

O USO DAS PROVAS NO DIREITO PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO*

Hoffmann Mikail Camargo Rodrigues

RESUMO

O artigo em questão possui como cerne a análise dos meios de provas admitidos no Direito Processual Penal Brasileiro. Inclui ainda a questão do ônus probatório, bem como busca avaliar a (in) admissibilidade das provas tidas como ilícitas pelas normas constitucionais e infraconstitucionais que tratam sobre o assunto, trazendo uma ponderação a respeito das provas ilícitas e ilegítimas, das provas ilícitas por derivação e dos princípios relativos à prova penal.

Palavras-chave: Direito Processual Penal; Provas; Provas Ilícitas; Inadmissibilidade; Princípios.

ABSTRACT

The article in question has as its core the analysis of the means of evidence admitted in Brazilian Criminal Procedural Law. It also includes the question of the burden of proof, as well as the search for the (in) admissibility of the evidence considered illegal by the constitutional and infraconstitutional norms that deal with the matter, bringing a consideration regarding the illegal and illegitimate evidence, the illicit evidence by derivation and principles of criminal evidence.

Keywords: Criminal Procedural Law; Evidences; Illegal Proofs; Inadmissibility; Principles.

INTRODUÇÃO

O tema abordado no presente artigo tem como finalidade o estudo das provas e sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro, sendo que o objetivo principal é analisar as provas ilícitas, seus conceitos e consequências e a possibilidade de aplicação desse tipo de prova “pro societate”, ou seja, em benefício da sociedade e em desfavor do réu.

É sabido que a atividade probatória serve para orientar o convencimento do juiz quanto à materialidade e autoria de determinada situação fática tida a princípio como ilícita, seja no que diz respeito ao juízo penal comum, seja no juízo penal militar.

* Trabalho de Curso apresentado à Polícia Militar do Estado de Goiás, como requisito parcial para a conclusão do Curso de Formação de Praças.

O artigo 155 do Código de Processo Penal aduz que “o juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas”.

Percebe-se, pois, que os elementos de informação são aqueles colhidos na fase investigativa, sem que a eles seja obrigatório impor a ampla defesa e o contraditório, ou seja, serão apenas colhidas as informações e remetidas ao juízo competente, para que este, convencido de indícios suficientes de autoria e materialidade instaure processo para então abrir a possibilidade das partes se manifestarem a respeito das acusações que lhes são feitas.

Destarte, a correta produção das provas é de extrema relevância, pois serão elas que respaldarão a ação penal e a devida punição dos infratores da lei.

Como menciona o artigo supramencionado, apenas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas poderiam fundamentar decisão ainda que sejam colhidas exclusivamente na investigação, isso em virtude de sua própria natureza.

Por exemplo, a doutrina é unânime em conceituar as provas cautelares como aquelas em que existe a possibilidade do desaparecimento do objeto da prova em virtude do decurso do tempo, é o caso das interceptações telefônicas. Ressalte-se que as provas cautelares serão objeto de contraditório diferido, ou seja, posteriormente será aberta a parte a possibilidade de se manifestar sobre ela.

A prova não repetível, na explicação de Renato Brasileiro de Lima (2017), é aquela que uma vez produzida, por conta do perecimento da fonte probatória não poderia ser novamente produzida perante o juiz, motivo pelo qual, geralmente, nem precisa de autorização judicial para ser feita, é o caso, por exemplo, do exame de corpo de delito por lesões corporais leves.

Por outro lado as provas antecipadas são classificadas por Capez (2009) como aquelas que são produzidas com o contraditório real, antecipado. Ainda que na fase investigativa, será produzida juntamente com a autoridade judicial e esta abrirá oportunidade para que as partes apresentem suas defesas em relação àquela prova.

No que tange às formas de previsão da prova no processo penal, a doutrina é uníssona aceitar as provas nominadas e inominadas. As primeiras são aquelas expressamente previstas (nominadas) no Código de Processo Penal ou na legislação extravagante; é o caso, por exemplo, da reconstituição de fato delituoso, previsto no artigo 7º do Código de Processo Penal.

Entretanto, em virtude do princípio da busca da verdade real adotado pela doutrina processualista penal, o qual prega que se deve sempre buscar comprovar o que realmente aconteceu no mundo dos fatos, são admitidas também as chamadas “provas inominadas”, ou

seja, meios de provas que embora não estejam previstos de forma expressa no ordenamento jurídico brasileiro sejam lícitos e legitimados moralmente.

Via de regra somente são proibidas no Direito Processual Penal Brasileiro as denominadas provas ilícitas ou ilegítimas, que são aquelas que vão de encontro à Constituição Federal ou à legislação como um todo. Preceitua o artigo 5º, LVI, da Constituição Federal: “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”.

Contudo, buscar-se-á adiante fazer uma análise da possibilidade da admissão da prova ilícita “pro societate”.

A Constituição Federal traz alguns direitos fundamentais, entretanto, a doutrina e jurisprudência são pacíficas no sentido de que todos esses direitos são relativos, pois haverá hipóteses em que irão se contrapor um ao outro, obrigando o aplicador do direito a fazer uma ponderação e priorizar um em relação ao outro conforme o caso. Deverá fazer essa ponderação para que todos eles subsistam em um mesmo ordenamento jurídico, olhando em cada situação concreta qual direito fundamental deverá prevalecer para que a justiça seja feita.

Por exemplo, a Carta Magna traz o direito à intimidade, motivo pelo qual, via de regra, ninguém poderia adentrar na casa de outrem exceto nas hipóteses ali excepcionalmente descritos, como é o caso, por exemplo, do flagrante delito ou de cumprimento de mandado judicial durante o dia.

Segue uma situação hipotética: seria racional e proporcional que um cumprimento de mandado judicial realizado durante a noite, no qual se encontre objetos de crime no local, seja invalidado por ser “ilícito” apenas por não respeitar o horário de repouso dos moradores ali residentes? E se comparado o seu direito de intimidade em relação ao direito de propriedade de quem teve seus bens subtraídos e se encontravam escondidos naquele local? Não seria proporcional que ainda que a diligência tenha sido feita a noite, serviria para incriminar aqueles que guardavam os objetos de delito no interior de sua residência?

Nesse sentido, o presente artigo visa o estudo das provas no Direito Processual Penal Brasileiro, para isso, trabalhando os conceitos de prova, os princípios relacionados ao assunto, a questão das provas admitidas e das não aceitas pela jurisprudência, o caso das provas ilícitas e a possibilidade de sua aplicabilidade no caso concreto, levando em conta que nenhum direito fundamental tem natureza absoluta e dever-se-ia ser analisado em cada caso concreto qual direito dever-se-ia prevalecer em relação a outro.

REVISÃO DE LITERATURA

Lima (2017, p. 583) ensina que “identifica-se o conceito de prova com a produção dos meios e atos praticados no processo visando ao convencimento do juiz sobre a veracidade (ou não) de uma alegação sobre um fato que interesse à solução da causa”.

A finalidade da prova é formar a convicção da autoridade julgadora eis que objetiva reconstruir os fatos investigados de modo mais fidedigno possível, ou seja, busca trazer aos autos o que realmente aconteceu no mundo dos fatos, é o que preconiza o “princípio da verdade real” adotado na prova processual penal.

Por princípio da verdade real pode-se entender que no âmbito processual penal deve-se sempre buscar pela fidedigna representação dos fatos como aconteceram, a prova deve ser realizada de modo a demonstrar toda a ação de forma mais perfeita possível. Pacelli (2003, p. 329) explica melhor o assunto, comparando a busca de provas no direito processual penal e no direito processual civil:

Enquanto o processo civil aceita uma certeza obtida pela simples ausência de impugnação dos fatos articulados na inicial (art. 302, CPC), sem prejuízo da iniciativa probatória que se confere ao julgador, no processo penal não se admite tal modalidade de certeza (frequentemente chamada de verdade formal, porque decorrente de uma presunção legal), exigindo-se a materialização da prova. Então, ainda que não impugnados os fatos imputados ao réu, ou mesmo confessados, compete à acusação a produção de provas da existência do fato e da respectiva autoria, falando-se, por isso, em uma verdade material.

Dentro desse conceito de prova é importante ressaltar a questão da prova ilícita. Para Ada Pellegrini Grinover, Antonio Scarance Fernandes e Antonio Magalhães Gomes Filho (2003, p.133) prova ilícita é: “a prova colhida infringindo-se normas ou princípios colocados pela Constituição e pelas leis, frequentemente para a proteção das liberdades públicas e dos direitos da personalidade e daquela sua manifestação que é o direito à intimidade”.

O artigo 5º, LVI, da Constituição Federal aduz o seguinte: “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”. Percebe-se que apesar da disposição ora colacionada, a Carta Magna não trouxe qualquer conceito para a expressão “provas ilícitas”, nem tampouco regulamentou quais seriam as consequências de sua utilização no processo.

Destarte, explica Lima (2017, p.621) que:

A doutrina nacional sempre se baseou na lição do italiano Pietro Nuvolone para conceituar prova ilegal, e também para distinguir as provas obtidas por meios ilícitos daquelas obtidas por meios ilegítimos.

A prova será considerada ilícita quando for obtida através da violação de regra de direito material (penal ou constitucional). Portanto, quando houver a obtenção de prova em detrimento de direitos que o ordenamento reconhece aos indivíduos, independente do processo, a prova será considerada ilícita. São várias as inviolabilidades previstas na Constituição Federal e na legislação infraconstitucional para resguardo dos direitos fundamentais da pessoa: inviolabilidade de domicílio,

inviolabilidade do sigilo da comunicação em geral e dos dados, vedação ao emprego da tortura ou de tratamento humano ou degradante.

De seu turno, a prova será considerada ilegítima quando obtida mediante violação à norma processual penal. A título de exemplo, suponha-se que, ao ouvir determinada testemunha, o magistrado esqueça de compromissá-la. Assim o fazendo, incorreu em violação à regra do artigo 203 do CPP, dispositivo que obriga o juiz a compromissar a testemunha.

Ainda nesse sentido, destaca-se as palavras de Nuvolone “apud” José Olindo Gil Barbosa (2006, NP):

A doutrina moderna, buscando um melhor entendimento sobre a admissão da prova ilícita, afirma que as chamadas provas ilegais são o gênero dos quais as provas ilícitas e ilegítimas são espécies, sendo a violação da prova caracterizada como de natureza processual ou material. O limiar de diferença seria estabelecido entre provas ilícitas e ilegítimas, no sentido de que aquela contém violações a normas de direito material, atacando a própria essência de uma liberdade considerada pública e, estas atacariam as normas que regem o direito processual

A despeito do assunto, o Código de Processo Penal aduz em seu artigo 157, *caput*: “são inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais”. A sanção processual, portanto, das provas ilícitas ou ilegítimas é a sua inadmissibilidade.

Percebe-se, diante do exposto, que a busca da verdade material (princípio da verdade real) possui limitadores, a exemplo das provas ilícitas. Em outras palavras, o desrespeito aos direitos fundamentais do cidadão quando na colheita ou produção dessas provas torná-las-á inadmissíveis no processo criminal.

O Código de Processo Penal, em seu artigo 157, §1º traz os seguintes dizeres: “são também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras”.

É a chamada prova ilícita por derivação, pois além de ser vedada no processo penal a utilização da prova ilícita, essa proibição também se estende às provas que derivarem daquela ilícita.

Na sequência, a própria legislação explica o que se deve entender por “fonte independente”, hipótese em que a prova poderá ser utilizada no processo: “considera-se fonte independente 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 prova” (Artigo 157, §2º).

A respeito do assunto destacam-se os dizeres de Lima (2017, p. 28) que explica de forma didática a questão:

De acordo com a teoria ou exceção da fonte independente, se o órgão da persecução penal demonstrar que obteve, legitimamente, novos elementos de informação a partir de uma fonte autônoma de prova, que não guarde qualquer relação de dependência, nem decorra da prova originariamente ilícita, com esta não mantendo vínculo causal, tais dados probatórios são admissíveis, porque não contaminados pela mácula da ilicitude originária.

A doutrina aponta também a Teoria da Descoberta Inevitável, segundo a qual a admissão da prova derivada seria aceita caso sua descoberta fosse feita independentemente da primeira prova (ilícita) e neste caso não haveria como falar em contaminação de ilicitude.

Em outras palavras, pode-se dizer que a prova derivada da ilícita seria descoberta de qualquer forma se fossem seguidos os trâmites legais, de modo que se chegaria a ela independentemente da produção da prova ilícita, motivo pelo qual ela pode ser considerada válida perante o ordenamento jurídico.

Em todos os casos nos quais a legislação considerar a prova como ilícita ou ilegítima, essa deverá ser inutilizada por decisão judicial, conforme prevê o artigo 157, § 3º do Código de Processo Penal: “preclusa a decisão de desentranhamento da prova declarada inadmissível, esta será inutilizada por decisão judicial, facultado às partes acompanhar o incidente”. Nesse sentido, destaca-se a explicação de Rangel (2006, p. 397):

(...) devemos salientar que o ingresso no processo de uma prova obtida por meio ilícito impõe a sanção de nulidade ao mesmo, a partir desta admissão. O juiz não pode e não deve valorar sua sentença com base nesta prova, pois, se assim o fizer, violará não só o disposto no art. 5º, LVI, da CRFB, como também a regra do inciso IX do art. 93 do mesmo diploma legal, pois, neste caso, a fundamentação da sentença será com base em uma prova ilegal e, portanto, viciada.

A doutrina e jurisprudências admitem a utilização de prova ilícita no processo quando ela for produzida para beneficiar o acusado. Isso porque partem do princípio da proporcionalidade: seria proporcional condenar uma pessoa que conseguiu comprovar a sua inocência por meio de uma prova ilícita?

Há duas opções: aceitar a prova ilícita que demonstra a inocência, ou desconsiderá-la e punir injustamente um inocente. Pelo princípio da proporcionalidade, existe a ponderação entre os princípios: direito de defesa, princípio da presunção de inocência e direito de punir do Estado. Parece, pois, acertada a decisão de aceitar a prova ilícita nesse caso, eis que seria inadmissível que um inocente fosse condenado injustamente porque a prova de sua não culpa fora obtida de forma ilegal.

Nesse sentido, faz-se oportuno citar Flávia D’Urso (2007, p. 124), no que tange à utilização da prova produzida ilicitamente em favor do acusado:

Nesse aspecto, na há dissenso na doutrina ou na jurisprudência quanto à aplicação do princípio da proporcionalidade. No embate entre o direito à prova de inocência e outro

também protegido pela Constituição Federal, prepondera aquele, porquanto consubstanciase mesmo a liberdade e a dignidade humana valores insuperáveis, mas também, porque ao próprio Estado não interessa a punição do inocente, o que poderia redundar a impunidade do verdadeiro autor do crime.

Tourinho Filho (2004) explica que a proibição das provas ilícitas ocorre justamente para poder resguardar os direitos do acusado, e que se essa prova é feita pelo próprio acusado na sua defesa, seria ilógico rechaçá-la:

Na verdade, se a proibição da admissão das provas ilícitas está no capítulo destinado aos direitos fundamentais do homem, parece claro que o princípio visa resguardar o réu. Sendo assim, se a prova obtida por meio ilícito é favorável à Defesa, seria um não-senso sua inadmissibilidade. É que nos pratos afilados da balança estão dois interesses em jogo: a liberdade e o direito de terceiro sacrificado, e entre os dois, obviamente, deve pesar o bem maior, no caso a liberdade, pelo menos como decorrência do princípio favor libertatis. (TOURINHO FILHO, 2004, p. 59)

Destarte, conforme aponta Ada Pellegrini Grinover (2003), quando um acusado pratica determinado ato ilícito para fazer sua defesa em um processo penal, para comprovar sua inocência, ele estaria amparado pela legítima defesa, motivo pelo qual seria errado avaliar essa prova como ilegal. Há doutrinadores que consideram a questão como estado de necessidade não legítima defesa, contudo em ambos os casos têm-se exclusão da ilicitude, motivo pelo qual a consequência seria a mesma: a utilização da prova no processo como válida e legal.

Agora, no que tange à admissibilidade das provas ilícitas a favor da sociedade e contra o réu, deve-se fazer os seguintes apontamentos: conforme aponta a melhor doutrina não existem direitos ou princípios fundamentais absolutos. Explica-se: os direitos fundamentais são aqueles previstos em determinada Carta Magna. Existem situações em que os direitos fundamentais irão colidir uns com os outros, devendo nesse caso o aplicador do direito decidir no caso concreto qual deles irá de sobrepor ao outro. Nas palavras de Alexy (1993, *apud* FARIAS, 2000, p. 30):

Os princípios possuem textura aberta, são mandados de otimização que exigem o cumprimento de algo da melhor maneira possível, logo não é identificável previamente a situação concreta que estarão sob sua égide. Tal característica faz com que não raramente estas normas entrem em colisão, todavia, os métodos clássicos de resolução de conflitos são inadequados, por não tratar, como no caso das regras, de validade ou invalidade, visto que, apenas princípios válidos podem colidir, sendo assim, não é declarando a invalidade de um princípio que será solucionado o conflito.

No caso da admissibilidade das provas ilícitas “pro societate” estar-se-ia ponderando a proporcionalidade entre os princípios constitucionais da inadmissibilidade da prova ilícita e da dignidade da pessoa humana vítima da lesão em concreto.

Hely Lopes Meirelles afirma que o princípio da proporcionalidade (1996, p. 96):

(...) pode ser chamado de princípio da proibição de excesso, que, em última análise, objetiva aferir a compatibilidade entre os meios e os fins, de modo a evitar restrições

desnecessárias ou abusivas por parte da administração pública, com lesão aos direitos fundamentais.

Seria, pois, a inadmissibilidade de provas ilícitas um direito absoluto, que em hipótese alguma poderia ser relativizado? Ou relativizá-lo a depender do caso concreto seria uma concretização da justiça? Frise-se que até mesmo o Supremo Tribunal Federal já se manifestou no sentido de inexistência de garantias constitucionais absolutas:

Não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, mesmo porque razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, desde que respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição (STF, MS n. 23.452/RJ, Plenário, Rel. Min. Celso de Mello, DJU 12/05/2000).

Já o doutrinador Pacelli (2006, p. 297) é contrário à admissibilidade de provas ilícitas no ordenamento jurídico:

Mais que uma afirmação de propósitos éticos no trato das questões do Direito, a aludida norma constitucional cumpre uma função ainda mais relevante, particularmente no que diz respeito ao processo penal, a saber: a vedação das provas ilícitas atua no controle da regularidade da atividade estatal persecutória, inibindo e desestimulando a adoção de práticas probatórias ilegais por parte de quem é o grande responsável pela sua produção. Nesse sentido, cumpre função eminentemente pedagógica, ao mesmo tempo que tutela determinados valores reconhecidos pela ordem jurídica.

De outro lado, Ada Pellegrini (2001, p.115) defende a teoria da proporcionalidade no que tange às provas ilícitas:

A teoria, hoje dominante, da inadmissibilidade processual das provas ilícitas, colhidas com infringência a princípios ou normas constitucionais, vem, porém, atenuada por outra tendência, que visa corrigir possíveis distorções a que a rigidez da exclusão poderia levar em casos de excepcional gravidade. Trata-se do denominado *verhältnismässigkeit prinzip* (sic), ou seja, de um critério de proporcionalidade, pelo qual os tribunais da então Alemanha Federal, sempre em caráter excepcional e em casos extremamente graves, têm admitido a prova ilícita, baseando-se no princípio do equilíbrio entre valores fundamentais contrastantes.

Nesse sentido é também o entendimento de Scarance Fernandes (2005, p.81), o qual defende a possibilidade da utilização da prova ilícita “pro societate”:

A proporcionalidade verificada entre duas normas constitucionais de natureza material: a proteção ao sigilo da correspondência, superada pela necessidade de ser preservada a segurança do presídio e a vida do juiz de direito, aqui, a prova obtida não será considerada ilícita e, por isso, não há afronta à regra de sua inadmissibilidade no processo. 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.

A respeito do posicionamento supracitado de Fernandes, Lima (2017, p.644) traz os seguintes dizeres:

Como a violação de correspondência é vedada pela Constituição Federal (art. 5º, XII), a aplicação rigorosa da norma constitucional impediria que pudessem ser usadas como prova as castas interceptadas, pois, sendo obtidas por meio ilícito consistente em afronta à referida vedação constitucional, não seriam admitidas em eventual processo criminal. Porém, a proteção à vida do juiz de direito e à segurança do presídio justificariam as violações das correspondências dos presos, sendo estranho afirmar depois a impossibilidade de utilizar as cartas como prova em juízo, porque obtidas por meios ilícitos.

Destarte, Camargo Aranha (1999) propõe uma teoria intermediária sobre a relativização da prova ilegal, denominando-a de teoria do interesse preponderante. Isto é, o aplicador do direito deve analisar o caso em tela e verificar qual direito é mais importante garantir: o do acusado ou o da sociedade, sempre levando em consideração a gravidade do crime e das circunstâncias fáticas. Frise-se que o Supremo Tribunal Federal já adotara entendimento semelhante, eis que decidiu limitar um direito fundamental (no caso a intimidade) em prol da sociedade, conforme segue colacionado abaixo:

A administração penitenciária, com fundamento em razões de segurança pública ou disciplina prisional, desde que respeitada a norma inscrita no art.41, parágrafo único, da Lei n. 7.210/84, pode proceder à interceptação da correspondência remetida pelos sentenciados, eis que a cláusula tutelar da inviolabilidade do sigilo epistolar não pode constituir instrumento de salvaguarda de prática ilícitas (STF, HC n. 70.814-5/SP, 1ª Turma, Rel. Min. Celso de Mello, DJU 24/01/1994).

Existem também julgados do Superior Tribunal de Justiça citando o caso da aplicação do princípio da proporcionalidade em matéria de prova ilícita:

"HABEAS CORPUS". ESCUTA TELEFONICA COM ORDEM JUDICIAL. Réu condenado por formação de quadrilha armada, que se acha cumprindo pena em penitenciária, não tem como invocar direitos fundamentais próprios do homem livre para trancar ação penal (corrupção ativa) ou destruir gravação feita pela polícia. O inciso LVI do art. 5º da Constituição, que fala que 'são inadmissíveis as provas obtidas por meios ilícito', não tem conotação absoluta. Há sempre um substrato ético a orientar o exegeta na busca de valores maiores na construção da sociedade. A própria Constituição Federal brasileira, que é dirigente e programática, oferece ao juiz, através da 'atualização constitucional' (verfassungssaktualisierung), base para o entendimento de que a cláusula constitucional invocada é relativa. A jurisprudência norteamericana, mencionada em precedente do Supremo Tribunal Federal, não é tranquila. Sempre é invocável o princípio da 'razoabilidade' (reasonableness). O 'princípio da exclusão das provas ilicitamente obtidas' (exclusionary rule) também lá pede temperamentos. Ordem denegada. (STJ, HC 3.982/RJ, relator Ministro Adhemar Maciel, publicação DJ 26/02/1996).

Capez (2009, p.261) também tem a mesma linha de raciocínio:

Entendemos que o princípio da proporcionalidade deve também ser admitido pro societate, pois o confronto que se estabelece não entre o direito ao sigilo, de um lado, e o direito da acusação à prova, do outro. Trata-se de algo mais profundo. Quando o conflito se estabelecer entre a garantia, o sigilo e a necessidade de se tutelar a vida, o

patrimônio e a segurança, bens também protegidos por nossa Constituição, o juiz, utilizando-se do seu alto poder de discricionariedade, deve sopesar e avaliar os valores contrastantes envolvidos.

Nesse sentido, o presente trabalho teve como obras principais basilares os seguintes livros: “Da prova no processo penal (1999)”, de Adalberto José Camargo Aranha; “As nulidades no processo penal (2001)” de Ada Pellegrini Grinover e Antônio Magalhães Gomes Filho e Antônio Scarance Fernandes; e “Curso de Processo Penal (2009)”, de Fernando Capez.

METODOLOGIA

O objetivo geral do presente artigo foi estudar acerca dos elementos probatórios, seus conceitos e sua aplicação no processo penal brasileiro, ressaltando os pontos de maior relevância, buscando analisar de forma clara e simples sua aplicação e serventia jurídica.

Entre os objetivos específicos estão o de analisar as provas ilegais, verificar a possibilidade de sua aplicação na área penal e as consequências jurídicas dessa sua utilização no âmbito processual penal, bem como ponderar sobre a relativização do princípio constitucional da inadmissibilidade das provas ilícitas.

A metodologia escolhida para tanto é a bibliográfica, usando-se o método dedutivo. A partir da escolha do tema procede-se a seleção do material relacionado ao assunto.

Nesse sentido, colheu-se o posicionamento doutrinário de diferentes estudiosos que já abordaram a temática em questão, selecionando sempre aqueles considerados mais renomados entre os doutrinadores nacionais e internacionais. Transcorridas essas etapas dispôs-se o conteúdo em tópicos para facilitar a compreensão, sendo observadas as normas da ABNT na redação final do estudo.

Por fim, avaliados todos os posicionamentos doutrinários e informações obtidas, foi possível aferir a importância da relativização do princípio da inadmissibilidade das provas ilícitas no processo penal, podendo propiciar assim a ponderação justa entre as garantidas constitucionais oferecidas aos indivíduos que estejam relacionadas ao tema.

RESULTADOS E DISCUSSÃO

Diante do exposto, percebe-se que são encontradas apenas algumas decisões isoladas cujo conteúdo é favorável à aplicação das provas ilícitas “pro societate”, com base no princípio da proporcionalidade, vez que, conforme explica Lima (2017, p.644):

Prevalece o entendimento de que admitir-se a possibilidade de o direito à prova prevalecer sobre as liberdades públicas, indiscriminadamente, é criar um perigoso precedente em detrimento da preservação de direitos e garantias individuais: não seria possível estabelecer-se qualquer vedação probatória, pois todas as provas, mesmo que ilícitas, poderiam ser admitidas no processo, em prol da busca da verdade e do combate à criminalidade, tornando letra morta o dispositivo no art. 5º, LVI, da Constituição Federal.

Em sentido contrário afirmam os doutrinadores Ada Pellegrini Grinover, Antonio Scarance Fernandes e Antonio Magalhães Gomes Filho (2001, p. 136):

A teoria, hoje dominante, da inadmissibilidade processual das provas ilícitas, colhidas com infringência a princípios ou normas constitucionais, vem, porém, atenuada por outra tendência, que visa corrigir possíveis distorções que a rigidez da exclusão poderia levar em casos de excepcional gravidade. Trata-se do denominado Verhältnismässigkeitsprinzip, ou seja, de um critério de proporcionalidade, pelo qual os tribunais da então Alemanha Federal, sempre em caráter excepcional e em casos extremamente graves, têm admitido à prova ilícita, baseando-se no princípio do equilíbrio entre valores fundamentais contrastantes.

Conforme os entendimentos mencionados, aparenta ser mais plausível o meio-termo adotado por Maximiliano Amaral de Souza Arruda, o qual admite que, em determinados casos, de forma excepcional, seja admitida a utilização das provas ilícitas, sendo que o aplicador do direito deve estabelecer os parâmetros e proporcionalidades para tanto. Em suas palavras:

Na seara da do interesse da sociedade em ver a aplicação da lei penal àqueles que violam bens jurídicos de maior relevância tutelados, o tema das provas ilícitas assume maior relevância. Se por um lado temos a garantia concedida ao cidadão contra os abusos cometidos pelo Estado, de outro lado temos o interesse coletivo à proteção dos bens jurídicos tutelados pela legislação penal pátria, bem como o próprio jus puniendi do Estado Soberano de Direito. Não se pode olvidar que a proibição do uso das provas obtidas por meios ilícitos na esfera do processo penal deve ser acolhida pelo legislador como regra, não absoluta. É irrefragável que o fenômeno da utilização de provas ilícitas “pro societate” deve ser exceção (ARRUDA, 2010, NP).

Percebe-se, pois, que não há consenso nem na doutrina e nem já jurisprudência a respeito do tema. Isso porque o assunto em tela ainda é novo na realidade jurídica brasileira, e não há estudos relacionados à estatísticas de aplicação do princípio da ponderação e as provas ilícitas, pois o entendimento majoritário hodierno é em relação à sua inadmissibilidade, e os julgados encontrados em sentido contrário são poucos, considerados pelos doutrinadores posicionamentos isolados.

Nas pesquisas realizadas não foi possível encontrar sequer uma centena de julgados brasileiros favoráveis à prova ilícita “pro societate”, de modo que a quantidade daqueles que

admitem a utilização da prova ilícita é insignificante levando em consideração todas as decisões judiciais no ordenamento jurídico brasileiro, e sequer é considerada nas pesquisas jurídicas atuais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme os entendimentos abordados no que tange à flexibilização de normas constitucionais, fica claro que são necessárias ponderações entre princípios e fundamentos magnos, a fim de que o próprio ordenamento jurídico possa conviver harmoniosamente. É o que defendem constitucionalistas renomados, de acordo com o exposto nesse artigo.

Sobre o assunto existe uma grande controvérsia na doutrina e jurisprudência em relação à possibilidade, em casos excepcionais, de utilização de provas ilícitas.

A fim de que se possa aceitar no processo penal uma prova obtida por meios ilícitos seria necessário, conforme defendem os doutrinadores, a utilização do princípio da proporcionalidade; ou seja, somente poderiam ser aceitas provas ilegais em situações excepcionalmente graves, levando em consideração o crime praticado e a lesão ao bem jurídico sofrido pela vítima.

Explicou-se que a questão das provas ilícitas deve ser interpretada de forma ampla, abrangendo as ilegais e as ilegítimas, aquelas que desrespeitam o direito material e o direito processual penal. Em ambos os casos a legislação pátria adota como consequência a inutilização da prova, conforme dispõe o Código de Processo Penal, o qual aduz em seu artigo 157 que as provas ilícitas devem ser desentranhadas do processo, não podendo ser levadas em consideração pelo magistrado quando do julgamento.

Sobre a aceitação de provas ilícitas, existem duas hipóteses: a prova ilícita “pro reo” e a prova ilícita “pro societate”.

Nesse aspecto a doutrina e jurisprudência são uníssonas no sentido de aceitar a prova ilícita favorável ao réu, isso porque justifica que a vedação desse tipo de prova seria justamente para proteger o réu da grandiosidade do Estado enquanto órgão acusador e julgador. Como a prova seria utilizada pelo próprio réu, considerada a parte mais fraca na persecução penal, não vislumbram nenhuma ilegalidade na sua utilização.

Contudo, no que tange à admissibilidade da prova ilícita “pro societate” existem fortes controvérsias, a doutrina se divide: parte admite sua utilização de forma excepcional, ponderando os direitos no caso em concreto, e outra parte aduz ser impossível qualquer

flexibilização em relação à aceitação da prova ilícita, pois seria uma afronta à Constituição Federal.

É sabido que a República Federativa do Brasil nem sempre alcançou um bom resultado na repressão e punição de condutas criminosas. Ademais, atualmente, por conta da Carta Magna extremamente garantista e dos aplicadores do direito demasiadamente positivistas; aqueles que infringem as leis não possuem mais receio de sofrer a repressão estatal, eis que acreditam que o sistema processual penal é arcaico e demasiadamente brando e demorando quando da aplicação de punições.

Nesse ínterim, a utilização da prova ilícita “pro societate” mostra-se eficaz quando aplicada em casos de excepcional gravidade, uma vez que se deve também levar em consideração a dignidade da pessoa humana das vítimas que tiveram seus direitos lesionados e ainda observar o poder-dever punitivo estatal.

Os doutrinadores e juristas defensores da inadmissibilidade absoluta da prova ilícita defendem que tal proibição é necessária porque age como controle da regularidade da persecução penal, pois dessa forma não estimula a produção de provas ilegais a qualquer custo.

Entretanto, parece ser um entendimento muito engessado, pois como a sociedade vai evoluindo e a própria criminalidade vai se especializando, necessário é também manter essa atualização na legislação e jurisprudência, aplicando a os princípios da ponderação e da proporcionalidade, analisando cada caso em concreto para saber quando determinada prova ilícita poderia ser utilizada em favor da sociedade e em quais casos isso seria uma afronta à Constituição.

Contudo, por ser um tema novo na doutrina e jurisprudência, os casos de julgados em que se admitiu a utilização de provas ilícitas “pro societate” são insignificantes, ocorrendo apenas em alguns julgados isolados e não são sequer levados em conta em pesquisas jurídicas de estatísticas realizadas pelos Tribunais e órgãos estatais responsáveis pelo assunto.

REFERÊNCIAS:

ARRUDA, Maximiliano Amaral de Souza. **A possibilidade de utilização de prova ilícita pro societate no âmbito do processo penal.** 2010. Disponível em: <<http://www.ubm.br/revistas/direito/pdf/f10141087d65be748ecfc12a9f91ee71.pdf>>. Acesso em 14 jan. 2018.

BARBOSA, José Olindo Gil. **As provas ilícitas no processo brasileiro**. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1060, 2006. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/8417>>. Acesso em: 15 jan. 2018.

BARROSO, Luís Roberto. **A viagem redonda: habeas data, direitos constitucionais e as provas ilícitas**. 1998. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/47206/45406>> Acesso em 16 jan. 2018.

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

CAMARGO ARANHA, Adalberto José. **Da prova no processo penal**, 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

CARVALHO, Luís Gustavo Grandinetti Castanho de. **Processo penal e Constituição: princípios constitucionais do processo penal**. 3. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2004.

D'URSO, Flávia. **Princípio constitucional da proporcionalidade no processo penal**. São Paulo: Atlas, 2007.

FARIAS, Edílson Pereira de. **Colisão de Direitos: A honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação**. 2º. ed. Porto Alegre: PC Editorial Ltda, 2000.

FERNANDES, Antonio Scarance, **Processo penal constitucional**, 4 ed., São Paulo: RT, 2005.

FILHO, Fernando da Costa Tourinho. **Processo Penal**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. SCARANCE, Fernandes, Antônio. **As nulidades do processo penal**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2003.

_____. **As nulidades no Processo Penal**. 7 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal: volume único**. 5 ed. Salvador: Bahia, 2017.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 21 ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 17. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo e execução penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 8. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

SARMENTO, Daniel. Livres e Iguais: **Estudos de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios Básicos do Direito Penal**, São Paulo: Saraiva p.80. In Fernando Galvão e Rogério Greco. Belo Horizonte: Mandamentos. 1999.