

A POSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DE PROVAS ILÍCITAS NO PROCESSO PENAL EM BENEFÍCIO DO RÉU

Laís Baptista Toledo DURAN¹
Laryssa Vicente Kretchetoff BARBOSA²

RESUMO: Esse trabalho busca analisar a possibilidade de utilização de provas ilícitas, pelo réu, em processo criminal. Para tanto analisará as normas constitucionais, panais, processuais penais sobre a matéria. Será também analisado o princípio da razoabilidade como fundamentação desta aceitação processual. O objetivo será demonstrar que os direitos fundamentais do acusado prevalecem sobre os da sociedade. Demonstrando que a vedação da utilização de provas ilícitas deriva do princípio constitucional da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos, essa vedação caracteriza um Estado Democrático de Direito que estabelece que não haja punição a qualquer custo dos sujeitos que pratiquem alguma infração. O direito de produção de provas encontra limites e caso algum juiz admitir a prova obtida por meios ilícitos ou a valorar em sua sentença, esta será nula. Em contrapartida, devemos também levar em consideração a teoria da proporcionalidade e o princípio da razoabilidade, sendo que cabe ao juiz aplicar ambos princípios ao se deparar no processo com provas ilícitas.

Palavras-chave: Provas ilícitas. Direito do réu. Constituição Federal. Inadmissibilidade. Possibilidade.

1 INTRODUÇÃO

O acusado no sistema persecutório penal brasileiro, sempre foi objeto de perseguição, mormente diante da desconsideração de seus direitos fundamentais básicos.

Neste cenário, a prova ilícita tem papel fundamental como instrumento de condenação, pois são utilizadas indiscriminadamente no processo penal brasileiro sem qualquer tipo de regulação ou controle do Poder Judiciário. Devemos respeitar o devido processo legal do réu, e, também quando a utilização de provas for utilizada em benefício do réu ocorrerá um conflito de direitos, e, o juiz, sendo o destinatário das provas, deverá aplicar a razoabilidade para que não haja injustiça.

¹ Discente do 3º ano do curso de Direito do Centro Universitário “Antonio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente. laisbtoledoduran@hotmail.com

² Discente do 3º ano do curso de Direito do Centro Universitário “Antonio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente. laryssavkb@yahoo.com.br

No segundo capítulo foi abordado a prova no ordenamento jurídico brasileiro, uma forma de verificarmos de onde surge o direito de produção de provas.

Na secção secundária foi analisado o conflito do direito da sociedade e o direito do réu, demonstrando o direito de segurança da sociedade, e o princípio da obrigatoriedade do Ministério Público para propositura da ação penal, em contrapartida foi abordado o princípio do contraditório e do direito a liberdade do réu.

Na secção terciária foi demonstrado o conceito de provas ilícitas.

No terceiro capítulo foram abordadas as teorias da razoabilidade, da proporcionalidade e da teoria da exclusão da ilicitude, sendo uma forma de justificação para utilização de provas ilícitas em benefício do réu.

No quarto capítulo concluímos o raciocínio da possibilidade de utilização de provas ilícitas no processo penal em benefício do réu.

Dessa forma com base em pesquisa doutrinária, e, em comentários a nossa legislação brasileira, este trabalho irá apresentar a possível admissibilidade de provas ilícitas no processo penal em benefício do réu.

2 A PROVA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A Constituição Federal do Brasil de 1988, intitulada como constituição cidadã, garante a todos direitos e garantias, sendo que está previsto também o direito à prova. Esse direito decorre do direito de ação, pois toda vez que alguém recorrer ao poder judiciário em busca de uma tutela jurisdicional, este sujeito deverá apresentar provas para que seja fundamentado o pedido e que dessa forma possa influenciar o convencimento do juiz ao analisar o caso.

A aplicação do direito no caso concreto deve ser baseada em um sistema que respeite os indivíduos que vivem naquela sociedade onde será aplicada a norma jurídica, devendo sempre garantir e respeitar os direitos previstos na Constituição de cada Estado.

De acordo com Dra. C.J. A. Mittermaier (1997, p. 16):

“Entre todos os povos, mesmo os ínfimos na escala de civilização, tem curso certas noções sobre a economia da

prova, conseqüentemente sobre os meios dados ao acusador e ao acusado para convencerem ao juiz da verdade de suas alegações, meio de prova sobre que se pode firmar uma sentença”.

Concluimos que qualquer civilização possui o direito a prova, em relação a parte acusadora de provar que os fatos alegados e imputados ao acusado são verídicos e quanto à parte acusada de provar sua inocência.

Entretanto, no mundo do século XXI, os meios tecnológicos influenciam na produção de provas, estas que podem derivar de meios ilícitos. Cabe somente o mediador, no caso o juiz, aplicar um equilíbrio em seu julgamento, garantindo ao sujeito acusado que suas garantias serão respeitadas, mas aplicando a teoria da razoabilidade e proporcionalidade, podendo adequar as provas ilícitas e utiliza-las no processo penal se for benefício do réu, fazendo de fato uma justiça.

Todos os direitos não são direitos absolutos, pois deve haver uma harmonia no sistema jurídico, e, se algum direito fundamental tem conflitos com outros direitos, devemos utilizar a razoabilidade e encontrar essa harmonia.

De acordo com Paulo Rangel (2009, p.428-429):

“O legislador constituinte, ao estatuir como direito e garantia fundamental a inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos, estabelece uma limitação ao princípio da liberdade da prova, ou seja, o juiz é livre na investigação dos fatos imputados na peça exordial pelo titular da ação penal pública, porém, esta investigação encontra limites dentro de um processo ético movido por princípios políticos e sociais que visam a manutenção de um Estado Democrático de Direito”.

Como podemos ver, nosso ordenamento jurídico garante a produção de provas, porém no artigo 5º, inciso LVI, prevê um limite a esse direito, sendo inadmissível a utilização de provas obtidas por meios ilícitos, dessa forma não podemos admiti-las nos autos para provar algo. Porém, assim como o direito a prova não é absoluta, essa regra da inadmissibilidade pode também não ser absoluta quando este direito e garantia entra em conflito com outros direitos, devemos encontrar um equilíbrio, uma razoabilidade como dita anteriormente.

De acordo com Luiz Francisco Torquato Avolio (1999, p.22):

“Remontando às construções da doutrina e jurisprudência alemã e norte-americana, das respectivamente denominadas teorias da proporcionalidade e da razoabilidade, é possível reavaliar, na atualidade, o problema da utilizabilidade das provas ilícitas no processo, a partir de um balanceamento dos valores em jogo.”

Podemos concluir que esse direito e garantia da inadmissibilidade, assim como as demais, não é absoluto e nem deve ser. A produção probatória é um meio de verificar a veracidade de algo, e através dela provar essa veracidade ou falsidade do que foi alegado. Sua finalidade é caracterizada em conduzir a formação da convicção do juiz sobre determinado caso, e dessa forma ele conseguirá aplicar o direito no caso concreto proferindo sua sentença e fazendo justiça. Dessa forma, não podemos dizer que será sempre inadmissível qualquer prova ilícita, pois há aquelas que servem para provar a inocência de um acusado, e, pode ser a única alternativa que ele tem para provar sua inocência perante os fatos alegados pelos órgãos persecutórios.

2.1 Conflito Entre O Direito Da Sociedade E Do Réu

Crescentes são os posicionamentos a respeito da admissibilidade da prova ilícita no processo, em casos excepcionais, desde que haja um confronto entre os bens jurídicos constitucionalmente garantidos.

De acordo com Paulo Rangel (2009, p. 217): “Assim, violada a lei penal, nasce para o Estado a pretensão acusatória, que deverá ser exercida pelo Ministério Público, através da ação penal. ”

E continua dissertando a respeito do princípio da obrigatoriedade:

“A obrigatoriedade da ação penal pública é o exercício de um poder-dever, conferido ao Ministério Público, de exigir do Estado-juiz a devida prestação jurisdicional, a fim de satisfazer a pretensão acusatória estatal, restabelecendo a ordem jurídica violada. Trata-se de um *múnus* público constitucional conferido ao Ministério Público pela sociedade, através do exercício do poder constituinte originário. ”

Podemos verificar que a sociedade tem o direito de segurança e de viver sem a preocupação de que há infratores livres e sem condenação, e, para garantir essa segurança, o poder constituinte conferiu ao Ministério Público o poder de instaurar a persecução penal sobre aqueles que praticam um fato ilícito, dessa forma, podem com eficiência praticar atos que visam garantir o exercício de suas funções. Entretanto, este órgão persecutório no seu exercício investigatório deverá provar os fatos imputados.

Dessa forma, o objeto da prova segundo Paulo Rangel (2009, p. 419-420) consiste em:

“O objeto da prova é a coisa, o fato, o acontecimento que deve ser conhecido pelo juiz, a fim de que possa emitir um juízo de valor. São os fatos sobre os quais versa o caso penal. Ou seja, é o *thema probandum* que serve de base à imputação penal feita pelo Ministério Público. É a verdade dos fatos imputados ao réu com todas as suas circunstâncias. ”

Em contrapartida, assim como a sociedade tem o direito de segurança e o Ministério Público partindo do princípio da obrigatoriedade tem que exercer o seu exercício persecutório. O réu também tem o seu direito de ter um devido processo legal, previsto no artigo 5º, inciso LIV da Constituição Federal de 1988, “Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”, garantindo que não se instaure um processo penal de forma injusta e sem fundamento, e, que respeite o procedimento previsto na lei, garantindo o seu direito do contraditório e da ampla defesa, e dessa forma poderá utilizar meios de provas para garantir sua defesa.

De acordo com Paulo Rangel (2009, p.424) a respeito da natureza jurídica da prova:

“É cediço que a sociedade, encarnada na figura do Ministério Público, tem o direito de exigir do Estado-juiz a punição daquele que ofende a ordem jurídica, submetendo-o, assim, ao império da ordem e da lei. Porém, não é menos verdade que aquele que for acusado de prática de um injusto penal tem o direito de se contrapor à pretensão acusatória, ou seja, exercer o direito de defesa. A sociedade, através do Ministério Público, exerce a pretensão acusatória e o acusado exerce o direito de defesa. Pretensão acusatória e o direito de defesa. Neste caso, a prova passa a ser um direito inerente ao direito de ação e de

defesa. Ou seja, um desdobramento, um aspecto de direito de ação e de defesa. Portanto, podemos dizer que a sua natureza jurídica é de um direito subjetivo de índole constitucional de estabelecer a verdade dos fatos.”

Diante do exposto, verificamos que ambas as partes no processo detêm direitos e deveres, e um dos deveres que a parte acusatória tem é de provas através de meios legais que o acusa é a verdade, e o réu tem o direito de demonstrar que os fatos imputados a eles não corresponde com a veracidade, e partindo desse pressuposto ambos têm o direito à produção de provas.

Partindo do pressuposto que a produção de prova é essencial ao processo, para que assim consigamos demonstrar a veracidade do que alegamos e tentar formar a convicção do juiz, mesmo sendo um direito, caso houver conflito com outro, deverá se averiguar ambos e aplicar a razoabilidade.

Há um limite estabelecido na Constituição Federal no que tange a produção probatória, segundo artigo 5º, inciso LVI da Carta Magna: “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”.

E segundo Paulo Rangel (2009, p. 427): “A vedação da prova ilícita é inerente ao Estado Democrático de Direito que não admite a prova do fato e, conseqüentemente, punição do individuo a qualquer preço, custe o que custar.”.

Verificamos que o limite estabelecido na produção probatória é para que alguém não seja perseguido a toda e qualquer forma para ser condenado, e ignorar o princípio do devido processo legal, e assim aconteça uma injustiça. Devemos levar em consideração que quando o réu obtém prova ilícita para provar sua inocência temos que ponderar que o princípio da liberdade deve prevalecer quando o réu for acusado.

De acordo com Irajá Pereira Messias (2006, p. 109):

“Sobre os questionamentos acerca da prova ilícita há uma grande celeuma, que agita pensadores e estudiosos de processualística penal, alcançando voos internacionais porque, de um lado se sustenta a inadmissibilidade dessa prova, por ter berço espúrio (e, agora, no direito brasileiro, por haver princípio constitucional consagrado pelo artigo 5º, inciso LVI, que diz inadmissíveis as provas obtidas por meios ilícitos), e o pensamento doutrinário que a prova, mesmo viciada, deva ser admitida em nome da liberdade de provar e da amplitude do direito ao livre convencimento. A intenção do legislador

constitucional é óbvia em expungir do processo todas as provas obtidas por meios moralmente inaceitáveis.”.

Dessa forma, verificamos que o órgão persecutório não poderá se valer de provas ilícitas para condenar o réu, porém para discutirmos a admissibilidade ou não da prova ilícita no processo penal em benefício do réu, primeiramente devemos conceituar o que é prova ilícita.

2.1.1 Conceito de Prova Ilícita

A conceituação é matéria importante sob o aspecto científico, pois é capaz de localizar o tema dentro do universo jurídico a que pertence.

Dessa forma, o doutrinador Alexandre de Moraes (2013, p.113) conceitua:

“As provas ilícitas não se confundem com as provas ilegítimas. Enquanto, conforme já analisado, as provas ilícitas são aquelas obtidas com desrespeito ao direito processual. Por sua vez, as provas ilegais seriam o gênero do qual as espécies são as provas ilícitas e as ilegítimas, pois configuram-se pela obtenção com violação de natureza material ou processual ao ordenamento jurídico”.

Dessa forma entendemos que provas ilegais podem se dar por duas formas a prova ilícita e a ilegítima, podemos entender a diferença das espécies com o doutrinador Irajá Pereira Messias (2006, p. 110):

“Sutilíssima e tênue linha distingue a prova ilegítima da ilícita. Enquanto naquela há vulneração de norma processual, nesta última a infração seria mais voltada às normas de direito material, conquanto as duas espécies possam estar presentes no mesmo ato”.

Dessa forma concluímos que se violar direito material em busca de obtenção de provas, essas serão ilícitas, e se violar direito processual são provas ilegítimas. A partir desses conceitos podemos analisar o conflito de direitos existente no que tange ao direito da sociedade e o direito do réu.

3 A PROVA ILÍCITA EM BENEFÍCIO DO RÉU

Com tudo que foi exposto, podemos verificar que é inadmissível o Ministério Público utilizar provas ilícitas, salvo se conseguir obtê-las por outra forma lícita, porém este artigo visa abranger somente as exceções cabíveis em benefício do réu em provar sua inocência. Dessa forma podemos abranger a teoria da proporcionalidade e da razoabilidade para que possa admitir provas ilícitas em benefício do réu, para que dessa forma não haja injustiça.

Segundo Paulo Ranger (2009, p. 438):

“Na Alemanha Federal, desenvolveu-se a teoria da proporcionalidade, também chamada de razoabilidade na doutrina americana, significando a colação, em uma balança, dos bens jurídicos que estão contrastando-se e verificar qual tem peso maior. [...] A regra do inciso LVI do art. 5 da CRFN não é, assim, nem poderia ser, absoluta. Deve ser interpretada de forma coerente e razoável, mostrando proporção entre os bens jurídicos que se contrastam.”

Conforme podemos analisar, a regra da inadmissibilidade deve ser relativizada quando confrontada com o direito de liberdade do réu, que ao conseguir obter uma prova derivada de meio ilícito conseguirá se defender dos fatos imputados.

Continuando o raciocínio de Paulo Ranger (2009, p.439):

“Nesse sentido, surge em doutrina a teoria da exclusão da ilicitude, capitaneada pelo mestre Afrânio Silva Jardim, à qual nos filiamos, onde a conduta do réu é amparada pelo direito e, portanto, não pode ser chamada de ilícita. O réu, interceptando uma ligação telefônica, sem ordem judicial, com o escopo de demonstrar sua inocência, estaria agindo de acordo com o direito, em verdadeiro estado de necessidade justificante. Destarte, a vedação da prova obtida por meio ilícito é de caráter relativo e não absoluto”.

Concluimos que quando as provas ilícitas são obtidas com a finalidade de o réu provar sua inocência, podemos relativizar o princípio da inadmissibilidade de prova ilícita, em razão do direito a liberdade ter maior valor se fizermos uma ponderação em uma balança de direitos. Dessa forma verificamos uma possível admissibilidade de utilização de provas ilícitas no processo penal em benefício do réu, porque para uma verdadeira efetivação de um Estado Democrático de Direito devemos buscar sempre a justiça, e, admitindo provas ilícitas em benefício do réu é uma das formas em busca da verdadeira justiça.

3 CONCLUSÃO

Este trabalho entende que a lei penal em seu objetivo de reprimir os delitos, ou atos que contrariem a ordem pública, antes de punir alguém deve ter verificação da existência deste delito, e, somente conseguimos comprovar o injusto penal através da produção de provas.

Como podemos observar as provas produzidas no processo penal tem grande importância no que tange a formação da convicção do magistrado quando proferir a sentença penal. Quando não há provas, ou estas são insuficientes e mesmo assim o juiz profere uma sentença, em vez de fazer justiça e fazer uma construção da verdade, aplicando o direito em um caso concreto, isto não ocorre e dessa forma decreta um erro, um erro que pode condenar um inocente ou libertar um culpado.

Concluimos que as provas obtidas por meios ilícitos poderão ser admitidas no processo penal quando for a benefício do réu, pois quando há dois princípios, no caso o da inadmissibilidade, da liberdade do réu e do devido processo legal, a liberdade é um direito indisponível e deverá prevalecer, para que assim haja justiça e efetivação de um verdadeiro Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AVOLIO. Luiz Francisco Torquato. **Provas ilícitas: interceptações telefônicas e gravações clandestinas**. Editora revista dos tribunais, 2ª edição, 1999.

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

CENTRO UNIVERSITÁRIO “ANTONIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”. **Normalização de apresentação de monografias e trabalhos de conclusão de curso**. 2007 – Presidente Prudente, 2007, 110p.

MESSIAS. Irajá Pereira. **Da Prova Penal**. Impactus Editora, 3ª edição, 2006.

MITTERMAIER, C. J. A. **Tratado da prova em matéria criminal ou exposição comparada**. Editora Bookseller, 2ª tiragem, 1997.

MORAES. Alexandre de. **Direito Constitucional**. Editora Atlas, 29ª Edição, 2013.

RANGEL. Paulo. **Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 16ª edição, 2009.