

## **ADMISSIBILIDADE DA PROVA ILÍCITA: FUNDAMENTADA NA TEORIA DA PROPORCIONALIDADE**

Eduarda Aparecida Gonçalves de ARRUDA<sup>1</sup>  
Marcus Vinicius Feltrim AQUOTTI<sup>2</sup>

**RESUMO:** O presente artigo tem como finalidade expor a necessidade de admitir ao processo a prova obtida por meios ilícitos, tendo como justificativa a teoria da proporcionalidade, que terá sua aplicação de forma excepcional em casos de delitos de grave potencial lesivo, devido o excesso ao uso do direito de privacidade, com objetivo de anemizar impunidades. Desta forma, faz-se necessário uma flexibilização ao princípio da vedação da prova ilícita.

**Palavras-chave:** Teoria da proporcionalidade. Prova ilícita. Impunidade. Admissibilidade.

### **1 INTRODUÇÃO**

É de vultosa relevância antes de adentrar especificadamente ao tema, o estudo da prova no processo penal para ressaltar suas principais características e então apontar o que é a prova ilícita e como ela surge.

A prova ilícita foi analisada juntamente com as consequências ao processo decorrente da vedação do seu uso, sendo um assunto muito pautado tendo em vista os problemas ocasionados.

Não obstante, foi exposto o contexto social atual para afirmação de que as garantias constitucionais direcionadas ao acusado necessitam de flexibilização, principalmente com relação à admissibilidade de prova ilícita no processo penal.

Em seu desfecho, este trabalho atestou a necessidade do uso da prova ilícita no processo para atenuar o acentuado número de impunidades gerado pela vedação da prova ilícita usando como respaldo a teoria da proporcionalidade, que, no entanto para sua execução é necessário superar alguns subprincípios.

<sup>1</sup> Discente no curso de Direito, 7º Termo "A" do Centro Universitário "Antônio Eufrásio de Toledo". R.A. 001.1.12.125.

<sup>2</sup> Delegado de Polícia e Docente do Centro Universitário "Antônio Eufrásio de Toledo" – e-mail: marcusvinicius@toledoprudente.edu.br

## 2 DA PROVA NO PROCESSO PENAL

Antes de adentrar ao tema admissibilidade de prova ilícita com fulcro na teoria da proporcionalidade é de extrema importância o estudo da prova no processo penal.

A prova é um instrumento do processo que visa direcionar a veracidade dos fatos alegados, tendo como finalidade convencer o magistrado sobre a existência ou não do episódio delituoso para que este promova a imposição do direito.

Desta forma, insta acentuar, que a prova tem como objetivo formar a convicção do juiz que, no entanto é livre, o magistrado tem liberdade para apreciar a prova, porém, a valoração deve ser devidamente fundamentada na sua decisão.

Assim sendo, o renomado doutrinador Antonio Milton de Barros (2001, p. 1), apud Ada Pellegrini Grinover (1993, p. 103) nos apresenta o conceito de prova:

“Toda pretensão prende-se a algum fato, ou fatos, em que se fundamenta. As dúvidas sobre a veracidade das afirmações feitas pelas partes no processo constituem as questões de fato que devem ser resolvidas pelo juiz, à vista da prova de acontecimentos pretéritos relevantes. A prova, constitui, assim, numa primeira aproximação, o instrumento por meio do qual se forma a convicção do juiz a respeito da ocorrência ou inoocorrência de certos fatos”.

A doutrina, no entanto expõem diversos tipos de classificações para a prova, desta forma, algumas delas serão exemplificadas.

Quanto ao objeto, ou seja, o fato, as provas são divididas em diretas, como sendo aquelas que se relacionam prontamente ao ato e indiretas aquelas que se associam a um evento distinto que por sua vez liga-se ao fato a ser provado.

Nesses termos, o acontecimento poderá deixar vestígios e este recair sobre uma pessoa ou coisa, essa classificação diz respeito ao sujeito.

Por fim, quanto à forma, a prova poderá se manifestar através de prova testemunhal, pericial e material.

Urge salientar que o objeto da prova é a comprovação do fato, porém não é todo e qualquer tipo, e sim apenas aqueles que tiverem relevância para o processo. Importante frisar que no processo penal em regra todos os fatos importantes ao pleito devem ser provados, diferentemente do processo civil em que não necessitam de provas os fatos incontroversos e notórios.

De forma excepcional, alguns fatos no processo penal não precisam ser provados, tais como, os intuitivos ou evidentes, isto porque sobre tais fatos já existe uma convicção formada, portanto, há clareza na sua existência, bem como os fatos notórios, ou seja, aqueles de conhecimento público, assim como os atos inúteis, aqueles que não interferem na decisão, pois não possuem relevância para o direito, também não precisam ser provadas as presunções legais, sendo as conclusões retiradas da lei, absolutas ou condicionadas.

Ademais, cabe ressaltar que o direito também não precisa ser provado, já que é obrigação do magistrado ter o seu conhecimento.

A prova por sua vez é uma faculdade da parte, denominado pela doutrina de ônus processual, assim, possui o ônus de provar, aquele que realiza a alegação.

O doutrinador Adalberto José Q. T. de Camargo Aranha (1994, p.14) faz a divisão do ônus probatório entre, autor e réu:

(...) à acusação cabe o ônus de provas a existência de um fato penalmente ilícito, a sua realização pelo denunciado e a culpa (stricto sensu); à defesa compete demonstrar a inexistência de dolo, causas extintivas da punibilidade, causas excludentes da antijuridicidade e eventuais excludoras da culpabilidade.

Ainda com relação ao ônus da prova, é facultado ao juiz de ofício requerer a produção de provas de forma complementar as partes, sendo regra prevista no art. 209 do Código de Processo Penal.

## **2.1 Princípios Gerais que Regem as Provas no Processo Penal**

Alguns princípios são importantes para o estudo da prova, assim como o Princípio da Auto responsabilidade, que concerne no dever que as partes possuem em provar aquilo que alegam, de forma que não havendo isso se responsabilizam pelas consequências que decorrerem de sua inércia.

Outro princípio relacionado é o da audiência contraditória, reza que antes do magistrado tomar uma decisão acerca da prova produzida, deve oportunizar a parte contrária para que se manifeste sobre ela. Assim, o doutrinador Antonio Milton de Barros, menciona que fica proibido utilizar fatos que não tenham sido debatidos pelas partes e introduzidos antecipadamente no processo, bem como, provas

formadas fora do processo ou colhida na ausência das partes, e que as provas produzidas de ofício pelo juiz sejam oportunizadas o contraditório pelas partes.

Ainda no tocante aos princípios, integra a eles o princípio da aquisição ou comunhão da prova, ditando que as provas produzidas pertencem a ambas as partes, que poderão utilizá-las.

Doravante, o princípio da oralidade prevê que ainda que a prova tenha sido produzida de forma oral deve ser reduzida a termo.

Neste contexto, ligado ao princípio da concentração, em busca da celeridade processual, a prova deve ser agrupada na audiência.

A prova por tanto, por ser um ato judicial se submete a publicidade, excetuando-se os casos de segredo de justiça, sendo este o princípio da publicidade dos atos judiciais.

Por fim, o princípio do livre convencimento motivado, vem afirmar que o juiz tem liberdade para formar a sua convicção, porém é exequível que a sentença seja devidamente fundamentada. Assim sendo, o sistema de apreciação das provas é o da persuasão racional, que mistura o sistema da prova legal e o da livre convicção.

Desta forma, são esses os princípios gerais que norteiam as provas no processo penal.

## **2.2 Do Direito à Prova**

O direito à prova é uma garantia constitucional e encontra respaldo no princípio do devido processo legal descrito no art. 5º LIV e LV, da que trata da ampla defesa, ambos na Constituição Federal.

O doutrinador Antonio Scarance Fernandes (2000, p. 68) apud Magalhães Gomes Filho (1997, p. 85-89), salienta que o direito a prova é abrangido pelo:

(...) o direito à investigação; o direito de proposição (indicação requerimento) de provas; o direito à admissão das provas propostas, indicadas ou requeridas; o direito à exclusão das provas inadmissíveis, impertinentes ou irregulares; o direito sobre o meio de prova (direito de participação das partes nos atos de produção da prova); o direito à avaliação da prova.

Desta maneira, havendo violação a um desses direitos a prova se encontra contaminada por vício.

Com relação ao devido processo legal, toda prova deve ser obrigatoriamente valorada pelo juiz. Assim faz-se necessário uma breve análise da valoração das provas.

A primeira a ser ressaltada é a prova testemunhal, sendo aquela em que um sujeito de forma oral, por meio de um depoimento, retrata um fato ocorrido. Cabe ressaltar que na produção da prova testemunhal deve haver o contraditório, de forma que, participem dessa produção o juiz e as partes, sob pena de nulidade.

A prova documental abrange tanto documentos escritos como gráficos, podendo ainda ser manifestadas diretamente a uma coisa. A prova documental em regra poderá ser produzida em qualquer momento do processo.

Por sua vez, a prova pericial é produzida por pessoa que apresenta conhecimento técnico, ou seja, um perito, sendo que uma das provas mais importantes, o corpo de delito, utilizada para análise dos vestígios deixados pelo crime, integra as provas periciais.

A prova, porém poderá ser extraprocessual, ou seja, não integra e não faz parte do respectivo processo em pauta, todavia, ainda sim poderá ser valorada. A prova decorrente do inquérito policial é uma forma, no entanto, nesta fase não existe processo de maneira que não foi possibilitado o contraditório e a ampla defesa. Outro meio de prova extraprocessual é a prova emprestada, sendo aquela que deriva de outro processo onde foi produzida e é utilizada também na respectiva causa.

Resta ainda, observar que o ordenamento jurídico brasileiro adotou o sistema de provas enunciativas, onde é prova admissível àquela que a lei disser e os outros meios possíveis, denominadas como provas inominadas.

Consoante o que foi exposto, a prova é uma garantia que a parte tem de provar os fatos alegados, todavia esse direito por não ser absoluto sofre restrições do ordenamento, que deverão ser observadas para que seja considerada uma prova válida.

### 3 DA PROVA ILÍCITA

Apesar da prova ser um direito das partes, a lei impõe limitações, na busca de preservar outros relativos à vida íntima das pessoas, desta forma, só será válida a prova que estiver em conformidade com a lei.

Fator importante para o surgimento da prova ilícita é o avanço da tecnologia, ela proporcionou vários métodos para obter uma prova, por sua vez, passou-se a haver maior preocupação no que isso pudesse gerar, desta forma, foi preciso coibir todo tipo de excesso ao direito à prova proveniente do próprio Estado ou da outra parte da relação processual. Assim, o direito de privacidade tinha que ser protegido.

Surge então a prova proibida, também denominada como prova ilegal e o doutrinador Adalberto José Q. T. de Camargo Aranha (1994, p.43) apresenta o seu conceito: “É toda aquela que é defesa, impedida mediante uma sanção, impedida que se faça pelo direito. A que deve ser conservada à distância pelo ordenamento jurídico”.

A prova proibida é gênero do qual são espécies a prova ilegítima e a prova ilícita. Logo, quando a prova ocasionar uma violação de ordem processual estará diante de uma prova ilegítima, pois há ausência de requisitos na produção da prova, violando o devido processo legal e como consequência essa prova será considerada nula, podendo ser refeita ou reformada, por ser um vício sanável ou ainda afastada do processo.

Se a lesão ofender um direito material ocorrendo no momento da colheita da prova esta será ilícita, assim, o seu efeito processual será a exclusão da prova do processo por meio do incidente de desentranhamento de prova ilícita, pois em regra é considerada imprestável.

Neste seguimento, o doutrinador, Eugênio Pacelli de Oliveira (2011, p. 343) relata a função da prova ilícita:

Mais que uma afirmação de propósitos éticos no trato das questões do Direito, as aludidas normas, constitucional e legal, cumprem uma função ainda mais relevante, particularmente no que diz respeito ao processo penal, a saber: a vedação das provas ilícitas atua no controle da regularidade da atividade estatal persecutória, inibindo e quem é o grande responsável pela sua produção. Nesse sentido, cumpre função eminentemente pedagógica, ao mesmo tempo que tutela determinados valores reconhecidos pela ordem jurídica.

Outrossim, como o exposto a prova ilícita tem função de controlar tanto o poder persecutório do Estado como o indivíduo que irá produzi-la.

Também é considerada prova ilícita aquela que decorre de outra obtida por meio ilícito, assim denominado como Teoria da Árvore dos Frutos Envenenados, influencia do direito norte-americano, assim, segundo Fernando Capez “o vício da planta se transmite a todos os frutos”.

Desta forma, a prova tem aparência de uma prova lícita, porém esta derivou de uma ilícita, assim, foi contaminada, estando disposto no art. 573, § 1º do Código de Processo Penal, é igualmente proibida pelo ordenamento jurídico.

Nesses termos, deve-se admitir que em algumas circunstâncias a prova ainda que obtida com violação a norma constitucional e a lei, poderá ser aceita no processo.

Por conseguinte, teoria da descoberta inevitável é uma forma de aproveitamento da prova ilícita e ocorre quando uma nova prova é descoberta de forma independente, assim, com base nos procedimentos naturais se chegaria àquela prova de qualquer forma, estando prevista no §1º, primeira parte, do art. 157 do Código de Processo Penal.

A teoria da fonte independente ocorre quando a prova foi obtida de maneira ilícita, porém surge outra fonte agora de forma lícita que trás a mesma informação ao processo, não há nexos de causalidade entre ambas, esta teoria encontra respaldo no §1º segunda parte e §2º do art. 157 do Código de Processo Penal.

Por fim, a prova ilícita também será aproveitada nos casos onde for utilizada pela defesa, em decorrência do princípio do *favor rei*, quando este é o único meio para provar a inocência do acusado ou quando foi ele quem produziu a prova, evitando desta forma condenações injustas, pois nestes casos a liberdade do acusado e a proteção da dignidade da pessoa humana irão prevalecer sobre o poder-dever de punir do Estado.

### **3.1 A Prova Ilícita na Constituição Federal**

Dentre as garantias da Constituição encontramos no art. 5º, LVI, a vedação de prova ilícita que por sua vez é um instrumento de cumprimento da norma

constitucional, é, portanto, norma superior já que todo o ordenamento jurídico está submetido à Constituição e se relaciona com o direito processual, pois, é uma garantia ao que a Constituição estabeleceu.

No entanto, é também uma garantia constitucional, pois é um direito do indivíduo, contra abuso que podem advir do próprio Estado como dos demais sujeitos, sendo desta forma um direito fundamental.

Todavia, a doutrinadora Maria Cecília Pontes Carnaúba (2000, p. 15) apresenta dois objetivos para que houvesse a instituição da inadmissibilidade da prova ilícita:

É justamente em benefício desses dois objetivos, limitação da interferência estatal na esfera individual e dos indivíduos entre si, que a Constituição brasileira de 1988 inscreveu em seu texto o inciso LVI do art. 5º, que estabelece a inadmissibilidade das provas ilícitas no processo penal.

Destarte, os limites tem como fim assegurar outros direitos relativos a vida privada como inviolabilidade de domicílio, intimidade, imagem, honra, privacidade, sigilo, violação a integridade física e a integridade moral, tortura, tratamento desumano ou degradante, entre tantos outros.

Ao desobedecer a uma norma constitucional consequentemente nos deparamos com uma inconstitucionalidade, porém, para que assim seja considerada é necessário analisar todos os dispositivos da Constituição e não apenas um artigo de forma isolada.

Portanto, analisando o conjunto de normas da Constituição se chega à conclusão que ainda que haja violação ao direito de privacidade mesmo sendo norma constitucional, em determinados casos não configura uma inconstitucionalidade, pois prepondera sobre esta norma outras de maior valor.

### **3.2 Contexto Social Atual**

O Estado de Direito faz com que todos, sem exceção, estejam submetidos às leis, porém com o desenvolvimento humano essa situação precisa sempre estar em constantes modificações para se amoldar à evolução da sociedade, assim também ocorre com a questão da prova ilícita, que deve ser alterada conforme os novos tempos.

O passado é marcado por represálias contra os seres humanos principalmente aqueles desfavorecidos socialmente e economicamente, foi necessário adotar medidas que garantisse ao mínimo, dignidade a esses indivíduos, desta forma, surgiram várias garantias constitucionais.

O réu sempre foi visto como a parte mais fraca da relação processual, isto porque travava embate contra dois grandes órgãos que representam o poder persecutório do Estado, sendo a polícia e o Ministério Público, assim era necessário garantir a este indivíduo maior proteção, na tentativa de equilibrar essa disparidade existente.

Porém, os motivos que levaram a essa superproteção foi desaparecendo com o tempo e modernamente a realidade não é a mesma, visto que parte dos criminosos adquiriram poderes altamente lesivos, além de mecanismo de afronta ao Estado que em muitas situações o deixa de mãos atadas.

Atualmente, o réu possui tamanho poder que muitas vezes se torna igual ou superior ao do Estado e não continua sendo o mais fraco da relação jurídica, portanto, não deve receber o mesmo tratamento que a lei confere a quem está em desvantagem.

Isto posto, faz-se necessário uma flexibilização de seus direitos a começar da inadmissibilidade das provas ilícitas ao processo. Tendo em vista a nova realidade social, é necessário adequar o direito.

### **3.4 O Problema da Inadmissibilidade da Prova Ilícita**

A inadmissibilidade da prova ilícita no processo acarreta uma série de problemas sendo o fator principal à impunidade.

A doutrinadora Maria Cecília Pontes Carnaúba (2000, p. 20-21) em sua obra expõe o pensamento de que individualmente cada sujeito tem uma maneira de pensar, agir, sentir e se diferenciam com base no que lhes é agradável. A referida doutrinadora ainda usa de um exemplo prático para auferir maior clareza ao seu raciocínio:

Assim, no caso do crime de tráfico de entorpecentes, por exemplo, é fundamental, para os traficantes, que as provas colhidas por meio de

escutas instaladas em locais habituais de reunião sejam consideradas ilícitas por violação de sua privacidade, pois sem essa garantia o crime estaria mais facilmente sujeito a punição. Antagonicamente, a admissibilidade dessa mesma prova no processo penal é muitas vezes imprescindível para os policiais e aplicadores da lei, a fim de evitar a impunidade, que é danosa ao equilíbrio social e inviabiliza um dos propósitos do Estado de Direito, que é a promoção da justiça.

É imperioso afirmar que é uma conduta inerente ao ser humano buscar aquilo que lhe é favorável, isso, porém também interfere na relação da admissibilidade ou não de uma prova ao processo, pois sob óticas diferentes, cada pensamento irá entender de maneiras distintas, no entanto, o que não pode acontecer é que um interesse individual venha prevalecer sobre o coletivo.

Desta forma, integrada ao individualismo aqueles que infringem a lei e ao mesmo tempo são amparadas pela mesma sob o argumento que estão sofrendo lesão ao seu direito de privacidade.

Todavia, não se deve esquecer de que uma coletividade, no qual faz parte o corpo social, sofre com as práticas delituosas que a cada dia se tornam mais bárbaras e tem sua dor ainda mais acentuada pelo sentimento de injustiça caracterizado pelas impunidades.

Logo, não é medida de justiça deixar de condenar práticas criminosas de alto poder lesivo a sociedade usando o argumento de que uma prova é ilícita, pois violou a intimidade de um criminoso, a violação sofrida pela coletividade não deve simplesmente ser deixada de lado, diversamente deve prevalecer.

A privacidade perde seu sentido de direito que o indivíduo tem e passa a ser uma máscara que irá garantir a impunidade e com isso a sociedade sofre restrição ao direito à vida, patrimônio, segurança dentre tantos outros.

É de suma importância destacar que a inadmissibilidade das provas ilícitas acarreta afronta aos direitos previstos no art.3º da Constituição Federal, que por sua vez é mais relevante e que, no entanto é muitas vezes esquecido.

Outrossim, o art. 3º da Constituição Federal prescreve:

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Assim, se a prova não for aceita estaremos diante de uma exclusão a esse direito também constitucional, ora, desta maneira, há violação também ao parágrafo 2º, art.5º da Carta Magna, que não admite essa exclusão:

§ 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

A prova ainda que obtida por violação ao direito de privacidade deve ser admitida quando for relevante para a concretização da justiça, pois se está diante de um direito de maior relevância, característica inerente ao Estado de Direito.

Encontramos ainda o problema que os magistrados enfrentam por irem contra a sua convicção ao proferir uma sentença, e apesar da certeza de autoria e materialidade do crime não podem usar a prova ilícita para sustentar sua decisão, sob pena de nulidade do ato.

A vedação presente no art. 5º, LVI deve ser vista como regra geral, assim, não se deve intervir no direito de privacidade do indivíduo quando se tem outros mecanismos para obter a prova, porém de forma excepcional, sendo este o único meio para comprovar fato delituoso de grande potencial lesivo não deve deixar de ser empregado.

A situação de muitas famílias hoje no Brasil é de extrema pobreza, a ponto de não possuírem moradia e habitar em locais públicos. Para esses sujeitos não existe o direito de privacidade tanto que ao cometerem um crime todas às provas agrupadas são consideradas lícitas, ora, nestes casos o Estado executa sua atividade persecutória.

Porém outros indivíduos recebem tratamentos diferenciados e são acobertados pelo argumento da privacidade, ainda que evidente a autoria e materialidade do crime. Assim, a persecução penal é aplicada de forma diferente a esses indivíduos não atingindo o princípio fundamental da isonomia, portanto, nos deparamos com um uso errado deste direito além de um descaso ao direitos previstos do art. 3º da Constituição Federal.

A inadmissibilidade de prova ilícita atinge também a indisponibilidade da ação penal pública, no entanto é obrigação do Ministério Público oferecer denúncia em casos em que há indício de crime e autoria, porém se encontra limitado se esses indícios tiverem como base uma prova violadora do direito de privacidade.

O legislador constituinte optou pela segurança jurídica que se refere à previsibilidade e imutabilidade da decisão, no entanto este princípio é atacado pela vedação da prova ilícita geradora de impunidade, assim, o agrupamento social não deve ter a previsibilidade de que determinado crime não poderá ser punido, pois o meio de prova hábil está envolto em um uso exacerbado ao direito de privacidade. Desta forma a lei deve atingir a todos que se encontra em situações previstas por ela.

Aparentemente encontramos um contraste entre o interesse de punir do Estado e o respeito a dignidade dos cidadãos, sendo dois direitos igualmente protegidos pela Constituição.

Há de se admitir que em casos de delitos de grave poder danoso, é necessário aceitar a prova ao processo ainda que obtida por meio de uma violação de privacidade, a exemplo, podemos citar delitos cometidos por organizações criminosas, tráfico de drogas e delitos lesivos ao erário público, crime de tamanha monta que impossibilita o fim do Estado Democrático de Direito em atingir os seus objetivos.

Com sabedoria a doutrinadora Maria Cecília Pontes Carnaúba (2000, p.88) afirma essa necessidade:

Em casos dessa natureza, inadmitir intransigentemente no processo provas obtidas ilicitamente, a respeito de danos criminosos ao erário público e ao tráfico ilícito de entorpecentes e substâncias psicotrópicas, significa proteger o abuso do direito à privacidade de alguns criminosos, em detrimento do direito de outros cidadãos a uma existência compatível com a dignidade humana. Tal injustiça é ainda mais gritante quando se sabe que, na maioria desses casos, somente através de meios ilícitos é possível obter provas de tais crimes.

Sendo assim, medidas precisam ser tomadas para que esse sentimento de injustiça não seja gerado.

## **4 TEORIA DA PROPORCIONALIDADE**

Com relação ao problema ocasionado pela inadmissibilidade da prova ilícita no processo, faz-se necessário uma medida com o condão de trazer uma solução ao tema.

Assim, é imprescindível o uso do princípio da proporcionalidade, também denominado pela doutrina como princípio da razoabilidade ou proibição de excesso, que deriva do Estado Democrático de Direito.

Conforme as várias denominações a doutrina ainda diverge entendimento se a proporcionalidade seria ou não um princípio ou um postulado normativo.

Surge então à necessidade de diferenciar postulado normativo de princípio, assim, o postulado normativo tem como objetivo solucionar conflito entre princípios, já os princípios são aqueles que direcionam ao estado ideal que se quer atingir, sem propor os meios necessários para atingir este ideal.

Portanto, com base no que foi salientado, no presente trabalho a proporcionalidade será tratada como postulado normativo, já que tem como papel fundamental a solução de conflito entre princípios.

Assim a terminologia não será o mais importante e sim a sua natureza, sendo de postulado normativo.

Portanto é através da ponderação que se chegará a um consenso na aparente colisão de direitos fundamentais, no entanto, a referida teoria deve ser aplicada de forma excepcional para delitos graves.

Não obstante, o objetivo é fazer com que a proporcionalidade seja aplicada para que determinados delitos de grave potencial lesivo possam ser julgados e consequentemente os acusados condenados trazendo a sociedade um senso de justiça, para que aniquile o acobertamento desses sujeitos no uso errôneo do direito à privacidade.

Desta maneira, o doutrinador Fernando Capez (2013, p. 367) salienta:

Assim, surgindo conflito entre princípios fundamentais da Constituição, torna-se necessária a comparação entre eles para verificar qual deva prevalecer. Dependendo da razoabilidade do caso concreto, ditada pelo sensu comum, o juiz poderá admitir uma prova ilícita ou sua derivação, para evitar um mal maior, como por exemplo a condenação injusta ou a impunidade de perigoso marginal.

A referida teoria deriva do direito alemão, que faz uma análise entre os bens jurídicos tutelados e conflitantes no qual deverá prevalecer o bem jurídico com maior valor, desta forma, se trabalha com a ideia de “sacrifício”, assim a prova ilícita será aceita se o direito violado pelo crime for mais relevante.

A vista disso, o fim almejado pela proporcionalidade é viabilizar um equilíbrio, portanto é de grande importância sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro.

A proteção à vida privada continua a ser tutelada, mas não o seu excesso, porém resta salientar que essa deve ser uma medida excepcional, direcionada apenas a casos de extrema gravidade.

Porém de início o uso da teoria da proporcionalidade ocasionou um problema, pois pode ser aplicado para qualquer uma das partes da relação processual, assim o magistrado poderia fundamentar qualquer tipo de decisão de forma arbitrária, causando insegurança jurídica.

O juiz, porém ao realizar uma análise casuística não poderá decidir de forma arbitrária, determinando apenas conforme seu entendimento quais os casos em que considera no embate de direitos o mais relevante, pois, deverá se amparar em três subprincípios, sendo estes a necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito.

Assim, o doutrinador Humberto Ávila (2004, p. 205) relata as submáximas da proporcionalidade:

O postulado da proporcionalidade aplica-se nos casos em que exista uma relação de causalidade entre um meio e um fim concretamente perceptível. A exigência de realização de vários fins, todos constitucionalmente legitimados, implica a adoção de medidas adequadas, necessárias e proporcionais em sentido estrito.

O subprincípio da necessidade transmite o entendimento de que não existe outra maneira com a mesma eficácia capaz de não atingir aquele direito fundamental ou atingir de forma menos gravosa.

A adequação vem informar que a medida adotada, por sua vez restringe um direito fundamental, porém é hábil para atingir a sua finalidade.

Já a proporcionalidade em sentido estrito faz a análise se o resultado alcançado é proporcional ao meio utilizado, concretizando a ponderação, assim, há um sopesamento de valores, portanto, aquele que tiver maior peso, ou seja, importância, irá prevalecer.

Assim, a valoração de uma prova em lícita ou ilícita deverá superar essas três etapas acima mencionadas, não sendo desta forma aplicada conforme entendimento e vontade do magistrado.

Outrossim, é de suma importância retratar que o parágrafo 2º do art. 5º da Constituição Federal, aplica o princípio da proporcionalidade, em decorrência que nenhum direito poderá ser excluído por outro direito igualmente protegido pela Constituição, desta forma, a vedação da prova ilícita não poderá excluir a tutela da segurança social.

Além do mais, é dever do Estado dar a devida proteção à sociedade, portanto considerando a vedação da prova e conseqüentemente a absolvição do réu o Estado não cumpre a sua função e desta forma oferece proteção deficiente.

O referido princípio possui uma dupla face e já vem sendo aceito e utilizado de forma pacífica em favor do réu, porém, a proporcionalidade também vem sendo utilizada *pro societate*, na busca de proteger os direitos relativos à coletividade, porém sua aceitação deve ser intensificada, tendo em vista que é meio para proteção dos direitos universais do corpo social.

## **5 CONCLUSÃO**

É plausível afirmar que a vedação da prova ilícita não é um direito absoluto, assim, sua utilização se faz necessário para possibilitar a condenação de criminosos que causam terror, medo e afrontam a cada dia o poder persecutório do Estado.

Modernamente o acusado não se encontra em posição de inferioridade, portanto não deve receber tanta proteção da lei, quem por sua vez é atingido e se encontra em desprivilegio é a coletividade, assim, na defesa por seus interesses é imprescindível dar mecanismos punitivos ao Estado.

Portanto, uma forma de possibilitar a condenação desses elementos seria a admissibilidade da prova ilícita ao processo penal, e sua justificativa teria como base a teoria da proporcionalidade. Insta que, para a sua aplicação, o magistrado deve sempre analisar as submáximas da necessidade, adequação e a proporcionalidade em sentido estrito.

Ante o exposto, é mister afirmar que a ponderação seria mecanismo para redução da impunidade e traria legados em imensas dimensões, tanto ao que se refere a questão da segurança pública, quanto a asseguaração de direitos dos cidadãos.

## REFERÊNCIAS

ARANHA, Adalberto José Q. T. de. **Da Prova no Processo Penal**. 3. Ed. Atual. E ampl. – São Paulo: Saraiva, 1994.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 4. Ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas Ilícitas: Interceptações Telefônicas e Gravações Clandestinas**. 2. Ed. rev. atual. E ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

BARROS, Antonio Milton de. **Da Prova no Processo Penal: Apontamentos Gerais**. – São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2001.

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

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 19. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CARNAÚBA, Maria Cecília Pontes. **Prova ilícita**. – São Paulo: Saraiva, 2000.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. **Teoria Geral do Processo**. 29<sup>o</sup> ed. - São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. 2. Ed. rev. e atual. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**, 15<sup>o</sup> ed., rev. E atual. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

PRADO, Fabiana Lemes Zamalloa do. **A Ponderação de Interesses em Matéria de Prova no Processo Penal**. – São Paulo: IBCCRIM, 2006.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 35<sup>o</sup> ed. revista e atualizada – São Paulo: Saraiva, 2013.