

1. INTRODUÇÃO

O Direito Processual Penal é o conjunto de princípios e normas criado com o propósito de disciplinar persecução penal para a solução das lides penais.

Quando o indivíduo comete um crime, este tipificado no Código Penal (direito material) e em diversas outras leis esparsas, surge para o Estado o direito/dever de punir, porém tal punição não é automática. Deve haver acusação formal dirigida ao judiciário, possibilidade de produção de provas pela acusação e observância ao direito do contraditório à ampla defesa para o acusado, sendo o Direito Processual Penal o ramo do direito responsável por disciplinar tais procedimentos.

Importante ressaltar que existe uma parte considerável dos dispositivos que regulamentam o processo penal na Constituição Federal de 1988, que dentre outros, contém diversos princípios que garantem o pleno direito de defesa do acusado, como o princípio do contraditório, da ampla defesa, da presunção de inocência, da vedação das provas ilícitas, entre outros.¹

A Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso LVI, reza:

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;

No mesmo sentido, apregoa o artigo 157 do Código de 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 legal.

§1º - São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras,

¹ REIS, A. C.A.; GONÇALVES, V. E. R. G.; **Direito Processual Penal Esquematizado**. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 40.

ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras.

§2º - Considera-se fonte independente aquela que por si só, seguindo os trâmites ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova.

§3º - Preclusa a decisão de desentranhamento da prova declarada inadmissível, esta será inutilizada por decisão judicial, facultado às partes acompanhar o incidente.

Neste sentido que se mostra de grande valia o desenvolvimento do trabalho em espeque, posto que tem o condão de analisar a possibilidade da utilização das provas ilícitas tendo como parâmetro o princípio da proporcionalidade, para assim, efetivamente, buscar a verdade real tão almejada pelo instituto processual penal.

A regra a ser aplicada, sem dúvida, consiste na impossibilidade da utilização da prova ilícita para elucidação do fato. Porém, caso a única prova de defesa, que efetivamente demonstraria a inocência de certo cidadão acusado de um crime fosse a utilização de uma prova ilícita, o mesmo deveria ser condenado, sabendo-se que não é culpado? Neste exemplo, a aplicação seca da lei não estaria prejudicando demasiadamente o réu? Neste sentido, o presente artigo tenta demonstrar que não um princípio é absoluto e, algumas vezes, a impossibilidade da utilização de provas ilícitas deve ser relativizada em observância ao princípio da proporcionalidade.

2. PRINCÍPIOS NORTEADORES DO DIREITO PROCESSUAL PENAL

São vários os princípios que regem o Direito Processual Penal, não podendo, no presente trabalho, discorrer sobre todos. Porém, por questão de didática, se faz necessário mencionar os princípios que de forma direta ou indireta, possuem relação com o tema abordado.

Dividiremos em subtópicos para melhor didática e dissecação do assunto.

2.1.Princípio do Devido Processo Legal

Trata-se de um princípio do Direito Processual Penal previsto também na Constituição Federal, de forma expressa em seu artigo 5º, inciso LIV, apregoando que ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.

Princípio com origem na Inglaterra (Due Process of Law), se revestindo de garantia no sentido de que em todo e qualquer crime, deve existir lei que regulamente o procedimento para sua devida apuração. Esse procedimento previsto em lei, por se tratar de matéria de ordem pública, não pode ser modificado pela vontade das partes, que não podem optar por procedimento diferente daquele previsto.²

O devido processo legal pode ser visto sob dois enfoques: devido processo legal material e devido processo legal processual. Quanto ao primeiro, diz respeito ao processo legislativo, na confecção da norma penal. Quanto ao segundo enfoque, está relacionado com o desenvolvimento do processo penal propriamente dito, observando a regularidade dos atos processuais.

O princípio do processo penal engloba todos os outros, tais como o direito de ação, do contraditório e da ampla defesa, da imparcialidade do juiz e do juiz natural, da prova ilícita, dentre outros. O processo deve ser o devido, o previsto em lei, adequado à espécie, deve observância obrigatória a lei e a Constituição Federal.³

Quanto ao segundo enfoque, concernente ao devido processo legal processual, o que mais nos interessa no presente trabalho, a finalidade do dispositivo constitucional é estabelecer que a não observância das formalidades legais pode causar a nulidade da ação penal, podendo ser absoluta ou relativa.⁴

2.2. Princípio da Presunção de Inocência

Previsto de forma expressa no artigo 5º, inciso LXI, da Constituição Federal, assevera que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

Desta forma, apenas quando não mais cabível qualquer tipo de recurso e, deste modo, transitado em julgado a decisão, seja monocrática de primeiro grau ou acórdão no segundo grau, será o réu considerado culpado.

Atente-se para o fato de que tal princípio não é considerado absoluto, tendo em vista que a própria Constituição prevê a possibilidade de prisão provisória antes da condenação, desde que preenchidos todos os requisitos legais.

² Ibid. p. 98

³ PACHECO, E. D. **Princípios Norteadores do Direito Processual Penal**. Âmbito Jurídico.com.br. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=artigos_leitura_pdf&artigo_id=3913>. Acesso em: 22 maio. 2015.

⁴ REIS, p. 98

Como já explanado no início do trabalho, o ônus da prova do fato criminoso e da sua autoria pertence à acusação. Neste sentido, caso o Ministério Público, em caso de ação penal incondicionada ou a parte ofendida, no caso de ação penal privada não conseguir prova o fato criminoso ou a autoria do réu, o mesmo deverá ser absolvido pelo princípio do in dubio pro réu, corolário do princípio da inocência.

O Pretório Excelso, tendo como base o princípio da presunção de inocência, consolidou o entendimento no sentido de que a pessoa que respondeu ao processo em liberdade, não poderá ser recolhida a prisão nem mesmo quando a condenação for confirmada em 2ª instância, se ainda houver recurso pendente de julgamento nos tribunais superiores. O mandado de prisão apenas poderá ser expedido no caso de julgamento do último recurso.⁵

2.3.Princípio da Verdade Real

Por este princípio, o Estado, na sua função jurisdicional, busca a verdade real dos fatos que se consegue dentro do devido processo legal, não admitindo meras presunções, mas provas cabais que demonstrem efetivamente a prática do crime.

Diferentemente do Processo Civil, ainda que o réu seja revel ou ainda que tenha havido a confissão, haverá a instrução de outras provas para que se chegue a conclusão clara da existência ou não do crime, bem como da existência ou não da autoria.

O juiz poderá ainda, com espeque no aludido princípio, ainda que adotado no Brasil o sistema acusatório, determinar a produção de provas de ofício, conforme preceitua o artigo 156 do Código de Processo Penal:

Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém facultado ao juiz de ofício:

- I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade na medida;**
- II – determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.**

Muitos autores criticam o termo utilizado para o princípio, pois que, tendo em vista a falibilidade humana, por mais que se tente chegar à verdade real através de uma reconstrução histórica e verossímil do fato objeto do processo, muitas vezes o material de

⁵ Ibid. p. 100

que ele se vale poderá conduzi-lo a erro, uma falsa verdade real, sendo mais coerente a utilização da expressão verdade processual.⁶

Impende esclarecer que o aludido princípio não é absoluto, tendo em vista as limitações existentes em face da obtenção de provas ilícitas bem como quanto a revisão criminal *pro societate*, ou seja, se após a absolvição transitar em julgado surgirem novas provas fortíssimas contra o réu, a decisão não poderá ser revista.⁷

2.4.Princípio da Liberdade de Provas

Do Princípio da Verdade Real deriva o Princípio da Liberdade das Provas. Por esse princípio, as partes contam com a liberdade de produzir os mais diversos tipos de provas.

Da mesma forma que o princípio da verdade real, esse também não é um princípio absoluto.

As partes contam com liberdade para a obtenção, apresentação, representação e produção da prova no processo, porém observando os limites impostos pela lei processual penal e pela Constituição.⁸

Nem tudo que possa ser útil para a descoberta da verdade está amparado pelas leis infraconstitucionais e Constituição. Segundo o Professor Luiz Flávio Gomes, “O direito à prova não pode (nem deve) ser exercido a qualquer preço. O que vale então no processo penal, por conseguinte, é a verdade processual, que significa a verdade que pode ser (jurídica e validamente) comprovada e a que fica (efetivamente) demonstrada nos autos”.⁹

O ilustre professor continua apregoando ainda que:

O direito à prova conta, efetivamente, com várias limitações. Não é um direito ilimitado. Com efeito, (a) a prova deve ser pertinente (perícia impertinente: CPP, art.184; perguntas impertinentes: CPP, art. 212; Lei 9.099/95, art. 81, 1º); (b) a prova deve ser lícita (prova obtida por meios ilícitos não vale); (c) devem ser observadas várias restrições legais: art. 207 (direito ao sigilo), 479 (proibição de leitura de documentos ou escritos não juntados com três dias de antecedência) etc.; (d) e ainda não

⁶ PACHECO. op. cit.

⁷ REIS. p. 111

⁸ GOMES, L. F. **Provas Ilícitas e Ilegítimas: Distinções Fundamentais**. JusBrasil. Disponível em: <<http://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/1972597/provas-ilicitas-e-ilegitimas-distincoes-fundamentais>>. Acesso em: 22maio. 2015.

⁹ Ibid. op cit.

se pode esquecer que temos também no nosso ordenamento jurídico várias vedações legais (cartas interceptadas criminosamente: art. 233 do CPP) e constitucionais (provas ilícitas, v.g.). De outro lado, provas cruéis, desumanas ou torturantes, porque inconstitucionais, também não valem. Não é admitida a confissão mediante tortura, por exemplo.¹⁰

Deste modo, resta evidenciado a livre produção de provas pelas partes consubstanciadas no princípio em comento, observados, contudo, os limites impostos pelo direito penal.

2.5.Princípio da Inadmissibilidade das Provas Ilícitas

Como amplamente ventilado até agora no presente artigo, as provas ilícitas, por força do Código de Processo Penal quanto pela Constituição Federal de 1988 são consideradas inadmissíveis, ou seja, caso produzidas e juntadas ao processo penal, devem ser desentranhadas.

A prova ilícita é a prova que viola o direito material, seja constitucional ou legal, no momento da sua obtenção e não no momento da produção, ou seja, em momento anterior ao processo, extraprocessual.¹¹

A ilicitude da prova pode advir de várias formas, como, por exemplo, busca domiciliar sem mandado judicial, violação sigilo bancário, ameaça para conseguir confissão, interceptação de comunicações telefônicas sem autorização judicial entre várias outras possibilidades.

Desta forma, a utilização da prova ilícita será sempre vedada pela legislação penal.

2.6.Princípio da Proporcionalidade

O princípio da proporcionalidade tem origem na passagem do Estado Absolutista para o Estado Liberal, onde, naquele momento, o monarca deixava de ditar suas próprias regras, de forma soberana, absoluta, para governar sob a égide das Leis, nascendo o Estado de Direito. Neste momento, começou-se a vislumbrar a proporcionalidade na aplicação e interpretação das leis.

¹⁰ Idem.

¹¹ Idem.

O aludido princípio, para muitos doutrinadores, serve como instrumento de ponderação entre princípios. Segundo Bonfim, o aludido princípio “...objetiva ser uma restrição às restrições dos direitos fundamentais por parte do Estado...”¹² sendo que na ocorrência de conflito entre princípios ele “...funciona como método hermenêutico para dizer qual deles e de que forma prevalece sobre o outro princípio antagônico...”¹³

O princípio da proporcionalidade subdividiu-se em três subprincípios, quais sejam: adequação, necessidade e proporcionalidade stricto sensu.

A adequação diz respeito ao meio utilizado para obtenção do fim almejado.¹⁴ É imprescindível que seja adequado e necessário.

A necessidade determina que o meio utilizado seja menos gravoso que o interesse que deseja tutelar.

Quanto à proporcionalidade stricto sensu, o mesmo diz respeito a ponderação entre direitos e/ou princípios, ponderando e estabelecendo uma opção no caso concreto.

Nesta seara, o meio mais eficiente de resolver conflito de interesses entre princípios, “deverá ser aquele do princípio da proporcionalidade, possibilitando assim, através de seu método, um controle intersubjetivo das ações do Juiz-Estado ou de qualquer órgão estatal incumbido da aplicação do direito”.¹⁵

3. CENÁRIO DAS PROVAS ILÍCITAS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

A vedação constituição das provas ilícitas está prevista no artigo 5º, LIV, da Carta Magna, ostentando qualidade de princípio, tendo como origem princípio do devido processo legal, que assim aduz: “Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

Neste sentido, qualquer pessoa que esteja na iminência da privação de sua liberdade, o que nos interessa no caso em apresso, tem garantido constitucionalmente a realização do devido processo legal, e é daí que surge a vedação de utilização de prova ilícita.

Como a lei processual penal veda expressamente a utilização desse tipo de prova para se chegar à verdade real, e com fulcro no princípio do devido processo legal, não poderá, durante o tramite processual, a utilização/produção de tais tipos de provas.

¹²BONFIM, E. M. *Curso de processo penal*. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 94.

¹³ Idem.

¹⁴ Idem

¹⁵ Idem

Ocorre que havendo conflito de normas de natureza constitucional, ou seja, de igual hierarquia, deve utilizar a ponderação para valorar qual o direito fundamental que deverá incidir no caso em concreto. Nesse sentido, ensina Marcelo Alexandrino e Paulo Vicente:

Em determinada relação jurídica, pode haver conflito entre a liberdade de comunicação (CF, art. 5º, IX) e a inviolabilidade da intimidade do indivíduo (CF, art. 5º, X). Outra relação jurídica pode contrapor liberdade de manifestação de pensamento (CF, art. 5º, IV) e vedação ao racismo (art. 5º, XLII), e assim por diante.¹⁶

No mesmo sentido, é o que leciona Moraes:

Quando houver conflito entre dois ou mais direitos ou garantias fundamentais, o intérprete deve utilizar-se do princípio da concordância prática ou da harmonização de forma a coordenar e combinar os bens jurídicos em conflito, evitando o sacrifício total de uns em relação aos outros, realizando uma redução proporcional do âmbito de alcance de cada qual (contradição dos princípios), sempre em busca do verdadeiro significado da norma e da harmonia do texto constitucional com sua finalidade precípua.¹⁷

Desta forma, apesar de existir a vedação constituição da utilização de prova ilícita, a sua relativização ou não deverá ser sempre analisada tendo em vista o caso concreto, valorando os princípios ali envolvidos.

4. TEORIA DOS FRUTOS DA ARVORE ENVENENADA

A teoria dos frutos da árvore envenenada (*fruitsofthepoisonoustree*) teve origem nos Estados Unidos da América, no caso *SilverthoneLumberCo. x United States*. O referido caso se tratava de sonegações de impostos por parte da Empresa *SilverthoneLumberCo.*, em que o fisco americano copiou de forma ilegal os livros fiscais da empresa para servirem como prova da suposta sonegação.

¹⁶ ALEXANDRINO, Marcelo, PAULO, Vicente. Direito Constitucional descomplicado. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2008, p. 101.

¹⁷ MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 15ª ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 63.

O caso chegou a Suprema Corte americana, em que a mesa decidiu pela não utilização das provas, pois caso contrario, estar-se-ia admitindo a possibilidade de utilização de atos ilegais para obtenção de provas.

A lógica da aludida teoria cinge-se no fato de que mesmo a prova se revestindo de licitude, caso derive de ato ou prova ilícita, será considerada ilícita por derivação.

Importante ressaltar que a aludida teoria não se reveste de natureza absoluta, haja vista que em três hipóteses a mesma poderá ser relativizada.

A primeira hipótese está relacionada a inexistência de nexos de causalidade entre a prova ilícita e a dela derivada. Neste caso, não haverá qualquer tipo de ilegalidade na prova apresentada.

A segunda hipótese diz respeito a fonte independente, conforme previsto no artigo 157, § 2º do Código de Processo Penal, segundo a qual aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da causa.

A terceira e última hipótese é a descoberta inevitável, ou seja, mesmo que existente o nexo de causalidade entre a prova ilícita e a subsequente, sendo que a prova subsequente pudesse ser inevitavelmente descoberta por outro meio legal, será exceção a regra e considerada legal.

Quanto a esta hipótese, leciona Nestor Távora:

É dizer, se uma determinada prova viria aos autos de qualquer maneira, mesmo que a ilicitude não tivesse acontecido, esta deve ser encarada como uma fatalidade, e o vínculo entre a prova originária e a derivada não deve levar a mácula desta última.¹⁸

O Supremo Tribunal Federal entendeu pela admissão da prova derivada da ilícita quando evidente que a descoberta seria inevitável. Neste sentido:

1. Hipótese em que Juiz Federal, potencial vítima do “grampo telefônico”, deferiu diligências investigatórias requeridas pela Força-Tarefa composta por membros do Ministério Público e da Polícia Federal. Posteriormente, depois de ter-se deparado com provas contundentes da existência do crime, quando o próprio autor material do “grampo” confessou o delito, acolhendo a exceção oposta pelo

¹⁸ TÁVORA, Nestor, ANTONNI, Rosmar. Nota de atualização do livro Curso de Direito Processual Penal. Salvador: JusPodivm, 2008, p. 15.

Ministério Público Federal, deu-se por impedido/suspeito, remetendo os autos da investigação em andamento para o substituto.

2. É mister observar que a atuação do Magistrado impedido, até aquele momento, se restringiu a deferir diligências as quais se mostravam absolutamente pertinentes e necessárias à continuidade do trabalho inquisitivo-investigatório em andamento. Também não se pode olvidar que o foco central das investigações estava em outros episódios que caracterizariam, em tese, exploração de prestígio ou tráfico de influência, e lavagem de dinheiro.

3. As providências investigatórias determinadas pelo Juízo Federal – que não agiu de ofício, mas sim acolheu requerimento da Força-Tarefa – eram mais do que razoáveis e pertinentes naquelas circunstâncias, razão pela qual se evidenciaram proporcionais e adequadas, sem malferimento a direito fundamental do investigado. E, mesmo que o Juízo quisesse proceder de modo tendencioso, pretendendo interferir no resultado da prova a ser colhida, nem assim poderia fazê-lo, simplesmente porque não detinha o domínio das diligências em questão, que, é claro, foram realizadas pelo aparato policial.

4. O juiz, ainda que formalmente impedido para a futura ação penal, não teve interferência direta na produção dos elementos de prova na fase pré-processual, porque sobre estes não teve ingerência, razão pela qual não se pode tê-los como de origem ilícita. 5. Ainda que assim não fosse, as instâncias ordinárias, soberanas na aferição do quadro fático-probatório, consideraram os elementos de prova, ora impugnados, coligidos na fase pré-processual, prescindíveis, na medida que, mesmo os desconsiderando, sobejariam provas de autoria e materialidade do crime, provenientes de fontes independentes, obstando o pretendido reconhecimento de nulidade por derivação.

6. Não se mostra pertinente a discussão em torno de delação premiada oferecida a Réus pelo Ministério Público, e homologada pelo respectivo Juízo, em outros autos. O que interessa para a ação penal em tela são seus efetivos depoimentos prestados, os quais foram cotejados com as demais provas pelo juiz da causa para formar sua convicção, sendo garantido ao ora Paciente o livre exercício do contraditório e da ampla defesa. Eventual nulidade desses acordos efetivados em outras ações

penais – cuja discussão refoge aos limites de cognição deste writ – não tem o condão de atingir os depoimentos tomados na presente ação penal [...] ¹⁹

Importante ressaltar que a prova ilícita por derivação atua no campo da inadmissibilidade, ou seja, caso seja caracterizada como tal, não será decretada a sua nulidade, mas sua inadmissibilidade, desentranhando-a dos autos do processo criminal.

Neste sentido, da inadmissibilidade da prova ilícita por derivação, coaduna a jurisprudência consolidada do Supremo Tribunal Federal, conforme julgados: HC 69.912-RS, rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJU de 25.03.94. Confira também: HC 74.116-SP, rel. Min. Maurício Corrêa; RTJ 122/47; STF, HC 75.007-9, Março Aurélio, DJU de 08.09.00, p. 5;

O meio processual cabível para que a prova ilícita por derivação seja desentranhada dos autos é o Habeas Corpus, alegando a sua inadmissibilidade, conforme pacífica jurisprudência da Egrégia Corte.

Podemos citar como exemplo de prova ilícita por derivação a interceptação telefônica sem autorização judicial, em que por meio desta a investigação descobre uma testemunha chave do caso que vem a incriminar o imputado. Neste caso, a prova testemunhal é lícita, mas derivou de uma interceptação clandestina, tornando-a da mesma forma ilícita.

Importante ressaltar que apesar das hipóteses legais acima elencadas que preveem exceção a inadmissibilidade das provas ilícitas por derivação, existem outras exceções apontadas na jurisprudência pátria.

Desta feita, mesmo que seja considerada a ilicitude da prova por derivação que não exista qualquer hipótese excepcional, a mesma deve ser convalidada quando ceder nos casos em que sua observância intransigente leve a lesão de um direito fundamental ainda mais valorado, através da ponderação de princípios. ²⁰

¹⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus. Matéria Penal. HC 70.878/PR. Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA. Julgado em 22/04/2008, disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=grampo+telef%F4nic o+fontes+independentes&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO>, acesso em 07 abril 2009

²⁰ MULLER, Desirée Brandão. **Prova Ilícita: A possibilidade da sua aplicação no Processo Penal**. DireitoNet. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/2673/Prova-ilicita-A-possibilidade-da-sua-aplicacao-no-Processo-Penal>>. Acesso em: 11junho. 2015

5. UTILIZAÇÃO DA PROVA ILÍCITA NO PROCESSO PENAL FUNDAMENTADA NO DIREITO DA PROPORCIONALIDADE

Como amplamente explanado em linhas anteriores, é sabido que o Direito Processual Penal veda a utilização de provas ilícitas para se buscar à verdade real. Contudo, tal princípio poderá ser relativizado se ponderado com outros princípios não menos importantes, a depender do caso concreto.

Destarte, tem aceitação na doutrina o critério da proporcionalidade, segundo o qual a proibição poderá ser mitigada quando se mostrar em aparente confronto com outro princípio de ordem constitucional²¹, ou seja, a inadmissibilidade das provas ilícitas deverá sempre ser ponderada em face de outras garantias constitucionais, em cada caso concreto, em homenagem ao princípio da proporcionalidade.

A título de exemplo, caso uma pessoa tenha sido acusada da prática de um crime e o único meio que possui para provar a sua inocência seja utilizando uma prova ilícita, o princípio do in dubio pro réu, da ampla defesa e da presunção de inocência deve prevalecer em detrimento do princípio da inadmissibilidade das provas ilícitas, posto que se mostra proporcional e razoável.

Do lado oposto dessa corrente, existem doutrinadores que defendem a total impossibilidade de flexibilização quanto a utilização da prova ilícita na instrução criminal, sob o argumento de que em função da unidade do ordenamento jurídico, não é possível admitir prova ilícita, pois a Constituição Federal e o Código de Processo Penal vedam expressamente.²²

A doutrina majoritária, contudo, coaduna com a flexibilização da inadmissibilidade da prova ilícita. Para Araújo Junior, a aplicação da proporcionalidade, em favor da defesa, também se fundamenta no princípio da isonomia, haja vista os órgãos de repressão penal possuírem maiores e melhores recursos que o réu. Em razão disso, ao favorecer a atuação da defesa no campo probatória, se estará tratando de restabelecer entre as partes a igualdade substancial.²³

Alguns doutrinadores vai além, defendendo a aludida flexibilização também para a acusação, sob o argumento de que, muitas vezes, o réu possui mais condições probatórias

²¹ Reis. p. 327.

²² SILVA, A. P. G. **A Prova Ilícita no Processo Penal**. DireitoNet. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/6150/A-prova-ilicita-no-processo-penal>>. Acesso em: 22maio. 2015.

²³ ARAÚJO JÚNIOR, A. B. de. **Provas Ilícitas no Processo Penal**. JusNavigandi. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/23631/provas-ilicidas-no-processo-penal/3>>. Acesso em: 22maio. 2015

que o próprio Estado, como no caso das organizações criminosas, onde possui fortunas, aparatos mais eficientes que a disponível pelo Estado, além de contratar advogados e juristas do mais alto nível.

Esta linha de raciocínio, contudo, se mostra muito perigosa, sendo que a admissibilidade de provas ilícitas pro societate deve ter aplicação mínima, somente em ocasiões no qual o interesse público esteja baseado numa proporcional e bastante razoável justificativa.²⁴

Em todos os casos, tanto a admissibilidade da prova ilícita para a acusação quanto para o réu, deve sempre, o princípio da proporcionalidade, funcionar como instrumento de ponderação, a fim de valorar os princípios constitucionais em xeque e aplicar o de maior relevo para cada caso concreto.

6. CONCLUSÃO

Por todo o exposto, vislumbra-se que a utilização tanto das provas ilícitas quanto das ilícitas por derivação na instrução criminal é expressamente vedada tanto pelo Código de Processo Penal, em seu artigo 157 e parágrafos, quanto pela Carta Magna em seu artigo 5º, inciso LVI, sendo que, caso produzidas e juntadas aos autos, não seria caso de nulidade da prova, mas de desentranhamento por inadmissibilidade.

Contudo, tendo em vista a aplicação do princípio da proporcionalidade, a doutrina majoritária entende que a inadmissibilidade das provas ilícitas poderá ser flexibilizada, por não se tratar de um princípio absoluto, analisando, por óbvio, cada caso concreto, através do sistema de ponderação de princípios.

Por fim, importante ressaltar que a possibilidade de flexibilização do princípio em espeque se justifica, como dito alhures, dentre vários outros motivos, pelo fato da defesa está em desvantagem em relação ao Estado Acusador quanto aos recursos aptos a viabilizar a produção de provas. Deste modo, a regra, quanto a possibilidade de flexibilização, é no sentido de beneficiar a parte ré, sendo que a flexibilização para a acusação só deve existir em casos extremos e baseados em proporcional e bastante razoável justificativa.

²⁴ Idem.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, Marcelo, PAULO, Vicente. *Direito Constitucional descomplicado*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2008.

ARAÚJO JÚNIOR, Amaro Bandeira de. *Provas Ilícitas no Processo Penal*. JusNavigandi. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/23631/provas-ilicidas-no-processo-penal>>. Acesso em: 22 maio.

BONFIM, EdilsonMougenot. *Curso de processo penal*. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

GOMES, Luiz Flávio. *Provas Ilícitas e Ilegítimas: Distinções Fundamentais*. JusBrasil. Disponível em: <<http://fg.jusbrasil.com.br/noticias/1972597/provas-ilicidas-e-ilegitimas-distincoes-fundamentais>>. Acesso em: 22 maio. 2015.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 15ª ed. São Paulo: Atlas, 2004.

MULLER, Desirée Brandão. *Prova Ilícita: A possibilidade da sua aplicação no Processo Penal*. DireitoNet. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/2673/Prova-ilicita-A-possibilidade-da-sua-aplicacao-no-Processo-Penal>>. Acesso em: 11 junho. 2015

PACHECO, ElianaDiscovi. *Princípios Norteadores do Direito Processual Penal*. Âmbito Jurídico.com.br. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=artigos_leitura_pdf&artigo_id=3913>. Acesso em: 22 maio. 2015.

REIS, AlexandreCebrian Araújo.; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios Gonçalves; *Direito Processual Penal Esquematizado*. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

SILVA, Ana Patrícia G. *A Prova Ilícita no Processo Penal*. DireitoNet. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/6150/A-prova-ilicita-no-processo-penal>>. Acesso em: 22 maio. 2015.

TÁVORA, Nestor, ANTONNI, Rosmar. *Nota de atualização do livro Curso de Direito Processual Penal*. Salvador: JusPodivm, 2008.