

PROVA ILÍCITA NO PROCESSO PENAL E A SUA APLICAÇÃO PRO SOCIETATE

ILLEGAL PROOF IN THE CRIMINAL PROCEEDINGS AND ITS APPLICATION PRO SOCIETATE

REIS, Mékia Lara da Silva¹

PEREIRA, Jacó Santos²

RESUMO

O uso das provas ilícitas no processo penal tem sido uma questão bastante discutida e palco de inúmeros debates, tanto doutrinários quanto jurisprudenciais. A realidade social bem como a evolução dos problemas penais faz com que seja necessário excepcionar, em algumas ocasiões, a norma constante no art. 5º, inciso LVI juntamente com a previsão do art. 157, § 1º do Código de Processo Penal. Essa previsão se dá quando não há outra maneira de chegar à verdade real dos fatos ou quando o bem social está em jogo. Em contrapartida, diversos estudiosos entendem ser inadmissível a utilização de provas obtidas por meio ilegal na persecução penal seja qual for a fundamentação. Desta forma pretende-se por meio de uma Revisão Bibliográfica comparar as opiniões aqui referidas utilizando-se de uma pesquisa jurisprudencial e doutrinária e de que maneira isso está afetando as ações penais.

Palavras-chave: Provas ilícitas. Pró societate. Processo penal.

ABSTRACT

The use of unlawful evidence in criminal proceedings has been a highly debated issue and is the scene of numerous debates, both doctrinal and jurisprudential. The social reality as well as the evolution of the penal problems makes it necessary to exclude, in some occasions, the norm contained in art. 5, item LVI together with the forecast of art. 157, § 1 of the Code of Criminal Procedure. This prediction comes when there is no other way to arrive at the real truth of the facts or when the social good is at stake. On the other hand, several scholars consider that it is inadmissible

¹ Aluno do Curso de Soldado do Comando da Academia da Polícia Militar de Goiás – CAPM, mekia_lara@hotmail.com; Luziânia-GO, Fevereiro de 2018.

² Professor orientador: Especialista em Direito Constitucional pelo Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP, Professor do Programa de Pós-Graduação e Extensão do Comando da Academia da Polícia Militar de Goiás – CAPM, jaco.santospereira@gmail.com, Luziânia-GO, Fevereiro de 2018.

to use evidence that has been illegally obtained in criminal prosecution, whatever the grounds. In this way we intend to compare the opinions referred to here through a jurisprudential and doctrinal research and in what way this is affecting the criminal actions.

Keywords: Illicit evidence. Pro societate. Criminal proceeding

1 INTRODUÇÃO

O trabalho em questão tem como objetivo mostrar a possibilidade da utilização de provas ilícitas pro societate nas ações penais, utilizando-se de uma análise minuciosa de princípios em conflito, objetivando sempre o que for benéfico para a sociedade.

Para alcançar tal objetivo, alguns pontos primordiais foram aprofundados, como o conceito de prova e seus meios de obtenção, princípios fundamentais Constitucionais, princípios utilizados no direito processual penal, utilização de provas lícitas e ilícitas no processo penal e a possível consideração de provas ilícitas pro societate nas ações penais.

Fala-se em “possível consideração” uma vez que, de acordo com a Constituição Federal (art. 5º, inciso LVI) juntamente com a previsão do Código de Processo Penal (art. 157, § 1º), o uso de provas ilícitas para instruir processo penal é estritamente proibido.

Há no arcabouço doutrinário brasileiro doutrinadores que, de forma excepcional, defendem a utilização de provas obtidas por meios ilícitos em favor do réu devido à vulnerabilidade do indivíduo acusado dentro do processo. Em contrapartida, há doutrinadores que defendem também a utilização de provas ilícitas quando não há outra maneira de chegar a verdade real dos fatos quando o bem social está em jogo.

Desta forma, o objetivo principal desta pesquisa é resguardar o direito do emprego de provas ilícitas pró societate no processo penal, utilizando-se do magistério dos mais diversos doutrinadores e jurisprudência acerca do tema.

Quanto à estrutura, na primeira parte da revisão de literatura foi estudado a teoria geral da prova, seus conceitos e definições afim de possibilitar uma melhor compreensão acerca do tema, partindo das premissas básicas como princípios constitucional e processual penal, definindo-os e introduzindo-os na questão

processual em discussão, até adentrar a temas mais complexos. Na segunda parte da referida revisão, abordaram-se os meios de obtenção das provas juntamente com a possibilidade da utilização das provas ilícitas em favor da sociedade, uma vez que os direitos fundamentais individuais do réu não deve se sobressair ao direito da sociedade.

Com o referido trabalho, buscou-se de forma sucinta e direta descrever a variável constante no entendimento acerca da utilização das provas ilícitas, através de uma revisão bibliográfica, fontes secundárias de pesquisa, qual sejam obras bibliográficas doutrinárias pesquisas em sites correlacionados, teses, artigos e jurisprudência, utilizando de tais elementos de informação para fragmentar o tema e chegar ao objetivo esperado de resguardar o direito a utilização de provas ilícitas pró societate.

O que motivou a realização desse trabalho foi a tentativa de demonstrar o quanto o uso correto das provas consideradas ilícitas em benefício da sociedade pode ajudar a solucionar crimes subversivos, bem como aperfeiçoar o trabalho Policial, uma vez que para encarcerar criminosos mais astutos, bem como solucionar crimes mais elaborados os agentes de segurança pública possuem muitas vezes, como único meio de elucidação, diligências consideradas ilícitas ou meios considerados ilegais.

Desta forma, com base no princípio da proporcionalidade, o magistrado na instrução probatória, deve analisar critérios legais sobressalente do bem social em desfavor de direitos individuais.

2 REVISÃO DE LITERATURA

2.1 PROVAS E ELEMENTOS DE INFORMAÇÃO: DEFINIÇÕES E PONTOS DE CONTATO

Ao falar de provas ilícitas e seu possível uso no processo penal faz-se necessário pontuar e dissertar sobre a teoria da geral da prova e conseqüentemente seus meios de obtenção.

Para o professor Renato Brasileiro de Lima (2017), a prova consiste em um conjunto de atividades de verificação e demonstração ao qual se procura chegar à verdade de determinados fatos que sejam relevantes para resolução de uma ação penal. Para ele, identifica-se o conceito de prova com a produção dos meios e atos praticados dentro de um processo com o objetivo de convencer o juiz sobre a veracidade de uma alegação.

Já Guilherme Souza Nucci (2011) trás prova como sendo a “demonstração lógica da realidade, no processo, por meio dos instrumentos legalmente previstos, buscando gerar, no espírito do julgador, a certeza em relação aos fatos alegados e, por consequência, gerando a convicção objetivada para o deslinde da demanda”.

De uma forma mais sucinta, Pedro Lenza (2013) conceitua prova como sendo o “elemento que autoriza a conclusão acerca da veracidade de um fato ou circunstância”.

Sendo assim, provar é conseguir construir uma verdade material sobre determinado fato, e essa construção de “verdade material” se faz por meio das provas que são usadas dentro de um processo a fim de convencer o magistrado das alegações.

Neste contexto, deve-se utilizar o termo “prova” apenas quando for se referir aos elementos de informação produzidos dentro do processo, no curso de uma ação judicial, dando a devida oportunidade das partes utilizarem do seu direito de contraditório e ampla defesa. Ficando passível de nulidade absoluta do processo em caso de inobservância de tais princípios em todos os momentos da ação.

Já o termo “elemento de informação” deve ser utilizado na fase anterior à do processo, ou seja, na fase do inquérito policial, momento em que serão colhidos os componentes necessários para a instrução do processo sem que haja a necessidade de observância do contraditório e ampla defesa, na dicção do inciso LV, art. 5º, da Constituição Federal.

2.2 MEIOS DE OBTENÇÃO DE PROVAS: PROVAS LÍCITAS E ILÍCITAS

Podem-se classificar os meios de obtenção de provas em lícitas e ilícitas. Provas lícitas são aquelas que estão em consonância com o ordenamento

jurídico vigente, já a segunda são aquelas provas obtidas ferindo algum preceito constitucional.

O art. 5º LVI da Constituição Federal de 1988 preconiza que “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”. Da mesma forma o art. 157 do Código de Processo Penal em conformidade com a CF diz que são “inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais”.

Sobre o assunto, Luiz Francisco Torquato (2010) ressaltou que há uma disparidade entre provas ilícitas e provas ilegítimas. Para ele, toda prova que esteja ofendendo um preceito de direito processual é encarada como ilegítima e toda prova adquirida por meio ilícito, ou seja, que foi colhida com infração à norma ou princípios de direito material, especialmente constitucionais é encarada como prova ilícita.

Pode-se falar ainda em provas ilícitas por derivação, que são aquelas obtidas através de uma diligência inicial em discordância com o ordenamento jurídico, tornando a prova derivada automaticamente ilegal.

Tal impedimento também está fundamentado no art. 157, § 1º do Código de Processo Penal que ensina que “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”.

2.3 A PROVA ILÍCITA E A POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO NO PROCESSO PENAL

Após uma breve introdução jurídica acerca da teoria geral da prova e a clara proibição legal acerca da utilização de provas adquiridas por meios ilícitos na ação penal, ressalta-se que a doutrina é pacífica quanto ao entendimento de que é possível a utilização de provas ilícitas pro réu, ou seja, quando devidamente necessário para provar algo em benefício do réu.

Contudo, há uma enorme divergência jurisprudencial e doutrinária acerca da utilização da prova ilícita pro societate, ou seja, em benefício da sociedade.

Segundo Renato Brasileiro, o professor Barbosa Moreira ensina que a aplicação da proporcionalidade em favor da sociedade para se utilizar das provas ilícitas é possível, por exemplo, nos casos de crime organizado, quando essa organização é considerada superior do que às Polícias e o Ministério Público. Logo a utilização das provas ilícitas seria um meio de garantir que o princípio da isonomia e da igualdade substancial na persecução criminal. (LIMA, Renato Brasileiro. 2013).

O Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Habeas Corpus 3982, usou o princípio da proporcionalidade para fundamentar a possível uso de provas ilícitas pro societate.

Constitucional e processo penal. Habeas corpus. Escuta telefônica 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 meio 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' (Verfassungsa ktuali sierung), 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.

No mesmo sentido, se uma prova ilícita ou ilegítima for indispensável para esquivar-se de uma condenação injusta, certamente deverá ser aceita, flexibilizando-se a oposição dos incisos X e XII do art. 5º da Constituição Federal.

O consentimento na utilização do princípio da proporcionalidade em benefício do réu é praticamente unânime na doutrina, contudo deve-se admitir a utilização deste mesmo princípio em benefício da sociedade, pois de acordo com Fernando Capez, o conflito que se estabelece não é entre o direito ao sigilo, de um lado, e o direito da acusação à prova, do outro. Trata-se de algo mais complexo. A acusação visa resguardar valores fundamentais para a coletividade, tutelados pela norma penal.

Dentro destes entendimentos pode-se observar que na atual conjuntura brasileira, não há o que se falar em direitos fundamentais absolutos, valendo-se o magistrado, de acordo com o caso concreto, da discricionariedade na utilização de provas ilícitas pro societate, quando se deparar com situações excepcionais onde os

direitos e garantias individuais não devam prevalecer sobre a ordem pública benéfica à sociedade.

3 RESULTADO E DISCUSSÃO

Partindo de tudo que foi apresentado até o momento observa-se que assim como diversos temas jurídicos, o uso de provas ilícitas no processo penal ainda é um assunto polêmico e passível de diversas discussões e questionamentos quanto à sua legalidade.

Ao observar o que a doutrina atual pensa sobre o assunto, nota-se que houve uma inovação quanto ao modo de interpretar as normas quanto ao assunto apresentado. Isso se deve à chamada Hermenêutica Jurídica, que é um ramo da hermenêutica voltada à interpretação de normas jurídicas, oferecendo métodos lógicos para sua compreensão aplicação.

Dentre os diversos tipos de interpretação da norma, o método utilizado por diversos pensadores para inovar seu modo de pensar acerca do assunto certamente refere-se à interpretação histórica evolutiva, que faz com que a interpretação da norma seja feita conforme as necessidades sociais do momento.

Faz-se necessário salientar, que o Brasil de hoje não é o mesmo de anos atrás, e que sua realidade social, bem como seus problemas penais evoluíram, e como não podia ser diferente, o modo de aplicar e interpretar o ordenamento também.

Dentro desse contexto, varias operações policiais são derrubadas na justiça por usarem provas ilícitas. O Ministério Público Federal apresentou em 2015 um projeto de lei que visa modificar o Código de Processo Penal para que mesmo provas ilícitas possam ser usadas nos processos quando “os benefícios decorrentes do aproveitamento forem maiores do que o potencial efeito preventivo”

O Subprocurador-geral da República à época Nicolao Dino Neto, afirma que “é preciso fazer uma ponderação de interesses e verificar em que medida a eventual irregularidade na produção da prova pode indicar prejuízo à parte. Se não houver algo que evidencie prejuízo à defesa, nada justifica a exclusão dessa prova”.

Já o Criminalista Celso Vilardi, ao se posicionar sobre o projeto diz que “A proposta é lamentável, para dizer o mínimo. Esbarra na Constituição Federal e, por isso mesmo, surpreende que seja feita pelo MPF, que, muito além de ser parte no processo penal, é — ou deveria ser — fiscal da lei.”.

Pode-se observar a convergência de opiniões que paira sobre os estudiosos acerca do assunto, cada uma com suas peculiaridades e verdades, porem nenhuma verdadeira absoluta, devendo ser verificado cada caso concreto na eventual utilização de provas ilícitas no processo, principalmente no que se refere à elucidação de crimes cuja resolução é de extrema relevância social.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O referido trabalho teve como objetivo o estudo acerca do uso das provas ilícitas no processo penal brasileiro. Primeiramente trouxe em seu conteúdo conceitos acerca do significado de provas, provas ilícitas, fundamentação jurídica e classificação dos tipos e meios de provas.

Provas ilícitas são todas aquelas obtidas em descumprimento a preceitos legais, ou seja, toda prova obtida ilegalmente a princípio deve ser desentranhada do processo. Ocorre que essa afirmação não é absoluta e admite exceção quando direitos e garantias individuais colidem com outros princípios do ordenamento, como por exemplo, quando a prova ilícita for o único meio de provar a inocência de alguém ou até mesmo de provar a culpabilidade de outrem em alguns crimes mais graves.

Desta forma, há a necessidade do uso do princípio da proporcionalidade a fim de resolver esse conflito. Alguns doutrinadores seguem a risca o que está expresso na CF, e não aceitam de nenhuma maneira exceções acerca da prova ilícita. Já outros defendem o uso das provas ilícitas quando forem demasiadamente importantes para a elucidação dos fatos.

Por fim, diante de todo o conteúdo apresentado pode-se afirmar que apesar dos prós e contras e da jurisprudência já ter entendido sobre, afim de admitir tal uso, o uso de provas ilícitas pró societate ainda é pouco aceito pelos doutrinadores, porém já fundamenta diversas decisões nos tribunais do Brasil.

REFERÊNCIAS

AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas ilícitas: interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus 3982**. Min. Adhemar Maciel, Rio de Janeiro. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num_registro=199500628716&dt_publicacao=27-05-1996&cod_tipo_documento> Acesso em: 18 de fevereiro de 2018.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 2006.

<https://www.conjur.com.br/2015-mar-20/mpf-propoe-mudanca-prova-ilicita-seja-aceita-justica>

LIMA, Renato Brasileiro de. **Curso de processo penal**. Niterói: Impetus, 2013.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**. Salvador: Ed. JusPodium, 2017.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Provas no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

REIS, Alexandre Cebrian Araújo. **Direito processual penal esquematizado**. Alexandre Cebrian Araújo Reis e Victor Eduardo Rios Gonçalves ; coordenador Pedro Lenza. São Paulo : Saraiva, 2013.

Vade Mecum Saraiva/ Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Lívia Céspedes e Fabiana Dias da Rocha. –ed.atual. e ampl.-São Paulo : Saraiva Educação, 2018.