

A ILICITUDE DAS PROVAS NO PROCESSO PENAL E O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Mateus Garrido FERREIRA¹
Amanda Mikaela DE SOUSA²

RESUMO: A intenção deste estudo é compreender melhor os aspectos jurídicos acerca de um instituto do Direito Processual Penal, parte fundamental para o exercício de princípios fundamentais, como o contraditório e a ampla defesa. As provas são elementos essenciais no processo e faz-se necessário analisar a sua utilização, principalmente no que tange à extensão de seus meios. Sabe-se que o processo penal traz limitações relacionadas ao tema, tendo em vista que, por muitas vezes, os meios utilizados como fonte probatória conflitam com outros direitos. O que se busca é estabelecer a proporcionalidade dentro deste cenário conflituoso, sendo certo que a questão envolvendo as provas ilícitas no processo penal é objeto de discussão doutrinária e jurisprudencial. A técnica de pesquisa escolhida para o estudo foi a bibliográfica, na qual buscou-se informações em livros, sites, doutrinas, para o melhor entendimento acerca do tema.

Palavras-chave: Ilicitude. Provas. Proporcionalidade.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo voltar os olhos para uma problemática que circunda o instituto das provas no Processo Penal. Importante tratar sobre a relevância deste instituto, tendo em vista que se trata de um elemento que integra a convicção do juiz com a causa. O Processo Penal, por sua vez, é constituído por normas e princípios, objetivando aplicação da lei penal, cristalizando, portanto, a legitimidade.

A Constituição Federal de 1988 inovou em diversos aspectos e limitou a atuação do Estado, assegurando direitos aos cidadãos. Contudo, é notório que os direitos não são absolutos, havendo a necessidade de direitos e deveres serem compatíveis.

¹Discente do 3º ano do curso de direito do Centro Universitário “Antônio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente. E-mail: mats.fga@hotmail.com

²Discente do 5º ano do curso de direito do Centro Universitário “Antônio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente. E-mail: amanda-mikaela@hotmail.com

Além dos inúmeros direitos fundamentais assegurados constitucionalmente, a Carta Magna também estabelece expressamente a proibição de se utilizar provas no processo, obtidas por meios ilícitos, com base no artigo 5º, inciso LVI. No mesmo sentido, dispõe o artigo 157 do Código de Processo Penal, que determina que as provas ilícitas sejam desentranhadas do processo.

Por vezes, há uma dicotomia, um conflito entre um direito existente frente a uma prova considerada ilícita. Deste modo, é certo que a regra constitucional estabelece que é proibido o uso de provas obtidas por meios ilícitos no processo, contudo, observando os casos concretos, o Judiciário enfrenta situações peculiares que acabam resultando na aceitação de provas ilícitas, levando em consideração a situação do caso em questão e a norma da Constituição.

Por esta razão, busca-se por meio desta pesquisa realizar uma análise sobre o instituto das provas, tratando a respeito de suas vedações, bem como situações excepcionais situações em que é cabível a relativização de suas proibições, tomando como base a proporcionalidade.

Faz-se necessário compreender, inicialmente, o que são as provas em um contexto geral, com sua conceituação e contexto histórico, além da sua classificação. Ademais, o presente estudo trata, especificamente, das provas ilícitas, fazendo um paralelo com o princípio da proporcionalidade, com o objetivo de compreender até que ponto é proporcional determinar a ilicitude das provas e a utilização das provas ilícitas.

2 DAS PROVAS NO PROCESSO PENAL

Por meio das provas em um processo é possível determinar ou demonstrar a veracidade de um fato, a fim de influenciar o livre convencimento do juiz. O que se objetiva em um processo é chegar o mais próximo possível da verdade real.

Geralmente, a produção de provas é realizada em uma fase judicial, permitindo, assim, o exercício de princípios basilares do contraditório e ampla defesa. A partir destes princípios, é garantido às partes que participem de forma

efetiva na formação da convicção do juiz, demonstrando argumentos em seu favor e demonstrando-os nos limites legais.

Importante tratar sobre o significado das provas, as alterações legislativas a respeito do tema e, principalmente, os meios que lhe dizem respeito.

Como se sabe, o direito à prova tem fundamento constitucional, porém, não é absoluto, apresentando limites em relação aos seus meios e objeto.

2.1 Contexto histórico

Inicialmente, é importante mencionar a origem da palavra “prova”, com o objetivo de proporcionar o seu entendimento como conceito jurídico. Tem como origem no latim, *probatio* do verbo *probare*, que tem como significado todo elemento que possa levar ao conhecimento de um fato, ou seja, demonstrar, reconhecer.

A fim de convencer o magistrado, as partes devem demonstrar por meio da produção de provas, objetivando chegar à verdade do alegado, para saber se realmente ocorreu o fato debatido.

Neste sentido, conceitua o autor Nestor Távora (2009, pag.308):

Prova é tudo aquilo que contribui para a formação do convencimento do magistrado, demonstrando os fatos, atos, ou até mesmo o próprio direito discutido no litígio. Intrínseco no conceito está a sua finalidade, o objetivo, que é a obtenção do convencimento daquele que vai julgar, decidindo a sorte do réu, condenando ou absolvendo.

Partindo para a análise do contexto histórico das provas, o autor C.J.A Mittermaier, em sua obra “Tratado da prova em matéria criminal” (2008, pg. 25), revela:

Entre todos os povos, mesmo os ínfimos na escala da civilização, têm curso certas noções sobre a economia da prova, conseqüentemente sobre os meios dados ao acusador e ao acusado para convencerem ao juiz da verdade de suas alegações, meios de prova sobre que se pode firmar uma sentença.

Contudo, é importante ressaltar que, nos primórdios do Direito, a figura da prova era ausente, tendo em vista que nas resoluções de conflitos se verificava a disputa de forças, na qual o mais forte era o vencedor. Somente a partir da evolução da sociedade e do Direito, que os primeiros mecanismos de prova começaram a aparecer.

Nas civilizações mais antigas, os meios de prova para demonstrar os fatos tinham relação direta com a religião, tendo em vista que consideravam como lei a vontade divina. Um exemplo conhecido por meio do sistema de julgamento religioso são as ordálias, um tipo de prova que determinava a culpa ou a inocência do indivíduo, através dos elementos da natureza e o resultado era como uma interpretação de um juízo divino. Esse sistema acabou se aprimorando na Idade Média.

Na fase do pré-cristianismo, não havia uma regulamentação específica para o processo nas variadas sociedades, contudo, não possuía limitações como vemos atualmente, então, permitia-se a obtenção de provas, inclusive por meio de métodos desumanos, especialmente a tortura, e isso se dava em quase todos os povos antigos.

Em relação aos gregos, o acusado necessitava encontrar provas para sua defesa e fizesse um juramento, prometendo dizer a verdade. Era permitida a tortura também, contudo, esse método era utilizado de início, somente contra os escravos. Além disso, era o povo quem pronunciava as decisões, não sendo possível uma apresentação jurídica das provas.

A legislação de Moisés, ou seja, mosaica, possuía como princípio o fato de que ninguém poderia ser condenado somente por conta de confissão. Importante ressaltar que o povo hebreu foi o primeiro que adquiriu o interrogatório como um meio de defesa.

Ademais, um importante registro sobre regras atinentes à produção de provas é o Código de Hamurabi, datado de 1750 a.C, que evidenciava a grande influência da lei do Talião: “olho por olho, dente por dente”. Em contrapartida, o Código de Manu, dos indianos, formulado séculos depois do Código de Hamurabi, tratava sobre prova testemunhal. Houve nele um dos mais antigos registros no que se refere a prova proibida, tendo em vista que, caso um homem reconhecidamente apaixonado por uma mulher se apresentasse à corte em julgamento, as palavras dele não mereciam fé pública.

No que diz respeito ao direito romano, privilegiava-se o livre convencimento do juiz e a prova tinha valor moral. O processo penal em Roma passou por fases e para melhor compreendê-las, faz-se necessário diferenciar o período republicano do imperial.

No período republicano em Roma, o cidadão poderia fazer acusações e para isso, era concedida a *Lex*, que permitia a acusação e dava poderes para realização de investigações. O processo possuía contraditório e se o acusado confessasse era condenado. Além disso, caso a testemunha se recusasse a depor, sofreria sanções. Posteriormente, houve a queda da República e o advento do período imperial, trazendo consigo modificações no procedimento. No que tange ao sistema probatório, vigorou o *cognitio extra ordinem*, que utilizava-se da tortura para obter confissão, tendo em vista que a confissão era preciosa. Com as invasões bárbaras, o processo penal em Roma passou a ter influência dos costumes germânicos.

O iluminismo também teve fortes influências por conta dos ideais de liberdade e fim da escravidão, reprovando o sistema inquisitivo, que tinha como linha de frente idealizadora, personagens como Montesquieu e Voltaire. Por meio desses ideais iluministas, entendia-se que era necessária a reunião de provas que demonstrassem que o indivíduo havia infringido a lei.

A primeira proibição de tortura se deu na Itália e posteriormente, outros países passaram a seguir o mesmo exemplo. A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, que surge por conta da Revolução Francesa, passou a reconhecer a necessidade da demonstração efetiva da prática de um crime para haver responsabilização, instituindo, portanto, o estado de inocência.

Em relação ao Brasil, no período colonial o ordenamento jurídico era completamente influenciado por Portugal, estabelecendo como parâmetro a utilização das Ordenações Filipinas, Manoelinas e Afonsinas que possuíam muita influência da Igreja.

Porém, somente após a independência e com o surgimento da Constituição Brasileira de 1924 passou-se a tratar sobre o princípio da legalidade, mas ainda havia o infeliz fenômeno da escravidão e a lei não se aplicava aos escravos, pois não eram considerados cidadãos. Contudo, trouxe evoluções no sentido de abolir torturas e açoites. Finalmente, em 1832 foi elaborado o primeiro

Código de Processo Criminal, que foi liberal e estabeleceu garantias de defesa aos acusados.

Ao longo do tempo, o Brasil passou por diversas alterações legislativas, com seguidas mudanças de Constituição e cada vez mais se passou a garantir direitos aos cidadãos na tentativa de estabelecer direitos igualitários.

Finalmente, com o advento da Constituição de 1988, denominada de “Constituição Cidadã”, pôde-se fixar os parâmetros que o ordenamento, no âmbito penal, possui atualmente, no que diz respeito ao assunto das provas. Nota-se, a partir da leitura da própria Constituição, que o direito à prova tem íntima relação com o princípio do contraditório e da ampla defesa. Alguns doutrinadores defendem, inclusive, que o direito fundamental à prova possui fundamento no artigo 5º, inciso LV, da Constituição.

2.2 Classificação e meios de prova

De uma forma tradicional, a classificação das provas se dá levando em consideração três critérios básicos: subjetivo, objetivo e formal.

Inicialmente, no que se refere à subjetividade, há duas realidades que estão relacionadas aos vestígios deixados pelo fato ocorrido, fazendo surgir, portanto, as provas reais ou morais.

O autor Fernando Capez, a respeito disso menciona (CAPEZ, 2006, p.307):

Real: são as provas consistentes em uma coisa externa e distinta da pessoa e que atestam dada informação. Pessoal: são aquelas que encontram a sua origem na pessoa humana consistente em afirmações pessoais e conscientes, como as realizadas através de declaração ou narração do que se sabe.

Em relação ao critério objetivo, trata-se do fato que é demonstrado por meio de uma prova direta, quando por si só demonstra um fato, ou através de uma prova indireta, que é obtida por fatos de natureza secundária.

Em sua obra, “Provas ilícitas no processo penal” (PRADO, 2006), o autor Leandro Cadenas Prado afirma sobre as provas diretas e indiretas o seguinte:

A prova direta é aquela que se refere ao fato a ser provado, ao objeto da prova (pessoa ou coisa), àquilo que se quer verificar. Assim, é prova direta do crime de falsificação de documento a exibição do próprio falsificado. Indireta, por outro lado, é aquela relativa a outros fatos, dito indícios. Estes, no seu conjunto, poderão levar a alguma conclusão útil para provar o que se pretende.

Ainda, segundo o autor Leandro Prado na obra supramencionada, em relação à forma, a prova pode ser testemunhal, documental, pericial e material. A respeito delas, ele define:

A primeira consiste na oitiva da pessoa que pode acrescentar algum dado novo à questão, confirmando ou negando algo que foi alegado. Pode ser o próprio interessado (ofendido ou acusado), ou terceiro. A prova pericial é produzida por terceiro especialista, que auxilia o juízo com questões técnicas próprias de sua arte, que refogem do conhecimento do julgador, limitado à esfera jurídica. Cite-se uma análise contábil que demonstre a prática de um crime tributário. Documento é uma afirmação pessoal, feita de forma consciente e escrita, com o objetivo de reproduzir a verdade do que se afirma. Exemplifique-se com um recibo escrito que pode fazer prova de pagamento negado. De forma simplista, tem-se que a prova material consiste no próprio objeto, coisa que se afirma. É a arma do crime, por exemplo.

O autor ainda fala sobre as provas emprestadas, que são as provas produzidas em outro processo, seja ele criminal ou não, que é emprestada a outro processo se tornando uma prova documental.

Na seara dos meios de prova é importante salientar que o Código de Processo Penal traz, dos artigos 155 a 250, os meios de prova existente, porém, não são taxativos. A doutrina acaba se encarregando de organizar os tipos de prova existentes. O autor Leonardo Prado define os meios de prova:

É o instrumento que se usa para provar aquilo que se alega, não existindo, em regra, limitações para o exercício dessa faculdade, sempre com vistas a se aproximar da verdade dos fatos, garantindo o contraditório e a ampla defesa.

No mesmo sentido, o autor Tourino Filho (2009, p.524) conceitua os meios de prova: “É tudo quanto possa servir, direta e indiretamente, à comprovação

da verdade que se procura no processo: testemunha, documento, perícia, [...], tudo são meios de prova”.

Há, portanto, uma liberdade probatória, mas que conta com restrições. A restrição mais importante delas é a proibição do uso de provas obtidas por meios ilícitos.

3 DAS PROVAS ILÍCITAS

Como já mencionado, o ordenamento jurídico brasileiro estabelece direitos e deveres a todos os cidadãos, impondo limites e determinando regras para exercitá-los. Não seria diferente com a produção das provas, que devem se ater às previsões legais.

Nesta toada, é necessário conhecer e analisar um pouco mais a fundo as provas ilícitas, a fim de melhor compreender a sua importância e o posicionamento majoritário atual a respeito da matéria.

3.1 Distinção entre prova ilícita e ilegítima

Como é possível perceber a palavra “ilícita” não é sinônimo de “ilegítima”. Essa diferenciação é muito importante para que se possa organizar as ideias, pensamentos e principalmente a maneira com que se lida com elas.

A professora Ada Pellegrini Grinover desposou a teoria que diferencia perfeitamente esses dois tipos de prova, chamada “Teoria das provas ilegais”. Nesta, a diferenciação é clara e precisa:

A prova é ilegal toda vez que sua obtenção caracterize violação de normas legais ou princípios gerais do ordenamento, de natureza processual ou material. Quando a proibição for colocada em lei processual, a prova será ilegítima (ou ilegitimamente produzida); quando ao contrario, a proibição for de natureza material, a prova será ilicitamente obtida.

Outros doutrinadores também defenderam a teoria supracitada, dando uma visibilidade ainda maior para tal posicionamento. Conforme Alexandre de Moraes:

As provas ilícitas não se confundem com as provas ilegais e as ilegítimas. Enquanto 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 no ordenamento jurídico.

É importante salientar que o legislador brasileiro tentou inserir essa teoria no nosso Código de Processo Penal, através do artigo 157. Porém, por falta de técnica gramatical, a redação deste dispositivo ficou equivocada, vejamos:

Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais. (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008).

A frase “violação a normas constitucionais ou legais” leva a interpretação que toda e qualquer prova que viole uma norma legal, seja ela material ou processual, tem roupagem de prova ilícita devendo ser desentranhada do processo. Infelizmente a teoria não preconizava isto, pois as provas ilegais deveriam ter um tratamento diferente das provas ilícitas, ou seja, elas não precisariam ser desentranhadas do processo, uma vez que seu índice perigoso é muito menor. Felizmente a nossa jurisprudência vem se pacificando no sentido de adotar esta teoria e conferir tratamentos diferentes as provas ilegais, assim como esperado.

3.2 Inadmissibilidade das provas ilícitas

Por influência da jurisprudência americana, precursora da teoria da inadmissibilidade, a nossa Constituição Federal entendeu, através do artigo 5º, LVI,

que as provas obtidas por meio ilícito são inadmissíveis no processo. É possível perceber que a prova não se torna nula, mas sim inaceitável. Sendo assim, interpretando o supracitado artigo de maneira literal, mesmo que a prova possua grande relevância para a solução do caso, se for obtida de maneira ilícita, não é aceitável e se trazida aos autos do processo deve ser imediatamente desentranhada.

Assim entende Renato Brasileiro de Lima:

Portanto, pode-se dizer que, no ordenamento pátrio, por mais relevantes que sejam os fatos apurados por meio de provas obtidas por meios ilícitos, estas não podem ser admitidas no processo. Se, mesmo assim, uma prova ilícita for juntada ao processo, surge o direito de exclusão, a ser materializado através do desentranhamento da referida prova dos autos.

Um ponto importante a ser ressaltado é em relação ao juiz competente, que tem acesso a uma prova ilícita nos autos processuais. Antigamente, a doutrina e jurisprudência majoritariamente entendiam que aqueles magistrados que tivessem acesso a provas ilícitas, antes de proferir a sentença, deveriam declarar a sua suspeição e assim se tornar incompetentes para continuar tocando aquele processo. Isso criou certa insegurança nos dias atuais, uma vez que, se determinada parte processual não gostasse do juiz ou então entendesse que ele lhe ofereceria risco de sucumbir no processo, bastava inserir uma prova ilícita, ainda que forjada, para que o julgador se contaminasse e tivesse que deixar o processo. Nos dias atuais, a jurisprudência se pacificou entendendo que não é mais necessário que o magistrado se declare suspeito, podendo tocar o processo normalmente, mesmo tendo acesso a provas ilícitas inseridas nos autos do processo.

Vale citar a teoria dos frutos da árvore envenenada (*fruits of the poisonous tree*), esta que também surge no direito americano, mais precisamente a partir da decisão do caso “*Siverthorne Lumber Co. vs. United States*”, no ano de 1920. A partir daí as cortes americanas passaram a filtrar as provas que iam para o processo. O Brasil reconheceu esta teoria que diz que a partir do momento que uma prova é obtida por meio ilícito, todas aquelas que advierem daquela prova ilícita estarão contaminadas.

Com todas essas informações pode-se afirmar que a posição da doutrina é amplamente dominante no sentido de que as provas ilícitas são

inadmissíveis no processo penal. Contudo, existe um ponto que ainda conflita muito neste cenário, que é quando se trata sobre o princípio da proporcionalidade.

4 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Este princípio vem fornecer um contraponto em relação à aceitação das provas ilícitas dentro do direito processual penal. Em outras palavras, vem para equilibrar o agir imoderado do poder público em relação às provas ilícitas.

4.1 Conceito e origem histórica

O princípio da proporcionalidade se originou na Alemanha, em seus tribunais federais, quando julgavam casos de extrema relevância que continham provas ilícitas inseridas, necessitando então de uma análise proporcional entre a prova ilícita e a resolução do caso em concreto. Segundo a obra “As nulidades no processo penal”, da autora Ada Pellegrini Grinover:

É importante observar que o princípio alemão da proporcionalidade recorda a construção jurisprudencial da razoabilidade, tão importante e significativa nas manifestações da Suprema Corte americana.

Este princípio não foi expressamente previsto na Constituição Federal brasileira de 1988, mas podemos dizer que ele está presente em todo o nosso ordenamento, uma vez que dá a ideia de equilíbrio e ajuste de desproporções.

Há uma grande confusão em nossa doutrina, pois alguns autores dizem que o princípio da proporcionalidade é o mesmo que o da razoabilidade. Porém, Guerra Filho expõe a diferença e traz um conceito bom dos dois institutos:

O princípio da proporcionalidade é originário do direito alemão, e não pode ser confundido, como ultimamente vem acontecendo entre nós, com o princípio da razoabilidade de origem anglo-saxônica, pois não apenas são

diversos em sua destinação, como são verdadeiramente incomensuráveis. A desobediência ao princípio da razoabilidade significa ultrapassar irremediavelmente os limites do que as pessoas em geral, de plano, considerariam aceitável, em termos jurídicos. É um princípio com função negativa. Já o princípio da proporcionalidade tem uma função positiva a exercer, na medida em que pretender demarcar aqueles limites, indicando como nos mantermos dentro deles.

Segundo o autor Paulo Queiroz (2005, p.36), a concepção a respeito do princípio retro mencionado é ampliada sob a ótica de três aspectos. O primeiro deles se trata da proporcionalidade abstrata que, de acordo com o autor, dá-se quando o legislador define as sanções mais convenientes e estabelece o grau das penas cominadas aos delitos; posteriormente, a proporcionalidade concreta, feita pelo julgador ao aplicar a pena; por fim, há também a proporcionalidade executória, que ocorre na fase da execução penal. Então, segundo Paulo Queiroz, a proporcionalidade se destina ao legislador, juiz e os responsáveis pela execução da pena.

Em suma, o princípio da proporcionalidade diz respeito ao equilíbrio entre as partes. Sabe-se que o equilíbrio é fundamental para qualquer tipo de situação, sendo ela jurídica ou não.

4.2 Admissibilidade das provas ilícitas e o princípio da proporcionalidade

No direito processual brasileiro temos duas modalidades de apresentação das provas ilícitas, em outras palavras, tanto o réu quanto o autor da ação, incluindo o poder público, podem apresentar uma prova ilícita dentro de um processo penal, de maneira excepcional.

Em se tratando de prova ilícita apresentada pelo réu, ou como a doutrina costuma chamar, as provas ilícitas *pro reo*, a jurisprudência harmonicamente tem admitido a utilização dessas provas com intuito de inocentar o acusado, tudo isso em respeito ao princípio da proporcionalidade visto anteriormente. É notório que o Estado não pode punir alguém única e exclusivamente pelo fato de sua inocência ter sido provada através de uma prova

obtida por um meio ilícito, assim como explicita muito bem Renato Brasileiro de Lima:

Entende-se que o direito de defesa (CF, art. 5º, LV) e o princípio da presunção de inocência (CF, art. 5º, LVII) devem preponderar no confronto com o direito de punir. De fato, seria inadmissível que alguém fosse condenado injustamente pelo simples fato de sua inocência ter sido comprovada por meio de uma prova obtida por meios ilícitos. Noutro giro, ao Estado não pode interessar a punição de um inocente, o que poderia acarretar a impunidade do verdadeiro culpado. Além disso, quando o acusado pratica um ato ilícito para se defender de modo efetivo no processo penal, conclui-se que sua atuação não seria ilícita, eis que amparada pela legítima defesa, daí porque não seria possível concluir-se pela ilicitude da prova.

Entretanto, o grande embate circunda sobre um assunto que ainda gera conflitos doutrinários, qual seja o uso das provas ilícitas *pro societate*. Neste sentido, pode-se defini-las como provas produzidas em favor da sociedade, onde se tem como base o princípio da isonomia, levando em consideração a possibilidade de utilização das provas em favor do réu, estabelecendo a igualdade substancial na persecução penal.

Nesta toada, o princípio da proporcionalidade também embasa a permissão da utilização de tais provas, admitindo-as em certas ocasiões, ainda que eivadas de ilegalidade, tendo em vista que o que se busca tutelar é o interesse de um grande grupo.

Em que pese às inúmeras teorias criadas em relação às provas ilícitas *pro societate* a ampla e majoritária doutrina se posiciona em relação à produção e utilização dessas provas somente em casos extremos, de necessidade inadiável e incontornável, sob a alegação de violação de direitos fundamentais, fazendo com que a Constituição Federal seja ignorada em seu artigo 5º, inciso LVI. Neste sentido, se posiciona o autor Barbosa Moreira:

Essa admissibilidade da prova ilícita *pro societate* somente seria possível em situações extremas, sob pena de se conferir ao Estado legitimidade ampla e irrestrita para violar direitos fundamentais, tornando letra morta o preceito constitucional que prevê a inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos.

No mesmo, entende a autora Fabiana Lemes Zamalloa do Prado, em sua obra “A ponderação de interesses em matéria de prova no Processo Penal”:

Em matéria de prova ilícita, é predominante, no Brasil, a corrente que não admite a invocação do princípio da proporcionalidade para a admissão, no Processo Penal, da prova ilicitamente produzida, seja por agentes estatais ou particulares, salvo de *pro reo*.

A autora continua dissertando a respeito de seu posicionamento quanto à invocação do princípio da proporcionalidade para autorizar prova com violação:

Nesses casos, a invocação do princípio da proporcionalidade para autorizar a realização da prova com violação, *exempli gratia*, do direito à intimidade do acusado ou do direito ao silêncio, ou, ainda, para a admissão da prova produzida, sem autorização judicial, com violação desses direitos, não se revela legítima, pois o interesse de punir estatal é um interesse deslegitimado e, portanto, indigno de ser levado à balança da ponderação com um bem ou direito efetivamente protegido pela Constituição Federal de 1988.

Todavia, é importante voltar os olhos para outro posicionamento importante que contraria os entendimentos supracitados. Inicialmente pode-se citar a grande influência no processo penal do princípio da busca pela verdade real, tanto no processo quanto nas decisões judiciais. Tal princípio elenca a necessidade de que todos os juízes e aplicadores do direito devem, imprescindivelmente, aproximar-se da verdadeira realidade dos fatos apresentados, de maneira a buscar indícios e provas que demonstrem aquilo que está sendo alegado por ambas as partes.

Em consonância com a busca pela verdade real, há a liberdade probatória. Certo é que essa liberdade não é e nem deve ser irrestrita, contudo, à luz do código de processo penal, nota-se que o rol que estabelece as provas não é taxativo, sendo meramente exemplificativo. Assim, vislumbra-se que, como o objetivo é a verdade real, é necessário haver liberdade para reconstituição dos fatos, admitindo, portanto, a análise de determinadas provas ilícitas.

Neste sentido, a grande crítica se perfaz em relação ao princípio da isonomia. Este tão consagrado princípio constitucional, que garante tratamento

equiparado a todos os sujeitos no processo, é visivelmente afastado quando se fala em produção de provas ilícitas *pro societate*. De um lado se tem a ampla garantia de proteção ao réu, podendo violar as regras do direito processual, no sentido das provas, com intuito de garantir a ampla proteção constitucional dada ao acusado. Do outro lado se tem o impedimento total da utilização das provas ilícitas em favor da outra parte processual, que em determinados casos se trata da sociedade, ferindo grandemente o princípio da isonomia, uma vez que o tratamento se qualifica totalmente desigual.

Desta forma, se estabelece um conflito de interesses e de direitos. É notório que, como já mencionado, não se deve utilizar as provas de forma irrestrita, é necessário haver proporcionalidade. Um exemplo a ser citado é o caso de um traficante de drogas que aterroriza toda uma comunidade e responde por processo criminal, porém, sem nenhuma prova concreta. Determinados moradores resolvem “grampear” o telefone do indivíduo sem autorização judicial e nesse “grampo”, ele confessa todos os seus crimes. À luz do Código Processual Penal, tal prova é considerada ilícita, contudo, é certo que a não inclusão dessa prova no processo por conta de sua ilicitude somente beneficiará um único indivíduo, em detrimento de toda uma comunidade. O que se pretende demonstrar é que em situações como essa não há proporcionalidade, tendo em vista que o direito a intimidade de um único indivíduo se sobrepõe à segurança da coletividade.

Deste modo, o objetivo não é defender o uso desenfreado das provas ilícitas, permitindo absurdos jurídicos e morais condenados pela própria Constituição Federal, como a tortura, por exemplo. Todavia, a defesa que se faz é em relação à produção das provas ilícitas em casos específicos e de maneira proporcional, fazendo com que a regra permaneça a mesma, ou seja, as provas ilícitas não sendo permitidas em todos os casos. Mas, a questão central é a possibilidade de estabelecer a proporcionalidade entre determinados direitos individuais que conflitam com o direito da coletividade, como no exemplo citado acima.

5 CONCLUSÃO

Com base em tudo o que foi levantado neste estudo, pode-se concluir a importância de se debater as questões relacionadas à ilicitude das provas e os posicionamentos existentes a respeito da possibilidade ou impossibilidade da utilização delas.

É possível analisar a partir de toda a evolução histórica e legislativa acerca do tema, que o legislador tenta ao máximo reprimir a utilização das provas ilícitas, uma vez que, no passado, a busca pela verdade real a todo custo acabava por abafar e suprimir todos os direitos individuais.

O objetivo principal do trabalho é trazer à tona o debate sobre a ponderação em um eventual conflito envolvendo um interesse individual e outro coletivo. Não se objetiva a defesa do retrocesso, das atitudes abusivas para se conseguir uma prova, mas faz-se necessário usar a proporcionalidade em certos casos, frente à realidade de criminalidade existente no país. Tais impedimentos acabam por dificultar o andamento dos processos criminais e, conseqüentemente, favorecem a impunidade.

Sendo assim, o posicionamento defendido neste estudo contraria, de forma respeitosa, os posicionamentos doutrinários que são desfavoráveis à utilização das provas ilícitas no Processo Penal, tendo em vista que, os interesses da coletividade precisam ser levados em consideração em determinados casos, ainda que em detrimento de um interesse individual, a fim de salvaguardar a segurança de um contingente geral.

REFERÊNCIAS

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

CAPEZ, Fernando. Curso de Processo Penal. 14 ed. São Paulo, SARAIVA, 2007;

DE LIMA, Renato Brasileiro. Manual de Processo Penal. Volume único. 2ª edição. Editora Juspodivm. 2014;

GRINOVER, Ada Pellegrine; **FERNANDES,** Antônio Scaranze; **GOMES FILHO,** Antônio Magalhães. As nulidades no processo penal. 7. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001;

LOPES JÚNIOR, Aury. Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional. 5. Ed. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris. 2010;

MARINONI, Luiz Guilherme. Teoria Geral do Processo. vol 1. São Paulo: Editora RT, 2006;

MARQUES, Jose Frederico. Elementos de Direito Processual Penal. 3ª Ed. Volume IV. Editora Millenium. 2009;

MENDONÇA, Andrey Borges de. Nova reforma do Código de Processo Penal: comentada por artigo. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009;

MIRABETE, Julio Fabrini. Processo Penal. 16. ed. São Paulo: Atlas. 2004;

MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 27ª Ed. São Paulo: Atlas, 2011;

MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. A prova por indícios no processo penal. São Paulo: Saraiva, 1994;

NERY JUNIOR, Nelson; **NERY,** Rosa Maria Andrade. Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante. 9. ed. rev., ampl. São Paulo: RT, 2006;

NUCCI, Guilherme de Souza. Código de Processo Penal comentado. 8ª Ed. Ver. Atual. E amp. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008;

NUCCI, Guilherme de Souza. Valor da confissão como meio de prova no processo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999;

PRADO, Leandro Cadenas. Provas ilícitas no Processo Penal: Teoria e interpretação dos tribunais superiores. Niterói, RJ. Editora: Impetrus, 2006;

RANGEL, Ricardo Melchior de Barros. A prova ilícita e a interceptação telefônica no direito processual penal brasileiro, Rio de Janeiro: Forense, 2000;

TÁVORA, Nestor; Araújo, Fábio roque. Direito processual penal. 2ª ed. Revisada e atualizada - niterói, rj: ed, impetus, 2013;

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo penal, 13. ed., São Paulo: Saraiva, 1992, v. 1 e 3;