

# A PROVA ILÍCITA OBTIDA POR PARTICULAR E SUA UTILIZAÇÃO NO PROCESSO PENAL

## THE ILLICIT PROOF OBTAINED BY PRIVATE AND ITS USE IN THE CRIMINAL PROCESS

**Bianca Adélia Tudéia Bernardes<sup>1</sup>**

**RESUMO:** A utilização da prova ilícita constitui uma emblemática no sistema jurídico, sendo inúmeras as discussões da doutrina e da jurisprudência acerca da aplicabilidade e extensão dessa teoria. Analisa-se no presente artigo uma de suas vertentes: se a vedação do uso das provas ilícitas limita-se aos órgãos públicos incumbidos da persecução penal ou também aos particulares? Analisa-se essa sistemática a partir da jurisprudência do STF e princípio da razoabilidade e proporcionalidade, concluindo que a vedação das provas ilícitas por particulares apresenta-se como medida necessária por razões de segurança jurídica e como forma de garantia dos direitos fundamentais. A pesquisa bibliográfica-documental foi realizada pelo método descritivo.

Palavras-chave: prova ilícita, princípio da proporcionalidade e razoabilidade, particular, Processo Penal.

**ABSTRACT:** The use of the illicit proof constitutes an emblematic non-legal system, being numerous as discussed in the Dourine and in the jurisprudence about the applicability and extension of this theory. Analyze-if you do not present article one of its strands: is the ban on the use of illicit proof limited to the public bodies responsible for the criminal prosecution or also to private individuals? This systematic analysis is based on the jurisprudence of the STF and the principle of reasonableness and proportionality, concluding that the prohibition of illicit evidences by individuals is presented as a necessary measure for reasons of legal security and also as a form of guarantee two fundamental directives. A bibliographic-documentary research was carried out using the descriptive method.

Keywords: illicit proof, principle of proportionality and reasonableness, particular, criminal Procedure.

---

<sup>1</sup> Graduanda em Direito no 9º Período do Centro Universitário UNA – Unidade Betim. Turma: DIR4AN-BTB

## **1. INTRODUÇÃO**

O presente artigo tem como objeto a prova ilícita obtida por particular no processo penal e a sua utilização no processo penal. Busca-se discutir se a vedação desse tipo de prova é vedada somente aos órgãos persecutores da ação penal ou se ela se dirige também aos particulares.

Por certo que o ato de provar significa demonstrar a veracidade de uma afirmação. Trata-se de um instrumento hábil para promover o convencimento do magistrado, que buscará, por meio delas, apurar a verdade dos fatos ocorridos para então dar solução à lide. Contudo, nem todos os elementos probatórios que ingressam no processo são considerados como lícitos e/ou legítimos, pois não foram obtidos conforme as regras processuais vigentes.

Assim, esses elementos considerados ilícitos ou ilegítimos não poderão integrar o material a ser analisado pelo magistrado no curso da instrução penal no Brasil. Isso ocorre em virtude da vedação constitucional de utilização de provas obtidas por meios lícitos como forma de resguardar direitos individuais, mas, sobretudo, a qualidade do conteúdo probatório que será introduzido e valorado no processo. Diversas são as controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais que rodeiam a aplicação deste princípio, sendo uma de suas vertentes o objeto de nossa pesquisa.

Por meio da pesquisa bibliográfica-documental delimitou-se o objeto da pesquisa mediante o emprego do método descritivo, partindo-se de uma visão ampla das provas ilícitas em direção a um exame pormenorizado das provas ilícitas obtidas por particular no âmbito do processo penal.

## **2. A PROVA ILÍCITA OBTIDA POR PARTICULAR E SUA UTILIZAÇÃO NO PROCESSO PENAL**

As regras de exclusão relativas ao agente que obtém a prova ilícita a ser utilizada no processo penal não apresenta uma relação objetiva e pacífica na doutrina. Essa emblemática acerca de quem recai a proibição da prova, se seria aos órgãos públicos incumbidos da persecução penal ou também aos particulares, promoveu o surgimento de duas correntes.

A primeira corrente afirma que a vedação das provas ilícitas se destina tanto aos órgãos incumbidos da persecução penal, especialmente os órgãos policiais, remetendo-se a aplicação do princípio mencionado somente quando o Estado, produtor da prova, a obter de forma ilícita. Já para a segunda corrente, essa vedação recai tanto sobre os órgãos incumbidos da persecução

quanto aos particulares, principalmente quando estes violarem direitos e garantias fundamentais da pessoa humana.

A doutrina e a jurisprudência norte-americanas são adeptas da primeira corrente. Assim prevalece o entendimento de que tal vedação somente se dirige à dissuasão das más condutas realizadas pelos órgãos policiais. (HAIRABEDIÁN *apud* SILVA, 2009; ANDRADE, 1992). As exclusões probatórias sustentadas no direito judicial estadunidense, constitui uma valoração da prova ilícita quando não foi obtida por policiais. Desta forma deixou-se fora do âmbito das proibições probatórias os atos dos funcionários judiciais e dos particulares. (HAIRABEDIÁN *apud* SILVA, 2009).

Andrade (1992), salienta que:

[,..] as coisas são, a este propósito, ou seja, da utilização da prova ilicitamente obtida por particular, relativamente óbvias e lineares para o direito americano, onde, por princípio, não subsistem obstáculos à valoração processual destes meios de prova. Isto em nome das *exclusionary rules* como normas de estrutura processual, primacialmente dirigidas a disciplinar a ação da polícia, seu destinatário normal. (ANDRADE, 1992, p. 153)

O direito judicial norte-americano fundamenta que a expressão de evidências mal obtidas tem por escopo desestimular a polícia de obtê-las ilegitimamente, excluindo outros funcionários do sistema penal. Essa posição doutrinária tem sido reiteradamente exposta pela jurisprudência norte-americana, registrando números precedentes que sepronunciar-se pela não exclusão de provas ilegais quando obtidas por indivíduos:

Note-se que o fundamento da regra de exclusão baseia-se na proteção dos direitos do indivíduo em face de comportamentos inadequados dos policiais, valendo a invalidação das provas colhidas irregularmente como uma denegação de seu trabalho, de forma a dissuadi-lo de valer-se dessas provas. Logo, busca-se a prevenção de futuras violações das leis na atividade probatória, pois, se o agente estatal violar direitos fundamentais intencionalmente para conseguir a prova, a consequência de seu ato será a invalidação da mesma.

No direito brasileiro, esse elemento probatório não deverá nem ingressar no processo face a vedação de utilização das provas ilícitas previstas no texto constitucional. E caso isso venha a ocorrer, a prova deverá ser desentranhada consoante a dialética do art. 157 do CPP. (BRASIL, 2020).

Ressalte-se que a adesão à base preventiva ou dissuasiva, segundo a qual o teste deve se tornar ineficaz ilícitos e seus derivados ante à necessidade de se evitar a obtenção de provas ilícita, seria aplicável para os dependentes do Estado tanto das forças de segurança ou órgãos

judiciais como para o indivíduos. Isso porque, com as motivações avaliativas, pode haver uma diferença de grau, porque aqueles encarregados de investigar podem ter maior probabilidade de violar a legalidade ou porque é mais grave que cometam crimes ou irregularidades na coleta oficial de provas criminais. (HAIRABEDIÁN *apud* SILVA, 2009).

Nesse raciocínio Oliveira (2014) sustenta que a norma da inadmissibilidade das provas obtidas ilicitamente no processo penal destina-se principalmente ao Estado e não unicamente a ele. Isso ocorre devido ao fato de a vedação das provas ilícitas atuarem no controle da regularidade da atividade estatal persecutória e se a prova foi obtida por particular sem a participação do Estado, então nesse caso, seria admissível a aplicação do princípio da proporcionalidade já que o principal fator de inibição e intimidação de práticas probatórias ilegais seria por parte de quem produz as normas, ou seja, o Estado.

Ademais, não se poderia sustentar no contexto atual que os particulares estariam sendo incentivados “[...] a buscar a prova, a qualquer custo, para com ela obterem a condenação de seu agressor. Se e quando isso ocorrer, semelhante realidade também haverá de integrar os conjuntos probatórios que devem ser considerados em quaisquer juízos de proporcionalidade.” (OLIVEIRA, 2014, p. 378).

No direito estadunidense isso somente não ocorrerá dessa forma nos casos em que os particulares atuam no interesse e às ordens das instâncias formais. Isso porque “[...] quando tal se dá, nomeadamente quando os particulares agem assumida e conscientemente às ordens e sob direção da polícia, os meios de prova por ele logrados estarão tendencialmente sujeitos ao mesmo regime das provas produzidas pela polícia.” (ANDRADE, 1992, p. 154).

Já no direito germânico, as provas ilícitas obtidas por particulares são aceitas sem nenhum tipo de limite, podendo as provas serem obtidas tanto por órgãos estatais como por particulares, excetuando-se os casos de grave violação aos direitos humanos. Agora, os casos em que a polícia utiliza dos serviços de particulares para buscar provas são totalmente rechaçáveis. (ROXIN *apud* SILVA, 2009).

Entretanto a doutrina e a jurisprudência alemã apresentam uma convergência em torno da tese da possibilidade da subsunção dos meios de prova produzidos por particulares à figura e ao regime geral das proibições de prova:

Em se tratando deste tipo de meios probatórios, o facto de terem sido produzidos e trazidos por particulares não constitui no direito germânico motivo bastante de tratamento processual de favor. Isso a partir da consideração de que a lei sempre arma as instâncias formais de perseguição criminal dos poderes (limitado) de intromissão e devassa, que denega, de todo em todo, aos particulares. (ANDRADE, 1992, p. 156-157).

Ressalte-se que a jurisprudência alemã constitucional e ordinária e também parte da jurisprudência tendem a relativizar essa concepção a partir de uma ponderação de interesses entre a danosidade social e a questão da repressão penal. Nos demais casos, vale dizer, naqueles em que não haja violação da privacidade e do segredo, há possibilidades de obtenção de provas ilícitas por particulares:

Nessa perspectiva, no direito estadunidense, as provas obtidas por particulares serão utilizadas no processo, sendo rechaçadas nos casos em que os policiais utilizarem de particulares para obter tais evidências. Já no direito alemão, as provas obtidas por particulares poderão ser usadas desde que não violem a esfera da vida privada ou do segredo, ressalvado o entendimento jurisprudencial flexível neste caso e desde que os particulares não atuem sob o interesse e orientação dos órgãos da persecução penal.

A segunda corrente adverte que não são admissíveis as provas obtidas por particulares. Na concepção dos defensores desse pensamento, as exclusões devem abarcar qualquer pessoa, pois é inquestionável que os particulares e não somente a polícia podem obter provas violando direitos fundamentais. Assim, nesse entendimento, a valoração das provas obtidas ilegalmente deverá ser rechaçada tanto pelo texto constitucional como pelo legal, não obstante a atuação tenha ocorrida por ações de um particular.

Na aceção dessa corrente, as exclusões devem abarcar qualquer pessoa, pois é indubitável tanto os particulares e não somente a polícia, como entende a jurisprudência norte-americana, podem obter evidência probatórias violando direitos fundamentais. Assim, a prova deverá ser inadmissível se houver lesão direta ou indireta a um direito infringido, devendo serem examinados desde os aspectos axiológicos ou a partir dos parâmetros de prevenção ou dissuasão, de modo que não há racionalidade e coerência na possibilidade de utilização de evidências ilícitas obtidas por particulares. (HAIRABEDIÁN *apud* SILVA, 2009).

Assim, a valoração das provas que sejam obtidas em consequência de ingerências desproporcionadas tende a ser considerada inadmissíveis tanto por uma análise constitucional tanto pela legal, não importando se a violação tenha advindo por ato do particular ou do Estado. Desse modo, para os adeptos da segunda corrente, a prova deverá ser inadmissível também naqueles casos em que a evidência foi obtida direta ou indiretamente com a lesão de um direito infringido.

Salienta Hairabedián, citado por Silva (2009), que qualquer dos argumentos desenvolvidos para justificar as proibições probatórias se contrapõem às evidências obtidas ilicitamente por particulares. Valendo-se da concepção axiológica, o autor afirma que não há

dúvidas que uma ação imoral ou contrária à ética significa tanto que se a leva a cabo o Estado por meio de seus agentes durante a investigação ou se a comete uma pessoa alheia às agências penais. (HAIRABEDIÁN *apud* SILVA, 2009)

Nessa argumentação preventiva ou dissuasório, sustentam os adeptos dessa corrente que as restrições à prova ilícita se dirigem tanto aos agentes estatais como aos particulares porque uma afirmação contrária poderia levar a uma falsa premissa de que somente os membros responsáveis pela persecução penal são passíveis de incorrer em ilegalidade, ficando aquém dessa afirmação os particulares.

Por certo que pode haver uma diferença de grau entre agentes estatais e particulares considerando que aqueles que têm a tarefa de investigar podem ser mais suscetíveis a transbordar a legalidade pautando-se numa conduta mais grave que esses agentes cometam delitos ou irregularidades no recolhimento oficial da prova. Contudo, é ainda mais grave que eles procedam o recolhimento de forma irregular, valendo-se de meios ilícitos em virtude do cargo que ocupam.

A atuação preventiva ou dissuasiva acaba por tornar ineficaz ilícitos e seus derivados devido à necessidade de evitar a obtenção de provas fora da lei, já que podem ferir direitos à intimidade, não devendo elas serem valoradas, justamente por constituírem um convite para que os agentes estatais responsáveis pela persecução penal utilizem particulares ou órgãos não governamentais para aquisição de provas mediante meios ilícitos.

Observe-se que a inadmissibilidade processual da prova ilícita acaba por tornar-se absoluta uma vez que se trata de violação a uma norma constitucional, em prejuízo das partes ou de terceiros. Não cabe indagar a razão ou o autor da infração em que se obteve elementos ilícitos, porque, em ambas as situações, a prova terá sido obtida com infringência aos princípios constitucionais que garantem os direitos da personalidade.

Portanto, a premissa que estabelece a inadmissibilidade das provas ilícitas advém de um mecanismo garantidor dos direitos fundamentais, valendo a regra vedatória tanto aos órgãos incumbidos da persecução penal como os particulares. Isso porque as formas utilizadas por setores privados para adquirirem provas pautadas em lesões a direitos fundamentais induzem a não valoração delas em virtude do fato de que tratar-se-ia de um convite para que os agentes estatais induzissem particulares a obterem provas por meios ilícitos:

### **3. A INVIABILIDADE DE UTILIZAÇÃO DA PROVA ILICITAMENTE OBTIDA POR PARTICULAR A PARTIR DO CRITÉRIO DA PROPORCIONALIDADE**

Instrumento de contenção do arbítrio estatal, a proporcionalidade tem suas origens no exercício do poder de polícia no âmbito do Direito Administrativo germânico no século XIX. Após o fim da Segunda Guerra Mundial, esse princípio passou a ser analisado na esfera constitucional como mecanismo de controle de constitucionalidade dos atos legislativos. (BONAVIDES, 2016).

A concepção de proporcionalidade das leis restritivas surgiu por meio do desenvolvimento da jurisprudência alemã. Esse princípio não encontra previsão expressa no texto constitucional vigente. O Supremo Tribunal Federal trata a proporcionalidade como sinônimo do princípio da razoabilidade do direito americano, tanto que a fundamentação dada ao princípio pelo STF advém da cláusula do devido processo legal, na sua dimensão substantiva, artigo 5º XXXIV, da Constituição (CR/88).

Muito embora haja dissensos a respeito da proporcionalidade e não haja a sua positivação expressa no texto constitucional, a questão é que o princípio possui embasamento indireto em diversos preceitos constitucionais e no próprio sistema constitucional do país. Como reflexo disso, sua aplicabilidade no ordenamento jurídico é uma constante. Assim, a proporcionalidade constituiu um elemento de análise do Supremo Tribunal Federal quando da análise do Recurso Extraordinário de n.º 251.445-GO, proferido pelo STF em 21 de junho de 2000, situação exclusiva em que a jurisprudência da Corte Suprema ponderou sobre a prova ilicitamente obtida por particular.

O enredo dessa situação fática advém do fato de dois menores adentrarem em um consultório odontológico de onde subtraíram diversas fotografias cujo conteúdo indicava prova material do crime disposto no art. 241 da lei n.º. 8.069/90. Os menores, atentos a essa questão, realizaram ameaças e exigiram contraprestação financeira para devolução dos materiais, sob pena de entregar tais documentos à mídia ou à polícia.

Entretanto, as pessoas que figuravam nas fotografias não cederam à chantagem e, conseqüentemente, os menores entregaram o material à polícia, a qual, em posse dos documentos, iniciou a investigação criminal e realizou uma perícia no local do delito sem observância dos preceitos legais.

Não obstante, o Ministério Público ingressou com a ação penal utilizando como prova esse material obtido ilicitamente por particular. Julgado nas instâncias inferiores, o caso foi parar no Supremo Tribunal Federal por violação às normas constitucionais. O acervo probatório foi totalmente baseado nas provas ilícitas trazidas pelo menor, não tendo, em nenhum momento, os órgãos persecutores da ação penal buscado outros meios lícitos para evidências legais.

Celso de Mello, relator do processo, afirma que a “[...] apreensão, pela Polícia, no curso de investigação penal, somente ocorreu, porque entregue pelo menor adolescente que o havia furtado do consultório profissional de um dos recorridos.” (BRASIL, 2000). Em nenhum momento, a polícia ou o MP fizeram pedidos de busca e apreensão ou buscaram outras evidências que dariam suporte à denúncia feita.

Mello afirma ainda que a cláusula constitucional do devido processo legal possui alicerce no dogma da inadmissibilidade das provas ilícitas, uma de suas projeções concretizadoras mais significativa em virtude do direito do réu em ter sua condenação em elementos probatórios cujos limites ético-jurídicos que restringem a atuação do Estado tenham sido observados. (BRASIL, 2000).

Sob essa perspectiva constitucional, ninguém pode ser denunciado, processado ou condenado com fundamento em provas ilícitas. Ora, o Estado, enquanto órgão responsável pela ação penal deve buscar todos os meios possíveis para comprovar o crime eventualmente praticado de forma lícita e legítima. Não podendo o Estado combater um crime tendo por base outro crime a partir de evidências ilícitas, as quais devem ser repudiadas ainda que a situação fática exigisse uma reparação dado o fato se tratar de abuso infantil.

Assim, no contexto do regime constitucional brasileiro em que prevalece a inadmissibilidade processual das provas ilícitas, o relator acabou por repelir, por serem juridicamente ineficazes, quaisquer elementos de informação que foram trazidos aos autos, pois as evidências probatórias advieram de uma transgressão às normas brasileiras. Isso deve ser rechaçado ainda que se trate de hipótese configuradora de ilicitude por derivação ou se a prova adveio por conduta ilícita do particular, pois:

[...] se a prova penal incriminadora resultar de ato ilícito praticado por particular, como no caso em exame, e a *res furtiva*, por efeito de investigação criminal promovida por agentes policiais, for por estes apreendida, também aqui - mesmo não sendo imputável ao Poder Público o gesto de desrespeito ao ordenamento jurídico, posto que concretizado por um menor infrator - remanescerá caracterizada a situação configuradora de ilicitude da prova. (BRASIL, 2000, Celso de Mello)

A premissa a proporcionalidade/razoabilidade foi invocada como mecanismo para salvaguardar a denúncia, mediante um sopesamento de valores dos bens envolvidos. De um lado, crimes que envolvem pornografia infantil e, de outro, a admissão de provas por meio ilícito. Por óbvio, que é sugestivo a utilização dessa máxima como forma de proteger aquelas crianças que foram vítimas de atitudes criminosas de terceiros. Entretanto, ela não se demonstra aceitável, pois os critérios subjetivos podem introduzir interpretações complexas que podem resultar em violações aos direitos fundamentais da pessoa humana

A situação em análise apresenta justamente a ideia de proporcionalidade, pois induz uma relação entre coisas ou valores pautando-os sob a perspectiva do equilíbrio ou harmonia entre duas ou mais grandezas. De um lado, um crime envolvendo pornografia infantil, em que o bem a ser protegido são crianças, e de outro tem-se a infringência a norma constitucional. Trata-se de uma situação extrema que exigiria, em tese, uma proporcionalidade como forma para impor limite à lei constitucional enquanto instrumento de hermenêutica constitucional e de controle dos atos positivos e omissivos dos agentes estatais no intuito de se evitar uma intervenção desarrazoada ou desproporcional.

Imbuído desse raciocínio, Oliveira (2014) sustenta que, no caso em exame, deveria ter sido aplicada a máxima da proporcionalidade:

O critério da proporcionalidade reclama sua aplicação exatamente onde haja tensão entre princípios constitucionais da mesma grandeza. Não se pode perder de vista que o Direito Penal, com todas as suas fragilidades, sobretudo no que respeita às funções da sanção privativa da liberdade, tem como escopo não uma reeducação ou ressocialização do agente, ainda que essas constituam também alguns dos objetivos da execução da pena; O Direito Penal pretende cumprir uma missão inerente a todo o Direito, qual seja, a de proteção de direitos fundamentais, cuja intervenção dos demais ramos do Direito não tenha se revelado suficiente (essa, enfim, a justificativa da intervenção penal mínima). Nesse quadro, o exame de cabimento do juízo de proporcionalidade deve passar também não só pela identificação de uma tensão ou conflito entre princípios constitucionais relativos à efetiva proteção de direitos fundamentais (do réu e da vítima), mas pela elaboração de critérios objetivo, tanto quanto possíveis, em que a escolha por um dos princípios possa não implicar o sacrifício integral do outro. (OLIVEIRA, 2014, p.377-378).

Em exame dos fundamentos do voto do Ministro Celso de Mello, Oliveira (2017) argumenta criticamente que a proporcionalidade seria um elemento basilador diante dos conflitos antagônicos expostos no caso concreto em análise, perdendo o STF uma grande oportunidade de realizar esse sopesamento a partir dos valores intrínsecos inerentes ao caso:

Trata-se de decisão da Suprema Corte, no julgamento do RE nº 251.445/GO (DJU 3.8.2000), Relator o eminente Min. Celso de Mello, que afirmou a ilicitude e a inadmissibilidade da prova, em razão de ter sido obtida com violação do domicílio do suposto autor. O fato envolvia crimes de natureza sexual contra menores (registro e manutenção de fotografias pornográficas). **Acreditamos que a Suprema Corte perdeu uma grande oportunidade de aplicação do critério da proporcionalidade. É que a aplicação da norma da vedação das provas ilícitas naquele caso não cumpriu qualquer um de seus propósitos finalísticos dimensão ética, é servir como fator inibitório e intimidatório de práticas ilegais por parte dos órgãos responsáveis pela produção da prova, constata-se que, em nenhum momento, tal missão foi cumprida.** Ou, mais ainda, que, em nenhum momento, colocou-se em risco o incremento das atividades policiais abusivas. E assim nos parece porque quem produziu a prova não foi o Estado, e, sim, um particular, que, à evidência, não se dedica a essa função (a de produtor de provas para o processo penal). Pior: um dos autores da subtração da prova era uma das vítimas. Constata-se, com efeito, que o Estado não agiu com qualquer abuso de poder, ou com incentivo à ação abusiva por

parte do menor, ao receber a prova de um fato praticado com violação ao direito. (OLIVEIRA, 2017, p. 198-199, grifos nossos).

Essa argumentação do autor advém do fato dele ser adepto da primeira corrente acerca das provas ilícitas obtidas por particular, em que se considera que a admissibilidade das provas obtidas ilicitamente constitui uma regra de exclusão dirigida exclusivamente aos agentes estatais responsáveis pela persecução penal.

Por certo que argumentação do autor se demonstra totalmente coerente, proporcional e razoável diante dos bens a serem sopesados: pornografia infantil e inadmissibilidade de provas ilícitas. Ponderar entre a proteção das crianças e adolescentes e a repressão a conduta daqueles que abusam de seres indefesos e atentar-se aos preceitos fundamentais não constitui uma tarefa hermenêutica simples.

Ao revés, o caso é complexo demais, mas a emblemática é que se os critérios hermenêuticos limitassem a essa questão de forma objetiva, a teoria da proporcionalidade poderia ser aplicada. Entretanto, os critérios são subjetivos, o que pode implicar em decisões desarrazoadas e até mesmo irracional cuja fundamentação advém tão somente de uma base principiológica, sem uma fundamentação legal.

Eis aí a emblemática: essa situação seria uma hipótese excepcional. Contudo, a análise jurídica, sobretudo a do STF, não pode deixar de pensar nos antecedentes do país, no qual as exceções viram regra desde sua criação. Assim, a inconsistência da trajetória a respeito dos direitos individuais e diante da ausência de um sentimento constitucional consolidado, não se vislumbra como oportuno, sequer de *lege ferenda*, enveredar por flexibilizações arriscadas. (BARCELLOS; BARROSO, 1998), ainda mais quando elas dizem respeito à segurança jurídica.

Esse fator, aliado ao fato do contexto jurisprudencial brasileiro no tocante aos direitos e garantias individuais apresentar inúmeros posicionamentos acerca de determinado assunto, não havendo uniformização de entendimentos, acaba por inviabilizar a adoção da teoria da proporcionalidade, ainda que o caso o reclame. Pautando-se nessa lógica, Mello alega que:

[...] o princípio da proporcionalidade 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 indiscriminadamente, ainda mais quando se acharem expostos, a clara situação de risco, direitos fundamentais assegurados pela Constituição, como ocorre na espécie ora em exame. (BRASIL, 2000).

Ademais, há que se vislumbrar que os fundamentos para a adoção da teoria da proporcionalidade/razoabilidade assentam-se em critérios axiológicos, o que acarreta um risco emblemático por tratar princípios como valores. Essa ponderação subjetiva pode resultar em um sopesamento não necessariamente sob a ótica jurídica, mas sim sob análise valorativa, com tendências éticas controversas.

Portanto, a aplicação da teoria da proporcionalidade no caso das provas ilícitas obtidas por particular não se demonstra razoável em virtude do conteúdo valorativo, fluído e subjetivo que ela implica, o que pode resultar em graves infrações aos direitos e garantias fundamentais, sobretudo o direito à intimidade e a segurança jurídica.

#### **4. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O direito à prova constitui uma garantia constitucional, contudo ele não é absoluto, ele apresenta restrições como forma de proteger outros direitos fundamentais. Essa limitação advém da necessária convivência das liberdades, não se permitindo que um direito individual se sobreponha aos interesses da sociedade e às liberdades alheias. Como reflexo disso, as partes devem apresentar elementos probatórios adquiridos de forma lícita e legítima, daí a vedação da utilização das provas ilícitas no texto constitucional (art. 5º, inciso LVI, da CF) e da ordem material de desentranhamento de seu caso tenha sido admitida ao processo (art. 157 do CP)

Sob essa perspectiva, somente será admissível no processo aquelas evidências probatórias que advenham de fontes lícitas e legítimas, as quais não devem contraditar princípios e garantias constitucionais e, obviamente, os infraconstitucionais também. Essa licitude da prova será analisada no momento da sua captação, mais precisamente no instante em que esta for inserida no processo através dos meios de prova.

Embora haja divergência doutrinária acerca de quem se dirige às regras de exclusão, se somente aos órgãos públicos incumbidos da persecução penal e/ou também aos particulares, o certo é que não importa quem tenha obtido a prova, se particulares ou os agentes estatais, ambos violarão direitos fundamentais da pessoa humana na obtenção dos elementos probatórios ilícitos e ilegítimos de prova.

Essas regras de exclusão não podem ser relativizadas pela teoria da proporcionalidade em razão do conteúdo fluído e subjetivo que ela apresenta, não se aplicando critérios objetivos que podem resultar em decisões desarrazoadas e desproporcionais cuja fundamentação terá como base somente princípios e nenhum fundamento legal. Esse fator aliado à ausência de

consolidação da jurisprudência a respeito da proteção dos direitos individuais poderia levar a um processo de insegurança jurídica caso a teoria da proporcionalidade fosse aplicada.

Nessa perspectiva, baseado nos estudos realizados para a construção do presente artigo, tem-se que o objetivo outrora proposto de verificar se a vedação de utilização das provas ilícitas dirige-se tanto ao particular quanto aos órgãos públicos imbuídos da persecução penal foi atingido. Isso porque, solucionando esse problema, analisou-se que, por razões de segurança jurídica, não se poderão os operadores do Direito valer-se de uma teoria que não apresenta contornos objetivos e conseqüentemente promove decisões vagas, imprecisas e perigosas, o que acaba por inviabilizar sua aplicação, tanto que o STF o fez como forma de garantir a segurança jurídica e garantia dos direitos fundamentais.

## REFERÊNCIAS

ANDRADE, Manuel da Costa. **Sobre as proibições da prova em processo penal**. Coimbra: Coimbra, 1992. p. 146-159.

AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas ilícitas: interceptação telefônica e gravações clandestinas**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p.24-96.

BARCELLOS, Ana Paula de.; BARROSO, Luis Roberto. A viagem redonda: habeas data, direitos constitucionais e as provas ilícitas. **Revista de Direito Administrativo**, 213, 1998, p. 149-163.

BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 31 ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

BRASIL. **Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal**. Brasília, 2018. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm). Acesso em: 20 nov. 2020.

BRASIL. **Decreto-lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal**. Brasília, 2020. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848compilado.htm). Acesso em: 20 nov. 2020.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 2019. 168p.

BRASIL. **Lei Ordinária n.º 8.069**, de 13 de julho de 1990. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm). Acesso em 20 nov. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 251.445-GO**. Relator: Ministro Celso de Mello. Primeira Turma. Informativo STF, n.º 75. DJE 03/08/2000. Brasil 2000. Disponível em: <http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>. Acesso em 20 nov. 2020.

FERNANDES, Antônio Scarance. *Processo penal constitucional*. 3. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. 396 p.

GOMES, Luiz Flávio. Prova ilícita: direito à exclusão dos autos do processo (exclusionary rule). Publicado na RT 80 9/474. Disponível em: [https://deusgarcia.files.wordpress.com/2019/02/lfg\\_prova-ilic81cita-regra-de-exclusacc83o.pdf](https://deusgarcia.files.wordpress.com/2019/02/lfg_prova-ilic81cita-regra-de-exclusacc83o.pdf). Acesso em: 20 nov. 2020.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antônio Scarance; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **As nulidades no Processo Penal**. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, 299p.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de Oliveira; FISCHER, Douglas. *Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p.312/337.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 9. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2017.

SILVA, Bruno César Gonçalves da Silva. *Da prova ilicitamente obtida por particular no processo penal*. 1. ed. São Paulo. Servanda, 2009.