



Centro Universitário de Brasília - UniCEUB

Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS
Curso de Bacharelado em Direito

CAROLINA CALDAS VILLAS BOAS DE CARVALHO

**(IN)ADMISSIBILIDADE DA PROVA ILÍCITA NO PROCESSO PENAL:
A UTILIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE NAS PROVAS
ILÍCITAS PRO *SOCIETATE***

**BRASÍLIA
2023**

CAROLINA CALDAS VILLAS BOAS DE CARVALHO

**(IN) ADMISSIBILIDADE DA PROVA ILÍCITA NO PROCESSO PENAL:
A UTILIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE NAS PROVAS
ILÍCITAS PRO *SOCIETATE***

Artigo científico apresentado como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito/Bacharel em Relações Internacionais pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS do Centro Universitário de Brasília (UniCEUB).

Orientador: Professor Dr. Victor Minervino Quintiere

**BRASÍLIA
2023**

CAROLINA CALDAS VILLAS BOAS DE CARVALHO

**(IN) ADMISSIBILIDADE DA PROVA ILÍCITA NO PROCESSO PENAL:
A UTILIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE NAS PROVAS
ILÍCITAS PRO *SOCIETATE***

Artigo científico apresentado como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito/Bacharel em Relações Internacionais pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS do Centro Universitário de Brasília (UniCEUB).

Orientador: Professor Dr. Victor Minervino Quintiere

BRASÍLIA, __ DE _____ DE 2023

BANCA EXAMINADORA

Professor(a) Orientador(a)

Professor(a) Avaliador(a)

AGRADECIMENTOS

A Deus, pois sem ele nada disso seria possível. Aos meus pais Rogério e Marcela pelo amor incondicional e ensinamentos ao longo da minha vida. Aos meus irmãos Fernanda, Márcio e Priscila por sempre estarem ao meu lado. A minha família por sempre estar presente, me auxiliando e encorajando. Ao meu namorado Guilherme por me incentivar e apoiar em todos os momentos. Aos meus sogros Marcelo e Christiane pelo carinho e suporte. Aos meus queridos amigos por me ajudarem nos momentos difíceis e me apoiarem nas minhas decisões. Aos professores e coordenadores do curso, pelo convívio, ensinamentos e experiência que me proporcionaram realizar este projeto e ingressar em minha carreira profissional. Ao escritório Ávila de Bessa Advocacia, em especial ao Dr. Marcelo Luiz Ávila de Bessa, Dr. Thiago Lobo Fleury, Dr. Yuri Rezende de Macedo (atual promotor de justiça do Estado do Goiás) e Dra. Lilian Mendes, por me ensinar e proporcionar a oportunidade de aplicar os meus conhecimentos através do estágio. Ao meu professor e orientador, Dr. Victor Minervino Quintere, por me auxiliar na elaboração do trabalho de conclusão de curso.

**(IN) ADMISSIBILIDADE DA PROVA ILÍCITA NO PROCESSO PENAL:
A UTILIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE NAS PROVAS
ILÍCITAS PRO SOCIETATE**

Carolina Caldas Villas Boas de Carvalho

Resumo:

As provas produzidas são grandes alicerces para o juiz formar sua convicção e embasar-se ao proferir uma decisão no âmbito do processo penal. No entanto, para que estas produzam efeitos no processo, as provas devem ser obtidas de modo lícito e legítimo, sob pena de eventual desentranhamento. Todavia, por mais que as formas de obtenção de provas estejam expressamente previstas no ordenamento jurídico pátrio, a justiça brasileira já se deparou com diversos casos concretos em que estas foram colhidas de modo ilícito. Em regra, as provas ilícitas devem ser excluídas processo, porém a jurisprudência e a doutrina majoritária admitem, através da utilização do princípio da proporcionalidade, que a prova obtida por meio ilícito seja usada *pro reo*. Portanto, o presente artigo teve como objetivo averiguar a possibilidade de utilizar o princípio da proporcionalidade para admitir as provas ilícitas em favor da sociedade. Resta evidente a seguinte problemática: porque utilizar o juízo da ponderação, aplicado pelo princípio da proporcionalidade para absolver, mas não para condenar o réu? Desse modo, foram realizadas pesquisas doutrinárias e jurisprudenciais que corroboram o resultado de que as provas ilícitas serão inadmissíveis para serem utilizadas *pro societate*. Por fim, concluiu pela dificuldade em impor critérios concretos para utilizar o princípio da proporcionalidade, por meio da ponderação dos interesses em conflito, para atender os interesses públicos, ensejando um grave retrocesso e um intransponível paradoxo de aceitar a punição de crimes através da prática outros crimes.

Palavras-chave: prova ilícita; *pro societate*; processo penal; Princípio da Proporcionalidade; Teoria dos Direitos Fundamentais de Robert Alexy.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1 A TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DE ALEXY	12
1.1 A DIFERENÇA ENTRE REGRAS, PRINCÍPIOS E PROCEDIMENTOS	10
1.2 O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE COMO PROCEDIMENTO DA MEDIÇÃO DAS COLISÕES	16
2 O DIREITO À PROVA E BUSCA PELA VERDADE NO PROCESSO PENAL.....	18
2.1 DIRETO À PROVA.....	19
2.2 A VERDADE NO PROCESSO PENAL.....	20
3 A (IN)ADMISSIBILIDADE DAS PROVAS ILEGAIS	22
3.1 DISTINÇÃO DAS PROVAS ILÍCITAS E PROVAS ILEGÍTIMAS	24
4 A UTILIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE PARA ADMITIR AS PROVAS ILÍCITAS PRO REO E PRO SOCIETATE	26
4.1 ADMISSIBILIDADE DA PROVA ILÍCITA PRO REO.....	26
4.2 ADMISSIBILIDADE DA PROVA ILÍCITA PRO SOCIETATE	31
CONCLUSÃO	37
REFERÊNCIAS	27

INTRODUÇÃO

Com origem na doutrina e jurisprudência alemã com forte repercussão nos ordenamentos de tradição romano-germânica, o Princípio da Proporcionalidade surge com a ideia de que nenhum direito fundamental possui caráter absoluto, uma vez que seria impossível a coexistência pacífica entre eles. (ALEXY, 2002)

O art.5º, inciso LVI, da Constituição Federal de 1988, relata o direito fundamental, o qual prevê de forma expressa: “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos” (BRASIL, 1988). Trata-se de uma garantia constitucional genérica, a qual não faz distinção dos processos cíveis, trabalhistas, administrativos e penais. Dentro desse contexto, Olivia Santos (2003 apud ÁVILA, 2006) entende que especificamente no processo penal, os interesses em colisão são mais aptos para justificar uma eventual relativização da garantia da inadmissibilidade dos demais processos.

Considera-se que, no âmbito penal, há ao menos três titulares de interesses opostos, sendo eles: o acusado, a vítima e a coletividade. Portanto, quando ocorre a obtenção de uma prova ilícita, surgem os seguintes questionamentos: o Estado democrático de Direito toleraria a condenação de um inocente ou de alguém que não teve a sua culpa comprovada de modo lícito? Por outro lado, seria tolerável que um culpado fosse absolvido? (BESSA, 2021)

Diante desse conflito de interesses entre as partes processuais e de eventual conflito entre os princípios previstos na Constituição Federal de 1988, depara-se com a grande polêmica doutrinária sobre a possível admissibilidade das provas ilícitas e a sua utilização a favor do réu (*pro reo*) e/ou em favor da sociedade (*pro societate*).

Com isso, a doutrina e a jurisprudência pátria têm se posicionado a favor de admitir as provas ilícitas quando esta comprovar que o acusado é inocente. Os magistrados entendem que, nessas situações, deve-se aplicar o do princípio da presunção da não culpabilidade e o princípio do *in dubio pro reo*, reconhecendo que diante de uma situação como essa, ao buscar provar a sua inocência, o réu estaria agindo em legítima defesa no momento da produção da prova.

De modo similar, mas ao mesmo tempo divergente, os doutrinadores que se posicionam a favor da admissibilidade das provas ilícitas *pro societate*, defendem a possibilidade da utilização das provas ilícitas como forma de responsabilizar o acusado, a fim

de valer-se de uma prova que poderia auxiliar na construção de uma verdade mais próxima da realidade, para que assim proteja o interesse da sociedade.

Logo, o presente artigo tem por finalidade averiguar a hipótese de se admitir a prova ilícita em favor da sociedade como forma de evitar a impunidade no ordenamento jurídico pátrio.

Assim sendo, o presente trabalho se desenvolveu diante da seguinte problemática: porque utilizar o juízo da ponderação, aplicado pelo princípio da proporcionalidade, para absolver o acusado quando ele demonstrar inocente, mas não poder utilizá-lo para condenar o réu quando estiver evidenciado de modo ilícito a sua autoria no delito?

Portanto, buscar-se-á realizar pesquisas jurisprudenciais e doutrinárias para verificar os argumentos utilizados para admitir as provas ilícitas *pro reo*, e posteriormente analisar a possibilidade de utilizar uma prova ilícita *pro societate*. Dessa forma, será necessário adentrar em tópicos relevantes que viabilizam atingir a pretensão dessa pesquisa.

No primeiro capítulo, o presente artigo irá esclarecer a Teoria dos Direitos Fundamentais de Robert Alexy, distinguindo as regras, princípios e procedimentos, além de averiguar como é utilizado o princípio da proporcionalidade para mediar eventuais colisões de normas através da ponderação de interesses.

Ato contínuo, no segundo capítulo, busca-se analisar a importância do direito à prova e da verdade atingida no processo para sua convencer o magistrado a proferir decisão a favor ou contra os interesses das partes. Nessa mesma toada, esse artigo evidenciará a problemática da busca pela “verdade real”.

No terceiro capítulo, será analisado o princípio da inadmissibilidade das provas ilícitas previsto na Constituição Federal e como deverão ser tratadas no âmbito do processo penal através da Lei nº 11.690/2008, distinguindo as provas ilícitas das provas ilegítimas e os seus respectivos efeitos.

Por fim, no quarto capítulo busca-se analisar fundamentações que admitem a utilização do princípio da proporcionalidade para ponderar conflitos entre princípios constitucionais, os quais justificam a admissibilidade da prova ilícita quando beneficia o acusado. Por conseguinte, serão analisados os argumentos dos seguidores da teoria da admissibilidade das provas ilícitas *pro societate*, para que assim se alcance a resposta dessa pesquisa.

1 TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DE ALEXY

O presente tópico refere-se à teoria dos direitos fundamentais do doutrinador Alexy, frisando as diferenças entre regras, princípios e procedimentos desses direitos. E, por fim, irão ser tratados os princípios da proporcionalidade como procedimento de mediação de colisões.

Dessa forma, após um breve resumo do tópico, salienta-se que a teoria dos direitos fundamentais de Alexy é uma teoria jurídica geral, visto que o doutrinador tem como ponto de partida as normas atributivas de direitos fundamentais contidas na Constituição (em seu caso, a Lei Fundamental da Alemanha). Sendo essa, uma teoria dogmática com tríplice dimensão: analítica, empírica e normativa. (ALEXY, 2002).

A referida teoria de Alexy traz como foco a orientação e crítica da práxis jurídica, visando estabelecer qual é a melhor decisão para cada caso concreto, por meio da análise do problema da fundamentalidade racional dos juízos de valor. (ALEXY, 2002).

Dito isso, frisa-se que o conceito não se caracteriza como uma teoria de valores concretos, pois é um estudo teórico de estruturação racional do esquema de solução aos problemas das colisões de princípios de direitos fundamentais.

Conforme Alexy, a teoria dos direitos fundamentais pode se basear em apenas um princípio (teoria unipontual) ou em um número variado de princípios. A redução a um único princípio reduz ao um grau de irrelevância tamanho que perde sua utilidade e contraria as várias funções, aspectos e o intuito dos direitos fundamentais. Sendo frisado pelo doutrinador, a respeito da necessidade de reconhecer muitos princípios de direitos fundamentais, pois dessa forma será nitido os choques entre esses princípios. (ALEXY, 2002).

Desta maneira, Alexy produz uma teoria estrutural dos direitos fundamentais, que traz as diferentes soluções a esses choques causados ao obter o conhecimento completo dos princípios fundamentais. Ocasionalmente a colisão e a ponderação os problemas principais da dogmática dos direitos fundamentais, uma vez que o doutrinador reconhece que o direito não pode ser diminuído a uma única dimensão analítica, entretanto frisa a importância de uma consideração sistemática conceitual do direito para a racionalidade do estudo jurídico. (ALEXY, 2002).

Para isso, baseou-se seus estudos através do conceito formal de norma de direito fundamental, distanciando-se dos conceitos material e estrutural de direitos fundamentais por sua abstração e pela vinculação a um nascimento material de Estado. Trabalhando com o

conceito de direito fundamental estabelecido pela Constituição sob o título "Direitos e Garantias Fundamentais" (no caso brasileiro, o Título II da Constituição Federal, que abrange os artigos 5o a 17 da CF/88).

Ainda, reconhece que há outros direitos fundamentais em diferentes tópicos e subtópicos da Constituição. O conceito formal tem as vantagens de estar o mais perto possível da Constituição, não impedir considerações de tipo geral, não realizar pré-julgamentos de qualquer tese material ou estrutural e inserir, os pontos principais, dos enunciados que são entendidos como direitos fundamentais pela Constituição (ALEXY, 2002).

Por fim, junto à norma explícita de direitos fundamentais, Alexy insere o conceito de normas adscritas, que são as que, pela indeterminação do conteúdo semanticamente aberto das normas constitucionais explícitas, diferencia-se seu conteúdo estabelecendo uma relação de precisão. O critério de revelação dessas normas adscritas é fornecido pela argumentação jusfundamental correta, que possibilita, até mesmo, o ressurgimento de novos direitos fundamentais futuramente. (ALEXY, 2002).

Dessa forma, conforme o entendimento de Alexy a respeito dos direitos fundamentais, é necessário compreender a diferença entre regras, princípios e procedimentos desses direitos fundamentais.

1.1 DIFERENÇA ENTRE REGRAS, PRINCÍPIOS E PROCEDIMENTOS

Como demonstrado anteriormente, é importante salientar as diferenças entre regras, princípios e procedimentos do referido doutrinador.

Primeiramente, caracteriza-se a diferenciação entre regras e princípios. Disto isso, conforme salienta Alexy, as regras e princípios não se diferenciam somente com grau de generalidade, mas de qualidade. Ao passo que as regras são feitas pelo cumprimento na lógica cumprir de forma completa, os princípios são mandados de otimização, que devem ser feitos na maior medida possível, conforme as possibilidades jurídicas e reais já existentes. (ALEXY, 2002).

Visto isso, é necessário adentrar a respeito do caráter de mandado de otimização dos princípios, pois fica estabelecido na consideração de que os princípios são apenas razões prima facie, ou seja, os princípios apresentam razões que podem ser suplantadas por outras razões opostas, enquanto as regras são razões definitivas. Conforme o autor, os princípios geram direitos prima facie e a via do direito definitivo (regras) passa pela determinação de

uma relação de preferência. Assim, os princípios nunca são razões definitivas, mas o início para uma avaliação da normalização ideal. (ALEXY, 2002)

Dessa maneira, pode haver um choque de regras e, existindo um conflito de regras, deve-se inserir inicialmente uma cláusula de exceção em uma das regras e, caso não seja possível, a regra deve ser declarada inexistente. A noção de validade jurídica não é progressiva, de sorte que ou a norma vale ou não vale. Entretanto, no choque de princípios, não se debate a validade, todavia se debate a dimensão de peso: "nos casos concretos os princípios têm diferente peso e prevalece o princípio com maior peso". Desta forma, a resolução do conflito de princípios é realizada conforme atividade de ponderação, que não leva a eliminação do princípio realizado em menor proporção. (ALEXY, 2002)

Diante disso, frisa-se que é uma preocupação constante na obra de Alexy a procura de um procedimento para a resolução dos problemas de colisão de princípios, estabelecendo elementos reguladores do processo argumentativo dos direitos fundamentais. Por isso que a teoria criada pelo doutrinador pode ser classificada em um mecanismo de três, embora essenciais, diferentes níveis: regras, princípios e procedimentos. Os procedimentos são os reguladores da aplicação de regras e princípios e possuem a forma de uma teoria da argumentação jurídica. (ALEXY, 2002)

À medida que as regras já contêm uma determinação no âmbito das possibilidades jurídicas e fáticas, os princípios estabelecem que algo deve ser realizado na maior medida possível, tendo em conta as possibilidades jurídicas e fáticas. Na proporção que as regras já devem ordenar as relações de precedência no caso concreto, os princípios não têm conteúdo estabelecido com respeito a princípios contrários e às possibilidades fáticas. (ALEXY, 2002)

Segundo o Doutrinador Alexy, as normas de direitos fundamentais constituem um caráter duplo: são ao mesmo tempo regras e princípios. No seu entendimento, é o de que atrás e ao lado das regras existem os princípios. Logo, atrás da regra de direito fundamental há um princípio, que deve ter primazia na ponderação quando ocorrer um conflito deste com outros princípios constitucionais. (ALEXY, 2002)

1.2 O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE COMO PROCEDIMENTO DE MEDIÇÃO DAS COLISÕES

Após uma análise dos direitos fundamentais e princípios de Alexy, deve-se abordar o famoso princípio da proporcionalidade como procedimento de mediação de colisões na visão do doutrinador.

A proporcionalidade como método de resolução das colisões possui três aspectos: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. A adequação estabelece a idoneidade do meio utilizado para a persecução do fim desejado. Dessa forma, a adequação exige um juízo de "funcionalidade", para autenticar se as medidas restritivas são capazes de atingir ou fomentar os fins que se perseguem. Já a necessidade corresponde a utilização, entre as várias medidas capazes, da mais benigna, mais suave ou menos restritiva. Conforme o Doutrinador, também é denominado de "intervenção mínima", "alternativa menos gravosa" e "de subsidiariedade", implicando, dessa forma, a necessidade de comparar as alternativas que possuem capacidades e otimizar a menor lesão possível. (ALEXY, 2002)

Caso o Estado, para realizar um princípio X1, possui à sua disposição as medidas Y1 e Y2, ambas adequadas para realizar P1 mas restritivas de um princípio concorrente X2, deve-se escolher a medida que menos restrinja o princípio X2; dessa forma, se Y1 restringe X2 mais que Y2, então Y1 não é mais necessária. Já a proporcionalidade em sentido estrito é o postulado da ponderação de interesses, propriamente dito.

Esse procedimento da ponderação é denominado como um princípio da concordância prática que, concomitantemente com o da unidade da Constituição, deve orientar a compatibilização dos interesses em colisão mediante uma interpretação orientada ao problema concreto. A ordem de aplicação desses subprincípios é consecutiva, iniciando-se pela adequação e passando pela necessidade até a análise, de forma que, caso a medida restritiva seja reprovada em um desses aspectos, não será necessária a aplicação dos demais. (ALEXY, 2002)

A adequação e a necessidade constituem o caráter dos princípios como mandados de otimização diante das possibilidades fáticas, na medida que a ponderação reflete o caráter dos princípios como mandados de otimização a respeito das possibilidades jurídicas. (ALEXY, 2002)

Portanto, imperioso ressaltar que a ponderação é um método utilizado para solucionar a colisão entre normas constitucionais e a estrutura de princípios, devendo ser aplicado a partir do princípio da proporcionalidade. (CARDOSO, 2016)

Nesse sentido, o Dr. Victor Minervino Quintiere ao analisar a Teoria da ponderação dos Direitos Fundamentais de Alexy, lecciona:

Nesse lume, pode-se destacar que a tese central de Alexy, no que diz respeito aos direitos fundamentais, consiste em dizer que esses possuem o caráter de princípios e que princípios nada mais são do que mandados de otimização (ALEXY, 1988 apud

QUINTERE, 2015, p.60-61) cuja aplicação é possível mediante o método da ponderação, que por sua vez faria parte de um “macroprincípio” denominado proporcionalidade (ALEXY, 2002, apud QUINTERE, 2015, p. 61). Sobre o princípio da proporcionalidade é afirmado que trata-se de macro princípio formado pelos subprincípios da adequação, necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito. (ALEXY, 2005, apud QUINTERE, 2015, p.61)

Dessa forma, a interpretação dos direitos fundamentais sob ótica da proporcionalidade enseja que estes devem ser tratados como princípios e não como meras regras. (ALEXY, 2005 apud QUINTERE, 2015).

Por fim, após a explicação do princípio da proporcionalidade e seus fundamentos legais na visão de Alexy, é necessário destacar que há grande reconhecimento e aplicação do princípio da proporcionalidade em diversas esferas do direito, principalmente do ramo do direito administrativo e direito penal. A doutrina brasileira tem contribuído para uma sedimentação desse princípio e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) tem aceitado e constantemente utilizado o princípio da proporcionalidade como critério de aferição da constitucionalidade de atos legislativos e administrativos, de maneira que não se dúvida em reconhecer que o princípio da proporcionalidade possui plena vigência no direito constitucional brasileiro, com sua especial estruturação racional construída pela doutrina constitucional alemã. (ALEXY, 2002)

2 A PROVA E A BUSCA DA VERDADE NO PROCESSO PENAL

Antes de tratar das provas ilícitas e a sua admissibilidade ou inadmissibilidade no processo penal, torna-se imperioso versar sobre o direito a prova e busca da verdade no processo penal. Isso porque, o juiz busca analisar as provas produzidas no processo, verificando os fatos apresentados para construir a sua verdade e, com base no seu convencimento, julgar o caso.

No entanto, busca-se analisar, nesse capítulo, o direito à prova como um dos temas mais relevantes para que as partes processuais possam atingir os seus interesses, bem como desmitificar uma busca pela verdade “real” no processo penal.

2.1 O DIREITO A PROVA

De acordo com Delfino (1996, apud BADARÓ, 2014, p. 2) “não é exagero afirmar que o reconhecimento do direito à prova é um dos mais significativos elementos da transformação de um regime processual autoritário para um regime processual democrático.”

O direito à prova é um direito fundamental previsto na Constituição Federal de 1988, assegurando ao litigante a utilização de todos os meios probatórios necessários para formar a convicção do órgão julgador acerca dos fatos debatidos no processo. (BADARÓ, 2014)

Entre os direitos e garantias processuais que as partes possuem para atingir a tutela dos seus interesses, pode-se dizer que o direito à prova se sobressai uma vez que as provas possuem um papel importantíssimo para reconstruir os fatos, dando suporte às pretensões deduzidas pela parte. Logo, os elementos probatórios acostados nos autos irão convencer o juiz a proferir uma decisão contra ou a favor da parte.

Desse modo, o direito à prova está intimamente ligado ao princípio fundamental da ampla defesa e do contraditório, que garante às partes o direito de apresentar defesa e produzir provas, nos termos do art. 5º, LV, da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988), *in verbis*:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

É assegurado, portanto, a participação efetiva das partes envolvidas durante todas as etapas processuais, tornando-se crucial observar o princípio do contraditório, pois, a sua inobservância resultaria na própria negação de defesa. No entanto, imperioso mencionar que o direito à prova não é absoluto, podendo ser negado caso entenda o juiz.

Não obstante, destaco que as provas produzidas durante o processo possuem muita relevância na decisão do magistrado, precisando, conforme anteriormente mencionado, estar em harmonia com os princípios constitucionais.

2.2 A VERDADE NO PROCESSO PENAL

De acordo com Aury Lopes Jr (2019, p. 372):

Quando se trata da prova no processo penal, culminamos por discutir também qual a verdade que foi buscada no processo porque “o processo penal é um modo de construção do convencimento do juiz”, fazendo com que as limitações imanentes à prova afetem a construção e os próprios limites desse convencimento.

Nessa temática, partiremos da premissa que a busca da verdade “real” no processo penal é completamente utópica, isso porque, trata-se de uma idealização de que, através das provas acostadas nos autos, as partes seriam capazes de reconstruir completamente os fatos,

portanto, o juiz estaria julgando o que de fato aconteceu. Na realidade, pode-se considerar que a “verdade real”, é uma concepção que está ligada diretamente ao sistema inquisitório e aos sistemas autoritários, onde foram legitimadas atrocidades vistas na humanidade em busca de uma verdade que fosse de fato, real. (LOPES JUNIOR, 2019).

No entanto, Lopes Jr. aponta a existência de uma “verdade processual”, que seria a verdade possível de se alcançar em um processo, em conformidade com os limites legais e o devido processo legal. Dessa forma, as provas são relevantes para obter o convencimento do juiz, dentro das regras do jogo, ou seja, em conformidade com a lei. (LOPES JUNIOR, 2019).

No mais, o Ministro Sebastião Reis Júnior, exacerbou no julgamento do HC 582264/MG que:

é uníssona a compreensão de que a busca pela verdade no processo penal encontra limitação nas regras de admissão, de produção e de valoração do material probatório, o qual servirá de suporte ao convencimento do julgador; afinal os fins colimados pelo processo são tão importantes quanto os meios que se utilizam para alcançar seus resultados. (BRASIL, 2021)

Tendo em vista os pontos supramencionados, podemos concluir que nem sempre a verdade processual coincidirá com a “verdade real”, isso porque, poderá ter ocorrido algum fato vivido daquele determinado acontecimento, o qual a parte não conseguia comprovar durante o processo. Consequentemente, temos que a verdade, nos olhos do juiz, é construída conforme indicam os materiais probatórios acostados nos autos, sendo inadmissível uma condenação sem prova que a sustente.

Portanto, será necessário analisar os conceitos e entendimento a respeito da inadmissibilidade das provas ilegais para verificar se o juiz poderá utilizar as provas ilícitas para condenar alguém visando o interesse público.

3 A INADMISSIBILIDADE DAS PROVAS ILEGAIS

Relacionado com as temáticas abordadas anteriormente, os limites à atividade probatória surgem como decorrência do nível de evolução do processo penal que conduz a valoração da forma dos atos processuais enquanto “garantia” a ser respeitada. (LOPES JR, 2019)

De acordo com Lopes Jr: “o cânon processual da admissibilidade pode ser sintetizado na seguinte negativa: uma prova é admissível sempre que nenhuma norma a exclua”.

Ademais, Cordero (apud LOPES JUNIOR, 2019, p. 393) explica:

[...] existe uma relação de ato anterior e posterior. Dessa forma, a prova a ser admitida deve ser produzida e, a contrário senso, somente pode ser admitida aquela prova que possa ser produzida. No que se refere à contaminação de uma prova ilícitamente admitida, ainda que produzida segundo os cânones endoprocessuais, será nula por derivação. Por outro lado, quando regularmente admitida, mas com defeito na aquisição, não haverá qualquer contaminação da decisão de admissão, pois a contaminação não tem efeito retroativo que lhe permita alcançar o ato precedente. Válida a admissão e defeituosa a produção, repete-se somente este último ato. Já a problemática envolvendo a contaminação de outros atos probatórios será analisado na continuação.

Sobre as provas ilícitas, o art. 5º, inciso LVI da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1998), prevê, *in verbis*:

“Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos;”

Com essa vedação, pode-se dizer que a Constituição Federal visa proteger os direitos fundamentais e as garantias individuais dos cidadãos. Isso porque, de uma forma lógica, é improvável que uma das partes integrantes da relação processual obtenha a prova ilícita sem ferir os direitos e garantias fundamentais da outra parte ou de terceiros.

Nesse sentido, a Lei nº 11.690/2008 (BRASIL, 2008) inseriu expressamente a “consequência” da inadmissibilidade das provas ilícitas, ou seja, como essas provas deverão ser tratadas no âmbito do processo penal *in verbis*:

“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).”

Desse modo, para atingir uma maior profundidade sobre o tema, deve-se distinguir as provas ilícitas e as provas ilegítimas, pertencentes ao gênero da prova ilegal, possuindo conceitos e efeitos distintos no âmbito do processo penal, conforme será analisado com base no entendimento doutrinário e jurisprudencial.

3.1 DISTINÇÃO ENTRE PROVA ILÍCITA E PROVA ILEGÍTIMA

Scarance diferencia a prova ilícita e a prova ilegítima da seguinte forma: (2005, p. 90):

em síntese, a prova ilegal consiste na violação de qualquer vedação constante do ordenamento jurídico, separando-se em prova ilícita, quando é ofendida a norma substancial, e prova ilegítima, quando não é atendido o preceito processual.

Nesse sentido, conforme aponta Lopes Jr, a proibição da prova ilegítima decorre de uma natureza exclusivamente processual, como por exemplo: juntar a prova fora do prazo, prova unilateralmente produzida, entre outras. No entanto, explica que a prova ilícita decorre

de uma violação de regra de direito material ou constitucional no momento da sua coleta, podendo ocorrer antes ou durante o processo, fora sempre fora deste. (LOPES JR, 2019).

No entanto, é importante salientar que a diferença entre prova ilícitas e provas ilegítimas ultrapassam o quesito da natureza do direito violado, sendo imprescindível verificar também os efeitos e as sanções aplicáveis para cada uma.

Nessa linha, explica o Ministro Rogério Schietti Cruz, no julgamento da Reclamação 36734/SP, que:

a inadmissibilidade da prova ilícita impede o seu ingresso (ou, se já produzida, sua exclusão) no processo, enquanto a ilegítima será sancionada com sua nulidade. Vale dizer, as provas produzidas com violação das normas procedimentais serão nulas e não produzirão resultados no processo, o que, todavia, não impede que sejam refeitos os atos, em conformidade com a lei, de modo a possibilitar, assim, o aproveitamento da fonte de prova. Uma perícia, por exemplo, realizada por quem não é perito será considerada nula, mas poderá ser refeita na forma procedimental indicada no Código de Processo Penal. (BRASIL, 2021)

Por fim, podemos concluir de forma parcial que a prova ilegítima decorre de uma natureza exclusivamente processual e será sancionada com a sua nulidade, enquanto a prova ilícita decorre de uma violação de regra de direito material ou da Constituição Federal de 1988 e será sancionada com o impedimento do seu ingresso ou com a sua exclusão caso já tenha sido produzida.

4 A UTILIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE PARA ADMITIR AS PROVAS ILÍCITAS *PRO REO* E *PRO SOCIETATE*.

Delimitadas as diferenças entre provas ilícitas e provas ilegítimas, bem como observado o princípio da exclusão das provas ilícitas previsto na Constituição Federal de 1988, surge-se a seguinte dúvida, se a prova ilícita pode ser utilizada para absolver o acusado ou seria admita a utilização da prova somente para acusar alguém.

Diante dessas indagações, analisaremos, de forma crítica, os posicionamentos divergentes apresentados pela doutrina, como forma de verificar a possibilidade de valer-se de uma prova ilícita, utilizando-se o princípio da proporcionalidade como método de resolução das colisões através da ponderação de princípios constitucionais, para condenar o réu como forma atender os interesse da sociedade, impedindo uma eventual impunidade do delito supostamente cometido.

4.1 ADMISSILIDADE DA PROVA ILÍCITA *PRO REO*

Conforme vimos anteriormente, a garantia da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitas resguarda os direitos do cidadão contra o arbítrio punitivo do Estado, tendo por objetivo proteger o sistema de direitos fundamentais pelo efeito dissuasório, no entanto, essa teoria defende que a prova ilícita poderia ser admitida e possuir valor no processo penal somente quando favorecer o acusado. (LOPES JUNIOR, 2019)

Isso porque, ao comparar o valor da proteção de um direito como a privacidade, intimidade, sigilo telefônico, entre outros e em relação com a ampla defesa, representada no processo penal como o resguardo à vida e à liberdade, podemos verificar que os últimos possuem muito mais valor. (OLIVA, 2003, apud ÁVILA, 2006). Ou seja, quando o réu está sendo erroneamente acusado por um delito que não cometeu, e a única maneira de provar a sua inocência seria violando o direito de outra pessoa, a prova ilícita passaria a utilizada e ter valor nos autos.

Dessa forma, lecciona Greco Filho: “uma prova obtida por meio ilícito, mas que levaria à absolvição de um inocente [...] teria de ser considerada, porque a condenação de um inocente é a mais abominável das violências e não pode ser admitida ainda que se sacrifique algum outro preceito legal”. (GRECO FILHO, 1988, p. 112-113 apud FERNANDES, 1999, p. 81, apud LOPES JUNIOR, 2019, p. 398)

Ora, seria equivocado uma pessoa, injustamente acusada por um delito pela devido à má apreciação dos fatos na atividade jurisdicional, correr o risco de perder alguns anos da sua vida, sofrendo com a falta de sua liberdade por um crime que não cometeu. (ÁVILA, 2010, p. 202):

No Brasil, a maioria da doutrina admite a prova ilícita a favor do réu. Segundo Grinover e outros, trata-se de aplicação do princípio da proporcionalidade e uma expressão do princípio do *favor rei* (que estabelece uma posição de preferência condicionada da liberdade individual perante a poder punitivo, em caso de dúvidas). Também se deve reconhecer que, se o acusado está sendo injustamente acusado e diligencia a produção da prova ilícita, estará atuando em estado de necessidade que, sendo uma causa de exclusão da ilicitude (decorrente da proporcionalidade), torna lícita a utilização da prova. Grinover e outros citam como exemplo uma gravação subreptícia realizada pela acusado com terceiro para demonstrar sua própria inocência.

Conforme Thiago André Pierbom de Ávila (2010, p. 203): “Na ordem de valores para estabelecer a preferência condicionada, sem dúvida a dignidade da pessoa humana desponta como o epicentro da ordem jurídica, revelando-se o Estado e o ordenamento jurídico como meios para a promoção desse valor humano mais elevado”.

Com isso, podemos dizer que a ponderação, na utilização da prova ilícita *pro reo*, está estreitamente ligada a dignidade da pessoa que está sendo acusada, devendo levar em consideração a garantia constitucional da ampla defesa (art. 5º, inciso LV da Constituição Federal de 1988) e analisar o estado de necessidade do réu (art. 24 do Código Penal). (ÁVILA, 2010)

No mais, outro ponto importante para verificar a utilização de provas ilícitas *pro reo* é o princípio da presunção da não culpabilidade, consagrado no art. 5º, inciso LVII, da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988), prescrevendo que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

Dessa forma, Rezende e Bessa lecionam:

ao lado do princípio da proibição da utilização de provas ilícitas a ele indissociavelmente unido, também norteia o processo penal o princípio da presunção de não culpabilidade, igualmente constante no art. 5º da Constituição Federal. Segundo este princípio, todo e qualquer acusado se encontra em um estado inicial de inocência, que só poder ser ilidido pela produção válida no âmbito do processo penal. (BESSA, 2021)

Portanto, Scarance Fernandes defende que a admissibilidade da prova ilícita *pro reo*:

é a ampla aceitação de sua [princípio da proporcionalidade] aplicação aos casos em que a prova da inocência do réu depende de prova produzida com violação a alguma garantia constitucional. Não se conseguiria justificar a condenação, até mesmo a pena elevada, de uma pessoa quando há nos autos prova de sua inocência, ainda que tenha sido obtida por meios ilícitos (SCARANCA, 2005, p. 94)

Ademais, é entendimento consolidado no Supremo Tribunal Federal que o interesse da proteção às liberdades do réu pode ser utilizado para relativizar à ilicitude da prova, veja:

Captação, por meio de fita magnética, de conversa entre presentes, ou seja, a chamada gravação ambiental, autorizada por um dos interlocutores, vítima de concussão, sem o conhecimento dos demais. Ilicitude da prova excluída por caracterizar-se o exercício de legítima defesa de quem a produziu. Precedentes do Supremo Tribunal HC 74.678, DJ de 15-8-97 e HC 75.261, sessão de 24-6-97, ambos da Primeira Turma. (BRASIL, 1998)

Observa-se também no recente julgamento do HC nº 164.493/PR impetrado, para analisar a parcialidade da atividade jurisdicional do ex-Juiz federal Sergio Moro, em relação aos processos do Luiz Inácio Lula da Silva, o Ministro Gilmar Mendes, na íntegra do seu voto vista lecciona:

A doutrina brasileira aceita a possibilidade de utilização de prova ilícita *pro réu*, a partir do princípio da proporcionalidade, considerando o direito de defesa (GRINOVER, SCARANCA e FERNANDES, Nulidades no processo penal. 7ª ed. RT, 2001. p. 137, apud BRASIL, 2021, p. 146-147). Isso porque: “É natural que no confronto entre uma proibição de prova, ainda que ditada pelo interesse de proteção a um direito fundamental, e o direito à prova da inocência este último deve prevalecer, não só porque a liberdade e a dignidade da pessoa humana constituem valores insuperáveis, na ótica da sociedade democrática, mas também porque ao próprio Estado não pode interessar a punição do inocente, o que poderia significar a impunidade do verdadeiro culpado. (GOMES FILHO, Antonio Magalhães. A

inadmissibilidade das provas ilícitas no processo penal brasileiro. Revista Brasileira de Ciências Criminais, v. 85, 2010, p. 409). [...] Isso se justifica também a partir das excludentes de ilicitude, pois “quando o agente, atuando movido por algumas das motivações anteriormente mencionadas (causas de justificação), atinge determinada inviolabilidade alheia para o fim de obter prova da inocência, sua ou de terceiros, estará afastada a ilicitude da ação” (PACELLI, Eugênio. Curso de processo penal. 22ª ed. Atlas, 2018. p. 379, a, apud BRASIL, 2021, p. 147). De modo semelhante, deve-se citar a doutrina do Min. Alexandre de Moraes, que também afirma a legitimidade da prova produzida em “legítima defesa de seus direitos humanos fundamentais, que estavam sendo ameaçados ou lesionados em face de condutas anteriormente ilícitas (MORAES, Alexandre de. Direito constitucional. 32ª ed. Atlas, 2016. p. 123) (BRASIL, 2021, p. 147).

Por fim, resta-se demonstrado que a maioria da doutrina e a justiça brasileira se demonstram favoráveis a utilização da prova ilícita *pro reo* como forma de proteger o acusado contra eventuais abusos do *jus puniendi* estatal.

4.2 ADMISSIBILIDADE DA PROVA ILÍCITA *PRO SOCIETATE*

A teoria da admissibilidade da prova ilícita em favor da sociedade, contrariamente à posição anterior, consiste no entendimento de que a prova, em casos que sejam relevantes ao interesse público a ser preservado e protegido, poderá ser admitida, tendo por finalidade evitar resultados repugnantes e injustos. (LOPES JUNIOR, 2019)

Busca-se na realidade, admitir que as provas ilícitas sejam utilizadas em casos excepcionais e graves, quando forem consideradas a única forma possível para proteger outros valores fundamentais *pro societate*.

Dessa forma, a autora Rachel Pinheiro de Andrade Mendonça (2001, p. 89) lecciona que “no que tange à prova ilícita *pro societate*, discute-se a possibilidade do Ministério Público, no exercício do *ius puniendi*, poder utilizar uma prova expressamente vedada no exercício da acusação, com o fim de responsabilizar o infrator. “

No mesmo sentido, Scarance Fernandes (2005, p.95), explica que “não se trata, contudo, de ser o princípio invocado a favor ou contra o acusado, mas de se verificar, cada situação concreta, se a restrição imposta a algum direito do acusado é necessária, adequada e justificável em face do valor que se protege.”

Portanto, partindo da premissa que nenhum princípio é absoluto, os doutrinadores que defendem essa posição buscam compatibilizar a proteção dos direitos fundamentais com o ônus estatal de perseguir e punir aqueles que cometem atos criminosos.

Logo, o Thiago André Pierbom de Àvila (2006, p. 207), na defesa de sua tese de Mestrado, afirma que “não se pode afirmar que o direito de defesa seja sempre superior ao dever de proteção penal, porque uma afirmação desse tipo corroeria a lógica do sistema de coordenação dos princípios constitucionais.”

Apesar de ser entendimento da justiça brasileira admitir as provas ilícitas somente *pro reo*, quando esta comprovar a inocência do acusado, uma parcela da doutrina critica tal posicionamento por não poder utilizar o princípio da proporcionalidade, através da ponderação dos princípios, para acusar o réu em situações em que se deveria priorizar o interesse da sociedade.

Tendo isso em vista, César Dario Mariano da Silva pondera:

É pacífico na doutrina e na jurisprudência que os direitos e garantias individuais elencados na Constituição Federal não são absolutos, encontrando seus limites nos demais direitos e garantias igualmente consagrados na Magna Carta (Princípio da relatividade ou convivência das liberdades públicas). A vedação da utilização da prova ilícita no processo é uma garantia de índole constitucional. Contudo, outros direitos e garantias individuais existem e tiveram origem no mesmo poder constituinte originário. Assim é que a Constituição também consagra o direito à vida, à segurança, à tranquilidade, à intimidade, à saúde etc. Perguntamos, quais desses direitos são mais importantes? Será que o direito à intimidade de um perigoso sequestrador homicida é mais valioso que o direito à vida, à saúde e à propriedade do sequestrado? Será que o direito da sociedade a viver em paz é menos importante que o direito à intimidade de um seqüestrador ou de um traficante? (SILVA, 2022, p. 19)

Em primeiro plano, diante da sensibilidade e relevância deste tema, é possível verificar uma quantia da população brasileira que acredita que o crime deverá ser punido, independente da forma que se der a sua comprovação. No entanto, em uma análise jurisdicional, a grande indagação a ser feita é: pode o Estado cometer crimes para punir outros crimes?

Quanto a essa temática, Thiago André Pierbom de Àvila (2006, p. 207-208) afirma que:

Diariamente, a atividade policial é desenvolvida com a prática de fatos típicos: a prisão é um seqüestro, o cumprimento de um mandado de busca e apreensão é um roubo, a violência utilizada para evitar uma resistência à prisão é uma lesão corporal, o disparo da arma do policial é um fato típico, enfim, toda atividade de investigação é uma grande invasão à privacidade alheia. Polícia é violência (assim como o próprio direito penal o é), no sentido etimológico da palavra: uso da vis, da força (efetiva ou simbólica). Todas estas condutas policiais são fatos típicos, mas sua antijuridicidade é excluída pela presença de justa causa: a repressão ao crime como forma de realização do princípio constitucional da proteção penal eficiente dos direitos fundamentais dos demais cidadãos. Obviamente, tal atividade há que se desenvolver sob os parâmetros constitucional e legalmente estabelecidos, como condição de validade, sob pena de resvalar no discurso de recrudescimento do sistema penal, já conhecido como "lei e ordem". No âmbito da dogmática penal, costuma-se justificar todos estes fatos típicos cometidos pelas autoridades policiais através das excludentes da ilicitude (em regra, na forma de estrito cumprimento do dever legal), pois as excludentes da ilicitude retiram a antijuridicidade de um fato típico. As autoridades policiais cometem fatos típicos, mas que não são antijurídicos e, portanto, não cometem crimes para punir

outros crimes. Em última análise, é o exame de proporcionalidade, como princípio reitor da solução das antinomias jurídicas, que legitima todas estas condutas.

Verifica-se, portanto, que a maioria das condutas dos policiais são fatos típicos, porém, através da excludente da ilicitude, esses fatos não são considerados como antijurídicos. Forma que, torna-se importante determinar os níveis de violência cometidos que são aceitáveis para garantir que haja um funcionamento eficiente do sistema da justiça criminal brasileira, como forma de impedir que criminosos, que escolhem infringir a lei para cometer algum delito, sejam eventualmente impunes.

Logo, é importante obter de um posicionamento majoritário, como o anteriormente relatado, que defende a admissão do uso do princípio da proporcionalidade como um critério de ponderação dos interesses que estão em concorrência com a admissão da prova. (ÁVILA, 2010)

Contudo, imperioso mencionar que a eventual aplicação do princípio da proporcionalidade para ponderar princípios em conflito com a inadmissão das provas ilícitas, não abarcaria toda e qualquer prova. Caso o magistrado entender-se pela aplicação desta, o mesmo deverá considerar o que seria mais vantajoso para a sociedade.

Com isso, para que seja aplicado a proporcionalidade, o magistrado somente deverá aplicar a prova ilícita quando se demonstrar útil e necessária, tratando-se de uma exceção de uma regra, devendo, anteriormente, serem observadas as demais provas produzidas e acostadas nos autos.

Nesse sentido, quanto à prudência do magistrado para acatar as provas ilícitas, Rachel Pinheiro de Andrade Mendonça lecciona (2001, p. 89-90) :

“Por certo, tal posicionamento funda-se, especialmente, na prudência do magistrado, que apenas acatará quando não houver outro meio de provar o alegado, ou quando estiver incurso em uma situação excepcional, que autorize, flagrantemente, a admissão da prova ilícita *pro societate*, com o fim de proteger a ordem pública e a paz na sociedade. Nesse sentido, entende-se que quando se visa a proteger a sociedade como um todo, não se tem em mente a proteção de um ente abstrato, mas ao contrário, a cada um dos membros da coletividade individualmente. Portanto, quando se admite como forma de convencimento uma prova inicialmente contaminada pelo vício da ilicitude, se busca proteger a todos e a cada um dos jurisdicionados em particular que poderão vir a sofrer as consequências da atividade delituosa. Há igualdade em ambos os polos da relação processual, uma vez que, em última análise, se defenderiam os interesses dos indivíduos, personalizada ou conjuntamente, buscando a mesma proteção estatal.”

No entanto, destaco um caso em que o Supremo Tribunal Federal tentou fazer valer a prova ilícita contra o réu em nome do interesse público tendo sido repelida a construção:

Objecção de princípio - em relação à qual houve reserva de Ministros do Tribunal - à tese aventada de que à garantia constitucional da inadmissibilidade da prova ilícita se

possa opor, com o fim de dar-lhe prevalência em nome do princípio da proporcionalidade, o interesse público na eficácia da repressão penal em geral ou, em particular, na de determinados crimes: é que, aí, foi a Constituição mesma que ponderou os valores contrapostos e optou - em prejuízo, se necessário da eficácia da persecução criminal - pelos valores fundamentais, da dignidade humana, aos quais serve de salvaguarda a proscrição da prova ilícita: de qualquer sorte - salvo em casos extremos de necessidade inadiável e incontornável - a ponderação de quaisquer interesses constitucionais oponíveis à inviolabilidade do domicílio não compete a posteriori ao juiz do processo em que se pretenda introduzir ou valorizar a prova obtida na invasão ilícita, mas sim àquele a quem incumbe autorizar previamente a diligência. (BRASIL, 1999).

Conforme visto, a aceitação dessa aplicação da proporcionalidade não é unânime. Isto posto, quanto à aplicação do princípio da proporcionalidade, Luiz Francisco Torquato Avolio (2001, p. 66-67) aponta que se trata de um “*parâmetro excessivamente vago e perigoso para uma satisfatória sistematização das vedações probatórias*”. Desse modo, Thiago André Pierbom de Ávila indica que a grande problemática decorrente desse tema está diante dos critérios concretos para a utilização dessa ponderação na vida real. (ÁVILA, 2010)

Dessa forma, verifica-se grande controvérsia sobre o tema, bem como a insatisfação dos doutrinadores que defendem a possibilidade de admitir as provas ilícitas quando se demonstra necessária para proteger o interesse público. Essa discussão tornou-se ainda mais intensa quando o próprio entendimento dominante pátrio admite a utilização da prova obtida por meio ilícito, no entanto, somente quando favorecer o acusado.

CONCLUSÃO

Considerando todos os temas e conceitos discutidos anteriormente, o presente artigo buscou concluir se a prova ilícita deve ser admitida para condenar o réu no ordenamento jurídico brasileiro.

Dessa forma, será respondida a seguinte indagação: porque utilizar o juízo da ponderação, aplicado pelo princípio da proporcionalidade, para absolver o acusado quando ele demonstrar inocente, mas não poder utilizá-lo para condenar o réu quando estiver evidenciado de modo ilícito a sua autoria no delito?

Primeiramente, ao analisar a Teoria dos Direitos Fundamentais de Robert Alexy, podemos concluir que nenhum direito fundamental possui caráter absoluto. Em vista disso, há certas situações em que estes podem entrar em conflito. Considerando que os direitos fundamentais possuem caráter de princípio, quando estes colidirem, deverá ser utilizado o

princípio da proporcionalidade, através da ponderação, para verificar qual princípio será mais adequado para aplicar no caso concreto.

No mais, é sabido que o processo penal possui a finalidade de buscar a verdade através dos elementos probatórios produzidos. O presente artigo desmitificou a busca de uma verdade real, concluindo que se trata, na realidade, de uma verdade processual, ou seja, a verdade possível de se alcançar em um processo, em conformidade com os limites legais e o devido processo legal. Portanto, esses dois elementos são cruciais para convencer o magistrado a proferir uma decisão para condenar ou absolver alguém.

Ademais, conclui-se que as provas ilícitas e ilegítimas possuem conceitos e sanções diferentes. A primeira decorre de uma violação de regra de direito material ou da Constituição Federal de 1988 e será sancionada com o impedimento do seu ingresso ou com a sua exclusão caso já tenha sido produzida. A segunda decorre de uma natureza exclusivamente processual e será sancionada com a sua nulidade, o que não impede que sejam refeitos os atos, em conformidade com a lei, para que seja aproveitada a fonte de prova.

Ato contínuo, conclui-se que admissibilidade das provas ilícitas *pro reo* decorre da utilização do princípio da proporcionalidade em favor do réu, estabelecendo uma posição de preferência condicionada da liberdade individual perante a do poder punitivo quando houver dúvidas. Ressalto que o processo penal tem por finalidade satisfazer a pretensão punitiva do Estado, mas o exercício do *ius puniende* está limitado nas leis e princípios que regem o Estado brasileiro. Reconhece-se, também que o réu está sendo injustamente acusado, e eventual produção da prova ilícita faria com que este estivesse atuando em estado de necessidade que, sendo uma causa de exclusão da ilicitude, decorrente da proporcionalidade, torna lícita a utilização da prova.

Ademais, há ensinamentos como o de Bessa e Rezende, os quais abrangem o princípio da presunção da culpabilidade, estando indissociavelmente unido com ao princípio da inadmissibilidade das provas ilícitas, cabendo à acusação provar a eventual culpabilidade do réu de uma forma válida e legítima, estando em conformidade com o devido processo legal.

Por essa razão, ao se deparar com uma prova obtida por meio ilícito, o ordenamento jurídico brasileiro está adotando o princípio da proporcionalidade, como procedimento de mediação de colisões, para admiti-las quando for o único meio de provar a inocência do acusado.

Por outro lado, conclui-se que os doutrinadores que se manifestam a favor da prova ilícita *pro societate* defendem, em suma, a necessidade de ponderar os princípios em conflito a favor da sociedade quando se demonstrarem necessárias para assegurar a segurança da sociedade. Isso porque, não se pode afirmar que os direitos e garantias do réu sejam sempre mais relevantes que a proteção do processo penal.

Dito isso, a admissibilidade ilícita *pro societate*, na teoria, seria uma ótima forma de garantir, em casos excepcionais, que as pessoas que porventura cometeram atos ilícitos não escapem com a impunidade. No entanto, a dificuldade de determinar critérios concretos para utilizar o princípio da proporcionalidade para condenar o acusado enseja uma grande insegurança jurídica.

Isso porque, o Estado já está um passo a frente ao ter o dever de garantir o *jus puniendi*, praticando as atividades de investigação, que são fatos típicos, mas não são considerados como antijurídicos. No entanto, admitir que outros níveis de violência sejam cometidos para garantir um funcionamento da justiça criminal brasileira ensejaria intransponível paradoxo: cometer crimes para punir outros crimes.

Ademais, devido à ausência de critérios concretos para realizar a ponderação, nada garante que uma eventual admissibilidade a utilização do princípio da proporcionalidade *pro societate* não pudesse ensejar com que a acusação ultrapassasse dos limites com mais frequência em busca de atingir a sua pretensão.

Afinal, ao citar Luca e Barroso, o Thiago André Pierbom de Àvila (2006, p. 209-210) lecciona:

Conforme alerta Luca, o risco da ponderação de interesses da licitude probatória é dado pela prevalência constante do interesse punitivo do Estado, o que traz um critério indeterminado e moveiço, normalmente destinado a salvar o processo de uma anulação traumática. Também Barroso lembra que é necessário primeiro sedimentar uma culta de respeito às liberdades públicas para, após se introduzirem as exceções.

Dessa forma, Aury Lopes indaga que:

Entendemos que a sociedade deve ser compreendida dentro da fenomenologia da coexistência, e não mais como um ente superior, de que dependem os homens que o integram. Inadmissível uma concepção antropomórfica na qual a sociedade é concebida como um ente gigantesco, no qual os homens são meras células, que lhe devem cega obediência. Nossa atual constituição e, antes dela, a Declaração Universal dos Direitos Humanos consagram certas limitações necessárias para a coexistência e não toleram tal submissão do homem ao ente superior, essa visão antropomórfica que corresponde a um sistema penal autoritário. (LOPES JUNIOR, 2019, p. 398)

Logo, tem-se que eventual admissibilidade do princípio da proporcionalidade no ordenamento jurídico pátrio seria um grave retrocesso, pois permitiria a condenação de acusados que não tiveram a sua culpa devidamente comprovada.

Por tanto, respondendo a questão indagada, conclui-se que a admissibilidade da prova ilícita será aceita quando favorecer o réu em casos excepcionais, pois não se pode o acusado, devido à má apreciação dos fatos na atividade jurisdicional, correr o risco de perder alguns anos da sua vida, sofrendo com a falta de sua liberdade por um crime que não cometeu. Dessa forma, para a própria sobrevivência de Direitos Fundamentais, a prova ilícita *pro societate* é inadmissível, como forma de evitar um contraditório do Estado, ao cometer crimes para punir outros crimes, causando, conseqüentemente, uma insegurança jurídica devido à ausência de critérios concretos para a aplicação do princípio da proporcionalidade.

<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/1172223325/inteiro-teor-1172223333> Acesso em: 24 mar. 2023.

CARDOSO, Diego Brito. Colisão de Direitos Fundamentais, ponderação e proporcionalidade na visão de Robert Alexy. **Revista Constituição e garantia de direitos**, 2016. Disponível em: <file:///C:/Users/milen/Downloads/mariarfs,+10327-28986-1-CE.pdf> Acesso em: 30 mar. 2023.

FERNANDES, Antônio Scarcance. **Processo penal constitucional**. 4. ed. São Paulo: Revista Dos Tribunais, 2005.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

MENDONÇA, Rachel Pinheiro de Andrade. **Provas ilícitas: limites à licitude probatória**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

QUINTIERE, Victor Minervino. **Os critérios axiológicos na jurisdição constitucional brasileira como mediadores da tensão entre liberdade e intimidade**. 2015. Dissertação (Mestrado em Direito) - Instituto Brasiliense de Direito Público, Brasília, 2015. Disponível em: <https://repositorio.idp.edu.br/handle/123456789/1951>. Acesso em: 30 mar. 2023.

SILVA, César Dario Mariano. **Provas ilícitas e o princípio da proporcionalidade**. 9. ed. São Paulo: Juruá Editora, 2022.