A ADMISSIBILIDADE DA PROVA ILÍCITA NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

Raphael Oliveira¹

Rafael Moncorvo²

RESUMO

O tema adotado na presente pesquisa se refere a admissibilidade das provas ilícitas no âmbito do processo penal. Para melhor elucidação do tema, fora apresentado o conceito de provas, fazendo a distinção entre as provas ilícitas e ilegítimas. A problemática que fora levantada, é sob o argumento de que nenhuma garantia constitucional é absoluta, assim, possibilitando que seja permitido o uso das provas ilícitas em favor do réu, e a favor da sociedade, a depender do caso concreto. Toda argumentação foi embasada no princípio da proporcionalidade, este que é responsável por fazer a ponderação dos direitos que estão em jogo.

Palavras-chave: Prova ilícita, princípio da proporcionalidade, pro reo, pro societate.

¹ Acadêmico(a) do nono período de Direito, pela Universidade de Rio Verde, Campus Caiapônia, GO.

² Orientador(a) Professor da Universidade de Rio Verde Campus Caiapônia.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho foi escrito diante da devida importância que se dá ao tema, objetivando apresentar um estudo acerca das provas, sobretudo as ilícitas, e a possível aceitação destas no processo penal.

No contexto do Processo Penal brasileiro, a busca pela reconstituição dos fatos como prova da verdade real e plena pode ser transmutada, revestindo-se de certa subjetividade e liquidez. Diante disso, as provas são consideradas como sustentáculo da verdade dos fatos.

Em seu artigo 5º, inciso LVI, a Constituição de 1988 veda a admissibilidade das provas ilícitas no processo. No entanto, isso não deve se tornar a motivação para que a verdade seja ignorada, resultando no sentimento de impunidade ou mesmo na condenação de um indivíduo inocente.

Partindo desse pressuposto, o problema dessa pesquisa se delinea a partir da seguinte pergunta: Quais as hipóteses em que se admite a utilização da prova ilícita no processo penal brasileiro?

Em análise à pergunta, levantaram-se as seguintes hipóteses: I) A inadmissibilidade da prova ilícita é a regra constitucional do Processo Penal. II) É possível que a garantia constitucional da inadmissibilidade das provas ilícitas no processo penal seja relativizada, através da ponderação de princípios; III) O princípio constitucional da inadmissibilidade das provas ilícitas não é absoluto, com isso, através da utilização do princípio da proporcionalidade é possível que a prova ilícita seja admitida.

Observando os aspectos mencionados é que a pesquisa aqui delineada se justifica, busca-se demonstrar que o princípio constitucional da inadmissibilidade não é absoluto, e que, é sim, possível a utilização da prova obtida de forma ilícita em casos excepcionais, através da utilização do princípio da proporcionalidade.

A título informativo, a presente pesquisa está dividida em partes, sendo que, a primeiro momento, será apresentado o conceito de prova, bem como, o conceito de prova ilícita, esclarecendo a diferença entre prova ilícita, prova ilegítima e a prova ilícita por derivação, pautada na teoria dos frutos da árvore envenenada. Em seguida, será

apresentado o princípio da proporcionalidade. Por último, far-se-á um estudo paralelo entre o princípio da proporcionalidade e a prova ilícita, analisando-se a aceitação da prova ilícita em favor do réu e da sociedade.

2 REVISÃO DE LITERATURA

2.1 CONCEITO DE PROVA

Historicamente, a prova se constituiu em fator dotado de maior importância, principalmente ao se considerar os momentos de transição sócio-política que caracteriza do Estado Absoluto para o Estado Democrático.

Analisando o conceito de prova, tem-se inicialmente sua contextualização etimológica. Na linguagem denotativa, o vocábulo prova advém do latim *probatio* e emerge da forma verbal *probare*. Por sua vez, representa o significado de examinar, persuadir, demonstrar. (HOLANDA, 2017).

Nesse aspecto, conforme preconiza Tourinho Filho (2015), a finalidade da prova reside em convencer o responsável pelo julgamento de que os fatos possuem veracidade. O autor supracitado reforça que esse aspecto determina o instrumento de verificação do *thema probandum*.

Cabe ao Direito Processual a regulação dos meios de prova. Isso significa administrar as formas, idôneas e adequadas, nas quais as provas devem se encontrar imersas, de modo que seja possível elencar os elementos capazes de comprovar o que se considera como verdade.

Sobre a verdade dos fatos e sua veracidade, Oliveira (2009) reforça que há, entre os doutrinadores, uma célebre discussão acerca do que seja a “verdade real”, tanto que o autor a classifica como sendo um mito ou mesmo um aspecto de caráter dogmático. Concordando com Oliveira, Carnelutti (2013) discorre que:

As provas servem, exatamente, para voltar atrás, ou seja, para fazer, ou melhor, para reconstruir a história. Como faz quem, tendo caminhado através dos campos, tem que percorrer em retrocesso o mesmo caminho? Segue os rastros de sua passagem. Vem em mente o cão policial, o qual vai farejando aqui e ali, para seguir com o faro o caminho do malfeitor perseguido. O trabalho do historiador é este. Um

trabalho de atenção e paciência, sobretudo, para o qual colaboram a polícia, o Ministério Público, o juiz instrutor, os juízes de audiência, os defensores, os peritos. Prescindindo das crônicas dos jornais, os livros policiais e o cinema têm, não tanto informado, como inflamado o público sobre este trabalho. A utilidade desta literatura, sob o aspecto da civilização, está no ter difundido a impressão, para não dizer a experiência, da dificuldade da procura, por causa da falibilidade das provas. O risco é errar o caminho. E o dano é grave, quando se erra a estrada, também se a história é feita só nos livros. Porque, se bem que os historiadores não se dão conta e os filósofos ou, ao menos, alguns filósofos, contestam, não se retoma à via percorrida senão para encontrar as vias a percorrer; seja como for, é tanto mais notório quando o passado se reconstrói para se decidir o destino de um homem. (CARNELUTTI, 2013, p.44)

A prova também é conceituada como sendo o elemento que capaz de formar a convicção do juiz, conforme bem menciona Câmara (2007, p.343):

“denomina-se prova todo elemento que contribui para a formação da convicção do juiz a respeito da existência de determinado fato. Quer isto significar que tudo aquilo que for levado aos autos com o fim de convencer o juiz de que determinado fato ocorreu será chamado de prova”.

2.1.1 Valoração da prova

Destaca-se a efetivação dos denominados “sistemas de apreciação da prova” como meio de se garantir a proteção aos cidadãos se deu também pela expansão desses.

De acordo com Tourinho Filho (2015), quando se trata da admissão das provas, é possível verificar quatro etapas; proposição ou indicação, produção e valoração. Ao ser proposta e admita, haverá a produção da prova, o que tem o objetivo de finalizar o primeiro momento da instrução probatória. Após esse ato, o magistrado poderá validar as provas produzidas conforme aparecem nos autos.

Consta que a apreciação das provas passou a ser consideradas de acordo com cada contexto histórico, emergindo de convicções sociais, bem como de conveniências, costumes e até mesmo regimes políticos. Inicialmente os julgamentos baseavam-se na crença do Juízo dos Deuses, e desse modo, os suspeitos eram expostos às provas.

O resultado deveria comprovar duas evidências: culpa ou inocência. Nesse ínterim, o papel do juiz seria o de fiscalizar os resultados de tal exposição. Efetivamente,

esse sistema revelava brechas e com o passar do tempo, atribuiu-se maior liberdade apreciativa ao magistrado.

No entanto, também se ampliaram os casos de despotismo judicial, como bem menciona Tourinho Filho:

Os poderes dos Juízes, ao tempo do procedimento inquisitivo, eram tão amplos, tão fortes, que, para "conjurar o risco do despotismo judicial", surgiram três freios: a) a apelação, que permitia o reexame da decisão; b) a regra segundo a qual *quoti non est in actis non est in hoc mundo* (o que não está escrito, o que não está dentro do processo, não pertence ao mundo; é como se não existisse), com a qual se jugulava o arbítrio do Juiz na apreciação das provas; e, finalmente, c) a prova legal, que suprimia ou restringia a faculdade de apreciação das provas. (TOURINHO FILHO, 2015, p.178)

Nesse sentido, compreende-se a importância de avaliar a evolução jurídica a partir dos novos olhares concedidos à apreciação probatória, bem como da ação do magistrado nesse aspecto. Os referenciais teóricos pesquisados mencionam a existência do sistema da livre apreciação ou convicção íntima, no qual torna-se clara a confiança nas decisões do juiz mediante a legitimidade de sua ação.

Nesse sistema, o magistrado não necessita demonstrar as razões pelas quais assumiu uma outra posição no que tange à sua *decisium*. Considera-se que a fundamentação seja desnecessária e por isso, o magistrado tem sua decisão legitimada ainda que essa seja somente baseada em seus conhecimentos próprios, mesmo que não conste nos autos. A verdade, nesse caso, é validada a partir dos critérios pessoais de valorização das provas.

No denominado sistema da prova legal há maior austeridade no que tange à apreciação probatória. Ao utilizar esse sistema, o magistrado previamente validava as provas, determinando seus meios e *a posteriori* uma vez fixada de forma imutável, ocorre a decisão. A crítica comutada a esse sistema reside no fato de que a prova legal apenas tornou o juiz um verificador.

Em relação ao sistema da persuasão racional Grinover (2000) aduz ser esse o sistema vigente no Direito Processual Penal moderno, conforme se apresenta no art. 157 do CPP. Segundo a autora mencionada, no sistema de persuasão racional o magistrado volta a gozar de liberdade no que tange à apreciação das provas. Isso ocorre porque seu valor não se encontra pré-determinado. "[...] Cada circunstância de fato será apreciada no

contexto das demais provas e pode valer mais ou menos segundo o entendimento não preordenado do juiz”. (GRECO FILHO, 2017, p.214)

Destaca-se que nesse sistema o que não se encontra nos autos é considerado inexistente, e, por isso, a decisão do juiz somente é possível se estiver vinculada ao que consta enquanto prova. Nesse contexto, o magistrado deve apresentar os motivos que fundamentam suas decisões, permitindo que a legitimidade seja contestada ou não a partir da apresentação do material comprobatório conforme conste nos autos. Esse aspecto é corroborado por Oliveira (2009):

A liberdade quanto ao convencimento não dispensa, porém, a sua fundamentação, ou a sua explicitação. É dizer: embora livre para formar o seu convencimento, o juiz deverá declinar as razões que o levaram a optar por tal ou qual prova, fazendo-o com base e argumentação racional, para que as partes, eventualmente insatisfeitas possam confrontar a decisão nas mesmas bases argumentativas. (OLIVEIRA, 2009, p.328)

2.2 PROVAS ILÍCITAS

Tanto a Constituição de 1988 quanto o CPP discorrem sobre a vedação às provas ilícitas por meios ilícitos.

Art. 5º, LVI, CF – são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos.

Art.157, *caput*, CPP - são inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais.

Segundo a doutrina as provas ilícitas tratadas pelo art. 5, inciso LVI, constituem-se gêneros, conhecidos como, “provas proibidas, vedadas ou ilegais”. Estas, subdividem-se em duas espécies, sendo; provas ilícitas e provas ilegítimas.

A primeira espécie, a saber, a prova ilícita, são aquelas obtidas por meio de violação a regras de direito material, ou seja, mediante a prática de um crime. A título exemplificativo, cita-se a confissão obtida mediante a prática do crime de tortura, esta, será ilícita porque foi produzida mediante a prática de um crime. Importante ressaltar que, embora uma prova não venha se caracterizar uma infração penal, mas, que viole outro princípio constitucional, esta, também será considerada ilícita.

A segunda espécie, sendo estas, as provas ilegítimas, são aquelas obtidas mediante violação de normas processuais. Nesta, a sua produção não consiste na prática de um

crime nem afronta direta a princípio constitucional, mas sim, mediante afronta a normas de caráter processual. A título exemplificativo desta, suponha-se que em um caso concreto, uma das partes, seja o Ministério Público ou defesa, exiba um documento no júri, que não esteja juntado aos autos, e não tenha sido cientificado a parte contrária com três dias de antecedência, esta prova será ilegítima, pois confronta uma norma de direito processual, a saber, o art. 479, caput, do código de processo penal.

Para melhor compreensão entre a diferença de provas ilícitas e ilegítimas, vale mencionar o entendimento de Alexandre de Moraes (2011, p. 117).

As provas ilícitas não se confundem com as provas ilegais e as ilegítimas. Enquanto, conforme já analisado, as provas ilícitas são aquelas obtidas com infringência ao direito material, as provas ilegítimas são as obtidas com desrespeito ao direito processual. Por sua vez, as provas ilegais seriam o gênero do qual as espécies são as provas ilícitas e as ilegítimas, pois configuram-se pela obtenção com violação de natureza material ou processual ao ordenamento jurídico.

Tratando ainda sobre a prova ilegítima, o ordenamento jurídico prevê a prova ilegítima por derivação, estas, são aquelas que, embora as provas sejam lícitas em si mesmas, são derivadas de uma prova ilícita, ou seja, foram produzidas regularmente, mas derivando de uma prova ilícita na sua origem, em razão disso, contamina todas as provas posteriores. A título exemplificativo, imagine-se que em um caso hipotético, onde investigado é torturado, e depois de ser torturado revela onde se encontra o documento que é prova fundamental para elucidação do crime, com esta informação obtida mediante tortura, os órgãos investigatórios pedem uma ordem judicial de busca e apreensão, e com mandado judicial, durante o dia realizam uma busca e apreensão absolutamente regular e apreende o documento. Nota-se que a diligência de busca e apreensão é lícita em si mesma, pois foram observados todos os critérios legais, mas é ilícita por derivação, pois derivou de uma prova que na sua origem era ilícita, pois se não fosse a tortura, a polícia não teria chegado a informação do local do documento, não realizando a diligência regular para apreensão do documento.

A prova ilegítima por derivação, é fundamentada na teoria “dos frutos da árvore envenenada”, adotada pelo STF, que diz que o vício da ilicitude na origem contamina tudo o que lhe foi subsequente. Para melhor elucidação do fora mencionado, cita-se as palavras de Fernando Capez, (2014, p. 317).

A doutrina e a jurisprudência, em regra, tendem também a repelir as chamadas provas ilícitas por derivação, que 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.

A prova ilegítima também possui fundamentação legal no artigo 157, § 1º:

Art. 157. § 1º São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras.

Observando o artigo mencionado, faz-se necessário uma análise mais detalhada de sua redação, acerca das duas exceções existente.

O artigo diz que serão inadmissíveis as provas ilícitas por derivação, salvo, ou seja, será admitida; a) quando não houver nexo causal entre a prova derivada e a prova originária; b) quando a derivada puder ser obtida por uma fonte independente.

Estas exceções estão baseadas em duas teorias do direito americano, a saber, teoria da fonte independente, teoria da descoberta inevitável.

Aplicará a teoria da fonte independente quando não houver nexo causal entre umas e outras. Já a teoria da descoberta inevitável, é prevista pelo parágrafo segundo do artigo citado, a definição que se entende pelo parágrafo, é no sentido de que esta teoria é baseada em uma hipótese, que se tivesse sido executada, teria se chegado ao mesmo resultado.

3 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

A inflexibilidade comutada à impossibilidade de aceitar provas processuais obtidas por meio ilícito, tanto as doutrinas quanto as jurisprudências têm sido consideradas tendenciosas.

É mister destacar que a teoria da proporcionalidade tem sua gênese no direito alemão, busca se distanciar de posicionamentos extremados como ocorre nas teorias citadas anteriormente. Vale destacar que nos preceitos dessa teoria, o magistrado tem elementos considerados suficientes para que a Constituição seja interpretada, uma vez que já a preponderação de nenhuma de seus princípios possui caráter absoluto.

O princípio da proporcionalidade não se encontra expresso na legislação, porém, os tribunais já se têm utilizado do mesmo, objetivando sanar conflitos entre direitos

fundamentais, fundamentando-se no argumento de que este, encontra-se previsto implicitamente no texto constitucional, e está atrelado ao devido processo legal.

Comprovando o argumento apresentado anteriormente, cumpre salientar que evidentemente o STF adota o princípio constitucional, conforme demonstra o Informativo 381, consubstanciado em decisão do RE 374.981/RS de relatoria do Ministro Celso de Mello:

O Estado não pode legislar abusivamente. A atividade legislativa está necessariamente sujeita à rígida observância de diretriz fundamental, que, encontrando suporte teórico no princípio da proporcionalidade, veda os excessos normativos e as prescrições irrazoáveis do Poder Público.

O princípio da proporcionalidade - que extrai a sua justificação dogmática de diversas cláusulas constitucionais, notadamente daquela que veicula a garantia do *substantive due process of law* - acha-se vocacionado a inibir e a neutralizar os abusos do Poder Público no exercício de suas funções, qualificando-se como parâmetro de aferição da própria constitucionalidade material dos atos estatais.

A norma estatal, que não veicula qualquer conteúdo de irrazoabilidade, presta obséquio ao postulado da proporcionalidade, ajustando-se à cláusula que consagra, em sua dimensão material, o princípio do *substantive due process of law* (CF, art. 5º, LIV).

De acordo com Meirelles (2000, p.86), o princípio da proporcionalidade “[...] pode ser chamado de princípio da proibição de excesso, que, em última análise, objetiva aferir a compatibilidade entre os meios e os fins, de modo a evitar restrições desnecessárias ou abusivas por parte da administração pública, com lesão aos direitos fundamentais”.

Em cumprimento a esse princípio, supõe-se que mediante direitos contraditórios, cabe ao julgador avaliar as consequências de sua decisão, ponderando a aplicação, ainda que medianamente, dos pressupostos de justiça, a partir da observância de algumas regras.

Nesse diapasão, exhibe-se as palavras de Alexandre de Moraes:

Quando houver conflito entre dois ou mais direitos ou garantias fundamentais, o intérprete devem utilizar-se do princípio da concordância prática ou harmonização de forma a coordenar ou combinar os bens jurídicos em conflito, evitando o sacrifício total de uns bens em relação aos outros, realizando uma redução proporcional ao âmbito de alcance de cada qual (contradição dos princípios), sempre em busca do verdadeiro significado da norma e da harmonia do texto constitucional com sua finalidade precípua (MORAES, 2000, p.46- 47).

Segundo a visão de Barroso o princípio da proporcionalidade é entendido da seguinte forma:

O princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade (sinônimos), tem seu fundamento na ideia de devido processo legal substantivo e na de justiça. Trata-se de um valioso instrumento de proteção dos direitos fundamentais e do interesse público por atuar como indicador de como uma norma deve ser interpretada no caso concreto para melhor alcançar os objetivos da Constituição (BARROSO, 2004, p. 58).

Isso ocorre a partir do entendimento de que, o caso concreto precisa ser analisado e dependendo dessa ação e do interesse que a sociedade manifestar, a legitimidade das provas ilícitas poderá ser mantida.

3.1 PROPORCIONALIDADE X RAZOABILIDADE

Primeiramente, cumpre dizer que existe uma confusão terminologia a respeito destes dois princípios, a saber, o da proporcionalidade e razoabilidade. A confusão se dá, primeiramente, por estes seres usados como sinônimos por parte da doutrina, devido ao fato de ambos terem a finalidade de se obter um equilíbrio da atuação estatal. Mas embora possuem suas semelhanças, não são totalmente idênticos, portanto, não podem ser usados como sinônimos.

O princípio da razoabilidade, propõe a noção de que, o estado em sua atuação diante de direitos fundamentais utiliza-se da razão. Fazendo-se necessário que exista uma relação lógica entre a norma que virá a ser aplicada com o caso concreto. Busca-se aqui, fazer a justiça sob a ótica do homem, ansiando satisfazer o conceito de “justiça” que impera na sociedade.

Ávila (2011, p. 164) diz que a razoabilidade tem que ser aplicada no sentido de equidade, observando critérios, de forma que a norma geral seja aplicada harmonicamente com o caso concreto. Bitencourt (2009, p. 27), vai além, e diz que, a razoabilidade atua como forma de controle para o princípio da proporcionalidade.

A razoabilidade é utilizada para que haja uma boa aplicação da lei geral, busca-se harmonizar os interesses. A atuação baseada neste, presume-se em algo normal, comum,

algo esperado. Ávila (2011, p. 171) em suas palavras, esclarece melhor sobre o tema dizendo que:

A razoabilidade como dever de harmonização do geral com o individual (dever de equidade) atua como instrumento para determinar que as circunstâncias de fato devem ser consideradas com a presunção de estarem dentro da normalidade, ou para expressar que a aplicabilidade da regra geral depende do enquadramento do caso concreto. [...] A razoabilidade como dever de harmonização do Direito com suas condições externas (dever de congruência) exige a relação das normas com suas condições externas de aplicação, quer demandando um suporte empírico existente para a adoção de uma medida, quer exigindo uma relação congruente entre o critério de diferenciação escolhido e a medida adotada.

Para tanto, o princípio da proporcionalidade, depreende que exista uma relação de causalidade com o efeito da ação, (meio) e o objetivo desejado (fim). Devem ser utilizados sempre em casos extremos, quando realmente for necessário, interferindo o mínimo possível o espaço particular do indivíduo atingido.

Ávila (2011, p. 171) explica que:

A aplicação da proporcionalidade exige a relação de causalidade entre meio e fim, de tal sorte que, adotando-se o meio, promove-se o fim. Ocorre que a razoabilidade, de acordo com a reconstrução aqui proposta, não faz referência a uma relação de causalidade entre um meio e um fim, tal como o faz o postulado da proporcionalidade.

Em razão do que foi exposto, conclui-se que tais princípios possuem suas diferenças, tanto na conceituação, quanto na aplicabilidade. A proporcionalidade tem relação com o meio utilizado e o objetivo esperado, por outro lado, a razoabilidade, serve para orientar as aplicações das normas gerais diante de casos concretos, buscando satisfazer os critérios de normalidade sob a ótica da sociedade, do homem médio e pela moral.

4 OBJETIVOS

4.1 OBJETIVO GERAL

Discorrer sobre a admissibilidade das provas ilícitas no Processo Penal Brasileiro.

4.2 OBJETIVOS ESPECÍFICOS

Discutir os conceitos de provas lícitas e não lícitas observando a legislação.

Analisar as teorias favoráveis à admissibilidade da prova ilícita e seu reconhecimento no ordenamento jurídico.

5 METODOLOGIA PROPOSTA

A temática em tela pressupõe a necessidade de uma pesquisa bibliográfica, pautada no discurso de Severino (2011, p.122), “Os textos tornam-se fontes dos temas a serem pesquisados”. A pesquisa bibliográfica foi selecionada por permitir uma visão mais aprofundada, baseada em fontes primárias e secundárias, capazes de traçar um panorama acerca do que já foi pesquisado e escrito sobre a temática dos alimentos gravídicos.

Quando à abordagem, será qualitativa, considerando a profundidade das discussões acerca da temática. Isso, de acordo com Malhotra (2001, p.155) “É uma metodologia de pesquisa não-estruturada, exploratória, baseada em pequenas amostras que proporciona percepções e compreensão do contexto do problema”.

O método de abordagem será o dedutivo, uma vez que, de acordo com Marconi e Lakatos:

Tem o desígnio de ampliar o alcance dos conhecimentos, admite diferentes graus de forças, dependendo da premissa de sustentarem a conclusão. Esse método aumenta o conteúdo das premissas com precisão, os argumentos sacrificam a ampliação do conteúdo para atingir a certeza. (MARCONI e LAKATOS, 2007, p.34)

Tendo a proposição de se aprofundar nas ideias como meio de reconhecimento do objeto de estudo, o método de pesquisa exploratória, histórica e documental será adotado, como forma de se precisar as respostas para o problema de pesquisa, considerando a necessidade de se dar legitimidade à análise proposta a partir da imposição do problema e dos objetivos do estudo.

5 RESULTADOS E DISCUSSÃO

Inicialmente, deve-se entender que o objetivo do princípio que veda a utilização da prova ilícita é uma garantia concedida ao particular, onde, tal princípio visa resguardar os indivíduos diante de uma possível atuação arbitrária do Estado.

Nesse diapasão, após o direito à vida, o direito à liberdade é um dos bens jurídicos mais importantes presentes no ordenamento jurídico, tanto é, que a legislação brasileira tem vários dispositivos afim de resguarda-lo, como, o direito à ampla defesa, o contraditório, presunção de inocência, devido processo legal, etc.

Os dispositivos citados, são responsáveis por garantir a proteção dos direitos fundamentais dos seres humanos. Estando em jogo a liberdade, tais dispositivos devem ser entendidos superiores que o princípio da vedação da utilização da prova ilícita. A ideia que se quer passar é de que, em casos em que a utilização das provas ilícitas for capaz de comprovar a inocência e garantir a liberdade do réu, estas devem ser aceitas. Devido a isso, a doutrina e jurisprudência, se posiciona mais favorável a proporcionalidade *pro reo*.

Pontua ÁVILA, 2006, p. 203:

No caso da utilização da prova *pro reo*, o valor em ponderação é diretamente a dignidade da pessoa do réu, injustamente acusado de um delito, com o risco de pagar com sua liberdade, perdendo alguns anos de sua vida, pela má apreciação dos fatos na atividade jurisdicional. Em favor da admissão da prova ilícita *pro reo* coloca-se em ponderação a garantia constitucional da ampla defesa e a consideração da situação de estado de necessidade do acusado.

Em um Estado Democrático de Direito, é totalmente incompatível e incoerente que alguém inocente seja condenado sob o argumento de que a prova capaz de provar a inocência tenha sido obtida por meios ilícitos, visto que, o estado não possui interesse em condenar alguém que não tenha cometido a infração penal. Não menos pior, a condenação de um indivíduo inocente resultaria na impunidade do verdadeiro culpado.

Rangel (2009, p. 431) traz o entendimento de que a possível aceitação da prova ilícita *pro reo* no processo, tem fundamento na teoria da exclusão da ilicitude, baseando-se, que o réu possui o direito de produzir provas com a intenção de comprovar sua inocência, dessa forma, excluindo a ilicitude da mesma.

Importante frisar que, a admissão da prova ilícita *pro reo* deve ser pautada observando os subprincípios da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito. Isso porque a utilização da prova ilícita com intenção de comprovar a inocência do acusado deve ser aceita somente em casos excepcionais, evitando a acomodação para transgredir os direitos fundamentais de terceiros. Luiz Norton Batista de Mattos esclarece bem:

MATTOS, 2009, P. 64-65.

O direito à liberdade tem o mesmo ou maior valor do que o direito à intimidade, e deve predominar sobre esse quando a prova obtida ilicitamente for o único meio para demonstrar a inocência do réu. [...] Contudo, a admissibilidade da prova ilícita em favor do sujeito passivo da ação penal condenatória deve ser excepcional, e não lhe deve ser outorgado um salvo-conduto para violações da intimidade alheia. Se o princípio da proporcionalidade requer inevitavelmente a exigibilidade de meio gravoso ao direito alheio, a prova ilícita também só pode ser tolerada quando ela for o único meio disponível ao réu para demonstrar a sua inocência, que não poderá ser aferida por outros meios probatórios.

Importante ressaltar que, embora seja possível a utilização da prova ilícita *pro reo*, esta, não poderá ser usada com a intenção de punir terceiros no mesmo ou em outro processo criminal.

Como visto, o entendimento na doutrina e jurisprudência é unânime acerca da admissibilidade da prova ilícita em benefício do réu com base no princípio da proporcionalidade, oposto a isso, há uma controvérsia quando se trata da utilização do princípio da proporcionalidade a fim de que as provas ilícitas sejam admitidas em favor da acusação, estas chamadas de *pro societate*.

A problemática que norteia tal discussão é, se é constitucional ou não, que a admissibilidade da prova ilícita diante dos interesses da coletividade é mais importante dos que os direitos fundamentais do acusado.

O assunto em questão é um tema delicado, como aborda Capez (2012, p. 370):

Aqui, não se cuida de um conflito entre o direito ao sigilo e o direito da acusação à prova. Trata-se de algo mais profundo. A acusação, principalmente movida pelo Ministério Público, visa resguardar valores fundamentais para a coletividade, tutelados pela norma penal. Quando o conflito se estabelecer entre a garantia do sigilo e a necessidade de se tutelar a vida, o patrimônio e a segurança, bens também protegidos por

nossa Constituição, o juiz, utilizando seu alto poder de discricionariedade, deve sopesar e avaliar os valores contrastantes envolvidos (grifo nosso).

A doutrina majoritária defende que a utilização da prova ilícita poderá ser utilizada somente em favor do réu, devido ao perigo que se enfrentaria advindo do subjetivismo na hora de aplicar o princípio da proporcionalidade.

No entanto, há aqueles que defendam que a aceitação da aplicação do princípio da proporcionalidade em favor do acusado, pautando-se no argumento de que seria possível em casos excepcionais, onde deverá analisado o caso concreto e a gravidade do crime, observando a importância no âmbito social, visto que a violação de alguns bens jurídicos tutelados é mais prejudicial ao interesse comum, se comparado a lesão causada ao devido processo legal em razão da admissão da prova ilícita.

Desse modo, adotando também, a aplicação do princípio da proporcionalidade pro societate, afim de que seja admitida as provas ilícitas, diante de casos excepcionais de extrema gravidade, explica César Dario Mariano:

SILVA, 2005, p. 53 Ora, se tivermos, de um lado, o direito à intimidade de um traficante de drogas, e, de outro, o direito à vida, segurança e saúde da sociedade, certamente estes últimos deverão prevalecer, pois são bem mais importantes. Não há como aceitar que um criminoso venha acobertar-se em normas constitucionais para praticar crimes extremamente graves. Não pretendemos fazer apologia da violação de direitos e garantias individuais, que nos são muito caros. Porém, utilizar-se deles para a prática de atividades ilícitas, com certeza não é o espírito da Constituição. De tal modo, havendo confronto entre o direito à intimidade de um traficante (p. ex) e o direito da sociedade de se ver livre de pessoas perniciosas como ele, através do devido processo legal, este último é de preponderar.

Observando os apontamentos mencionados, entende-se que a possível utilização da prova ilícita em favor da sociedade no caso concreto, confronta, o princípio que veda a utilização da prova ilícita, dessa forma, deve-se observar que a obediência ao princípio da vedação da prova ilícita resultaria um sentimento de impunidade, de insatisfação jurídica, levando em consideração a gravidade do crime.

Mister frisar que o Supremo Tribunal Federal ainda não possui entendimento pacífico acerca do tema. Porém, cumpre salientar que, o STF já julgou a favor da possibilidade de se utilizar a prova ilícita em favor da sociedade, em casos que era fundamental e indispensável em razão do direito da sociedade ser predominante. No

entanto, o entendimento que prevalece é que as provas ilícitas só devem ser permitidas em favor do réu.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Através do presente trabalho foi possível realizar um estudo acerca da prova ilícita e sua admissibilidade no processo penal, apresentando o conceito de prova, e também, de prova ilícita, após foi apresentado que norteou toda argumentação desenvolvida na pesquisa, a saber, o princípio da proporcionalidade, este que dá embasamento para a admissão da prova ilícita em determinados casos.

No decorrer da pesquisa, fora apresentado as duas possibilidades em que se admitem a prova ilícita, sendo elas, em favor do réu - pro reo, e a favor da sociedade - pro societate-, apresentando posições de diversos doutrinadores acerca destas. Portanto, foi concluso que, em determinados casos, é sim, possível utilizar-se da prova obtida por meios valendo-se do princípio da proporcionalidade como balança ponderadora, para avaliar qual bem em jogo é mais importante.

A discussão em pauta advinda do tema, confronta os direitos fundamentais, pois, a admissão ou não da prova ilícita, analisada no caso concreto, pode vir a ofender alguma garantia constitucional, como a presunção de inocência, direito à liberdade, o direito a honra, ao devido processo legal, todos direitos aqui mencionados, são fundamentais, mas se considerados abaixo da determinação que proíbe a prova ilícita, não seriam, efetivamente, fundamentais.

Entendemos, portanto, conforme o pensamento do doutrinador Greco Filho (2012, p. 285) ao abordar a regra da inadmissibilidade das provas ilícitas “Entendo, porém, que a regra não seja absoluta, porque nenhuma regra constitucional é absoluta, uma vez que tem de conviver com outras regras ou princípios também constitucionais.”

Por fim, é necessário cautela ao se posicionar sobre o assunto em questão, evitando posições extremas acerca da admissibilidade ou inadmissibilidade das provas ilícitas, visto que não há um entendimento firmado a respeito do assunto.

THE ADMISSIBILITY OF ILLITIC PROOF IN THE BRAZILIAN CRIMINAL PROCESS

ABSTRACT

The theme adopted in the present study refers to the admissibility of illicit evidence in the context of criminal proceedings. To better elucidate the topic, to present the concept of evidence, make a distinction between illicit and illegitimate evidence. A problem that is raised, is under the argument that no constitutional guarantee is absolute, therefore, allowing the illicit evidence to be allowed or used in favor of heaven, and a favor of society, or depending on the specific case. All arguments were based on the principle of proportionality, which is responsible for weighing the rights that are at stake.

Keywords: Illegal proof, principle of proportionality, pro reo, pro societate.

REFERÊNCIAS

- ARANHA, A. Q. T. C. Da Prova no Processo Penal. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito Processual Civil*. 16ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.
- CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*, 8ªed. São Paulo: Saraiva, 2000.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, 1988.
- GRECO FILHO, V. *Direito Processual Civil brasileiro*. Vol. 2. Atos processuais e recursos e processos nos tribunais. São Paulo: Saraiva, 2017.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. *As Nulidades do Processo Penal*, 6ªed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- HOLANDA, Aurélio Buarque de. *Dicionário da Língua Portuguesa*. São Paulo: Saraiva, 2017.
- JUSTI, J.; VIEIRA, T. P. *Manual para padronização de trabalhos de graduação e pós-graduação lato sensu e stricto sensu*. Rio Verde: Ed. UniRV, 2016.
- MALHOTRA, N. *Pesquisa de marketing*. 3.ed. Porto Alegre: Bookman, 2001.
- MARCONI, M. A; LAKATOS, E. V. *Metodologia científica*. São Paulo: Editora Atlas, 2004.
- MEIRELES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 25ª ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2000.
- MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo Penal*, 10ª ed. São Paulo: Atlas, 2004.
- OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 12ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- PEDROSO, Fernando de Almeida. *Processo Penal: O Direito de Defesa - Repercussão, amplitude e limites*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- SEVERINO, A.J. *Metodologia do trabalho científico*. São Paulo: Cortez Editora, 2014.
- TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal I*. São Paulo: Saraiva, 1999. Versão digital. 2015.
- CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 12. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.
- RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 16. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.