

A IMPOSSIBILIDADE DE A ACUSAÇÃO UTILIZAR A PROVA OBTIDA ILICITAMENTE NO PROCESSO PENAL: PROPORCIONALIDADE E PROVA ILÍCITA *PRO SOCIETATE*

Kelvin Junior Bressan*
Marcelo Bruno Filippim**

Resumo

Este artigo procura demonstrar que um juízo de proporcionalidade não pode servir de arrimo para que a acusação utilize no processo penal uma prova obtida ilicitamente, o que a doutrina nominou prova ilícita *pro societate*. Para tanto, a dissertação inicia com uma análise dos critérios utilizados para a aplicação da proporcionalidade na resolução das colisões entre princípios fundamentais: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Adiante, procura-se demonstrar que a Constituição Federal de 1988 implantou um sistema de amplas garantias àquele que é atingido pela persecução penal, restringindo o poder punitivo do Estado em prol de uma cultura jurídico-democrática de respeito aos direitos fundamentais do cidadão, tão aviltados durante o regime autoritarista que a antecedeu, quando a incessante busca pela inatingível verdade real legitimava uma cultura inquisitiva, hoje constitucionalmente insustentável. Em seguida, postula-se que o fito da vedação constitucional à utilização da prova ilicitamente obtida é prevenir abusos estatais durante a persecução penal, bem como garantir a paridade de armas entre as partes do processo. No mesmo tópico, é apresentada a possibilidade de utilização da prova ilícita para beneficiar o acusado (*pro reo*) e também a indiferença de a prova maculada ter sido produzida por agentes estatais ou por um particular. Finalmente, são apresentados os argumentos que impediriam a utilização da proporcionalidade como meio para o ingresso das provas ilícitas no processo, mesmo em casos de excepcional relevância, concluindo-se pela manutenção da vedação como a única forma de garantir o devido processo legal, constitucionalmente assegurado.

Palavras-chave: Provas ilícitas. Princípio da proporcionalidade. Devido processo legal.

1 INTRODUÇÃO

Consagrando uma das mais relevantes garantias constitucionais e ponto fulcral para o devido processo legal, a vedação ao uso da prova ilícita no processo está estampada no inciso LVI do art. 5º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, a primeira a trazer expressamente esse direito. Especificamente para o processo penal, a proibição encontra-se no art. 157, *caput*, do CPP, com redação dada pela Lei n. 11.690/08.

Partindo desse ponto e considerando que nenhum direito fundamental elencado na Carta Magna de 1988 pode ser tido como absoluto, parte da doutrina, citam-se como exemplos Eugênio Pacelli de Oliveira e Thiago André Pirobom de Ávila, admite, excepcionalmente, que provas obtidas por meios ilícitos sejam utilizadas no processo quando o interesse público se mostrar prevalente ao individual. Um dos casos seria o de provas obtidas de forma ilícita contra grandes organizações criminosas, dado como exemplo mais corriqueiro, o que sugerem seja feito por meio da aplicação do “princípio” da proporcionalidade, cujo escopo é resolver conflitos entre princípios fundamentais, elegendo aquele que deve preponderar no caso concreto.

Entendemos, porém, que a proposta é incompatível com uma visão garantista do processo penal e constitucionalmente insustentável, representando um grave retrocesso a um passado marcado por incontáveis abusos estatais

* Graduando em Direito na Universidade do Oeste de Santa Catarina; kelvinbressan@hotmail.com

** Mestre em Direito pela Universidade Estácio de Sá; Especialista em Gestão e Segurança no Trânsito pela Universidade do Contestado; Professor na Universidade do Oeste de Santa Catarina; filippim@pc.sc.gov.br

durante a persecução penal, quando as políticas criminais viam o réu como virtual culpado e a ele negavam um mínimo de dignidade.

Disso decorre o cerne da nossa pesquisa: apresentar argumentos que demonstrem a impossibilidade de flexibilização da vedação à utilização de provas ilícitas no processo penal em desfavor do réu, o que será feito após uma análise dos critérios necessários à formação de um juízo de proporcionalidade, da superação do modelo inquisitorial pela Constituição de 1988 e da teleologia do repúdio às provas ilicitamente obtidas.

2 PROPORCIONALIDADE E COLISÕES ENTRE PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS

Além da terminologia utilizada pela doutrina a fim de determinar a proporcionalidade como regra (SILVA, 2002, p. 24), princípio (MENDES; BRANCO, 2013, p. 218-224), máxima (ALEXY, 2002, p. 117) ou metarregra (ÁVILA, 2011, p. 145-149), maior proveito advém da sua adequada estruturação e aplicação.

Em uma colocação simplista, a proporcionalidade consubstancia-se em um procedimento para se resolverem as frequentes colisões entre princípios de direitos fundamentais, aplicável, principalmente, na teoria dos direitos fundamentais estruturada por Alexy (2002, p. 113), para quem:

Quando há que se passar do amplo mundo do dever ser ideal ao estreito mundo do dever ser definitivo ou real, se produzem colisões ou, para usar outras expressões frequentes, tensões, conflitos e antinomias. É então inevitável sopesar princípios contrapostos, ou seja, há que se estabelecer relações de preferência.

Com uma estrutura logicamente definida, o exame de proporcionalidade decorre de três “máximas parciais” (ALEXY, 2002, p. 117) independentes, que devem ser aplicadas, segundo Silva (2002, p. 30 e 34), em uma ordem predefinida, subsidiária e sucessiva de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, o que afasta desse exame decisões de pura intuição, racionalizando-o, pois.

Por adequação (idoneidade), tem-se que toda a intervenção em um direito fundamental deve ser minimamente apta a fomentar a obtenção de um fim constitucionalmente legítimo (ordenado ou permitido na Constituição), mesmo que não seja o mais intenso, o melhor ou o mais seguro (ÁVILA, 2011, p. 177-179).

Segundo Mendes e Branco (2013, p. 226-227), avaliar a necessidade da restrição consiste em tentar encontrar outros caminhos menos gravosos e igualmente eficazes para a consecução dos objetivos pretendidos. É um teste comparativo entre as medidas que podem ser adotadas para promover tal fim (SILVA, 2011, p. 171).

Enaltecendo a lição de Pieroth e Schilink (2005, p. 66-68), Mendes e Branco (2013, p. 227) afirmam que adequação e necessidade não têm a mesma relevância em um juízo de ponderação, pois “[...] apenas o que é *adequado* pode ser *necessário*, mas o que é *necessário* não pode ser *inadequado*”, de modo que, positivo o teste da necessidade, o teste de adequação deve ser igualmente positivo. Porém, se o teste de necessidade for negativo, eventual resultado positivo de adequação não poderá influenciar o resultado final.

O último juízo a ser realizado é o da proporcionalidade em sentido estrito. Essa última instância, nas palavras de Ávila (2011, p. 185),

[...] exige a comparação entre a importância da realização do fim e a intensidade da restrição aos direitos fundamentais. A pergunta que se deve formular é a seguinte: O grau de importância da promoção do fim justifica o grau de restrição causado aos direitos fundamentais? Ou, de outro modo: As vantagens causadas pela promoção do fim são proporcionais às desvantagens causadas pela adoção do meio? A valia da promoção do fim corresponde à desvalia da restrição causada?

Com efeito, a pesagem dos direitos envolvidos busca evitar que uma medida, muito embora adequada e necessária, implique uma restrição de direitos fundamentais além do que se possa justificar. Em verdade, é uma relação de custo *versus* benefício (SANCHÍS, 2009, p. 273).

Isso posto, ao contrário das regras, cujas antinomias são resolvidas no campo da validade, quando princípios impingem tensões recíprocas, revelando uma inconciliável consequência jurídica, Alexy (2002, p. 93-99) propõe a fixa-

ção de “relações condicionadas de precedência”, a fim de que um princípio seja afastado, mas não invalidado, cedendo lugar ao de maior importância.

Com esse fito, Alexy (2002, p. 593-594) traz a denominada lei da ponderação, a qual estabelece que quanto mais afetado for um princípio, maior terá que ser a importância da satisfação do outro. Desta feita, três pontos devem ser avaliados:

- a) o nível em que um dos princípios é afetado;
- b) a importância de o princípio colidente ser satisfeito;
- c) se a importância da satisfação do princípio colidente justifica a afetação do outro princípio.

Para a utilização desse método, portanto, mostra-se imprescindível a fixação de um peso para os direitos fundamentais afetados, uma escala de graus de intensidade de afetação e importância de satisfação. Novamente da lição de Alexy (2002, p. 593-611), extrai-se que o modelo mais comum é o triádico: leve (fraco, reduzido); médio; e grave (forte, sério, elevado). Ainda, para uma aferição mais refinada, é possível a utilização do modelo triádico duplo, composto pelas escalas de: levíssimo (leve/leve); moderado leve (leve/médio); leve quase moderado (leve/grave); moderado tendente para o leve (moderado/leve); moderado propriamente dito (moderado/moderado); moderado quase sério (moderado/grave); levemente sério (grave/leve); moderadamente sério (grave/moderado); e seríssimo (grave/grave).

Feitas essas considerações, é possível deduzir que o campo de estudo do presente escrito, ou seja, o processo penal, é o cenário de um indelével conflito entre a pretensão punitiva do Estado e o desejo de preservação da liberdade do réu, como será visto a seguir.

3 O PROCESSO PENAL E A PROBLEMÁTICA DA VERDADE REAL

O modelo inquisitorial originalmente presente no Código de Processo Penal de 1941 via na ilimitada liberdade do julgador em perseguir a “verdade real” um instrumento essencial à apuração dos fatos e, por conseguinte, à legitimação da pretensão punitiva do Estado, tornando a busca da prova do crime um valor mais precioso que a proteção de liberdades individuais (GRINOVER; FERNANDES; GOMES FILHO, 2006, p. 148). Nesse pensar, muito além de justificar uma incessante busca pela verdade por meio da ampliação dos poderes instrutórios do julgador, não raras as vezes, esse “princípio” processual serve de válvula de escape para legitimar transgressões ocorridas na persecução penal.

Superando essa postura autoritarista, o contraponto desse (falso) ideário de justiça veio com a Constituição de 1988, que trouxe ao cidadão, entre tantas outras garantias individuais, o devido processo legal (art. 5º, LIV), entendido como um instrumento no qual reinam a ampla defesa e o contraditório (art. 5º, LV), a imparcialidade do juiz natural (art. 5º, LIII), tanto de convicção quanto de limitação da sua atuação, e, principalmente, a impossibilidade de alguém ser investigado, denunciado ou condenado com base em provas obtidas ilicitamente (art. 5º, LVI) ou derivadas destas.

Como aponta Ávila (2007, p. 113), a inadmissibilidade das provas ilícitas no processo buscou sepultar um regime totalitário de supremacia absoluta do interesse (dos detentores do poder) público, em que, em nome da segurança nacional, eram perpetrados abusos intoleráveis aos direitos humanos, como torturas, prisões ilegais e violações à intimidade em todos os seus níveis. Para isso, fez-se a opção por uma garantia que evitasse sistemáticas violações aos direitos fundamentais, na esperança de uma nova cultura jurídico-democrática de respeito a esses direitos.

A partir desse marco histórico em favor dos direitos fundamentais do povo brasileiro, a tarefa de reconstruir a verdade, ou seja, provar os fatos, deixou de ser tão simples, pois encontra limitações no direito à intimidade (art. 5º, X), à inviolabilidade do domicílio (art. 5º, XI), ao sigilo de correspondência, das comunicações telefônicas, de dados e telegráficas (art. 5º, XII), entre outros, de modo que a prova obtida com violação a essas garantias ou a outras será considerada ilícita e, portanto, imprestável ao processo.

No entanto, a convicção de que a “verdade real” sobre os fatos que se pretende apurar pode ser desvelada, talvez seja a maior (mas não a única) herança da cultura inquisitiva que permeia, ainda hoje, grande parte dos órgãos responsáveis pela persecução penal no Brasil. Tanto é que muitos ainda a consideram o grande objetivo do processo penal, instrumento utilizado pelo Estado para que, por meio dos mais diversos elementos de convicção, possa determinado

fato (criminoso) ser comprovado e, ao seu autor, se for o caso, imputada a devida pena. Com vistas a esse fim, seria permitida uma intensa e incansável busca por essa reconstrução dos fatos como ocorreram.

Mas seria o processo um instrumento apto a reconstruir, de forma plena, todos os fatos que devam ser conhecidos pelo julgador? Acredita-se que não, pois a recomposição histórica de fatos depende, como sustenta Ferrajoli (2002, p. 43), de um método indutivo, ou seja, é uma inferência do que teria ocorrido no passado com o que se provou no processo. Nesse pensar, logo se vê que as limitações à produção de certas provas impedem que essa reconstrução histórica ocorra de forma fidedigna. Além disso, Ferrajoli (2002, p. 46-49) ainda aponta outros impedimentos metodológicos à obtenção da “verdade real”, como a subjetividade do julgador; o juiz como “investigador exclusivo” dos fatos; a seletividade dos fatos penalmente relevantes, ignorando-se os demais; e, finalmente, a subjetividade das fontes de prova, produzidas especificamente para a investigação dos fatos, e não antes e de forma independente, como em uma investigação histórica.

Partilhamos, pois, da posição adotada por Oliveira (2004, p. 108-111), para quem a verdade real é uma utopia, sendo ela (a verdade) sempre uma hipótese mais lógica que outra. No mesmo sentido, Mittermaier (2004, p. 88) afirma que a certeza judicial é dada “[...] quando todas as hipóteses razoáveis tiverem sido figuradas e rejeitadas após maduro exame”, de modo que inexiste uma verdade absoluta a partir de uma retrospectiva histórica.

Como se vê, a única verdade atingível é uma verdade processual. Não se está negando que o processo deva tentar revelar a realidade dos fatos. Defendemos, porém, que essa verdade seja obtida de forma legítima, obediente aos direitos fundamentais do cidadão atingido pela persecução penal, mormente o contraditório e a ampla possibilidade de defesa, única forma de acabar com a cultura inquisitorial que ainda paira sobre o processo penal, abdicando do tratamento do acusado como inimigo social para vê-lo como sujeito de direito que efetivamente é.

4 TELEOLOGIA DA INADMISSIBILIDADE DA PROVA ILÍCITA NO PROCESSO PENAL

Pelas colocações já expostas, é possível constatar que a vedação à utilização de determinadas provas e/ou sua admissão dentro do processo penal remetem à opção constitucional entre um sistema inquisitorial ou acusatório.

Expressamente consignada no inciso LVI do art. 5º da Constituição de 1988 e também no art. 157 do Código de Processo Penal, essa proteção impõe às autoridades públicas responsáveis pela apuração de delitos que conduzam a investigação de forma ilibada, com observância em regras preestabelecidas, sob pena de o material produzido ser considerado ilícito e, por conseguinte, imprestável ao processo. Por isso, conforme Grinover, Fernandes e Gomes Filho (2006, p. 146), “[...] o rito probatório não configura um formalismo inútil, transformando-se, ele próprio, em um escopo a ser visado, em uma exigência ética a ser respeitada, em um instrumento de garantia para o indivíduo.”

Tem-se, pois, que o efeito dissuasório visado pela norma é de prevenir abusos estatais durante a persecução penal, prestando-se a tutelar direitos e garantias individuais, bem como selecionar o material probatório a ser introduzido e valorado no processo (OLIVEIRA, 2013, p. 343).

Da mesma forma, a vedação à utilização das provas ilícitas relaciona-se intimamente com o *fair trial*, ou seja, com uma dimensão equitativa, em busca de uma paridade de armas que reflita um instrumento unguído no devido processo legal.

Assim, é possível inferir que o devido processo legal, verdadeiramente garantista, atua como limitador da atividade estatal de punir, impedindo a utilização de provas ilícitas e potencializando a mais ampla defesa ao acusado, próprio de uma sociedade moderna e de um regime democrático.

Sob esse viés, porém, tem-se que quando a prova obtida ilicitamente servir à defesa daquele sobre quem recai a pretensão punitiva, tenha sido produzida pelo Estado, pelo próprio réu ou por um terceiro, deve ela ser aproveitada no processo. Exsurge, aí, a chamada prova ilícita *pro reo*.

Como aponta Oliveira (2013, p. 375), a ideia de condenação de um inocente é inconcebível em um Estado democrático de Direito. Ao negar a admissibilidade da prova ilícita *pro reo*, estar-se-ia, segundo Mendes e Branco (2013, p. 532), criando um verdadeiro paradoxo: “[...] a violação ao devido processo legal (ampla defesa) com o fundamento de proteção do próprio devido processo legal (inadmissibilidade de provas ilícitas).”

Outrossim, segundo Mougenot (2012, p. 386), “[...] se a vedação quanto à proibição da prova ilícita nada mais é do que garantia do indivíduo, jamais poderia ser interpretada em seu desfavor.”

Grinover, Fernandes e Gomes Filho (2006, p. 153) apontam que, em última análise, a aceitação da prova ilícita *pro reo* seria uma manifestação dos princípios da proporcionalidade e do *favor rei* (predominância do direito à liberdade em relação ao direito de punir do Estado).

Ainda, deve ser considerado que, mesmo que a conduta do acusado ao perseguir a prova de sua inocência viole direitos fundamentais de terceiros, estaria ele amparado por uma excludente de ilicitude (*v.g.* estado de necessidade, art. 23, III, CP) (OLIVEIRA, 2013, p. 375) ou de culpabilidade (causa supralegal de inexigibilidade de conduta diversa), a depender do caso concreto, o que afastaria a ilegalidade da sua conduta e, por conseguinte, da própria prova obtida, ao menos em relação a ele.

Ávila (2007, p. 205), todavia, adverte que a generalização da afirmação de que a prova ilícita em favor do réu deve ser sempre aceita não pode ser tida como verdadeira. Isso porque a prova deve passar, necessariamente, por um estudo de ponderação de interesses. Provas obtidas por meio de tortura, narcoanálise, hipnose ou detector de mentiras, por violarem frontalmente a dignidade da pessoa humana, não passariam por um juízo de proporcionalidade em sentido estrito (direito protegido *versus* violado), de modo que não poderiam ser aceitas no processo.

Ponto nevrálgico é também a análise da prova obtida pelo réu por meios ilícitos quando esta comprova a inocência de um indivíduo, mas revela a culpa de outro. Suponha-se (ÁVILA, 2007, p. 206) que A responde a um processo e, para comprovar sua inocência, furta determinado documento da residência de B, com o que, efetivamente, prova que é inocente e B o culpado.

Para o autor, a prova em relação a B deve ser aceita, já que A agiu em estado de necessidade, uma excludente de ilicitude justificada pela proporcionalidade da atitude por ele adotada, de modo que, apesar de violar formalmente direito fundamental de B, não pode ser considerada uma prova ilícita, pois a violação do domicílio foi justificada pela necessidade de comprovação da inocência, valor preponderante nessa situação. Ademais, não haveria efeito dissuasório na inadmissibilidade da prova em relação a B.

Referenda-se, todavia, o entendimento de Lopes Junior (2013, p. 598), para quem a prova deveria ser admitida excepcionalmente em favor de A, na medida em que evitaria sua condenação, mas não poderia ser utilizada contra terceiros cujos direitos fundamentais foram violados – não haveria convalidação da prova, portanto –, sob pena de, indiretamente, ser admitida uma prova ilícita contra o réu.

Finalmente, com vistas no efeito dissuasório buscado pela vedação à utilização das provas ilícitas e ao *fair trial*, parte da doutrina, a exemplo de Thiago André Pierobom de Ávila e Eugênio Pacelli de Oliveira, prega que a prova violadora de direitos fundamentais, quando produzida exclusivamente pelo particular, após passar por um juízo de proporcionalidade, poderia ser admitida no processo penal.

Porém, conforme relatado por Mendes e Branco (2013, p. 532), o Supremo Tribunal Federal, além de não estabelecer qualquer distinção entre a violação produzida pelo Estado e a pelo particular, conforme, *v.g.*, manifestado no HC n. 80.948/ES, de relatoria do Ministro Néri da Silveira, julgado em 07 de agosto de 2001, em que, por unanimidade, foi considerada ilícita uma interceptação telefônica perpetrada por um particular, possui entendimento de que os direitos fundamentais assegurados pela Constituição vinculam tanto o Estado quanto os particulares (eficácia horizontal), como decidido no RE n. 201.819/RJ, em Acórdão lavrado pelo Ministro Gilmar Mendes, em 11 de outubro de 2005.

5 PROVA ILÍCITA *PRO SOCIETATE*, A PROPORCIONALIDADE E A INSTRUMENTALIDADE CONSTITUCIONAL DO PROCESSO PENAL

Se, por um lado, a prova considerada ilícita pode, em regra, servir para beneficiar a defesa do réu, sua utilização em favor do Estado, por meio do seu órgão de acusação, a fim de promover o poder punitivo, deve ser duramente combatida.

Todavia, parte da doutrina pátria busca na proporcionalidade uma forma de mitigar a vedação constitucional à utilização da prova ilícita para que, em casos considerados de excepcional relevância e gravidade, nos quais o interesse público se mostre superior ao individual, a prova maculada, por ser a única capaz de evitar “injustiças”, seja admitida no processo, a chamada prova ilícita *pro societate* (CAPEZ, 2011, p. 351-352).

Ousa-se discordar dos defensores dessa prática. Primeiramente porque, conforme magistral lição de Lopes Junior (2013, p. 596-597), o conceito de proporcionalidade é francamente manipulado e “serve a qualquer senhor”. Ademais, com o fito de objurgar direitos fundamentais do réu, essa corrente opera em um reducionismo binário de interesse público *versus* interesse privado, vendo a sociedade como um ser gigantesco e superior do qual todos os homens dependem e devem obediência, deixando de lado a atual complexidade das relações sociais, constituindo-se, pois, em uma visão autoritarista e que não pode mais ser aceita.

Vale colacionar outra importante observação do mencionado doutrinador:

[...] em matéria penal, todos os interesses em jogo – principalmente os do réu – superam muito a esfera do “privado”, situando-se na dimensão de direitos fundamentais (portanto, “público”, se preferirem). Na verdade, são verdadeiros direitos de todos e de cada um de nós, em relação ao (ab)uso de poder estatal. (LOPES JUNIOR, 2013, p. 63).

Sob outro enfoque, crê-se que a tese sequer passaria pelo exame de adequação exigido pela proporcionalidade. Isso porque, muito embora o fim pretendido seja constitucionalmente legítimo, pois busca garantir a efetividade da justiça e preservar o dever de proteção estatal, promovê-lo por meio da aceitação de uma prova ilicitamente obtida é inegavelmente inconstitucional e subversivo a um processo penal democrático e garantista. Representa um gravíssimo retrocesso ao (não tão distante) período em que qualquer direito fundamental do cidadão era apenas um símbolo, quando qualquer preço deveria ser pago para que a “verdade real” fosse obtida, o réu condenado e a ordem social, magicamente, retomada.

Talvez uma das mais lúcidas reflexões sobre o tema tenha sido apresentada por Barroso (1998, p. 162), cuja advertência merece ser aqui reproduzida:

O entendimento flexibilizador dos dispositivos constitucionais citados, além de violar a dicção claríssima da Carta Constitucional, é de todo inconveniente em se considerando a realidade político-institucional do País.

[...]

Embora a idéia da proporcionalidade possa parecer atraente, deve-se ter em linha de conta os antecedentes de País, onde as exceções viram regra desde sua criação (vejam-se, por exemplo, as medidas provisórias). À vista de trajetória inconsistente do respeito aos direitos individuais e da ausência de um sentimento constitucional consolidado, não é nem conveniente nem oportuno, sequer de *lege ferenda*, enveredar por flexibilizações arriscadas.

Em uma palavra final, tentar responder a formas mais graves de criminalidade por meio de políticas criminais de urgência, tratando o réu como um verdadeiro inimigo social, constitui um sério risco à ordem constitucional, por promover uma gradativa erosão das garantias fundamentais inerentes a um processo justo, moldado ao longo de muito tempo e mediante incessantes batalhas por um mínimo de dignidade e proteção para aquele sobre quem recai a persecução penal.

6 CONCLUSÃO

Pelas digressões realizadas, tem-se que a proporcionalidade, muito embora sirva como importante meio de resolução das recorrentes tensões entre princípios fundamentais, não pode ser indiscriminadamente invocada, fazendo tábula rasa das garantias do cidadão atingido pela persecução penal, um verdadeiro instrumento de frustração da proteção do indivíduo contra abusos do Estado.

Mesmo em casos de reconhecida gravidade e dificuldade probatória, pensar em convalidar práticas ilícitas do Estado em nome da segurança pública e de um senso comum de justiça, em vez de pensar e investir em políticas públicas que realmente consigam reprimir a criminalidade, constitui nada menos que um retrocesso e claramente põe em risco todo o sistema dos direitos fundamentais, abrindo portas para a sua sucessiva corrosão.

Deve-se, portanto, rejeitar essa postura autoritarista e contrária a uma sociedade democrática e civilizada, cuja Constituição visivelmente tenta emplacar em seu povo uma consciência de respeito à dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), como forma de superação das mazelas que a antecederam.

The impossibility of the prosecution use the illegally obtained proof in the criminal proceedings: proportionality and unlawful proof pro societate

Abstract

This article intends to demonstrate that the sense of proportionality cannot be used to support the D.A. to use illegally obtained proof in the trial, which was nominated by the doctrine as pro societate. Therefore, the dissertation begins with the utilized criteria analysis to apply the resolution of proportionality among the fundamental principles: adaptation, necessity and proportionality in strict sense. Furthermore, it tries to demonstrate that the 1998 Federal Constitution implanted a broad warranties system to these who are taken to trial, restricting the State punitive power towards a democratic juridical culture respecting the fundamental rights of citizens who were punished so much by the previous government when the utopic search of justice legitimated the inquisitive culture, today constitutionally unsustainable. Afterwards, it shows that the use of the illegally obtained proof is to prevent the abuses during trial as well as to ensure parity weapons. On the same topic, it is submitted the possibility of the illegally obtained proof to benefit the accused (pro reo) and the indifference if the evidence has been produced by state agents or private. Finally, are presented arguments that would prevent the use of proportionality as a mean for the entry of illegally obtained evidence in the process, even in cases of exceptional importance, concluding the maintenance of the seal as the only way to ensure the due process, constitutionally guaranteed.

Keywords: Illegal proof. Principle of proportionality. Due process.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, R. **Colisão e ponderação como problema fundamental da dogmática dos direitos fundamentais**. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Rio de Janeiro: [s.n.], 1998.
- ALEXY, R. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- ÁVILA, H. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 12. ed. ampl. São Paulo: Malheiros, 2011.
- ÁVILA, T. A. P. de. **Provas ilícitas e proporcionalidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- BARROSO, Luís Roberto. A viagem redonda: *habeas data*, direitos constitucionais e as provas ilícitas. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 213, p. 149-163, jul./set. 1998.
- BONFIM, E. M. **Código de processo penal anotado**. 4. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2012.
- CAPEZ, F. **Curso de processo penal**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- FERRAJOLI, L. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Tradução Ana Paula Zomer et al. São Paulo: RT, 2002.
- GRINOVER, A. P.; FERNANDES, A. S.; GOMES FILHO, A. M. **As nulidades no processo penal**. 9. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- LOPES JUNIOR, A. **Direito processual penal**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- MENDES, G. F.; BRANCO, P. G. G. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.
- MITTERMAIER, C. J. A. **Tratado da prova em matéria criminal ou exposição comparada**. 4. ed. Campinas: Bookseller, 2004.
- OLIVEIRA, A. L. de. Parte Imparcial: pilar ético da atuação do Ministério Público no processo penal. **Atuação Revista Jurídica do Ministério Público Catarinense**, Florianópolis, v. 2, p. 107-119, 2004.

OLIVEIRA, E. P. de. **Curso de processo penal**. 17. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2013.

PIEROTH, B.; SCHILINK, B. **Grundrechte – Staatsrecht II**. 21. ed. Heidelberg: [s.n.], 2005.

SANCHÍS, L. P. **Justicia constitucional y derechos fundamentales**. Madrid: Editorial Trotta, 2009.

SILVA, L. V. A. da. **Direitos fundamentais, conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

SILVA, L. V. A. da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 91, v. 798, p. 23-50, abr. 2002.