

**Alisson Silva Martins**

**A Vedação de Utilização de  
Provas Ilícitas no processo e  
a inaplicabilidade do  
princípio da  
proporcionalidade**

**DISSERTAÇÃO DE MESTRADO**

**DEPARTAMENTO DE DIREITO**  
Programa de Pós-graduação de Direito

Rio de Janeiro  
Novembro de 2010



**Alisson Silva Martins**

**A vedação de utilização de provas ilícitas  
no processo e a inaplicabilidade do  
princípio da proporcionalidade**

**Dissertação de Mestrado**

Dissertação apresentada ao programa de Pós-graduação em Direito da PUC-Rio como requisito parcial para obtenção do Título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. João Ricardo W. Dornelles

Rio de Janeiro  
Novembro de 2010



**Alisson Silva Martins**

**A vedação de utilização de provas ilícitas  
no processo e a inaplicabilidade do  
princípio da proporcionalidade**

Dissertação apresentada como requisito parcial para  
obtenção do grau de Mestre pelo Programa de Pós-  
graduação em Direito da da PUC-Rio. Aprovada pela  
Comissão Examinadora abaixo assinada.

**Prof. João Ricardo W. Dornelles**

Orientador

Departamento de Direito – PUC-Rio

**Prof. Francisco de Guimaraens**

Departamento de Direito – PUC-Rio

**Prof. José Ribas Vieira**

Departamento de Direito – PUC-Rio

**Prof<sup>a</sup>. Mônica Herz**

Vice-Decana de Pós-Graduação do Centro de  
Ciências Sociais – PUC-Rio

Rio de Janeiro, 23 de novembro de 2010

Todos os direitos reservados. É proibida reprodução total ou parcial do trabalho sem a autorização da Universidade, do autor e do orientador.

## **Alisson Silva Martins**

Graduou-se em direito na FENORD (Fundação Educacional do Nordeste Mineiro) em 2004. Coursou Pós-graduação em Direito Público na FADIVALE (Faculdade Direito do Vale do Rio Doce). Professor acadêmico no curso de Direito, das disciplinas Direito Constitucional, Teoria Geral do Processo e Direito Civil I.

### Ficha Catalográfica

Martins, Alisson Silva

A vedação de utilização de provas ilícitas no processo e a inaplicabilidade do princípio da proporcionalidade/ Alisson Silva Martins; orientador: João Ricardo W. Dornelles. – Rio de Janeiro: PUC., Departamento de Direito, 2010.

166fl; 29,7cm

1. Dissertação (mestrado) - Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Departamento de Direito.

Incluiu referencias bibliográficas.

1. Direito – teses. 2. Direitos Fundamentais. 3. Provas ilícitas. 4. Princípio da proporcionalidade inaplicável. I. Dornelles, João Ricardo W. II. Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Departamento de Direito. III. Título.

CDD: 340

A minha família pelo apoio incondicional.

## Agradecimentos

Ao meu orientador Prof. João Ricardo W. Dornelles pela atenção dispensada e a parceria na elaboração do trabalho. Mesmo de longe se fez presente. Perdi na memória a quantidade de e-mails trocados. Nada, absolutamente nada, ficou sem resposta.

Ao Prof. Fernando Leal pelas valiosas lições acerca da Teoria dos Princípios de Robert Alexy. Em que pese não existir nenhuma obrigação formal com a elaboração desse trabalho e mesmo sem nos conhecermos pessoalmente, colocou-se inteiramente aberto ao diálogo. Prof. Fernando não tenho palavras para lhe agradecer.

A Dra. Alda da Silva Barreiros que mesmo com tantos afazeres fez a leitura atenta, crítica e sugeriu as modificações que julgou necessárias.

Aos meus primeiros leitores (minhas vítimas) Sâmia, Lucas, Paula, Anderson e Léia que gentilmente se dispuseram a ler o texto, mesmo sem formação específica em Direito. Sei que foi a forma gentil de dizer que apoiavam esse projeto pessoal.

A Faculdade de Direito de Teófilo Otoni e as Faculdades Doctum de Teófilo Otoni, porque sem o auxílio dessas instituições seria inviável conciliar o curso de Mestrado com minhas atividades profissionais. À primeira, por ter subsidiado parte das despesas com estadia e passagens.

A meu pai, o Sr. Gilson, que durante o curso foi o “meu motorista”. Sempre que necessitei, não hesitou em viajar comigo de Teófilo Otoni até o Rio, Juiz de Fora ou a qualquer outro lugar.

A minha mãe, a Sra. Maria de Fátima, pelas firmes lições de vida. Mãe foi você que me ensinou – e demonstrou - que certos sacrifícios pessoais são indispensáveis para a construção de benefícios coletivos. Acredito que essa é a idéia de fundo da dissertação, razão pela qual seus ensinamentos estiveram presentes da primeira até a última linha.

A todos os meus alunos e amigos.

## Resumo

Martins, Alisson Silva. Dornelles, João Ricardo W. **A vedação de utilização de provas ilícitas no processo e a inaplicabilidade do princípio da proporcionalidade.** Rio de Janeiro, 2010. 166p. Dissertação de Mestrado – Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.

A Constituição da República de 1988 vedou expressamente a possibilidade de utilização de provas ilícitas no processo (art. 5º, LVI). Trata-se de direito fundamental positivado com estrutura de regra que não poderá ser flexibilizado pela incidência do princípio da proporcionalidade. O objetivo da dissertação é demonstrar que a aplicação do princípio da proporcionalidade, em matéria de vedação de utilização de provas ilícitas, destrói a força normativa da Constituição, convertendo a garantia fundamental em promessa vazia e inoperante. O trabalho também tem como meta demonstrar que a realização da justiça penal depende da verificação da ocorrência dos fatos que servem de suporte fático do preceito penal incriminador, mas essa atividade de verificação é sempre limitada, com vista à preservação de outros valores constitucionalmente tutelados. Trata-se de pesquisa bibliográfica que indica as várias vertentes sobre o tema, que resulta na conclusão de que o princípio da proporcionalidade é inaplicável em matéria de provas ilícitas.

## Palavras-chave

Direito Constitucional; direitos fundamentais; provas ilícitas; princípio da proporcionalidade; inaplicabilidade.

## Abstract

Martins, Alisson Silva; Dornelles, João Ricardo W. (Advisor) **The Prohibition Of Illegal Evidences In The Process And The Inapplicability Of The Principle Of Proportionality.** Rio de Janeiro, 2010. 166p. MSc. Dissertation – Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.

The Republic Constitution of 1988 expressly forbade the possible use of illegal evidences in all proceedings (art. 5, LVI). This is a fundamental right – which has been positivised through a rule of structure - which cannot be loosened by the impact of the principle of proportionality. The goal of this dissertation is to demonstrate that the principle of proportionality, on the fence of use of illegal evidences, overthrows the normative power of the Constitution, it converts the fundamental guarantee into an empty promise and unable to be fulfilled. The work also aims to demonstrate that the implementation of criminal justice depends on the inspection of the occurrence of facts which really support and make possible to apply the penal incriminating precept, but such verification activity is usually restricted in order to spare other values which are also protected by the constitution. This is a literature research which aims to show the main strands the above theme, which brings as a conclusion that the principle of proportionality is inapplicable when illegal evidences are found in any proceedings.

## Keywords

Constitutional law; fundamental rights; illegal evidences; principle of proportionality; inapplicability

## Sumário

1. Introdução	11
2. As garantias processuais e a necessidade de adequação do processo às balizas constitucionais: o modelo constitucional do processo	15
2.1. O Estado Democrático de Direito e o modelo processual constitucional	15
2.2. A instrumentalidade do processo penal: o processo como instrumento de proteção aos direitos fundamentais	22
2.3. O regime constitucional das provas penais	28
2.3.1. Noções gerais	28
2.3.2. O sistema acusatório	30
2.4. A finalidade da prova no modelo constitucional de processo	36
2.4.1. A função persuasiva. abandonando o mito da busca da verdade	36
2.4.2. A função registral da prova	46
3. Da vedação de utilização de provas obtidas por meios ilícitos: uma garantia fundamental	54
3.1. A Constituição de 1988 e a vedação de utilização de provas ilícitas	54
3.2. Questões conceituais: provas ilícitas, ilícitas em sentido estrito e ilegítimas	58
3.3. Fundamentos	65
3.4. A vedação de utilização de provas ilícitas no direito comparado	70
3.5. A vedação de utilização de provas ilícitas: um princípio?	73
3.5.1. Noções	73
3.5.2. Enunciado normativo e a norma de direito fundamental	74
3.5.3. Normas jurídicas: regras e princípios	77

3.5.4. A distinção entre regras e princípios	79
3.5.4.1. Uma observação preliminar	79
3.5.4.2. A distinção forte de regras e princípios de Ronald Dworkin	82
3.5.4.3. A distinção forte de regras e princípios de Robert Alexy	83
3.5.4.4. Síntese conclusiva acerca da demarcação forte entre regras e princípios	98
3.5.5. A resposta a pergunta inicial	100
3.6. Da prova ilícita por derivação ( <i>fruits of poisonous tree theory</i> )	103
3.7. Teoria das fontes independentes ( <i>independent source</i> )	108
3.8. Teoria da descoberta inevitável ( <i>inevitable discovery</i> )	112
3.9. Outras teorias	114
4. A vedação de utilização de provas ilícitas e o princípio da proporcionalidade	117
4.1. Noções gerais	118
4.2. O princípio da proporcionalidade	122
4.2.1. O princípio da adequação	124
4.2.2. O princípio da necessidade	126
4.2.3. O princípio da proporcionalidade em sentido estrito	131
4.3. A questão da prova ilícita <i>pro reo</i> : princípio da proporcionalidade?	135
4.3.1. Noções gerais	135
4.3.2. Da fundamentação	136
4.4. A questão da prova ilícita <i>pro societate</i>	142
4.4.1. Noções gerais	142
4.4.2. O argumento da relatividade dos direitos fundamentais e da justiça do caso concreto	144
4.4.3. O argumento da supremacia do interesse público social sobre o particular	148
4.4.4. Argumento da gravidade do crime	151
4.4.5. O argumento da igualdade	152
4.5.6. O argumento da excepcionalidade	154
4.5.7. O argumento da única prova possível	155

5. Conclusão	157
6. Referências bibliográficas	160