

PRINCÍPIO DA INADMISSIBILIDADE DA PROVA ILÍCITA: ENTRE A RIGIDEZ E A FLEXIBILIDADE

Ionéia de Sousa MARQUES (1); Luiz Claudio Araújo COELHO (2)

(1) Faculdade Metropolitana da Grande Fortaleza – FAMETRO, Rua Conselheiro Estelita, 500 – Centro – Fortaleza/CE, (85) 3101 2223, e-mail: ioneiamarques@yahoo.com.br

(2) Faculdade Metropolitana da Grande Fortaleza – FAMETRO, Rua Conselheiro Estelita, 500 – Centro – Fortaleza/CE, (85) 3101 2223, e-mail: bleve@bol.com.br

RESUMO

A ilegalidade se caracteriza pela inobservância de algum dos princípios de direito material ou adjetivo. As provas obtidas desse modo apresentam vícios que as tornam inadmissíveis no processo penal. Contudo, esse entendimento não é rígido, pois contempla a excepcionalidade do caso em que o interessado consente com a violação de seus direitos. Essa excepcionalidade tem fundamento no denominado princípio da proporcionalidade cuja finalidade é dotar o ordenamento jurídico de um mecanismo de harmonização de conflito entre direitos fundamentais igualmente vilipendiados. Diante disso, o objetivo do presente estudo é discutir a relativização do princípio da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos e a possibilidade de utilização desse tipo de prova na defesa da sociedade. Para tanto, realizou-se uma pesquisa qualitativa de cunho descritivo-exploratório. Tendo por fundamento esse princípio, a admissibilidade das provas ilícitas pode se desdobrar para inocentar o acusado ou para embasar a condenação do réu. Conclui-se que, sopesando-se os bens jurídicos em disputa, o direito à liberdade, à integridade física e psíquica deve subsistir na defesa do acusado caso se caracterize alguma irregularidade sobre a prova. Para que se possa utilizar a proporcionalidade *pro societate* se deve dispor de regras bem definidas, para que o Estado-Juiz não se torne um tirano em nome da própria sociedade. Entretanto, a sociedade não pode deixar de ser defendida em casos em que somente o emprego de uma prova considerada ilícita possa ser mobilizada.

Palavras-chave: Prova ilícita. Princípio da proporcionalidade. Proporcionalidade *pro societate*.

1 INTRODUÇÃO

Há uma parte dos doutrinadores brasileiros que classificam as provas inadmissíveis no processo penal em provas ilícitas e provas ilegítimas. Embora se trate de uma diferenciação metodológica, onde uma trata da materialidade e a outra da formalidade do meio aquisitivo de prova, ambas são inadmissíveis pela legislação brasileira. Sendo assim, “a distinção, na verdade, possui muito mais um caráter didático do que uma relevância prática específica. Serve para a melhor compreensão das fases da prova, isto é, sua obtenção, introdução, produção e valoração” (MENDES, 2007, p. 113).

No sentido de buscar uma melhor compreensão sobre as provas ilícitas e ilegítimas, parte-se de um prévio conceito para cada uma dessas espécies da prova inadmissível. Dessa forma, a primeira trata das provas produzidas a partir de lesão a norma de direito material, afrontando o ordenamento jurídico no que tange aos princípios e normas, principalmente, elencados na Constituição Federal.

As provas ilegítimas, por sua vez, são aquelas que contrariam o direito formal, ou seja, são provas que foram obtidas sem a observância das normas processuais penais. Dessa forma, a inobservância dos limites normativos invalida a prova obtida. Neste ponto, Avolio (1999, p. 44) ensina que “a prova ilegítima é aquela cuja colheita estaria ferindo normas de direito processual. Assim veremos que alguns dispositivos da lei processual penal contêm regras de exclusão de determinadas provas”.

Mantendo a discussão sob os mesmos parâmetros, Grinover, Fernandes e Gomes Filho (2001, p. 133) ratificam o posicionamento dos demais autores acerca das espécies de prova inadmissível, afirmando que “Quando a proibição for colocada por uma lei processual, a prova será ilegítima (ou ilegitimamente produzida); quando, pelo contrário, a proibição for de natureza material, a prova será ilicitamente obtida”.

Sintetizando a discussão, Mirabete (2008, p. 253) explica que “a prova é proibida toda vez que caracterizar violação de normas legais ou de princípios do ordenamento de natureza processual ou material”, englobando tanto as provas ilícitas quanto as ilegítimas.

Não há que se ponderar sobre a ilicitude, quando os meios empregados para a aquisição da prova tiverem respaldo na legislação ou na interpretação desta, como, por exemplo, a autorização judicial para a quebra de sigilo bancário ou para a instalação de escuta telefônica. Essas condutas, caso sejam autorizadas pela autoridade competente, estarão protegidas pelo ordenamento jurídico, portanto, revestidas de legalidade.

Para que a prova seja considerada ilícita, o meio pelo qual foi obtida deve ser tido por ilegal por manifestação expressa da lei. Um exemplo de meio ilegal seria a prisão desprovida da devida ordem judicial ou fora da situação de flagrante delito.

Mirabete (2008, p. 254) enuncia com clareza que, “não são ilícitas, as provas obtidas com violação dos direitos, assegurados constitucionalmente ou pela legislação ordinária, quando o interessado consente nessa violação e, desde que sejam bens ou direitos disponíveis”.

Sendo pacífico, atualmente, não só na doutrina como na jurisprudência que a consequência do reconhecimento da ilicitude da prova introduzida no processo é o desentranhamento, o juiz julgará o processo com fundamento nas provas obtidas regularmente. A prova obtida por meio ilícito deixa de integrar os autos processuais.

A alteração que trouxe a Lei 11.690/08 ao Código de Processo Penal corrobora esse entendimento, impondo como conduta obrigatória ao julgador a promoção do desentranhamento das provas ilícitas dos autos do processo.

Apesar da prova ilícita ser vedada pelo ordenamento jurídico pátrio, há, contudo, exceções em que ela poderá ser invocada com o objetivo de se promover a justiça para o caso concreto. Por exemplo, é o caso em que o acusado de um ato ilícito, desprovido de outros meios para demonstrar sua inocência, necessita se utilizar de prova colhida com violação a direitos fundamentais próprios ou de terceiros.

Para que esse entendimento possa encontrar guarita algumas condições objetivas devem estar intrínsecas ao ato de coleta da prova ilícita. De plano, emerge a situação insuperável para obtenção da prova: o ilícito torna-se a única via possível. Segundo, o próprio acusado deve ser o agente promotor da prova, posto ser inadmissível que o ilícito de outrem acoberte o desvio de conduta de terceiro.

Não havendo outro meio de produção de prova e sendo obtida pelo próprio acusado, poderão ser utilizadas as provas ilícitas nos casos em que há dois ou mais bens protegidos pela Constituição. Cabe, então, ao julgador

sopesar entre estes o mais relevante, buscando-se resguardar o de maior valor. Nesses casos, tanto a doutrina como a jurisprudência tem divulgado este entendimento, que se fundamenta no Princípio da Proporcionalidade.

Vislumbra-se, assim, que a utilização da proporcionalidade, no campo do direito processual penal, passa pelo sopesamento dos direitos postos em confronto, pois “o princípio da proporcionalidade exige que se faça uma ponderação sobre a relação existente entre o bem que é lesionado ou posto em perigo (gravidade do fato) e o bem de que pode alguém ser privado (gravidade da pena)” (CAPEZ, 2003, p. 273).

Nesse sentido, o objetivo do presente estudo é discutir a relativização do princípio da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos no processo penal e a possibilidade de utilização desse tipo de prova na defesa da sociedade, tendo por parâmetro de sustentação dos argumentos o princípio da proporcionalidade.

2 TRAÇADO METODOLÓGICO

O presente estudo se assenta na modalidade de pesquisa qualitativa, de cunho descritivo-exploratório. Segundo André (2005), as abordagens qualitativas de pesquisas se fundamentam numa perspectiva que valoriza o papel ativo do sujeito no processo de produção de conhecimento e que concebe a realidade com uma construção social. A referida autora revela que há uma valorização do sujeito no desenvolvimento da pesquisa facilitando com isso a produção do conhecimento através da análise da realidade.

A partir do acesso, seleção e leitura de bibliografia temática, procurou-se construir uma primeira aproximação ao objeto de estudo: a possibilidade da admissão da prova ilícita em sentido *pro societate*. Assim, os pesquisadores puderam se instrumentalizar de dados atuais que permitiram maior compreensão da realidade (LAKATOS; MARCONI, 2005).

3 RESULTADOS E DISCUSSÃO

Há um longo processo histórico para a constituição do princípio da proporcionalidade e seu campo de aplicação. Segundo Avolio (1999, p. 60), o termo proporcional, “empregado por Von Berg em 1802, ao tratar da possibilidade de limitação da liberdade em virtude do então denominado ‘Direito de Polícia’ ganhou expressão”. Para Steinmetz (2001), no âmbito do processo penal, a grande discussão sobre o princípio da proporcionalidade ocorreu somente em 1925.

A transposição do princípio da proporcionalidade para o plano constitucional deve-se em boa parte ao papel decisivo do Tribunal Constitucional alemão que através da utilização corrente de expressões claramente associadas ao princípio da proporcionalidade em sucessivos pronunciamentos favoreceu o estabelecimento do aludido instituto no ordenamento jurídico germânico (AVOLIO, 1999).

Nucci (2004, p. 330) acredita que a teoria da proporcionalidade “tem por finalidade equilibrar os direitos individuais com os interesses da sociedade, não se admitindo, pois, a rejeição contumaz das provas obtidas por meios ilícitos”. Em sentido similar, Capez (2003) ensina que a interferência da proporcionalidade no conflito entre os princípios constitucionais funciona como elemento de harmonização, permitindo que prepondere o valor de maior interesse social. Nesse sentido, Alexy (1986) ensina que os princípios são normas que dão ordem, que devem ser cumpridas da melhor maneira possível dentro das possibilidades que oferece o ordenamento jurídico, por serem mandamentos de otimização.

O princípio da proporcionalidade tem um amplo espectro de atuação no direito. A disposição precisa da proporcionalidade em matéria atinente às provas ilícitas pode ser constatada na lição formulada por Avolio (1999, p. 64), segundo a qual a teoria da proporcionalidade ou da razoabilidade, também denominada teoria do balanceamento ou da preponderância dos interesses, consiste, “numa construção doutrinária e jurisprudencial que se coloca nos sistemas de inadmissibilidade da prova obtida ilicitamente, permitindo, em face de uma vedação probatória, que se proceda a uma escolha (...) entre valores constitucionalmente relevantes postos em confronto”.

Pelo exposto, pode-se defender que a finalidade da inserção da teoria da proporcionalidade no ordenamento jurídico visa fornecer ao julgador um mecanismo de balanceamento de conflitos entre direitos fundamentais. Quando dois direitos constitucionalmente assegurados se chocam mutuamente, gerando uma situação em que apenas um deles pode subsistir, deve-se eleger o direito mais benéfico para a coletividade, afastando-se da perspectiva individualista.

O Tribunal Constitucional Alemão fundamenta a proporcionalidade no Estado de Direito. A presença da deída de justiça como fundamento dessa ordem jurídica, permite que a proporcionalidade seja um meio de sua realização (ANTUNES, 2004).

Essa fundamentação se expressa na Alemanha, Espanha e Portugal. Existe uma tendência na doutrina brasileira em alicerçar a proporcionalidade no Princípio do Devido Processo Legal, previsto no artigo 5º, inciso LIV da Constituição Federal. Segundo Antunes (2004), são defensores dessa linha de pensamento: Gilmar Ferreira Mendes, Luis Roberto Barroso, Clémerson Merlin Cléve, Raquel Denize Stumm e Rosana de Toledo Barros.

Segundo Steinmetz (2001, p. 155) existem dois pontos de vista concorrentes no que se refere a natureza da proporcionalidade. Para Nicolas Serrano apud Steinmetz (2001), não há controvérsias: o princípio da proporcionalidade goza de dupla dimensão.

O referido princípio, além da proporcionalidade em sentido estrito, é constituído pelos princípios da adequação e da necessidade. Steinmetz (2001, p. 149), o preleciona que o princípio da adequação “ordena que se verifique, no caso concreto, se a decisão normativa restritiva (o meio) do direito fundamental oportuniza o alcance da finalidade perseguida. Trata-se de investigar se a medida é apta, útil, idônea, apropriada para atingir o fim perseguido”.

A medida será adequada quando for possível por meio dela atingir o fim pretendido. Para Ávila (2008), a adequação exige uma relação entre o meio e o fim, ou seja, o meio deve ser suficiente para se atingir o fim pretendido. A necessidade é também conhecida como princípio da menor ingerência possível, da intervenção mínima, da exigibilidade. Como ressalta Steinmetz (2001) o modo de operacionalização da ponderação concreta de bens se dá mediante a aplicação do princípio da proporcionalidade.

Torna-se oportuno conhecer o magistério de Mendes (2007, p. 200) sobre os casos de aplicação da proporcionalidade no processo penal: “na admissibilidade da prova ilícita que beneficie o acusado; nas situações de provas ilícitas produzidas pelo acusado em situação de legítima defesa; e na adoção do princípio da proporcionalidade na situação de colisão de direitos fundamentais individuais com o direito fundamental social à segurança”.

Logo, reconhecida a inconstitucionalidade da prova obtida por meios ilícitos, estabelece-se um juízo de admissibilidade ou não sobre o conhecimento do conteúdo probatório. Ao comentar sobre o assunto, Capez (2003, p. 33) informa “não ser razoável a postura inflexível de se desprezar, sempre, toda e qualquer prova ilícita. Em alguns casos, o interesse que se quer defender é muito mais relevante do que a intimidade que se deseja preservar”.

Mesmo diante dos argumentos favoráveis à adoção do Princípio da Proporcionalidade no ordenamento jurídico pátrio, Nucci (2004) se mostra reticente nesse campo por considerar que o sistema penal brasileiro ainda não consegue assegurar os direitos e garantias individuais. Dessa forma, ele pugna pela plena proibição da prova ilícita. Mossin (1998, p. 219), se emparelha a esse entendimento e afirma categoricamente que “somente são admissíveis as provas obtidas por meios lícitos, ou seja, que não forem contrárias à moral e aos bons costumes e principalmente quando não forem atentatórias à dignidade e liberdade de expressão do indiciado ou réu”.

Contudo, Aranha (1999, p. 50) sugere que se acate como solução do confronto de normas constitucionais o interesse preponderante no caso concreto. Para sustentar seu argumento, o autor utiliza o conflito existente entre a necessidade de “defesa de um princípio constitucional e a necessidade de punir um criminoso. A solução deve consultar o interesse que preponderar e que, como tal, deve ser preservado”. Constata-se, desse modo, que somente a análise jurídica do caso concreto poderá indicar a solução do conflito entre os bens jurídicos tutelados pelo direito.

A validação da prova obtida por meio ilícitos que fortaleça a linha de defesa do acusado, tem acolhido aceitação da doutrina que se alinha ao princípio da proporcionalidade. Segundo alguns doutrinadores, essa hipótese somente torna-se viável quando a prova for obtida pelo próprio acusado, que goza de excludente de antijuridicidade, como já explicitado. A argumentação desses doutrinadores se funda na inexistência de conduta reprimível pela via penal, pois esta se desenvolve acobertada pela excludente da legítima defesa.

Contudo, quando a prova ilícita é utilizada para fortalecer a demonstração da ilicitude da conduta do indivíduo, fundamentando a condenação, tanto a doutrina quanto jurisprudência são contrárias a admissão da

prova no processo, apesar de haver exceções pontuais. Esse caso é o que se denomina admissão da prova ilícita *pro societate*.

Ao comentar a utilização da proporcionalidade em defesa dos direitos coletivos, Capez (2003, p. 253) se mostra inclinado a sua admissibilidade ao afirmar que “o princípio da proporcionalidade deve ser também admitido *pro societate*, pois o confronto que se estabelece não é entre direito ao sigilo, de um lado, e direito da acusação à prova, do outro”.

Em defesa dessa tese, consta ainda o entendimento de Carnaúba (2000, p. 87) que assevera que “nos casos de superfaturamento de obras e serviços públicos, (...), os acordos criminosos acontecem em ambientes sigilosos. Se esse procedimento para obtenção de prova for inadmissível de forma absoluta, a impunidade estará assegurada e, com ela, o estímulo ao cometimento de outros crimes”.

Já o Supremo Tribunal Federal, por sua vez, entende que qualquer hipótese de utilização da prova ilícita para fins de condenação do indivíduo deve ser afastada, sendo descabida no ordenamento brasileiro.

Destarte, é imperioso frisar que a tortura nunca poderá ser utilizada para obtenção de uma prova admitida no processo. Nesse caso os bens jurídicos em jogo não permitem a aplicação do princípio da proporcionalidade, pois a dignidade humana, fio condutor do ordenamento pátrio, resta plenamente ofendida e irremediavelmente aniquilada. Em resumo, a ponderação acerca da relevância dos bens jurídicos em jogo indica que a integridade física, psíquica e a própria vida, são mais importantes do que a verdade sobre um crime ou a eventual punição do criminoso. Nessa esteira, o ensinamento de Ávila (2008) acerca da aplicação da proporcionalidade ao caso concreto esclarece sobremaneira essa proibição, ao afirmar que “a proporcionalidade, como postulado estruturador da aplicação de princípios que concretamente se imbrincam em torno de uma relação de causalidade entre um meio e um fim, não possui aplicabilidade irrestrita”. Dessa forma, fica patente que nem mesmo a proporcionalidade é dotada de aplicabilidade irrestrita.

Em vista dos argumentos apresentados, constata-se que a teoria da proporcionalidade viabiliza a utilização das provas ilícitas em defesa da sociedade, constituindo a utilização do princípio da proporcionalidade *pro societate*. É preciso, contudo, que alguns elementos indicadores do cabimento dessa vertente sejam positivados para a preservação do Estado Democrático de Direito.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante dos argumentos apresentados, consolidou-se o entendimento acerca das provas proibidas no processo penal. As provas inadmissíveis compõem o gênero das quais as provas ilícitas são espécies. As provas ilícitas são aquelas viciadas pela ilegalidade, pois ferem algum dos princípios de direito material ou adjetivo, especialmente os de cunho constitucional.

Para que a prova seja contaminada pela ilicitude, o meio de obtenção deve estar vedado pela legislação. Tais provas não são aceitas pelo ordenamento jurídico, portanto, não podem ser inseridas nos autos do processo penal. Contudo, ficou evidente que esse entendimento não é rígido, pois contempla a excepcionalidade do caso em que o interessado consente com a violação de seus direitos. É importante frisar que esses direitos devam ser disponíveis. Nesse caso, há que se referir à flexibilização, admitindo-se no processo as provas, ainda que ilicitamente obtidas.

Essa excepcionalidade tem fundamento no denominado princípio da proporcionalidade cuja finalidade é dotar o ordenamento jurídico de um mecanismo de harmonização de conflito entre direitos fundamentais igualmente vilipendiados. Em resumo, esse princípio visa indicar um direito que deve prevalecer sobre outro, depois de sopesados os prejuízos e benefícios da decisão judicial, levando-se em conta a relevância do bem jurídico tutelado para a sociedade como um todo.

A rigidez do princípio da inadmissibilidade da prova ilícita cede espaço para a flexibilidade possibilitada pelo princípio da proporcionalidade. Assim, a admissibilidade das provas ilícitas no processo penal pode se desdobrar para inocentar o acusado (*pro reo*) ou para embasar a condenação do réu (*pro societate*).

Conclui-se que, sopesando-se os bens jurídicos em disputa, o direito à liberdade, à integridade física e psíquica deve subsistir na defesa do acusado caso se caracterize alguma irregularidade sobre a prova. Na segunda hipótese, há divergência jurisprudencial. A despeito dessa situação conflitante, percebe-se que a utilização da prova ilícita *pro societate* pode ser utilizada também, desde que seja feita com as ressalvas delineadas na lei, caracterizando sua excepcionalidade.

Para que se possa utilizar a proporcionalidade *pro societate* se deve dispor de regras bem definidas, para que o Estado-Juiz não se torne um tirano em nome da própria sociedade. Entretanto, por outro lado, a sociedade não pode deixar de ser defendida em casos em que somente o emprego de uma prova considerada ilícita possa ser mobilizada. É necessário que seja feita a melhor justiça para o caso concreto. Nesse sentido, desbaratar uma quadrilha ou prender um grande chefe do tráfico, mesmo que por meio da obtenção de provas ilícitas, resta socialmente mais relevante que deixá-los soltos por que abrigados por direitos fundamentais em conflito.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 1986.

ANDRE, Marli Eliza Dalmazo Afonso de. **Estudo de caso em pesquisa e avaliação educacional**. Brasília: Liber Livro Editora, 2005.

ANTUNES, Roberta Pacheco. O Princípio da Proporcionalidade na Problemática das Provas Ilícitas em Matéria Criminal. Curitiba. **Jus Navigandi**. 2004. Disponível em: < <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8153&p=3> >. Acesso em: 12 jun. 2010.

ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. **Da prova no processo penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas ilícitas: interceptações telefônicas e gravações clandestinas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

CARNAÚBA, Maria Cecília Pontes. **Prova ilícita**. São Paulo: Saraiva, 2000.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antônio Scarance; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **As nulidades no Processo Penal**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

LAKATOS, Eva Maria, MARCONI, Marina de Andrade. **Fundamentos da metodologia científica**. 6.ed – São Paulo: Atlas 2005.

MENDES, Emerson Castelo Branco. **Provas ilícitas no processo penal: uma abordagem sob a perspectiva dos direitos e garantias individuais**. Fortaleza: ABC, 2007.

MIRABETE, Júlio Fabrini. **Processo penal**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

MOSSIN, Heráclito Antônio. **Curso de Processo Penal**. v. 2. São Paulo: Atlas, 1998.

NUCCI, Guilherme de Sousa. **Código de Processo Penal Comentado**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

STEINMETZ, Wilson Antônio. **Colisão de Direitos Fundamentais e Princípio da Proporcionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.