



**FUNDAÇÃO PRESIDENTE ANTÔNIO CARLOS DE UBÁ**  
**FACULDADE DE DIREITO**  
**2019**

**PROVA ILÍCITA *VERSUS* PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA: UMA ANÁLISE DO  
PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE NA CONJUNTURA DO PROCESSO  
PENAL BRASILEIRO**

*Thais Américo Gomes da Luz - agomesthais25@gmail.com*

*Mariana Colucci Goulart Martins Ferreira - marianacolucciadv@gmail.com*

**RESUMO**

Neste trabalho de conclusão de curso busca-se analisar a possibilidade de admissão de provas formalmente ilícitas, baseando-se na visão de Robert Alexy, bem como no princípio da proporcionalidade, da dignidade da pessoa humana e da presunção de inocência. Pretende-se com este artigo realizar um estudo do princípio da proporcionalidade e dos direitos fundamentais tendo como referência a Teoria dos Direitos Fundamentais Alexyana. Também serão abordadas as diferentes visões que pairam sobre a doutrina e jurisprudência acerca do tema, como por exemplo, a de inadmissibilidade absoluta, admissibilidade relativa e admissibilidade plena das provas obtidas por meios ilícitos. A problemática advém do fato de que o princípio da vedação às provas ilícitas está disposto na Constituição Federal, sendo possível uma colisão com o também princípio constitucional da presunção de inocência. De tal modo, no caso concreto pode ocasionar a necessidade de realizar uma ponderação entre eles diante da inexistência de princípio absoluto.

**Palavras-chave:** Provas ilícitas. Admissibilidade. Inadmissibilidade. Princípios. Ponderação.

**ABSTRACT**

This final paper seeks to analyze the possibility of admission of formally illicit proof, based on Robert Alexy's view, as well as the principle of proportionality, human dignity and presumption of innocence. This article intends to study the principle of proportionality and fundamental rights with reference to Alexy's Theory of Fundamental Rights. The different views of doctrine and jurisprudence on the subject, such as absolute inadmissibility, relative admissibility and full admissibility of proof obtained by illicit means, will also be addressed. The problem is based on the fact that the principle of prohibition of illicit evidence is laid down in the Federal Constitution, and a collision with the also constitutional principle of presumption of innocence is possible. Thus, in the concrete case, it may lead to the need of balance each other in the absence of absolute principle.

**Keywords:** Illicit proofs. Admissibility. Inadmissibility. Principles. Weighting.

## INTRODUÇÃO

O instituto das provas ilícitas, tema do presente trabalho de conclusão de curso, está previsto na Constituição Federal, mais precisamente no inciso LVI de seu artigo 5º, que aduz serem inadmissíveis ao processo a produção de provas obtidas através de meios considerados ilícitos. Além disso, tal instituto também está presente no artigo 157 do Código de Processo Penal, uma vez que entende-se pela inadmissibilidade daquelas, assim compreendidas como as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais.

Tendo como ponto inicial o princípio da proporcionalidade, este artigo visa a analisar até que ponto esta norma deve ser aplicada em seu sentido literal. Ainda, almeja verificar quando ocorrerá a necessidade de começar a análise acerca do princípio da proporcionalidade através da ponderação entre princípios a fim de estabelecer os critérios de adoção daquele que teve maior peso em relação ao outro e que, portanto, deverá ser utilizado dentro daquele caso concreto.

Cabe ainda ressaltar a importância de analisar cada caso concreto em sua essência e particularidade, pois a aplicabilidade dos princípios poderá encontrar variações de acordo com o caso concreto devido ao fato de não haver princípio absoluto. Dessa forma, este trabalho busca também expor diferentes teses acerca do tema supramencionado e, nesse sentido, apresentar suas variações e as diferentes concepções que podem ser adotadas dentro do tema. Além disso, o grande intuito deste estudo é avaliar, de forma razoável e proporcional, os princípios da inadmissibilidade das provas ilícitas *versus* a presunção da inocência para que seja aplicado o mais adequado a partir da análise feita sobre o caso concreto, dessa forma, a lide poderá ser solucionada de maneira satisfatória e justa.

Nesse sentido, pretende-se, ao realizar a pesquisa acerca da “inadmissibilidade da prova ilícita”, utilizar como base inicial a Teoria dos Direitos Fundamentais de Robert Alexy – além de outras contribuições acadêmicas, constitucionais e legais, através do método dedutivo – para que se possa fazer uma identificação dos princípios que entram em colisão, buscando encontrar soluções que respeitarão os direitos humanos de cada cidadão, bem como o devido processo legal, buscando-se chegar a uma satisfação da lide e à justiça.

No primeiro capítulo aborda-se a Teoria dos Direitos Fundamentais de Alexy e o princípio da proporcionalidade como solução de conflitos. No segundo capítulo trata-se das provas ilícitas no Processo Penal. Já no terceiro capítulo debate-se as provas ilícitas e a referente inadmissibilidade absoluta. Finalmente, no quarto capítulo discute-se o princípio da ponderação diante da colisão entre a presunção de inocência e a vedação às provas ilícitas.

## **1. A TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DE ALEXY: PRINCÍPIOS E REGRAS**

Atualmente, uma das obras mais conhecidas em relação à temática de regras e princípios consta na obra *Teoria dos Direitos Fundamentais* (1985), de Robert Alexy, que define ambos a partir do pensamento de Ronald Dworkin. De tal modo, a Teoria dos Princípios está gravada na obra supramencionada e nela o jusfilósofo alemão refina a teoria de Dworkin em relação à divisão entre regras e princípios (FERREIRA, 2017, p. 43).

Tal distinção é o alicerce da teoria no contexto dos direitos fundamentais. Assim, de acordo com Alexy, tanto regras quanto princípios são normas, uma vez que ambos dizem o que deve ser. Princípios são, assim como as regras, razões para juízos concretos de dever ser, ainda que de espécie muito distintas. De tal modo, a diferenciação entre regras e princípios é uma diferenciação entre duas espécies de normas (ALEXY, 2008, p. 87).

E, por conseguinte, a distinção entre princípios e regras seria, essencialmente, uma diferenciação qualitativa e não uma diferenciação de grau. Sendo assim, toda norma ou é uma regra ou um princípio (ALEXY, 2008, p. 90).

Ressalta-se, porém, que princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades fáticas e jurídicas existentes no caso concreto. Já as regras contêm determinações no âmbito do que é fática e juridicamente possível, podendo ser cumpridas ou não (ALEXY, 1997 apud TOLEDO, 2003, p. 62-63).

Logo, é possível observar que os princípios podem ter interpretações diferentes a depender do caso concreto, e são passíveis de cumprimento em diferentes graus, inclusive, havendo conflito entre diferentes princípios, deverá ser realizada uma ponderação e, por conseguinte, será aplicado aquele que melhor se adequar ao caso em tela. As regras por sua vez, "são normas que são sempre satisfeitas ou não satisfeitas, possuindo uma lógica binária (sim ou não) para sua satisfação" (FERREIRA, 2017, p. 43).

Ou seja, não há que se falar em uma análise geral e mais ampla quando o assunto são as regras, pois se aplicará exatamente aquilo que elas dispõem em seu texto puro e simples. Diante disso, havendo um conflito entre regras há somente duas soluções: declarar uma delas inválida ou introduzir uma cláusula de exceção em uma delas de maneira a eliminar o conflito. Dessa forma, segundo Alexy (ALEXY, 2008, p. 91), "a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa, e não uma distinção de grau. Toda norma é ou uma regra ou um princípio".

Portanto, diante da perspectiva de Alexy, percebe-se que princípios poderão ser satisfeitos em vários graus devido à possibilidade de uma ampla análise e aplicação desses a depender do caso concreto em que serão impostos. De tal modo, deverão ser analisadas as possibilidades fáticas e jurídicas para chegar à solução de um possível conflito.

Cabe salientar também que, diante de um conflito de princípios, o que ocorre é que um cederá ao outro, o que não faz com que um se torne inválido, nem que haja necessidade de se introduzir uma cláusula de exceção, oposto ao que ocorre com as regras. Isto é, os conflitos gerados entre princípios serão solucionados analisando o peso atribuído a cada um diante da análise feita, observando o caso concreto, não significando assim dizer que o princípio ao qual foi atribuído um “menor peso” torna-se inválido ou menos valioso, mas sim que diante daquele caso analisado, um teve precedência ao outro.

Destaca-se que não há hierarquia entre os princípios, possuindo todos o mesmo grau de importância dentro do ordenamento jurídico. O que ocorre é que ao aplicar a um caso concreto, diante daquela situação específica, um superará o outro para satisfação daquele problema. O mesmo não ocorre quando se trata de regras, pois, nesse caso, a análise feita será quanto à validade, observados, para isso, diferentes critérios como, por exemplo, os critérios “cronológico e hierárquico”.

Logo, quando houver um conflito entre regras, não haverá uma análise abrangente ou subjetiva, mas sim a aplicação pura e simples da que melhor se aplicar à situação. Portanto, a regra não se adapta ao caso concreto, mas sim é ou não é aplicada a ele.

### **1.1. O princípio da proporcionalidade como solução de conflitos**

A Teoria dos Direitos Fundamentais de Alexy trata, dentre outros temas, da diferenciação entre regras e princípios, já abordada no presente artigo. O princípio da proporcionalidade, por sua vez, é o método a ser utilizado para solucionar a colisão dos princípios e, embora seja também um princípio, não se confunde com a distinção acima elencada.

A proporcionalidade tem grande importância dentro do Direito, pois é através dela que será feita uma análise aprofundada do caso concreto e das possibilidades de aplicação dos princípios que mais se encaixam na problemática em questão no sentido de solucioná-la. De tal modo, a proporcionalidade é comumente aplicada em diferentes ramos do Direito para solucionar quaisquer tipos colisões em busca da resolução da lide.

A aplicação da lei não é mecânica, mas sempre mediada pelo processo de valoração ou de ponderação de valores, afinal, não se busca apenas uma solução para o caso em julgamento, mas a solução justa. Como todas as normas jurídicas consagram valores, a todas elas se aplica o princípio de proporcionalidade tanto na sua elaboração quanto na sua aplicação. (TOLEDO, 2013, p. 64)

Dessa forma, nota-se que a importância do princípio da proporcionalidade não paira somente no fato de solucionar conflitos, mas também para de forma correta e eficiente medir o peso dos princípios conflitantes em uma problemática onde um precederá o outro e será aplicado ao caso específico para chegar à satisfação do direito e à solução da problemática como um todo. Portanto, esse princípio é basilar para chegar a uma solução justa.

O princípio da proporcionalidade é usado como ponto de valoração, acompanhado das deduções para chegar a uma decisão final. “Tal princípio desenvolve-se em três graus, três máximas parciais: as máximas de adequação, de necessidade e de ponderação (ou proporcionalidade em sentido estrito)” (TOLEDO, 2013, p. 65), pois se deve levar em consideração, de acordo com a análise do caso concreto, qual princípio terá precedência ao outro, não significando dizer que há um princípio absoluto ou mesmo algum tipo de hierarquia entre eles. A ponderação feita entre os princípios visa a analisar o peso de cada um a fim de que seja utilizado aquele que mais se adequar a situação em tela, mantendo a harmonia entre eles, afinal não se excluem entre si.

Quando se trata das máximas de desenvolvimento do princípio da proporcionalidade, temos a primeira (a máxima da adequação), como meio de obtenção de determinado fim, fazendo uma análise se aquele princípio é adequado ao fim que se pretende chegar.

De tal modo, a máxima da adequação relaciona-se ao meio utilizado no caso concreto para o conseguimento de um fim, averiguando se ele é apropriado ao fim almejado. A arguição não é relacionada ao grau de eficiência do meio escolhido para a realização de um fim e sim à aptidão daquele meio para a obtenção do fim visado. (FERREIRA, 2017, p. 44)

Já a máxima da necessidade busca escolher o melhor meio para alcançar o fim desejado.

Isto é, indaga do meio mais benigno, seja para realização de ambos os princípios seja para a situação jurídica de ambas as partes, preferindo-se o meio que satisfaz o princípio prioritário, atingindo no menor grau possível o princípio preterido ou o meio que atende os direitos do sujeito A, lesionando no mínimo possível os direitos de B. (TOLEDO, 2013, p. 67)

Só haverá, obviamente, possibilidade de escolha do meio mais benéfico para um resultado final dentre aqueles que sejam adequados para tanto. Logo, a adequação do meio é necessária para que se consiga chegar ao fim desejado, contudo não é suficiente, o que faz com que haja a necessidade de recorrer à segunda máxima do princípio da proporcionalidade. Portanto, “em outros termos: o que é necessário é adequado, mas o que é adequado nem sempre é necessário” (TOLEDO, 2013, p. 67).

Diante disso, pode-se observar que as máximas da adequação e da necessidade referem-se às possibilidades fáticas dos princípios, uma vez que tratam dos meios que serão adotados para obtenção de determinado fim. Em contrapartida, a máxima da proporcionalidade em sentido estrito ou da ponderação, por sua vez, está ligada às possibilidades jurídicas, por serem relacionadas ao peso que terá cada princípio.

Na ponderação, não se trata mais de escolha de meios aptos ou menos gravosos para a realização da finalidade perseguida, não mais se questiona dos meios utilizados ou a serem utilizados para a efetivação de determinado princípio em detrimento de outro, mas da harmonização dos princípios em si. (TOLEDO, 2013, p. 68)

Dessa forma, ao se chegar à análise da terceira máxima, a da proporcionalidade em sentido estrito, já se sabe os meios que são benéficos, necessários e adequados, por isso o que se analisará neste terceiro momento é o conteúdo de cada princípio e o peso diante de determinada situação, que é o que fará com que um preceda o outro, a escolha de determinado princípio neste momento se refere às possibilidades jurídicas da aplicação deste no que se refere ao caso concreto e não mais das possibilidades fáticas.

Salienta-se que a proporcionalidade em sentido estrito irá analisar “o grau ou intensidade da não satisfação ou afetação de um princípio em contraposição ao grau de importância da satisfação do outro princípio, considerando-se o valor que consagra” (TOLEDO, 2013, p. 69). Assim, é possível compreender que a solução de que qual princípio precederá ao outro se satisfará analisando se há razões suficientemente cabíveis para esta precedência.

Qualquer tipo de decisão precede de uma análise minuciosa fazendo-se necessário a fundamentação dos motivos que levaram àquela conclusão. Dessa forma, não seria diferente quanto à aplicação do princípio da proporcionalidade, uma vez que esse vai ser utilizado para analisar qual princípio se sobressai a outro em determinado caso, logo “deve ser feito de forma controlável, isto é, mediante procedimento racional de fundamentação” (TOLEDO, 2013, p. 66).

Isso significa que assim como as decisões judiciais prescindem de fundamentação, a aplicação de princípios também necessitam, principalmente em casos que houver colisão entre eles.

## **2. AS PROVAS ILÍCITAS NO PROCESSO PENAL**

A Constituição Federal consagra, no inciso LVI de seu artigo 5º, a inadmissibilidade das provas ilícitas. Assim, “são inadmissíveis, no processo as provas obtidas por meios ilícitos”. E muito embora essa norma seja facilmente interpretada, há muita discussão sobre a mesma, uma vez que doutrina e jurisprudência possuem entendimentos um tanto quanto opostos ao que tange à admissibilidade de provas ilícitas no processo penal.

Dessa forma, de acordo com o que cita em seu artigo, Luiz Gabriel Batista Neves (2013, n.p.), é possível observar pelo menos quatro principais teses acerca do tema, são elas: 1) a inadmissibilidade absoluta, ou seja, é completamente inadmissível a utilização das provas obtidas pelos meios ilícitos; 2) a possibilidade de utilização plena das provas ilícitas; 3) possibilidade de utilização de prova ilícitas, a depender de um exame da proporcionalidade no manejo das provas ilícitas (admissibilidade relativa); e, 4) possibilidade de utilização de provas ilícitas a depender do obediência ao princípio *pro reo* (admissibilidade *pro reo*).

De tal modo, este capítulo abordará as teses de admissibilidade. A primeira delas é da admissibilidade absoluta das prova ilícitas, ou seja, seriam admitidas quaisquer tipos de provas conseguidas através de qualquer meio, seja ele lícito ou não. Contudo há normas em nossa Constituição Federal que limitam a admissão e produção de provas. Alguns exemplos são: a inviolabilidade de domicílio e até mesmo a vedação às provas obtidas por meios ilícitos, entre outros.

O Código de Processo Penal (CPP) também tratou – em seu artigo 157, após a alteração da Lei n.º 11.690/2008 – sobre as provas ilícitas, dispondo da seguinte maneira: “São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais”. Justamente devido a esse texto, o artigo 157 de CPP sofre algumas críticas, uma vez que muitos doutrinadores entendem que o texto do referido artigo causa certa confusão, pois fere a distinção entre provas ilícitas e provas ilegítimas.

Segundo Maria Thereza Assis Moura, há diferença clara entre provas ilícitas e provas ilegítimas:

A prova ilegal é gênero da qual é espécie: a prova ilegítima, àquela obtida após a violação de uma regra de direito processual penal, ou seja, no momento de produção; e a prova ilícita, àquela admitida por violação as regras de direito material ou constitucional. Trocando em miúdos, a prova ilegítima é associada à produção da prova, portanto repetível seu ato, sendo associada às normas processuais; as provas ilícitas, por sua vez, possuem laços estreitos com a coleta da prova e são regidas pelas normas materiais ou constitucionais, constituindo nulidade de todos os atos praticados à sua posteridade, sem possibilidade de repetição, devendo ser desentranhadas dos autos e destruídas as provas acometidas por esses vícios. (MOURA, 2013, n.p., apud NEVES, 2013, p. 13-14)

Nesse sentido, cumpre destacar cada tese de admissibilidade, sendo que a primeira delas reside no fato de que é plenamente possível a utilização de provas ilícitas. Ocorre que, em contrapartida, a pessoa que violou a norma deverá ser responsabilizada cível ou criminalmente, pois violou norma que veda a obtenção daquela prova:

Essa posição não encontra respaldo na jurisprudência do Brasil e os autores criticam esse posicionamento, justamente por estabelecer uma contradição ao dispor que uma mesma prova poderá ter a função de absolver um réu em determinado processo, mas, por via de consequência, torná-lo culpável em outro. (NEVES, 2013, p.15)

Outra tese ainda no que tange à admissibilidade é aquela em que deverá ser observada a proporcionalidade, ou seja, se fará imperiosa uma análise acerca da necessidade de preservar o interesse público para chegar à conclusão de aceitar ou não a prova ilícita. Nesse caso, se através daquela prova for o único meio de provar a existência do delito, ela deverá ser aceita a fim de que se preserve o interesse público.

Assim, “abranda a proibição para admitir a prova ilícita, em casos excepcionais e graves, quando a obtenção e a admissão forem consideradas a única forma possível e razoável para proteger a outros valores fundamentais” (LOPES JÚNIOR, 2018, p. 397). Cabe ressaltar que Aury Lopes Júnior alerta para os riscos da adoção de tal tese, afinal esse princípio pode ser utilizado de várias formas a depender do entendimento de quem julga, “o perigo dessa teoria é imenso, na medida em que o próprio conceito de proporcionalidade é constantemente manipulado e serve a qualquer senhor” (LOPES, 2018, p. 397).

Há ainda julgados que admitem essa tese sob a justificativa de que o inciso LVI do artigo 5º da Constituição Federal não tem conotação absoluta. Por isso, invoca-se o princípio da razoabilidade para fundamentar tal decisão e validar a prova obtida por meio ilícito. Um desses julgados é o HC 3982, RJ 1995/0053161-5:

CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL PENAL. "HABEAS CORPUS". ESCUTA TELEFÔNICA COM ORDEM JUDICIAL. RÉU CONDENADO POR FORMAÇÃO DE QUADRILHA ARMADA, QUE SE ACHA CUMPRINDO PENA EM PENITENCIÁRIA, NÃO TEM COMO INVOCAR DIREITOS FUNDAMENTAIS PRÓPRIOS DO HOMEM LIVRE PARA TRANCAR AÇÃO PENAL (CORRUPÇÃO ATIVA) OU DESTRUIR GRAVAÇÃO FEITA PELA POLÍCIA. O INCISO LVI DO ART. 5º DA CONSTITUIÇÃO, QUE FALA QUE 'SÃO INADMISSÍVEIS AS PROVAS OBTIDAS POR MEIO ILÍCITO', NÃO TEM CONOTAÇÃO ABSOLUTA. HÁ SEMPRE UM SUBSTRATO ÉTICO A ORIENTAR O EXEGETA NA BUSCA DE VALORES MAIORES NA CONSTRUÇÃO DA SOCIEDADE. A PRÓPRIA CONSTITUIÇÃO FEDERAL BRASILEIRA, QUE É DIRIGENTE E PROGRAMÁTICA, OFERECE AO JUIZ, ATRAVÉS DA 'ATUALIZAÇÃO CONSTITUCIONAL' (*VERFASSUNGSAKTUALISIERUNG*), BASE PARA O ENTENDIMENTO DE QUE A CLÁUSULA CONSTITUCIONAL INVOCADA É RELATIVA. A JURISPRUDÊNCIA NORTE-AMERICANA, MENCIONADA EM PRECEDENTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, NÃO É TRANQUILA. SEMPRE É INVOCÁVEL O PRINCÍPIO DA 'RAZOABILIDADE' (REASONABLENESS). O 'PRINCÍPIO DA EXCLUSÃO DAS PROVAS ILICITAMENTE OBTIDAS' (*EXCLUSIONARY RULE*) TAMBÉM LÁ PEDE TEMPERAMENTOS. ORDEM DENEGADA (HC 3982, RJ 1995/0053161-5). (BRASIL, 1996, n.p.)

Já na tese de admissibilidade a partir da proporcionalidade *pro reo*, a prova ilícita deveria ser aceita nos casos em que for beneficiar o réu, ou seja, para provar a sua inocência. Nesse caso, a ponderação feita gira em torno do direito à liberdade de um inocente que prevalecerá sobre a forma com que a prova (de sua inocência) foi obtida. Parte-se do pressuposto de que priorizar o fato de uma prova ter sido obtida por meio ilícito e por isso ferir um preceito legal, não a admitindo dentro do processo, seria uma grave violação aos direitos do indivíduo. Assim, condenar um inocente seria uma verdadeira violência à justiça, até porque um dos principais princípios dentro do processo penal é proteção dos inocentes.

Argumenta-se, ainda dentro dessa tese, acerca do fato de o réu estar protegido por causas excludentes de culpabilidade (inexigibilidade de conduta diversa) e ilicitude (legítima defesa e estado de necessidade), o que afastaria não só a ilicitude da conduta como também da prova em si, pois o réu ao realizar a conduta estaria amparado pelo direito, o que faria com que a prova não mais pudesse ser considerada ilícita.

Ademais, deve-se recordar que o réu estaria, quando da obtenção (ilícita) da prova, acobertado pelas excludentes da legítima defesa ou do estado de necessidade, conforme o caso. Também é perfeitamente sustentável a tese da inexigibilidade de conduta diversa (excluindo agora a culpabilidade). Tais excludentes afastariam a ilicitude da conduta e da própria prova, legitimando seu uso no processo. (LOPES JÚNIOR, 2018, p. 399)

Diante de todo exposto, é possível observar que diferentes são os pensamentos e opiniões acerca da admissibilidade das provas ilícitas ao processo penal e diferentes são às teses de possibilidade para sua utilização. Doutrinadores divergem das mais diversas formas devido à vasta gama de opções que este tema traz consigo, motivo que torna a discussão sobre ele e suas várias possibilidades tão necessária, em razão da importância de haver uma regulação sobre o assunto a fim de que seja garantida a segurança jurídica.

### **3. AS PROVAS ILÍCITAS E A INADMISSIBILIDADE (ABSOLUTA)**

Como tratado no capítulo anterior, diversas são as teses de admissão das provas ilícitas, contudo, isso não impede, e nem mesmo significa dizer, que não existam teses na direção oposta das já abordadas. Logo, a tese contrária à admissibilidade é a da inadmissibilidade e é sobre essa temática que o presente capítulo tratará.

A Constituição Federal, no inciso LVI de seu artigo 5º, aduz acerca da (in)admissibilidade das provas ilícitas e aqueles que adotam essa teoria, ou seja, a teoria da inadmissibilidade, ao fazê-lo estão interpretando a norma constitucional de maneira literal, partindo, ainda, do pressuposto de que não há que se falar em exceções ou relativizações, uma vez que a norma não permite.

Sobre essa teoria, o que mais se critica é justamente o fato de que há muitos anos não se fala em normas absolutas e o próprio Direito nega o caráter absoluto de normas e princípios. Isso porque se observa o fato de que a sociedade vive em constante mutação, tendo o Direito que se adequar às constantes mudanças e evoluções, o que confere ao saber certo “prazo de validade”. Nesse caso, a inadmissibilidade absoluta carregaria consigo uma pretensão de verdade absoluta, o que seria prejudicial ao analisar a especificidade de cada caso concreto.

A crítica é exatamente em relação à “absolutização” da vedação, num momento em que a ciência (desde a teoria da relatividade) e o próprio direito constitucional negam o caráter absoluto de regras e direitos. Para nós, desde Einstein, não há mais espaço para tais teorias que têm a pretensão de serem “absolutas”, ainda mais quando é evidente que todo saber é datado e tem prazo de validade e, principalmente, que a Constituição, como qualquer lei, já nasce velha, diante da incrível velocidade do ritmo social. Logo, a inadmissibilidade absoluta tem a absurda pretensão de conter uma razão universal e universalizante, que pode(ria) prescindir da ponderação exigida pela complexidade que envolve cada caso na sua especificidade. (LOPES JÚNIOR, 2018, p.396)

Portanto, observa-se que a maior crítica em relação à tese de inadmissibilidade parte justamente do mesmo ponto adotado por quem a defende, ou seja, a absolutização da norma, o que abarca a absolutização dos princípios constitucionais. Deste modo, cumpre dizer que quem defende esta tese parte do pressuposto de que a norma constitucional é absoluta e, por isso, é inadmissível uma prova ilícita. Por outro lado, quem é contrário a esta tese defende que há muito já não se fala em normas absolutas, o que se coaduna com o pensamento alexyano supramencionado.

#### **4. O PRINCÍPIO DA PONDERAÇÃO: PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA VERSUS VEDAÇÃO ÀS PROVAS ILÍCITAS**

A presunção de inocência, no Brasil, está consagrada pela Constituição Federal no inciso LVII de seu artigo 5º, que dispõe da seguinte forma, “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Esse é um dos princípios basilares do Direito Penal, haja vista que garante ao acusado certa proteção não apenas de seus direitos básicos, como também em casos que houver dúvidas quanto à autoria do delito. Isso significa dizer que o julgador, ao analisar um caso concreto e não ficar comprovada de forma concreta a autoria do delito, terá o dever de conduzir o processo para uma absolvição, aplicando, assim, o princípio do *in dubio pro reo*.

Tal compreensão conduz à adoção de uma das teses de admissibilidade das provas ilícitas trabalhadas anteriormente, que é a da admissibilidade a partir da proporcionalidade *pro reo* a fim de amparar eventuais decisões.

É um dever de tratamento imposto – inicialmente – ao juiz, determinando que a carga da prova seja inteiramente do acusador (pois, se o réu é inocente, não precisa provar nada) e que a dúvida conduza inexoravelmente à absolvição (*in dubio pro reo*); ainda na dimensão interna, implica severas restrições ao (ab)uso das prisões cautelares (como prender alguém que não foi definitivamente condenado?). Enfim, na dimensão interna, a presunção de inocência impõe regras de tratamento e regras de julgamento para o juiz. (LOPES JÚNIOR, 2018, p. 202)

Deste modo, a admissibilidade a partir da proporcionalidade *pro reo* trata-se de uma tese em que é possível admitir uma prova ilícita ao processo, uma vez que ela atesta a inocência do acusado.

Destarte, é possível perceber a importância desta tese para o Direito e, principalmente, para a justiça, visto que ela apresenta a fundamentação de que não seria proporcional ou razoável ignorar uma prova e não admiti-la ao processo simplesmente porque ela foi obtida de forma ilícita, afinal, isso estaria indo contra uma das bases do Direito Penal, que é a proteção dos indivíduos. Ainda, ignorar tal prova não seria razoável, pois não faria sentido algum, por pura interpretação literal de uma norma, encarcerar um inocente, principalmente caso se compreenda que a grande maioria das situações jurídicas que geram algum tipo de conflito podem ser solucionadas através de mecanismos próprios, são eles: a subsunção (em casos de conflitos entre normas) ou a ponderação (em casos de conflitos entre princípios).

Portanto, partindo do pressuposto de que em um caso concreto, no qual de um lado se encontra uma prova obtida por meio ilícito (que comprova que o acusado é inocente) e do outro está o princípio da vedação à prova ilícita, chega-se a uma colisão entre princípios. Este tipo de situação geralmente é solucionada através do princípio da proporcionalidade, buscando-se ponderar, entre os princípios em colisão, qual aquele que deverá ser aplicado ao caso concreto.

Nesse sentido, para que haja uma análise, deve-se observar que o princípio da proporcionalidade se desenvolve em três graus e é composto por três máximas, “as máximas de adequação, de necessidade e de ponderação (ou proporcionalidade em sentido estrito)” (TOLEDO, 2013, p. 65). Logo, ao fazer a análise dessas máximas, estaria o julgador analisando o caso concreto e ponderando qual princípio deverá sobrepor ao outro, vez que nenhum princípio é dotado de caráter absoluto.

A valoração entre os princípios têm a finalidade de através de uma análise chegar à conclusão de qual melhor se adequa ao caso concreto, por isso é de suma importância. Neste caso, a análise das três submáximas torna-se imprescindível para se alcançar o resultado desejado. Adequação e necessidade acabam por se interligarem, pois se relacionam com as possibilidades fáticas dos princípios, enquanto a proporcionalidade em sentido estrito refere-se às possibilidades jurídicas.

De tal modo, para se ponderar entre a admissão de provas ilícitas *versus* a vedação às provas ilícitas, a máxima a ser adotada é a da proporcionalidade em seu terceiro momento, que é aquele onde a análise feita acontece em torno da submáxima da proporcionalidade em sentido estrito, uma vez que essa ponderação irá se referir à possibilidade jurídica de adoção de princípios e é através dessa análise que se fará uma ponderação do peso de ambos, para solucionar a colisão.

O fato é que as máximas de adequação e necessidade não bastaram, portanto, para resolver a colisão dos princípios, pelo que se deve adentrar no conteúdo de cada princípio para estabelecer a precedência de um sobre o outro, não mais se perquirindo do instrumento ou do meio eleito para a concreção de cada princípio. Sendo o foco da análise agora o conteúdo dos princípios, ou seja, os valores que normatizam, a opção por um dos princípios não se refere mais às suas questões fáticas de adequação ou necessidade, mas à possibilidade jurídica de sua prioridade, em face das condições do caso concreto. (TOLEDO, 2013, p 68)

Cabe ressaltar que é necessário reconhecer também o fato e a possibilidade de aplicação de dois institutos amparados pelo Direito Penal para se reconhecer a utilização das provas ilícitas, são eles: “o estado de necessidade, a legítima defesa e a inexigibilidade de conduta diversa”, isto porque, parte-se do pressuposto de que, se um indivíduo se vê injustamente acusado de um delito que não cometeu, tentará de todas as formas possíveis provar sua inocência, o que é amparado pelo Direito através do contraditório e da ampla defesa, isso lhe daria acesso a duas excludentes de ilicitude e uma excludente de culpabilidade.

De acordo com Ávila (2010, p. 202), o reconhecimento destas excludentes caracterizaria uma prova antes ilícita, em lícita, pois colocaria o acusado em uma situação que validaria a prova independente da forma como foi obtida.

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 de ilicitude (decorrente da proporcionalidade), torna lícita a utilização da prova. (ÁVILA, 2010, p. 202)

Portanto, analisando o caso de maneira específica, observa-se que deve ser realizada tal ponderação entre os princípios, restando comprovado que se confere um peso muito maior à vida, liberdade, dignidade da pessoa humana se comparado a uma ilicitude de prova, diante da desproporcionalidade de manter encarcerado alguém, única e exclusivamente devido a fato de inadmitir a processo uma prova (de sua inocência) obtida por meio ilícito.

## **CONCLUSÃO**

Tratando-se de um contexto dentro de um Estado Democrático de Direito, o indivíduo deve ter protegido e assegurado, no mínimo, em seus direitos básicos. Isso pode ser observado por meio das disposições contidas em nossa Constituição Federal, bem como na proteção aos

direitos fundamentais e dignidade da pessoa humana. Logo, o papel do Estado é garantir a cada um dos indivíduos proteção e segurança, bem como garantir também a busca pela justiça.

Conforme supramencionado, nenhum direito, regra ou princípio, é dotado de caráter absoluto. Isso significa dizer que há um caráter relativo em relação às normas, devendo-se observar o princípio da proporcionalidade ao analisar cada caso em suas peculiaridades.

A proporcionalidade é um princípio que se encontra implícito no ordenamento jurídico brasileiro e é utilizado principalmente em casos de colisões entre princípios, possuindo três máximas (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito), segundo o entendimento de Alexy. Tais máximas deverão ser analisadas para se chegar ao resultado pretendido e, sem que haja uma ponderação entre princípios em colisão, não se poderá conduzir o processo de maneira correta, observando o devido processo legal, uma vez que a solução possivelmente carecerá de justiça diante da ausência de análise das peculiaridades do caso concreto.

Cumprido salientar que a proteção devida a cada cidadão é um dever fundamental do Estado e é um direito fundamental de cada indivíduo. O processo penal deve proteger cada ser humano de uma punição arbitrária, uma vez que aquele pode ser visto como um pacificador social, na busca por solucionar conflitos, aplicar o Direito e garantir proteção a todos, sem exceção.

Portanto, pode-se e deve-se regular e restringir o uso de provas, desde que ilícitas. Contudo não se deve agir arbitrariamente, condenando um inocente. Se a única prova de sua inocência é uma prova obtida ilicitamente, não seria algo proporcional desconsiderá-la. Destarte, é necessário haver um equilíbrio entre as garantias no que tange a resolução dos conflitos gerados pelas provas ilícitas.

Nesse sentido, ressalta-se que nem sempre excluir uma prova obtida por meio ilícito, desde que verdadeira, causará prejuízo ao processo, especialmente quando aquela envolver a inocência do réu. Ao contrário, a exclusão pode gerar um descrédito muito maior na justiça e uma insegurança jurídica.

De tal modo, no Brasil, a maior parte da doutrina e jurisprudência consideram admissível a prova ilícita *pro reo*, com a aplicação do princípio da proporcionalidade, tratando-se de meio idôneo e razoável para garantir aos indivíduos o respeito aos direitos e garantias fundamentais e possibilitar ao processo a maior segurança jurídica e respeito à justiça.

O direito de um inocente à liberdade, consubstanciado pelo princípio da presunção de inocência, possui, em eventual caso concreto, maior peso do que a vedação a prova ilícita, não sendo proporcional, ou razoável, impor a ele uma sanção penal por um crime que não cometeu, baseado em um princípio, que é o da vedação às provas ilícitas, uma vez que este sequer pode ser considerado absoluto, afinal, os princípios são dotados de relatividade em razão de sua própria natureza.

## BIBLIOGRAFIA

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.

ÁVILA, Thiago André Pierobom de. **Provas ilícitas e proporcionalidade: uma análise da colisão entre os princípios da proteção penal eficiente e da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos**. 2006. 295 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de Brasília, Brasília, 2006. Disponível em: < <http://repositorio.unb.br/handle/10482/3103>>. Acesso em: 20 set. 2019.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 20 set. 2019

BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm)>. Acesso em: 11 de out. 2019

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Acórdão, T6 Sexta Turma, HC 3982 / RJ HABEAS CORPUS 1995/0053161-5 (STJ 26 de fevereiro de 1996). Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=%28FORMA%C7%C3O+DE+QUADRI+LHA+E+ESCU+TA+TELEFONICA%29+E+%28%22ADHEMAR+MACIEL%22%29.MIN.&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 26 set 2019.

BUSTAMANTE, Thomas. Princípios, Regras e Conflitos Normativos: uma nota sobre a superabilidade das regras jurídicas e às decisões *contra legem*. **Direito, Estado e Sociedade**, n. 37, p. 152-180, jul./dez. 2010.

FERREIRA, Mariana Colucci Goulart Martins. **Justiciabilidade do Direito ao Mínimo Existencial: uma análise comparativa entre Brasil e Argentina**. 2017. 124 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Juiz de Fora, Juiz de Fora (MG), 2017. Juiz de Fora, 2017. Disponível em: < <https://repositorio.ufjf.br/jspui/handle/ufjf/5384>>. Acesso em: 20 set. 2019.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

NEVES, Luiz Gabriel Batista. A inadmissibilidade das provas ilícitas no processo penal à luz da Teoria dos Direitos Fundamentais: a necessária distinção entre regras e princípios. In:

**Revista Direito UNIFACS – Debate Virtual**, n. 161, nov. 2013. Disponível em: <<https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/search/results>>. Acesso em: 18 out. 2019.

PREIS, Marcéli da Silva Serafim. Presunção de Inocência: núcleo essencial convencional. **Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul**, n. 83, p. 93-106, maio 2017/mar. 2018. Disponível em: <[https://www.amprs.com.br/public/arquivos/revista\\_artigo/arquivo\\_1554922436.pdf](https://www.amprs.com.br/public/arquivos/revista_artigo/arquivo_1554922436.pdf)>. Acesso em: 18 out. 2019.

RUBINELLI, Natália. A admissibilidade das provas ilícitas no processo penal brasileiro através do princípio da proporcionalidade. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 22, n. 5098, 16 jun. 2017. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/58436>>. Acesso em: 20 out. 2019.

TOLEDO, Cláudia. **Direito Adquirido e Estado Democrático de Direito**. São Paulo: Landy, 2003.