelados pelo texto constitucional, como, por exemplo o direito à vida e à liberdade, mencionados como bens jurídicos de extrema importância, já que vem no próprio caput do art. 5º da Constituição Federal, antes, portanto, da enumeração dos demais direitos fundamentais. Como não pode haver incompatibilidade entre preceitos fundamentais, é preciso que direitos constitucionais aparentemente em conflito ou antagônicos sejam harmonizados e compatibilizados entre si pelo intérprete e aplicador da norma.

Grinover (2011, p. 135) esclarece que o princípio da proporcionalidade faz menção à possibilidade de utilização da prova ilícita *pro reo*, ainda que viole o direitos e garantias individuais:

Trata-se de aplicação do princípio da proporcionalidade, na ótica do direito de defesa, também constitucionalmente assegurado, e de forma prioritária no processo penal [...]. Além disso, quando a prova, aparentemente ilícita, for colhida pelo próprio acusado, tem-se entendido que a ilicitude é eliminada por causas legais, como a legítima defesa, que exclui a antijuridicidade (GRINOVER, 2011, p. 135).

Sobre a matéria Tourinho Filho (1999, p. 234) argumenta:

[...] na verdade, se a inadmissibilidade das provas ilícitas está no capítulo destinados aos direitos e garantias fundamentais do homem, não pode repugnar à comum consciência jurídica o fato de a defesa conseguir por meio ilícito prova que demonstre a inocência do imputado.[...] É preciso que nos pratos afilados da balança sejam pesados os bens jurídicos envolvidos, e, à evidência, a tutela do direito de liberdade do indivíduo “*es un valor más importante para la sociedad*” que a tutela do outro bem protegido pela

proteção do sigilo. Assim, uma interceptação telefônica, mesmo ao arripio da lei, se for necessariamente essencial a demonstrar a inocência do acusado, não pode ser expungida dos autos. Entre o sigilo das comunicações e o direito de liberdade, este supera aquele.

A proibição da utilização da prova ilícita no processo é uma garantia constitucional. Contudo, existem outros direitos e garantias individuais derivadas do mesmo poder constituinte originário. Deste modo, é que a Constituição também consagra o “direito à vida, à segurança, à tranquilidade, à intimidade, à saúde, entre outros” (SILVA, 2010, p. 3).

Raboneze (2002, p. 25) salienta que nos sistemas em que a prova ilícita é terminantemente proibida, outra direção vem sendo indicada pela prática do que se alcunhou de “teoria da proporcionalidade”, pela qual os interesses e princípios em questão são avaliados, adotando-se, em alguns casos, a prova colhida por meios ilícitos. “Esta teoria traz a ideia de ‘razoabilidade’, surgida da edificação jurisprudencial da Suprema Corte americana”.

Segundo o autor, esta teoria consiste:

[...] numa construção doutrinária e jurisprudencial que se coloca nos sistemas de inadmissibilidade da prova obtida ilicitamente, permitindo, em face de uma vedação probatória, que se proceda a uma escolha, no caso concreto, entre valores constitucionalmente relevantes posto em confronto (RABONEZE, 2002, p. 25).

Portanto, ante ao conhecimento de que esta teoria “limita os limites dos direitos fundamentais”, observa-se que o princípio da proporcionalidade vem considerando a prova ilícita, em caráter excepcional e em casos nitidamente graves, baseando-se no equilíbrio entre valores fundamentais divergentes (D’URSO, 2007, p. 122).

4.1.1 Prova ilícita *pro societate*

Tendo em vista que a utilização de provas ilícitas em benefício da defesa não cause tanta controvérsia, o mesmo não se pode dizer, atualmente, em relação à versão *pro societate*. A questão, segundo Chaves e Cunha (2007, p. 67):

[...] é saber se seria possível admitir o uso de provas colhidas ilicitamente no processo quando o interesse predominante fosse da coletividade, razões de segurança pública ou em casos de extrema gravidade social. Diante desse cenário, a ponderação entre o interesse privado do réu (normalmente baseado na proteção à intimidade) e o interesse público seria realizada por meio da verificação da necessidade, da adequação e da proporcionalidade.

Conforme salientam os autores, são inúmeros motivos para a admissão da prova ilícita *pro societate*. Tais como: a urgência no fortalecimento da segurança pública; a existência de um “direito fundamental à proteção social”, que dê legitimidade a utilização da proporcionalidade em prol da coletividade; a relevância da busca pela justiça; porque a aplicabilidade da prova ilícita exclusivamente em favor do réu viola a equidade das partes no processo penal; não existe qualquer objeção no uso da versão *pro societate* em casos de excepcional gravidade e, entre diversas outras razões (CHAVES; CUNHA, 2007, p. 68-69).

Sobre o tema, Fernandes (2005, p. 81) defende a admissão da prova ilícita *pro societate* destacando as seguintes questões:

A proporcionalidade verificada entre duas normas constitucionais de natureza material: a proteção ao sigilo da correspondência, superada pela necessidade de ser preservada a segurança do presídio e a vida do juiz de direito, aqui, a prova obtida não será considerada ilícita e, por isso, não há afronta à regra de sua inadmissibilidade no processo. Em suma, a norma constitucional que veda a utilização no processo de prova obtida por meio ilícito deve ser analisada à luz do princípio da proporcionalidade, devendo o juiz, em cada caso, sopesar se outra norma, também constitucional, de ordem processual ou material, não supera em valor aquela que estaria sendo violada.

O autor ainda argumenta que “não se trata, contudo, de ser o princípio invocado a favor ou contra o acusado”, porém se deve observar, em cada caso concreto, se a limitação imposta a algum direito do denunciado é “necessária, adequada e justificável em face do valor que se protege” (FERNANDES, 2007, p. 82).

Contudo, conforme aduz Mendroni (2002, p. 225), a prova ilícita *pro societate*, necessita de fundamento lógico e, sobretudo, na sua aplicação fundamentada no princípio da proporcionalidade, pois o “Estado Democrático de Direito detém de materiais e pessoas adequadas para poderem fazer uma investigação mais adequada e real dos fatos”.

4.1.2 Prova ilícita *pro reo*

Conforme Gomes Filho (1997, p. 106), é observado na ampla maioria da doutrina e jurisprudência brasileiras, a admissão do princípio da proporcionalidade somente em relação à defesa, sendo que “a prova ilícita só seria admissível se viesse a favor da defesa, ou seja, *pro reo*, mas nunca a favor do Estado (*pro societate*)”.

Ainda, segundo o referido autor:

No 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 constituem valores insuperáveis, na ótica da sociedade democrática, mas também porque ao próprio Estado não pode interessar a punição de um inocente, o que poderia significar a impunidade do verdadeiro culpado; é nesse sentido, aliás, que a moderna jurisprudência norte-americana tem afirmado que o direito à prova de defesa é superior (GOMES FILHO, 1997, p. 106).

Nos dizeres de Silva (2007, p. 22) a vedação do uso de provas ilícitas no processo é uma garantia do individual contra o Estado, considerando que a liberdade é o bem mais precioso que o indivíduo possui e que ela é protegida constitucionalmente por diversas normas legais como, por exemplo, “o princípio do devido processo legal, do contraditório, da ampla defesa, entre outros”. Assim, é notório que todos esses dispositivos se sobrepõem à norma que veda a utilização de prova ilicitamente colhida, caso essa seja empregada em favor do acusado. Trata-se, portanto, da utilização da proporcionalidade em prol do réu. “Afim, não seria justo deixar alguém ser condenado por um crime, quando é possível demonstrar a sua inocência por meio de uma prova obtida ilicitamente” (SILVA, 2007, p. 23).

Para Grinover, Gomes Filho e Fernandes (2006, p. 140), na visão do direito de defesa, a aplicação do princípio da proporcionalidade é constitucionalmente garantido, e de maneira prioritária no processo penal, “todo informado pelo princípio do favor rei”. Registram, ainda, que se “a prova, aparentemente ilícita, for colhida pelo próprio acusado, tem-se entendido que a ilicitude é eliminada por causas legais, como a legítima defesa, que exclui a antijuridicidade”.

Sobre o princípio do favor rei, Tourinho Filho (1999, p. 295) leciona:

[...] o princípio do favor rei é o princípio base de toda a legislação processual penal de um Estado, inspirado na sua vida política e no seu ordenamento jurídico por um critério superior de liberdade. Não há, de fato, Estado autenticamente livre e democrático em que tal princípio não encontre acolhimento. É uma constante das articulações jurídicas de semelhante estado o particular empenho no reconhecimento da liberdade e autonomia da pessoa humana. No conflito entre o *jus puniendi* do Estado, por um lado, e o *jus libertatis* do acusado, por outro lado, a balança deve inclinar-se a favor deste último se quiser assistir ao triunfo da liberdade.

Gomes Filho (1997, p. 107) corrobora ao afirmar que a “liberdade e a dignidade da pessoa humana são valores insuperáveis na perspectiva da sociedade democrática, além de que não pode interessar ao Estado a condenação de um inocente”.

Sobre o tema, posiciona-se Távora (2009, p. 315):

A prática que traduz clara a adoção da razoabilidade em nosso ordenamento jurídico pátrio é a plena admissibilidade da prova ilicitamente obtida em favor do réu. E assim o é porque quando o acusado obtém a prova de modo ilícito, compreende-se que há o embate entre o princípio da proibição da prova ilícita com o princípio da presunção de inocência e da ampla defesa, sendo que os últimos devem prevalecer sobre o primeiro.

Assim, em prol da admissão da prova ilícita *pro reo* existe a garantia constitucional da irrestrita defesa e a comprovação da condição de necessidade do acusado. Desse modo, conclui Fernandes (2007, p. 96) que é ampla a aceitação de que o princípio da proporcionalidade seja empregado aos casos em que a prova da inocência do réu depende de prova produzida de maneira ilícita.

4.2 ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL DO STF

Apresenta-se nesse tópico as decisões do Supremo Tribunal Federal (STF) referentes à aplicação do princípio da proporcionalidade em relação à apresentação de provas ilícitas.

Para tanto, buscou-se a ferramenta disponibilizada pelo próprio STF de busca sobre jurisprudência, no qual se utilizou o parâmetro de busca “prova ilícita proporcionalidade”, com o condão de identificar todas as decisões que fizeram uso de tal princípio para justificar a utilização da prova ilícita nos processos. Busca-se, com isso, identificar o conceito empregado do próprio princípio da proporcionalidade utilizado na referida corte.

Outro parâmetro de recorte metodológico utilizado foi do tempo que as decisões foram proferidas, optando por priorizar os últimos entendimentos da corte, se limitando, portanto, as decisões proferidas nos últimos 6 (seis) anos. Ou seja, o recorte foi feito apenas das decisões entre 01/01/2012 e 07/11/2017.

Assim, em 07 de novembro de 2017, às 22:00h, fez-se a busca e encontrou-se apenas 6 (seis) resultados para os parâmetros indicados (Quadro 1), sendo eles:

Quadro 1 – Decisões do Supremo Tribunal Federal

N.	PROCESSO	TIPO	DATA DE JULGAMENTO
1	141292	Habeas Corpus	25/04/2017
2	126292	Habeas Corpus	17/02/2016
3	730067	Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo	18/06/2013

4	470	Ação Penal	17/12/2012
5	103325	Habeas Corpus	03/04/2012
6	96056	Habeas Corpus	28/06/2011

Fonte: Da Autora (2017).

Dos acórdãos encontrados, todavia, nem todos se referiam a utilização diretamente do princípio da proporcionalidade como forma de justificar, ou ponderar direitos fundamentais, para autorizar, ou não, o uso de provas ilícitas no processo. Foram descartados, portanto, os processos: 141292 (1), 126292 (2), 730067 (3) e 470 (4).

Desta forma, passasse a analisar as decisões: Habeas Corpus 103325 de 03/04/2012 e Habeas Corpus 96056 de 28/06/2011, números 5 e 6 conforme mostra o Quadro 1.

4.2.1 Do Habeas Corpus n. 103325

Ementa:

No processo HC nº 103325, de 03 de abril de 2012 verifica-se que:

No contexto do sistema constitucional brasileiro, no qual prevalece a inadmissibilidade processual das provas ilícitas, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, ao interpretar o sentido e o alcance do art. 5º, LVI, da Carta Política, tem repudiado quaisquer elementos de informação, desautorizando-lhes o valor probante, sempre que a obtenção dos dados probatórios resultar de transgressão, pelo Poder Público, do ordenamento positivo (RTJ 163/682 – RTJ 163/709). Foi por tal razão que esta Corte Suprema, no julgamento plenário da AP 307/DF, Rel. Min. ILMAR GALVÃO, desqualificou, por ilícita, prova cuja obtenção decorreria do desrespeito, por parte de autoridades públicas, da garantia constitucional da inviolabilidade domiciliar (RTJ 162/4, item n. 1.1). Cabe referir, neste ponto, o magistério de ADA PELLEGRINI GRINOVER (“Liberdades Públicas e Processo Penal”, p. 151, itens ns. 7 e 8, 2ª ed., 1982, RT), para quem – tratando-se de prova ilícita, especialmente daquela cuja produção derivar de ofensa a cláusulas de ordem constitucional – não se revelará aceitável, para efeito de sua admissibilidade, a invocação do critério de razoabilidade do direito norte-americano, que corresponde ao princípio da proporcionalidade do direito germânico, mostrando-se indiferente a indagação sobre quem praticou o ato ilícito de que se originou o dado probatório questionado: “A inadmissibilidade processual da prova ilícita torna-se absoluta, sempre que a ilicitude consista na violação de uma norma constitucional, em prejuízo das partes ou de terceiros. Nesses casos, é irrelevante indagar se o ilícito foi cometido por agente público ou por particulares, porque, em ambos os casos, a prova terá sido obtida com infringência aos princípios constitucionais que garantem os direitos da personalidade. Será também irrelevante indagar-se a respeito do momento em que a ilicitude se caracterizou (antes e fora do processo ou no curso do mesmo); será irrelevante indagar-se se o ato ilícito foi cumprido contra a parte ou contra terceiro, desde que tenha importado em violação a direitos fundamentais; e será, por fim, irrelevante indagar-se se o processo no qual se utilizaria prova ilícita deste jaez é de natureza penal ou civil.

Nesta colocação, não parece aceitável (embora sugestivo) o critério de 'razoabilidade' do direito norte-americano, correspondente ao princípio de 'proporcionalidade' do direito alemão, por tratar-se de critérios subjetivos, que podem induzir a interpretações perigosas, fugindo dos parâmetros de proteção da inviolabilidade da pessoa humana. A mitigação do rigor da admissibilidade das provas ilícitas deve ser feita através da análise da própria norma material violada: (...) sempre que a violação se der com relação aos direitos fundamentais e a suas garantias, não haverá como invocar-se o princípio da proporcionalidade." (grifei) Essa mesma orientação é registrada por VÂNIA SICILIANO AIETA ("A Garantia da Intimidade como Direito Fundamental", p. 191, item n. 4.4.6.4, 1999, Lumen Juris), cujo lúcido magistério também reconhece que, "Atualmente , a teoria majoritariamente aceita é a da inadmissibilidade processual das provas ilícitas (colhidas com lesões a princípios constitucionais), sendo irrelevante a averiguação, se o ilícito foi cometido por agente público, ou por agente particular, porque, em ambos os casos, lesa princípios constitucionais" (grifei). Por isso mesmo, Senhores Ministros, assume inegável relevo, na repulsa à "crescente predisposição para flexibilização dos comandos constitucionais aplicáveis na matéria", a advertência de LUIS ROBERTO BARROSO, que, em texto escrito com a colaboração de ANA PAULA DE BARCELLOS ("A Viagem Redonda: Habeas Data, Direitos Constitucionais e as Provas Ilícitas" "in" RDA 213/149-163), rejeita, com absoluta correção, qualquer tipo de prova obtida por meio ilícito, demonstrando, ainda, o gravíssimo risco de admitir-se essa espécie de evidência com apoio no princípio da proporcionalidade: "O entendimento flexibilizador dos dispositivos constitucionais citados, além de violar a dicção claríssima da Carta Constitucional, é de todo inconveniente em se considerando a realidade político-institucional do País.

Embora a ideia da proporcionalidade possa parecer atraente, deve-se ter em linha de conta os antecedentes de País, onde as exceções viram regra desde sua criação (vejam-se, por exemplo, as medidas provisórias). À vista da trajetória inconsistente do respeito aos direitos individuais e da ausência de um sentimento constitucional consolidado, não é nem conveniente nem oportuno, sequer de lege ferenda, enveredar por flexibilizações arriscadas." (grifei) Também corretamente sustentando a tese de que o Estado não pode, especialmente em sede processual penal, valer-se de provas ilícitas contra o acusado, mesmo que sob invocação do princípio da proporcionalidade, impõe-se relembrar o entendimento de EDGARD SILVEIRA BUENO FILHO ("O Direito à Defesa na Constituição", p. 54/56, item n. 5.9, 1994, Saraiva) e de GUILHERME SILVA BARBOSA FREGAPANI ("Prova Ilícita no Direito Pátrio e no Direito Comparado", "in" Revista da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios nº 6/231-235). Cabe ter presente, também, por necessário, que o princípio da proporcionalidade, em sendo alegado pelo Poder Público, não pode converter-se em instrumento de frustração da norma constitucional que repudia a utilização, no processo, de provas obtidas por meios ilícitos. Esse postulado, portanto, não deve ser invocado nem aplicado indiscriminadamente pelos órgãos do Estado, ainda mais quando se acharem expostos a clara situação de risco, como sucede na espécie, direitos fundamentais assegurados pela Constituição. Sob tal perspectiva, portanto, Senhores Ministros, tenho como incensurável a advertência feita por ANTONIO MAGALHÃES GOMES FILHO ("Proibição das Provas Ilícitas na Constituição de 1988", p. 249/266, "in" "Os 10 Anos da Constituição Federal", coordenação de ALEXANDRE DE MORAES, 1999, Atlas): "Após dez anos de vigência do texto constitucional, persistem as resistências doutrinárias e dos tribunais à proibição categórica e absoluta do ingresso, no processo, das provas obtidas com violação do direito material . Isso decorre, a nosso ver, em primeiro lugar, de uma equivocada compreensão do princípio do livre convencimento do juiz, que não pode significar liberdade absoluta na condução do procedimento probatório nem julgamento desvinculado de regras legais. Tal princípio tem seu âmbito de operatividade restrito ao momento da valoração das provas, que deve incidir

sobre material constituído por elementos admissíveis e regularmente incorporados ao processo. De outro lado, a preocupação em fornecer respostas prontas e eficazes às formas mais graves de criminalidade tem igualmente levado à admissão de provas maculadas pela ilicitude, sob a justificativa da proporcionalidade ou razoabilidade. Conquanto não se possa descartar a necessidade de ponderação de interesses nos casos concretos, tal critério não pode ser erigido à condição de regra capaz de tornar letra morta a disposição constitucional. Ademais, certamente não será com o incentivo às práticas ilegais que se poderá alcançar resultado positivo na repressão da criminalidade.” (grifei) Em suma: a Constituição da República, em norma revestida de conteúdo vedatório (CF, art. 5º, LVI), desautoriza, por incompatível com os postulados que regem uma sociedade fundada em bases democráticas (CF, art. 1º), qualquer prova cuja obtenção, pelo Poder Público, derive de transgressão a cláusulas de ordem constitucional, repelindo, por isso mesmo, quaisquer elementos probatórios que resultem de violação do direito material (ou, até mesmo, do direito processual), não prevalecendo, em consequência, no ordenamento normativo brasileiro, em matéria de atividade probatória, a fórmula autoritária do “*male captum, bene retentum*”.

Entendo, pois, revestida de plena viabilidade jurídica a presente impetração, razão pela qual adoto, como razão de decidir, os mesmos fundamentos que expus no julgamento do HC 82.788/RJ, de que fui Relator. [...] (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2012).

A matéria em questão (HC n. 103325) trata da ilicitude da prova obtida por agentes de polícia federal e fiscais da receita federal em um escritório de contabilidade sem mandado judicial.

De acordo com o Relator, as provas coletadas de forma ilícita, ficam também contaminadas de ilicitude e são invalidadas (doutrina dos frutos da árvore envenenada). Portanto, essa decisão pode ser analisada por duas óticas: a primeira delas é em relação a proibição de provas obtidas por meios ilícitos, seja de modo original, seja por derivação, conforme artigo 5, LVI da Constituição Federal; já a segunda diz respeito a garantia dos direitos fundamentais, ou seja, da inviolabilidade de domicílio. Ressalta-se que, para o direito constitucional, o entendimento de domicílio tem um amplo significado, mesmo sendo local de trabalho, pode configurar como algo relativo a vida privada do indivíduo.

Contudo, tem-se a rigor que é por meio da proporcionalidade que a ponderação de bens é realizada. “É a proporcionalidade em sentido estrito que permite o ‘sopesamento’ dos bens e interesses envolvidos na colisão de direitos fundamentais” (GUERRA FILHO, 1999, p. 65). Observa-se, assim, a célebre confrontação de pesos e contrapesos, “adotada pelo Direito alemão, onde as normas constitucionais articulam-se em um sistema, havendo a necessidade de harmonia entre elas” (CHAVES, 2007, p. 64).

Assim, não se pode alegar que a ocorrência de conflitos seja insolúvel entre os princípios defendidos pela Constituição Federal. Nesse contexto, surge a proporcionalidade para solucionar estes conflitos, equilibrando valores e definindo qual prevalecerá no caso concreto.

Deste modo, “tem-se que é o princípio da proporcionalidade que se permite fazer o sopesamento dos princípios e direitos fundamentais”, assim como dos interesses e bens jurídicos em que se manifestam, quando se encontram em estado de incongruência, solucionando-a de maneira que potencialize o respeito de todos os envolvidos no conflito (LARENZ, 1997, p. 588).

Na concepção de Guerra Filho (1999, p. 66), é o princípio da proporcionalidade que “permite fazer o sopesamento dos princípios e direitos fundamentais, bem como dos interesses e bens jurídicos [...]”, quando se encontram em estado de contradição, solucionando-a de maneira que “maximize o respeito de todos os envolvidos no conflito”.

No mesmo contexto, Steinmetz (2001, p. 153) assinala:

[...] a ponderação concreta de bens, na colisão de direitos fundamentais, realiza-se mediante o controle de proporcionalidade em sentido amplo, de modo especial ou propriamente dito por meio do princípio da proporcionalidade em sentido estrito (...). Portanto, o princípio da proporcionalidade em sentido estrito é a ponderação de bens propriamente dita [...].

Ainda conforme Steinmetz (2001, p. 142-143), para a efetuação da ponderação de bens pleiteia-se o acolhimento de algumas conjecturas básicas: “a colisão de direitos fundamentais e bens constitucionalmente protegidos”, na qual a produção de um resulta na limitação ou até mesmo na não-execução do outro, “a inexistência de uma hierarquia abstrata entre direitos em colisão, isto é, a impossibilidade de construção de uma regra de prevalência definitiva”.

Segundo Larenz (1997, p. 587), a ponderação de bens, no caso concreto, “é um método de desenvolvimento do Direito que se presta a solucionar colisões de normas, bem como para delimitar as esferas de aplicação das normas que se entrecruzam e, com isso, concretizar direitos cujo âmbito ficou aberto”, determinando uma clara predominância valorativa dos bens protegidos pela Constituição Federal.

4.2.2 Do Habeas Corpus n. 96056

Sobre o processo HC nº 96056, de 28 de junho de 2011:

Verifica-se, assim, que a garantia constitucional de inviolabilidade dos dados e das comunicações, visando a preservar o direito à intimidade (CF, art. 5º, XII), conflita com a possibilidade de sua devassa nas hipóteses de investigação criminal ou instrução processual penal, desde que por ordem judicial fundamentada. Diante desse choque de princípios constitucionais, considero adequada a análise da legitimidade da medida que determina a quebra do sigilo das correspondências, das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas a partir de sua conformidade ao princípio constitucional da proporcionalidade. O princípio da proporcionalidade, também denominado princípio do devido processo legal em sentido substantivo, ou ainda, princípio da proibição do excesso, constitui uma exigência positiva e material relacionada ao conteúdo de atos restritivos de direitos fundamentais, de modo a estabelecer um "limite do limite" ou uma "proibição de excesso" na restrição de tais direitos.

A máxima da proporcionalidade, na expressão de Robert Alexy, coincide igualmente com o chamado núcleo essencial dos direitos fundamentais concebido de modo relativo — tal como defendido por ele e por Martim Bowrosky. Nesse sentido, o princípio ou a máxima da proporcionalidade determina o limite último da possibilidade de restrição legítima de determinado direito fundamental. A despeito dessa vinculação aos direitos fundamentais, o princípio da proporcionalidade alcança as denominadas colisões de bens, valores ou princípios constitucionais. Nesse contexto, as exigências do princípio da proporcionalidade representam um método geral para a solução de conflitos entre princípios, isto é, um conflito entre normas que, ao contrário do conflito entre regras, é resolvido não pela revogação ou redução teleológica de uma das normas conflitantes, nem pela explicitação de distinto campo de aplicação entre as normas, mas antes e tão somente pela ponderação do peso relativo de cada uma das normas em tese aplicáveis e aptas a fundamentar decisões em sentidos opostos. Nessa última hipótese, aplica-se o princípio da proporcionalidade para estabelecer ponderações entre distintos bens constitucionais. Em síntese, a aplicação do princípio da proporcionalidade se dá quando verificada restrição a determinado direito fundamental ou um conflito entre distintos princípios constitucionais, de modo a exigir que se estabeleça o peso relativo de cada um dos direitos por meio da aplicação das máximas que integram o mencionado princípio da proporcionalidade. São três as máximas parciais do princípio da proporcionalidade: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito. Tal como já sustentei em estudo sobre a proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal — "A Proporcionalidade na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal". In: *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: Estudos de Direito Constitucional*, 2ª ed., Celso Bastos Editor: IBDC, São Paulo, 1999, p. 72 —, há de perquirir-se, na aplicação do princípio da proporcionalidade, se em face do conflito entre dois bens constitucionais contrapostos, o ato impugnado afigura-se adequado (isto é, apto a produzir o resultado desejado), necessário (isto é, insubstituível por outro meio menos gravoso e igualmente eficaz) e proporcional em sentido estrito (ou seja, estabelecesse uma relação ponderada entre o grau de restrição de um princípio e o grau de realização do princípio contraposto). Registre-se, por oportuno, que o princípio da proporcionalidade aplica-se a todas as espécies de atos dos Poderes públicos, de modo que vincula o Legislador, a Administração e o Judiciário, tal como lembra Canotilho (*Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Coimbra, Almedina, 2ª ed., p. 264). Posta essa moldura teórica, enfatizo que não desconheço jurisprudência desta Corte no sentido de se permitir que decisões judiciais, como razões de decidir, tomem por base os fundamentos

exarados pelo Ministério Público em seu parecer, não se caracterizando essa forma de agir ausência de motivação (cf.: HC n. 91.883/SP, Rel. Min. Ellen Gracie, DJe 22.8.2008; HC n. 94.164/RS, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe 22.8.2008; HC n. 93.748/SP, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJe 25.4.2008). Por outro lado, o tema da necessária motivação das decisões é constitucionalmente relevante, porque a garantia da proteção judicial efetiva impõe que tais decisões possam ser submetidas a um necessário processo de controle, a fim de evitar arbitrariedades, abusos, contradições por parte dos órgãos jurisdicionais. Nesses termos, motivar significa fornecer as razões, os fundamentos que legitimam dada decisão em um sentido ou em outro, expondo suas justificações e motivos fático-jurídicos determinantes. Nesse diapasão, tenho que uma excepcional situação de restrição de um direito ou garantia constitucional só deve ocorrer em situações pontuais, em que restem evidenciadas de forma flagrante a sua real necessidade. No caso dos autos, a envolver o sigilo dos dados bancários, fiscais e das comunicações telefônicas, a regra é a inviolabilidade, a exceção, a sua violação, a qual somente se justifica quando devidamente fundamentada por autoridade judicial competente, consoante o disposto no art. 93, IX, da CF. Daí porque imperioso concluir que a mera alusão ao “requerimento” do Parquet e/ou da autoridade policial não se mostra suficiente para legitimar a quebra dos sigilos telefônico e bancário dos pacientes. A referência – argumento de autoridade – não passa pelo crivo da proporcionalidade, na medida em que não apresenta motivação idônea para fazer ceder a essa situação excepcional de ruptura da esfera da intimidade de quem se encontra sob investigação. Na espécie, em momento algum, o magistrado de primeiro grau aponta fatos concretos que justifiquem a real necessidade da quebra desses sigilos. Nesse sentido, colho excerto da ementa do MS n. 23.452/RJ, de relatoria do Min. Celso de Mello, na qual idêntica premissa foi assentada relativamente às comissões parlamentares de inquérito: “O sigilo bancário, o sigilo fiscal e o sigilo telefônico (sigilo este que incide sobre os dados/registros telefônicos e que não se identifica com a inviolabilidade das comunicações telefônicas) - ainda que representem projeções específicas do direito à intimidade, fundado no art. 5º, X, da Carta Política - não se revelam oponíveis, em nosso sistema jurídico, às Comissões Parlamentares de Inquérito, eis que o ato que lhes decreta a quebra traduz natural derivação dos poderes de investigação que foram conferidos, pela própria Constituição da República, aos órgãos de investigação parlamentar. As Comissões Parlamentares de Inquérito, no entanto, para decretarem, legitimamente, por autoridade própria, a quebra do sigilo bancário, do sigilo fiscal e/ou do sigilo telefônico, relativamente a pessoas por elas investigadas, devem demonstrar, a partir de meros indícios, a existência concreta de causa provável que legitime a medida excepcional (ruptura da esfera de intimidade de quem se acha sob investigação), justificando a necessidade de sua efetivação no procedimento de ampla investigação dos fatos determinados que deram causa à instauração do inquérito parlamentar, sem prejuízo de ulterior controle jurisdicional dos atos em referência (CF, art. 5º, XXXV). - As deliberações de qualquer Comissão Parlamentar de Inquérito, à semelhança do que também ocorre com as decisões judiciais (RTJ 140/514), quando destituídas de motivação, mostram-se írritas e despojadas de eficácia jurídica, pois nenhuma medida restritiva de direitos pode ser adotada pelo Poder Público, sem que o ato que a decreta seja adequadamente fundamentado pela autoridade estatal. - O caráter privilegiado das relações Advogado-cliente: a questão do sigilo profissional do Advogado, enquanto depositário de informações confidenciais resultantes de suas relações com o cliente” - (MS n. 23.452/RJ, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 12.5.2000). Por sua vez, a Constituição Federal, em seu art. 5º, LVI, veda expressamente o uso da prova obtida ilicitamente nos processos judiciais, no intuito precípua de tutelar os direitos fundamentais daqueles indivíduos atingidos pela persecução penal. No ponto, cumpre destacar que essa garantia constitucional quanto à impossibilidade de utilização, nos processos, de prova ilícita, advém

exatamente da necessidade de se resguardar as demais liberdades públicas também previstas no texto constitucional, como o direito à intimidade e à privacidade (CF, art. 5º, X), o direito à inviolabilidade de domicílio (CF, art. 5º, XI), o sigilo de correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas (CF, art. 5º, XII), o direito ao sigilo profissional (CF, art. 5º, XIII e XIV), entre outros. Nesse diapasão, por reputar que as decisões judiciais prolatadas pelo juízo de origem encontram-se destituídas da devida fundamentação — o que as tornam desvestidas de eficácia jurídica —, entendo que as interceptações telefônicas e as informações financeiras obtidas constituem provas ilícitas, devendo, dessa forma, serem desentranhadas do processo. Por fim, não conheço do writ na parte em que se sustenta a ilegalidade das prorrogações das interceptações telefônicas, em razão da perda superveniente do objeto, uma vez que a Terceira Turma do TRF da 5ª Região, nos autos do HC n. 3.336/PE, concedeu a ordem em favor dos pacientes. Por todas essas considerações, meu voto é no sentido de conhecer parcialmente do pedido de habeas corpus e, nesta parte, conceder a ordem para reconhecer a ilicitude das provas produzidas a partir da quebra dos sigilos fiscal, bancário e telefônico dos pacientes, sem a devida fundamentação. Por conseguinte, determino o desentranhamento dessas provas dos autos da Ação Penal 2004.83.00.026319-3, que tramita no Juízo Federal da 4ª Vara Criminal da Seção Judiciária de Pernambuco (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2011).

O segundo Habeas Corpus (96.056) trata-se do caso de indivíduos que foram denunciados pelos supostos crimes contra o Sistema Financeiro Nacional. Alegam os impetrantes que os documentos e provas utilizados para fundamentar a denúncia foram obtidos de forma ilícita, apoiados, unicamente, em informações colhidas mediante a quebra de sigilo telefônico, de dados e fiscal dos pacientes, sem a necessária motivação judicial.

No mérito, a defesa requer que sejam declaradas ilícitas as provas produzidas a partir da quebra dos sigilos fiscal, bancário, telefônico e de dados dos pacientes, bem como o seu desentranhamento dos autos.

O direito ao sigilo deriva, principalmente, do direito fundamental assegurado no art. 5º, X. da Constituição Federal, merecedor da máxima tutela jurídica pelo sistema normativo. A Lei Complementar nº 105/2001, disciplinadora do sigilo bancário, qualifica como crime sua quebra injustificada e “sujeita os responsáveis à pena de reclusão, de um a quatro anos, e multa, aplicando-se, no que couber, o Código Penal, sem prejuízo de outras sanções cabíveis” (BRASIL, 2001).

Verifica-se, nesse caso, que aplicação do princípio da proporcionalidade não foi aplicado, em virtude de que a quebra do sigilo bancário, fiscal e telefônico terem suas garantias na Constituição Federal, que visam resguardar o direito à intimidade e à privacidade.

Contudo, cabe lembrar que o princípio da proporcionalidade é fundamental para a prática da ponderação de interesses constitucionais, pois o discernimento que lhe é inerente, em suas três etapas posteriores, é justamente aquele que se deve aplicar na ponderação. “Na verdade, ponderação e proporcionalidade pressupõem-se reciprocamente, representando duas faces de uma mesma moeda” (SARMENTO, 2002, p. 96).

O terceiro princípio componente da proporcionalidade, designado de proporcionalidade em sentido estrito, requer que os meios adotados devem preservar correlação de razoabilidade com o fim almejado, isto é, “meios e fins devem ser analisados e ponderados para que, ao final, seja possível concluir acerca da proporcionalidade da medida” (GUERRA FILHO, 1999, p. 65).

Conforme leciona Mirabete (2002, p. 475), o processo penal é formado por uma relação jurídica composta por um conjunto de atos que tem por finalidade uma sentença. Assim, é imperativo a obtenção de elementos para que o magistrado chegue à um veredito final, buscando a verdade real e consumando a justiça. Deste modo, para cumprir os princípios constitucionais da ampla defesa, é imprescindível garantir às partes o direito de produzir provas, com o propósito de atestar a procedência da acusação ou da defesa.

Corroborando Lima (2003, p. 7) ao afirmar que na doutrina criminal, as partes devem amparar seus argumentos utilizando provas, afim de convencer o juiz do fato apresentado. Ainda conforme o autor:

[...] o juiz em primeiro lugar se defronta com um fato histórico imputado ao acusado, devendo resolver se o mesmo é responsável por aquele fato, e, em segundo lugar, interpreta a norma incriminadora penal para saber qual é o fato típico ao qual o fato histórico se subsume, e ao final irá valorizar o fato histórico que lhe foi apresentado, para concluir se realmente este está em conformidade com o tipo penal. Em extrema síntese, a decisão será tomada com base em um silogismo: o fato histórico, reconstruído através da prova, que é a premissa menor, a norma penal incriminadora, que é a premissa maior, e a conclusão que será obtida pela valoração se o fato histórico se adequa ou não ao tipo penal [...] (LIMA, 2003, p. 7).

Assim, o magistrado deverá aplicar medidas racionais para impulsionar sua decisão, e esta “deverá ser tomada com base nas provas obtidas no curso do processo, na reconstrução do fato e na interpretação da norma” (TOURINHO FILHO, 2002, p. 448).

Para Brum (1980, p. 99), o objeto da prova são os fatos, pois a busca da verdade é praticada através da prova judicial, estabelecendo que aquele que

demonstrou a correlação do seu direito com os fatos sucedidos, será o vitorioso da demanda. Ressaltando-se, ainda, sobre a legalidade e moralidade da produção probatória.

Na concepção de Capez (2002, p.251):

O objeto da prova é toda circunstância, fato ou alegação referente ao litígio sobre os quais pesa incerteza, e que precisam ser demonstrados perante o Juiz para o deslinde da causa. São, portanto, fatos capazes de influir na decisão do processo, na responsabilidade penal e na fixação da pena ou medida de segurança, necessitando, por essa razão, de adequada comprovação em juízo. Somente os fatos que revelem dúvida na sua configuração e que tenham alguma relevância para o julgamento da causa, merecem ser alcançados pela atividade probatória, como corolário do princípio da economia processual.

Nos dizeres de Rangel (2006, p. 381), “o objeto da prova é a coisa, o fato, o acontecimento que deve ser conhecido pelo juiz, a fim de que possa emitir um juízo de valor. São os fatos sobre os quais versa o caso penal”. Para Greco Filho (1997, p. 124) “[...] o objeto da prova são os fatos pertinentes, relevantes e não submetidos a presunção legal”.

Nessa mesma direção, Mirabete (2002, p. 257) registra que o objeto da prova é o que se deve apresentar, isto é, “aquilo sobre o que o Juiz deve adquirir o conhecimento necessário para resolver o litígio”. Engloba, portanto, não só o acontecimento criminoso e sua autoria, como todas as dimensões objetivas e subjetivas que possam “influir na responsabilidade penal e na fixação da pena ou na imposição de medida de segurança”. A prova, portanto, tem por objeto um fato que deve ser apresentado para formar a convicção do magistrado, que somente então terá o discernimento para solucionar o processo.

5 CONCLUSÃO

Por se tratar de direito fundamental, firmado tanto na Constituição Federal como no Código de Processo Penal, a inadmissibilidade da prova ilícita no sistema processual, por vezes, acaba gerando conflito com demais direitos e bens jurídicos.

A prova ilícita é aquela produzida com violação a regras de direito material, ou seja, mediante a prática de algum ilícito penal, civil ou administrativo. Até a promulgação da Constituição Federal, não havia impedimento quanto à produção em juízo de provas obtidas através de transgressões a normas de direito material. A partir de sua vigência trouxe em seu art. 5º, inciso LVI, que “são inadmissíveis no processo as provas obtidas por meios ilícitos”. Assim, também ocorre com o Código de Processo Penal brasileiro, onde somente admite os meios probatórios que não sejam ilícitos e ilegítimos, e que respeitem a pessoa humana.

Deste modo, os direitos fundamentais como a proteção à vida, à segurança, à honra, entre outros, se não forem assegurados com a efetividade de tal garantia no meio processual, permitindo que sejam empregadas provas consideradas ilícitas pelo ordenamento jurídico, não terão razão de ser.

Contudo, a norma é oscilante nesse sentido, já que existem autores que fazem objeção à utilização da prova ilícita, enquanto outros poucos doutrinadores apoiam a flexibilização da proibição constitucional, a partir de embasamentos jurídicos bastante harmônicos, que deveriam receber uma maior atenção por parte daqueles que se colocam contrários no que concerne à vedação constitucional à utilização das provas obtidas ilicitamente, diante da aplicação do princípio da proporcionalidade.

Conclui-se, portanto, que embora o principal papel da proibição constitucional às provas ilícitas seja a proteção de direitos fundamentais do indivíduo, existirá episódios em que tal proibição, aceita de forma irrestrita, ocasionará teorias conflitantes, sendo necessário sopesar os direitos fundamentais, o que se faz possível por meio da aplicação do princípio da proporcionalidade, que consiste no procedimento mais coerente à solução dos conflitos concretos.

Observa-se, portanto, ser imprescindível a continuidade do estudo sobre o tema em questão, para que se tenha uma maior consistência jurídica, capaz de nortear de forma efetiva o aplicador do Direito quando da utilização das provas ilícitas no sistema processual brasileiro.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Direitos Fundamentais, Balanceamento e Racionalidade. **Ratio Juris**. v. 16, n. 2, 2003. Disponível em: <<http://docslide.com.br/documents/robert-alexey-direitos-fundamentais-balanceamento-e-razionalidade.pdf>>. Acesso em: 01 nov. 2017.

ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. **Da prova no processo penal**. 7. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

ARAÚJO, Fábio Roque da Silva. O princípio da proporcionalidade aplicado ao direito penal: fundamentação constitucional da legitimidade e limitação do poder de punir. **Revista da EMERJ**, v. 12, nº 45, p. 273-315, 2009.

ÁVILA, Humberto B. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, v. I, n. 4, jul./2001. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/download/47313/45714>. Acesso em: 31 jul. 2017.

_____. **Teoria dos Princípios**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas Ilícitas**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

_____. **Provas ilícitas: interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____. **Provas Ilícitas: interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

_____. **Curso de Direito Administrativo**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. 3. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003.

BARROSO, Luis Roberto. Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito constitucional. **Revista dos Tribunais - Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política**, v. 23, p. 65-78, 1998. Disponível em: <http://www.acta-diurna.com.br/biblioteca/doutrina/d19990628007.htm>. Acesso em: 02 nov. 2017.

_____. Dez anos da Constituição de 1988 (foi bom pra você também?). **Revista de Direito da Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro**, n. 52, 1999.

Disponível em:

<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/download/47263/45375>. Acesso em: 31 out. 2017.

BENTHAM, Jeremias. **Tratado de las pruebas judiciales**. Granada: Comares, 2001.

BOBBIO, Norberto. **A era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. **Curso de direito constitucional**. 31. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2016.

BONFIM, Edilson Mougnot. **Curso de processo penal**. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRAGA, Valescka e Silva. **Princípio da Proporcionalidade & da Razoabilidade**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2008.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988 [...]. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2016b.

_____. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Disponível em:

https://sys.grupodpg.com.br/public/utilitarios/1415293228codigosjuridicos_codigos_pdf_processopenal.pdf. Acesso em: 13 jul. 2017.

_____. **Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001**. Dispõe sobre o sigilo das operações de instituições financeiras e dá outras providências. 2001. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp105.htm. Acesso em: 09 nov. 2017.

_____. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 12 jun. 2017.

_____. **Código de Processo Civil e normas correlatas**. 9. ed. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2016a.

_____. **Código de Processo Penal**. Edição atualizada até abril de 2017. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2017.

BRIGHT, John. **História de Israel**. 7. ed. São Paulo: Paulus, 2003.

BROCHADO, Mariá. O princípio da proporcionalidade e devido processo legal. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 39, n. 155, p.125-141, jun./ 2002.

Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/799/R155-09.pdf?sequence=4>. Acesso em: 02 nov. 2017.

BRUM, Nilo Bairros de. **Requisitos retóricos da sentença penal**. São Paulo: RT, 1980.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998.

CAMBI, Eduardo. **A prova civil: admissibilidade e relevância**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

CAMPO, Hélio Márcio. **O princípio dispositivo em direito probatório**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1994.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

_____. **Curso de processo penal**. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. **Curso de Processo Penal**. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CARNELUTTI, Francesco. **La prueba civil**. Trad. Niceto Alcalà-Zamora y Castillo. 2. ed. Buenos Aires: Depalma, 1982.

CARVALHO, Joana de Moraes Souza Machado de. **Colisão de Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Fabris, 2009.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **A constituição aberta e os direitos fundamentais: ensaios sobre o constitucionalismo pós-moderno e comunitário**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

CASTRO, Raimundo Amorim de. **Provas ilícitas e o sigilo das comunicações telefônicas**. Curitiba: Juruá, 2007.

CHAVES, João Freitas de Castro; CUNHA, Clarissa Marques da. Princípio da proporcionalidade pro societate na gestão da prova ilícita: dilemas teóricos e usos cotidianos. **Revista IOB**, n. 41, 2007. Disponível em: <https://bdjur.tjdft.jus.br/xmlui/handle/123456789/10307>. Acesso em: 2 out. 2017.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

CIPRIANO, Viviane Aparecida. **Interceptação telefônica: prova lícita – ilícita – emprestada**. 2006.90f. Monografia (Curso de Direito), Universidade do Vale do Itajaí, Itajaí – SC, 2006. Disponível em: <http://siaibib01.univali.br/pdf/Viviane%20Aparecida%20Cipriano.pdf>. Acesso em: 05 dez. 2017.

CRETTON, Ricardo Aziz. **Os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade e sua aplicação no direito tributário**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. Considerações Acerca das Máximas da Razoabilidade e da Proporcionalidade. **Rev. Brasileira de Estudo Jurídicos – Faculdades Santo Agostinho**, v. 2, n. 1, 2006. Disponível em: <http://revistas.santoagostinho.edu.br/index.php/ESTUDOSJURIDICOS/article/view/254/244>. Acesso em: 04 nov. 2017.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná**, Curitiba, v. 30, n. 30, p. 163-198, 1998.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito processual penal**. Coimbra: Coimbra Editora, 1981.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil**. Salvador: Juspodivm, 2008.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

DOLCI, Gustavo. **Teoria da Prova**. 2016. Disponível em: <https://gugadolci.jusbrasil.com.br/artigos/403044671/teoria-da-prova>. Acesso em: 11 jun. 2017.

DÓRIA, Antônio Roberto Sampaio. **Direito Constitucional Tributário e “due process of law”**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

D'URSO, Flávia. **Princípio constitucional da proporcionalidade no processo penal**. São Paulo: Atlas, 2007.

FERNANDES, Antônio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo de direito: técnica, decisão, dominação**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

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

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Novo Curso de Direito Processual Civil**. São Paulo: Saraiva, 2011.

GRECO FILHO, Vicente. **Direito Processual Civil Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1981.

_____. Vicente. **Manual de Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 1997.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **As nulidades no processo penal**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

_____. **As nulidades no processo penal**. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance. **As nulidades no processo penal**, 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo Constitucional e Direitos Fundamentais**. São Paulo: Celso Bastos, 1999.

_____. **Teoria processual da Constituição**. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2000.

_____. **Processo Constitucional e Direitos Fundamentais**. 3. ed. São Paulo: Celso Bastos, 2003.

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**, Curitiba, v. 39, p. 109-124, 2003.

HOLTHAUSEN, Fábio Zabot. **Inversão do ônus da prova nas relações de consumo: momento processual**. Tubarão: Unisul, 2006.

INELLAS, Gabriel Cesar Zaccaria de. **Da prova em matéria criminal**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000.

ISHIDA, Valter Kenji. **Processo penal: de acordo com a reforma processual penal**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. Trad. José Lamago. 3. ed. Portugal: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LIMA, Maria Rosynete Oliveira. **Devido Processo Legal**. São Paulo: Fabris Editor, 1999.

LIMA, Marcellus Palastri. **A prova penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

LOPES, Lorena Duarte Santos. Colisão de direitos fundamentais: visão do Supremo Tribunal Federal. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, v. 15, n. 98, mar./2012. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11242>. Acesso em: 04 nov. 2017.

LOPES, João Batista. **A prova no direito processual civil**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2012.

MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. **Hermenêutica e unidade axiológica da constituição**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

MALATESTA, Nicolás F. Del. **A lógica das provas em matéria criminal**. 6. ed. Campinas: Bookseller, 2005.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Processo de conhecimento**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2008.

MARTEL, Letícia Campos Velho. **Devido Processo Legal Substantivo: Razão abstrata, função e características de aplicabilidade à luz da linha decisória da Suprema Corte estadunidense**. 2001. 357f. Dissertação (Mestrado em Direito), Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC, Florianópolis, 2001.

MENDES, Gilmar. O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: novas leituras. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, v. 1, n. 5, p. 361-372, ago./2001. Disponível em: <https://pt.scribd.com/document/52999860/Gilmar-Mendes-O-principio-da-proporcionalidade-na-Jurisprudencia-do-STF>. Acesso em: 03 nov. 2017.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Curso de investigação criminal**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

MIRABETE, Júlio Fabrini. **Processo Penal**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

_____. **Processo Penal**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

_____. **Processo penal**. 20. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2008.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Provas no Processo Penal: o valor da confissão como meio de prova no processo penal**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 13. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

PESSOA, Leonardo Ribeiro. Os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade na jurisprudência tributária norte-americana e brasileira. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, v. 9, n. 522, dez./2004. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/5989>>. Acesso em: 3 nov. 2017.

PONTES, Helenilson Cunha. **O princípio da proporcionalidade e o direito tributário**. São Paulo: Dialética, 2000.

RABONEZE, Ricardo. **Provas obtidas por meios ilícitos**. São Paulo: Síntese, 2002.

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 11.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

ROSAS, Roberto. Devido processo legal: proporcionalidade e razoabilidade. **Revista dos Tribunais, São Paulo**, v. 783, p. 11-15, jan./2001. Disponível em: <http://www.ablj.org.br/revistas/revista18/revista18%20%20ROBERTO%20ROSAS%20%20Devido%20Processo%20Legal;%20Proporcionalidade%20e%20Razoabilidade.pdf>. Acesso em: 04 nov. 2017.

SANGALI, Luiz Carlos. **Interceptação telefônica e prova ilícita**. Porto Alegre: Fundação Escola Superior do Ministério Público, 2001.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Da Prova judiciária no cível e comercial**. 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 1970.

_____. **Primeiras Linhas de Direito Processual Civil: Adaptadas ao Novo Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 1985.

_____. **Primeiras Linhas de Direito Processual Civil**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SARMENTO, Daniel. **A ponderação de Interesses na Constituição Federal**. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

SCHÄFER, Jairo Gilberto. **Direitos fundamentais: proteção e restrições**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SILVA, César Dario Mariano da. **Provas ilícitas: princípio da proporcionalidade, interceptação e gravação telefônica, busca e apreensão, sigilo e segredo, confissão, Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) e Sigilo**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

_____. **Provas ilícitas e o princípio da proporcionalidade**. 2010. Disponível em: <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/provas-ilicitas-e-o-principio-da-proporcionalidade/6191>. Acesso em: 2 out. 2017.

SILVA, De Plácido. **Vocabulário jurídico**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

SILVA, Luis Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, n. 798, p. 23-50, 2002. Disponível em: <http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/viewFile/1495/1179>. Acesso em: 2 nov. 2017.

SILVA, Regina Beatriz Tavares da. **Grandes temas de direito de família e das sucessões**. São Paulo: Saraiva, 2014.

SOARES, Fábio Aguiar Munhoz. **Prova ilícita no processo**: de acordo com a nova reforma do Código de Processo pena. Curitiba: Juruá, 2009.

STEINMETZ, Wilson Antônio. **Colisão de Direitos Fundamentais e princípio da proporcionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

STRECK, Lênio Luiz. **Verdade e consenso**: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Habeas Corpus n. 96056**, de Pernambuco.

Relator: Min. Gilmar Mendes, data do julgamento: 28/06/2011. Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>). Acesso em: 07 nov. 2017.

_____. **Habeas Corpus n. 103325**, do Rio de Janeiro, relator: Min. Celso Bandeira de Mello, data do julgamento: 03/04/2012. Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>). Acesso em: 07 nov. 2017.

TÁCITO, Caio. A razoabilidade das leis. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 242, p. 43-49, out./dez. 2005. Disponível em:

<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/46749/46375>. Acesso em: 02 nov. 2017.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil 1**. Lei de Introdução e Parte Geral. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. 42. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

TÁVORA, Nestor. **Curso de Direito Processual Penal**. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2009.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. **Manual de processo penal**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. **Processo penal**. São Paulo: Saraiva. 2010.

_____. **Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. **Manual de processo penal**. São Paulo: Saraiva, 2012.