

PROVAS ILÍCITAS: DA POSSIBILIDADE DA ADMISSIBILIDADE DAS PROVAS ILÍCITAS NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

Melina TAKANO¹
Francisco Lozzi da COSTA²

RESUMO: O presente artigo científico possui como objetivo indagar sobre as provas ilícitas no ordenamento jurídico brasileiro, no que tange à sua aplicação no processo penal, a qual possibilita a busca pela verdade real dos fatos, direito que é dado às partes envolvidas para que assim, o juiz possa fundamentar sua decisão. Além dos direitos à produção de provas, apresenta as limitações, vedações e correntes doutrinárias que divergem quanto à admissão e inadmissibilidade das provas ilícitas, abrangendo-se também as teorias e princípios que englobam o referido tema.

Palavras-chave: Admissibilidade das provas ilícitas. Limitação. Provas Ilícitas. Jurisprudência.

INTRODUÇÃO

Este estudo possui a finalidade da análise de que as provas ilícitas podem ser aceitas no processo penal brasileiro, mesmo que existam vedações constitucionais acerca do uso destas provas.

Conforme a vida em sociedade foi evoluindo, houve o surgimento da intervenção do Estado nas questões sociais do homem, regendo as relações da sociedade, de modo em que o direito à prova se tornou inerente para o cidadão, com o intuito de se preservar a ordem e a harmonia do convívio social.

O Estado Democrático de Direitos foi consolidado a partir do momento em que a Constituição Federal de 1988 foi promulgada, mudando totalmente o curso dos direitos impostos a cada indivíduo, garantindo direitos de fundamental importância

¹ Graduanda do curso de Direito do Centro Universitário “Antônio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente.

² Docente do curso de Direito do Centro Universitário “Antônio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente. Advogado. Servidor Público Militar (aposentado). Mestre em Direito. Especialista em Direito Penal e Processual Penal. Especialista em Polícia Ostensiva e Preservação da Ordem Pública. E-mail lozzi@adv.oabsp.org.br. Orientador do trabalho.

e protegendo bens jurídicos não só importantes para o cidadão, mas como também de interesse do Estado, gerando assim a ordem pública e segurança jurídica maiores.

E incluem-se também os princípios, que servem de norteadores sobre todos os setores do direito, incluindo o das provas ilícitas, são exemplos de princípios: O princípio da ampla defesa que estabelece que não deve ser cerceado o direito do acusado participar do processo, mas sim, ser efetivo também assim como a outra parte envolvida. Há também o princípio do contraditório, em que garante a ambas as partes a atuação no processo, sem distinções. Estes são alguns dos princípios bases do processo penal brasileiro que devem ser respeitados.

Há diversos bens jurídicos que são protegidos pelo ordenamento que são de interesses do Estado, então este artigo científico tem como finalidade explorar até onde as provas são consideradas válidas, haja vista de que não podem ofender nenhum bem jurídico que é protegido por lei.

Por mais que sejam muito relativos os fatos de que se tratam as provas, deve haver o respeito aos bens jurídicos, pois as provas são de relevante importância para o processo penal, tendo em vista que vinculam o convencimento do juiz, sendo assim um instrumento fundamental para a decisão final, estas provas devem ser aproximadas da verdade real, mesmo que relativas podem ser consideradas suficientes se o juiz por ela se convencer, já que se chegar a uma verdade absoluta é quase impossível em determinados casos.

A prova é tão relevante no processo penal que se torna até complicada a sua produção, haja vista que se deve obedecer aos princípios que a regem, também vincula o convencimento do julgador e para a sociedade representa a justiça, sendo assim, não se pode violar a moral e os bons costumes para sua obtenção.

Já no tocante às limitações dos meios de obtenção, não se pode fazer uma busca indiscriminada, ou seja, não se pode por exemplo, utilizar meios como tortura ou ameaças para conseguir informações relevantes para serem usadas como prova em um processo, já que tais meios de produção infringem aos direitos fundamentais estabelecidos pela Carta Magna.

Há várias correntes que divergem na doutrina sobre o respectivo tema, mas há exceções que possibilitam a admissão das provas ilícitas quando as provas, por mais que obtidas de meios ilícitos, sejam favoráveis ao réu no processo e o que pode tornar isso possível é como exemplo o princípio do favor rei, o qual permite que

seja excluída a ilicitude para que seja protegido um bem jurídico ainda maior que seja tanto do interesse do Estado como também do cidadão.

O método adotado para este estudo será o hipotético-dedutivo, já no que se refere quanto à forma de técnica utilizada na pesquisa, trata-se da bibliográfica.

1 DO DIREITO À PROVA

É através do instrumento probatório que se pode levar ao conhecimento do juiz informações para que se decida acerca da veracidade de alguma alegação que haja no processo. Podendo gerar processualmente a condenação ou a absolvição do réu.

A Constituição Federal de 1988, elenca no dispositivo do artigo 5º, LXI a vedação das provas que são produzidas através de meios ilícitos, com essa proibição, a Constituição Federal dá ao Estado um maior controle, porque impondo limites às produções de provas por formas que são ilegais, há a intervenção estatal para se controlar e não deixar com que os direitos assegurados pela lei sejam infringidos.

Sendo assim, o direito à prova, não é um direito absoluto, tendo em vista que a liberdade não é total, ela é restringida, pois não pode se obter provas utilizando algum crime, como o de tortura para poder conquistá-la, isso “contamina” a prova, tornando-a ilícita. Não pode o indivíduo, custe o preço que custar, obter um conjunto probatório de forma tão indiscriminada.

As provas são classificadas como ilícitas quando violam o disposto constitucionalmente ou legalmente, ou seja, quando uma prova for obtida através de uma afronta deste tipo, se deve rejeitar, não permitindo que adentre ao processo.

Há muitos fatos que até poderiam ser muito úteis para se chegar o mais próximo possível da verdade absoluta em certos casos, mas já que não é abrangido tudo por lei, o conjunto probatório deve ser suficiente para que o julgador possa se convencer, então determinadas provas tratam-se de fatos relativos, desde que sejam satisfatórios, devendo o magistrado sempre averiguar no que tange ao direito de valoração das provas, o que permite a ele que rejeite ou aprecie as que forem úteis ao processo, portanto, não é impossível que uma prova contaminada possa ser aceita pelo magistrado se esta trazer o real culpado do caso em concreto.

A parte acusada, não possui seus direitos fundamentais eliminados, pelo contrário, lhe são assegurados e é por isso que se deve atentar à tais restrições que são elas o princípio do devido processo legal e os direitos que garantem a dignidade humana, protegendo assim a intimidade e a privacidade.

1.2 O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

O princípio da proporcionalidade permite a possibilidade de que outros princípios se sobreponham ao princípio da inadmissibilidade das provas ilícitas, pode ser que em detrimento de certos bens jurídicos, seja mais relevante a proteção destes bens do que obedecer a tais regras da vedação, se fazendo uma ponderação de valores que seja essencial ao resultado final do processo, podendo então se admitir, nestes casos, a prova ilícita.

Os princípios em geral, se diferem das regras por serem norteadores de direito, ou seja, não impõem, mas indicam, servem como base em todos os setores no Direito, não há uma necessidade de que sejam previstos expressamente em lei (os chamados princípios constitucionais, pois estão positivados em lei), há princípios em que não há nada expresso, podendo ser implícitos e também podem se encaixar em várias hipóteses jurídicas, não é somente para determinada situação, como no caso das regras, por isso que os princípios possuem um sentido geral.

Dá-se a cada caso em concreto, um grau de importância diferente dependendo do conflito existente a cada princípio e é a partir deste ponto em que se abre a possibilidade para que seja feita uma ponderação. Pode ser que em tal caso, determinado princípio seja de relevância maior do que em outro caso jurídico.

Pode-se observar que os princípios possuem um caráter mais abstrato, possuem graus de relevância e norteiam todos os ramos do Direito, alcançando uma relevância ainda maior do que as regras, haja vista de que elas também se baseiam nos princípios para poderem existir.

O princípio da proporcionalidade envolve uma série de subprincípios em sua composição, o da necessidade é um exemplo deles o qual possui o significado de que se deve averiguar questões no que se referem à necessidade da questão e de

quais medidas deverão ser tomadas para que não sejam extrapolados os limites e não se extravie o real objetivo que se deseja.

Há também a presença de outros subprincípios que compõem o princípio da proporcionalidade como o da proporcionalidade em sentido estrito e o da adequação, este se define em se averiguar a questão da validade do fim e o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito nada mais é do que a proporcionalidade, no sentido de se fazer a ponderação dos meios para que se obtenha o fim o qual se almeja.

Há um entendimento majoritário acerca do princípio da proporcionalidade de que é um princípio implícito, não encontra uma expressa previsão constitucional, mas é o que se entende pela doutrina, neste sentido, há um tratamento de princípio constitucional, pelo fato de sua extensa aplicação no direito atuando até como controlador da atuação estatal.

Diante de toda a exposição feita sobre o princípio da proporcionalidade, com todos estes elementos que possui, é o que torna possível a ponderação e resolução de conflitos de direitos quando existirem em determinados casos em concreto, se aplicando também às provas que são obtidas por meios ilegais, o princípio da proporcionalidade possui a pretensão de poder resolver os conflitos de direitos fundamentais quando afrontados entre si em uma mesma situação jurídica, podendo dar margem para que haja a admissão das provas ilícitas e assim, sejam relativizadas as vedações impostas.

No processo penal, as provas possuem um enorme peso e são apresentadas ao magistrado, haja vista de que serão elas que vincularão seu convencimento no processo e poderão até serem utilizadas por ele na sentença para fundamentar a decisão por ele tomada.

Quando a prova é produzida, se busca a verdade sobre o fato, se tem como pretensão encontrar o verdadeiro agente do crime.

Tourinho Filho (2009) possui o seguinte entendimento:

A função punitiva do estado deve ser dirigida àquele que, realmente, tenha cometido uma infração; portanto o Processo Penal deve tender à averiguação e descobrimento da verdade real, da verdade material, como fundamento da sentença

O juiz não tem a necessidade de somente se pautar sobre somente o que se consta dentro do processo, pode-se obter novas informações utilizando outros meios, pois vigora no processo penal brasileiro, o princípio da verdade real, para que assim, se chegue o mais perto do que realmente aconteceu e assim se descubra o agente verdadeiro que causou tal infração, sendo assim, o vício existente em determinadas provas, como o vício de legalidade, pode ser admitido, se trazer para o processo quem é o agente verdadeiro da conduta ilícita.

Devido ao fato de a Constituição Federal de 1988 ao mesmo tempo em que determina com que sejam inadmissíveis produções de provas obtidas por meios ilícitos, também contém garantias individuais que geram um conflito, o único meio de se resolver este conflito é por meio do princípio da proporcionalidade, o qual permite que a ponderação seja feita se sobrepondo o que tiver mais valor no caso em concreto.

Há certos bens jurídicos protegidos que possuem um valor maior, podendo se sobrepor a outros princípios e regras, como por exemplo o direito à vida, este é o bem jurídico de maior relevância, se sobrepõe sobre todos os outros, o Direito visa a sua proteção antes de qualquer outro, podendo prevalecer até mesmo sobre o que se estabelece constitucionalmente dependendo da situação jurídica em questão.

Um outro exemplo disso é quando o réu pode provar sua inocência através de uma prova, mesmo que obtida por meios que contém vícios, pois o direito à liberdade também é um dos mais valiosos que o ordenamento jurídico brasileiro protege, desde que esta forma de poder se provar a inocência do réu, seja sua única alternativa, não lhe restando outros meios para provar que é inocente, poderá ser aceita, prevalecendo sobre o princípio da inadmissibilidade da prova ilícita.

De certa forma, seria injusto rejeitar este único meio do acusado poder se provar inocente, mesmo que seja estabelecido o contrário constitucionalmente em torno da questão da não aceitação de provas ilícitas no processo penal, haja vista de que não se pode proibir a ampla defesa do réu, senão estaria sendo cerceado o seu direito de defesa.

Atualmente se possui o entendimento majoritário da doutrina em que não se permite a utilização das provas ilícitas no processo penal tendo em vista de que se vigora o princípio da inadmissibilidade das provas ilícitas e devido este possuir expressa disposição na Constituição Federal de 1988. Contudo, há na atualidade, diversas correntes doutrinárias que estão pendendo para o lado da aceitação das

provas ilícitas, tendo como base de fundamentação o princípio da proporcionalidade quando o caso em concreto for gravoso e somente em caso com situação excepcional.

1.3 A TEORIA DA PROPORCIONALIDADE

Como fundamento para que seja relativizada a vedação sobre a admissão das provas ilícitas, tem como base princípios que podem se sobrepor às normas constitucionais.

Outro fundamento que se tem, é o de que o Estado proibindo que se produzam provas obtidas por meios considerados ilícitos no ordenamento jurídico brasileiro, estaria ele próprio sendo prejudicado com essa restrição, pois dessa forma dificulta que os crimes sejam provados e solucionados.

A teoria que admite a admissão das provas ilícitas, conhecida como teoria da proporcionalidade, também possui o entendimento de que se possa punir o acusado pela prova e ainda possa servir de fundamentação da sentença.

De acordo com esta teoria, sempre devem ser aceitas as provas ilícitas, tendo em vista o que se tem por finalidade no processo penal, em que a ação penal possui a pretensão de descobrir a verdade real e a condenação dos verdadeiros praticantes das condutas tipificadas ilícitas pelo ordenamento jurídico.

Portanto, se a prova ilícita, trouxer para o processo, algo de muita relevância o qual possa ajudar para a solução do conflito, pode ser aceita.

O que ocorre, é que nenhum direito é absoluto e as vezes se torna necessário a relativização de certas normas, mesmo que sejam constitucionais para que haja uma justa aplicação do Direito.

Em referência ao princípio da inadmissibilidade das provas ilícitas, este também não é absoluto, haja vista que pode este princípio ser descartado em detrimento de outro que envolva a proteção de um bem jurídico ou um direito fundamental, por exemplo.

O doutrinador Fernandes (1999) defende que:

Em suma, a norma constitucional que veda a utilização no processo de prova obtida por meio ilícito deve ser analisada à luz do princípio da proporcionalidade, devendo o

juiz, em cada caso, sopesar se outra norma, também constitucional, de ordem processual ou material, não supera em valor aquela que estaria sendo violada

Em um exemplo de um caso em que haja a adequada, necessária e que a medida seja proporcional, haja vista que são estes os elementos que constituem o princípio da proporcionalidade, temos a situação em que o acusado para se defender, somente possui um caminho para provar: por meio de uma interceptação telefônica sem autorização judicial, sendo este um meio ilícito. Mas, se enquadra em todos os requisitos elementares a sua admissão mesmo apesar de ilícita, pois se apresenta de forma adequada o afastamento da vedação por ser somente essa a maneira de se poder se provar, em seguida se encontra uma medida que é necessária, pois a infração que foi praticada para se obter não foi tão gravosa e por fim é medida proporcional, pois desta forma o acusado pode assegurar o seu direito à liberdade, sendo este direito fundamental de muito mais valia do que a vedação das provas ilícitas.

É de fácil percepção que a doutrina e jurisprudência vem com uma tendência cada vez maior em relação a relativizar a vedação, se pautando sobre o princípio da proporcionalidade o qual permite uma solução de conflitos através de uma ponderação justa.

Deve-se destacar o fato de que, se é previsto na Constituição Federal de 1988 a vedação, em que estão também dispostos outros direitos e deveres inerentes ao indivíduo, não é justo prejudicá-lo por causa dessa norma prevista, infringindo algum outro direito fundamental do indivíduo.

E, quando aplicado este princípio da proporcionalidade, afastando a vedação, não se almeja infringir um direito individual, mas, visa-se a garantia de outro direito que possua maior relevância para o indivíduo, não se pretende excluir nenhum dos direitos, mas, em razão de determinada situação, se busca a proteção de um bem maior.

Há ainda, algumas questões em que defendem que as provas ilícitas somente podem ser usadas quando for para beneficiá-lo. Não sendo em seu benefício, não podem ser aceitas, gerando a ideia de que a admissão também encontra certos limites, como este, por exemplo.

É muito claro que existe a presença dois tipos de cenários nesse contexto, sendo eles o do indivíduo e o da sociedade. Em razão do grande crescimento da violência na sociedade atual, o lado social sempre irá querer que o

indivíduo que praticou condutas ilícitas pague pelo mal que cometeu, e do lado do que está sendo acusado, sempre irá querer que sejam assegurados seus direitos e garantias.

Tudo depende do contexto jurídico em questão, há situações em que são inquestionáveis por serem graves e ameaçadoras para a segurança jurídica que seja aplicado o princípio da proporcionalidade, portanto também se necessita de um equilíbrio entre ambos os lados, indivíduo e sociedade.

1.4 CONSEQUÊNCIAS DA ACEITAÇÃO DAS PROVAS ILÍCITAS

Não se apresenta expressa em lei nenhuma consequência com a aceitação de uma prova ilícita no contexto de uma ação penal, sendo assim, há correntes que adotam o entendimento de que deveria ocorrer algum tipo de responsabilização quando se usa de um cometimento de infração penal para se obter uma prova. Outra parte já defende o entendimento de que por se tratar de um estado de necessidade do acusado para poder provar sua inocência, se exclui a ilicitude. Mas, não há nada exposto no ordenamento jurídico sobre essas vertentes.

E é o que possibilita com que haja uma flexibilização quando aplicado o princípio da proporcionalidade, porque não há nenhuma consequência caso ocorra o contrário ao que se veda e nem estabelece nenhuma exceção expressa.

Caso houvessem tais situações previstas, alguma consequência ou exceção que não fosse o princípio da proporcionalidade, ficaria ainda mais difícil de se aplicar essa relativização, não haveria argumentos que pudessem justificar a possibilidade de aceitar provas que fossem obtidas por maneira ilícita.

Quando não houver cabimento de nenhuma outra forma, ou seja, se não puder ser utilizada a prova ilícita através do princípio da proporcionalidade, não haverá como tirar algum proveito da prova, será ela nula e não fará parte do processo, sendo então rejeitada.

CONCLUSÃO

É indiscutível a relevância da prova ao processo penal, é ela que tem o poder de influenciar uma decisão judicial, podendo convencer o magistrado acerca de um fato, mexe não somente com o julgador do caso, mas como também possui importância para a sociedade, haja vista de que é necessário que seja esclarecido para a sociedade o que motivou o juiz a tomar determinada decisão sobre o conflito judicial.

O livre convencimento motivado do juiz, pode absolver o réu, como também pode condená-lo, estando envolvido um dos maiores valores constitucionais em questão que é a liberdade do indivíduo.

O que causa a limitação no que tocante ao direito à prova é o princípio que é previsto pela Constituição Federal de 1988, o princípio da inadmissibilidade das provas ilícitas no processo penal, a partir desta restrição, há um limite quando se trata da busca pela verdade real.

De certa forma há uma contradição, pois ao mesmo tempo em que a Constituição federal de 1988 estabelece dispositivos tratando acerca da inadmissibilidade das provas ilícitas, também dispõe sobre vários outros princípios que tratam de direitos e garantias fundamentais que corroboram para um conflito entre essas normas.

Em cada caso em concreto há diferentes valorações de bens jurídicos que são protegidos pela lei, como exemplo disso, se tem o direito à vida que é o bem jurídico mais relevante e que deve sempre ser protegido com prioridade quando em conflito com algum outro direito.

Em uma situação em que se encaixe o uso de uma prova ilícita pelo acusado, pode ser que isso infrinja alguns direitos fundamentais a partir do momento em que se admite essa prova “contaminada”, mas tendo em vista de que em razão da preservação de outros direitos mais valiosos que seja feita a sobreposição sobre outros princípios e direitos, se torna claro o fato de que não se trata de uma exclusão de direitos, mas sim, de uma ponderação em detrimento de um bem maior, tornando válida e possível que se adentre ao processo uma prova ilícita.

O princípio da proporcionalidade se subdivide em três subprincípios que são necessários para que se analise a possibilidade de se fazer uma ponderação quando existem normas conflitantes, não havendo a adequação, necessidade e proporcionalidade da medida, não é cabível aceitar a prova que contém vícios.

Há a existência de outro motivo para a aceitação das provas ilícitas, como a lógica de que o Estado também se prejudica quando impõe a vedação em determinados casos, pois pode dificultar o acesso a verdade real e o resultado pode não ser justo, não solucionando o conflito.

O cenário difere quando se trata da sociedade e do indivíduo que está sendo acusado, pois para a sociedade, a admissão pode significar uma ameaça de certa forma, mas para o indivíduo que é réu, este irá buscar a preservação de todos os seus direitos para defender sua liberdade.

Não é um tema pacífico na doutrina e jurisprudência, há diversos entendimentos, mas há uma considerável corrente doutrinária e jurisprudencial que começa a crescer em favor da admissão.

Portanto, a afirmação de que há a possibilidade de admissibilidade das provas ilícitas no processo penal brasileiro, é válida, se comprova através dos entendimentos que vêm surgindo através da jurisprudência e pela aplicação em casos excepcionais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Brasil, **Código de Processo Penal**. Disponível no site:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm

Brasil, **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível no site:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm

FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. Editora Revista dos Tribunais, 1999.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal**, 11 edição. Editora Saraiva, 2009.