

AS PROVAS ILÍCITAS E O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

ILLICIT EVIDENCE AND THE PRINCIPLE OF PROPORTIONALITY

Cristina Ferreira Rodrigues Jardim¹; Juliana Mendes Gonçalves²

RESUMO

O presente artigo tem como objetivo discorrer sobre a inadmissibilidade das provas ilícitas no âmbito jurídico e processual e sua possível mitigação pelo princípio da proporcionalidade. Ao considerar a nação brasileira como um Estado Democrático de Direito, será analisada a limitação da busca da verdade pela proibição da utilização das provas ilícitas, expressa na Constituição Federal e no Código de Processo Penal. Em seguida, discute-se o princípio da proporcionalidade ou harmonização e o fundamento de que nenhuma garantia constitucional possui valor absoluto a ponto de invalidar outra de igual importância, tornando possível a utilização da prova obtida ilicitamente, sempre em caráter excepcional, tanto *pro reu* quanto *pro societate*.

Palavras-chave: Processo penal. Provas. Provas ilícitas. Princípios da proporcionalidade.

ABSTRACT

This article aims to discuss the inadmissibility of illegal evidence in the legal and procedural framework and its possible mitigation of the principle of proportionality. When considering the Brazilian nation as a democratic state of law, will be considered to limit the search for truth that the use of illegal evidence, expressed in the Constitution and the Code of Criminal Procedure. Then discusses the principle of proportionality or harmonization and the grounds that no constitutional guarantee has absolute value to vitiate another equally important, making possible the use of evidence obtained unlawfully, always exceptionally, both *pro reu* and *pro societate*.

Keywords: Criminal proceedings. Evidences. Illegal evidence. Principles of proportionality.

¹ Bacharelanda do 6º período do Curso de Direito da Universidade José do Rosário Vellano – UNIFENAS. Endereço eletrônico: crisesd81@yahoo.com.br.

² Bacharelanda do 6º período do Curso de Direito da Universidade José do Rosário Vellano – UNIFENAS. Endereço eletrônico: julyy_gon@hotmail.com.

1 INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 veda expressamente a utilização das provas ilícitas no processo penal, conforme redação do art. 5º, LVI: “são inadmissíveis no processo as provas obtidas por meios ilícitos”. Trata-se de uma garantia processual, derivada do princípio do devido processo legal, inserida no Código de Processo Penal pela Lei 11.690/2008, que alterou a redação do art. 157: “são inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais”.

Fernando Capez (2010) salienta que o devido processo legal é uma garantia advinda da Constituição Federal de 1988 que consagrou o Brasil como um Estado Democrático de Direito e estabeleceu uma série de direitos fundamentais a todos os cidadãos, inclusive os indiciados ou acusados de um crime/delito.

No entanto, é importante investigar como proceder quando a inadmissibilidade das provas ilícitas colidir com outras garantias fundamentais de importância equivalente. Nesse sentido o presente trabalho busca investigar a possibilidade da mitigação da proibição das provas ilícitas por meio da aplicação do princípio da proporcionalidade, a fim de evitar decisões injustas pelos órgãos julgadores.

Num primeiro momento será abordada a definição de provas, sua função e importância para o processo penal, para em seguida discutir sobre as provas ilícitas e seus requisitos de validade no ordenamento jurídico formal e material.

Por fim, examinou-se a utilização do princípio da proporcionalidade com relação às provas obtidas por meios ilícitos e sua aplicação *pro reo* e *pro societate*, no ordenamento jurídico nacional.

2 A PROVA NO PROCESSO PENAL

O vocábulo prova deriva do latim *probatio*, que significa exame, verificação, confirmação. Capez (2010) afirma que a prova é o tema mais importante da ciência

processual, uma vez que constitui a base sobre a qual o processo penal se desenvolve.

Pode-se conceituar prova como todo e qualquer elemento utilizado para confirmar a existência de um fato pretérito, imprescindível para o deslinde da controvérsia penal. Sua finalidade no processo penal é convencer o juiz, uma vez que permite ao magistrado concluir sobre a veracidade de um fato de forma lógica.

O objetivo da finalidade probatória é convencer o seu destinatário: o juiz. Na medida em que não presenciou o fato que é submetido à sua apreciação, é por meio das provas que o juiz poderá reconstruir o momento histórico em questão, para decidir se a infração, de fato, ocorreu e se o réu foi seu autor. (REIS; GONÇALVES, 2015, p. 251)

(...) é o conjunto de atos praticados pelas partes, pelo juiz (CPP, arts, 156, 2ª parte, 209 e 234) e por terceiros (p. ex. peritos), destinados a levar ao magistrado a convicção acerca da existência ou inexistência de um fato, da falsidade ou veracidade de uma afirmação. Trata-se, portanto, de todo e qualquer meio de percepção empregado pelo homem com a finalidade de comprovar a verdade de uma alegação. (CAPEZ, 2010, p. 260)

Resta claro que as provas são imprescindíveis para o processo penal, entretanto, é importante explanar sobre as provas que podem ser anexadas aos autos do processo. É lícito às partes utilizar qualquer meio para comprovar a veracidade de um fato ou há um limite legal para a produção das provas?

O doutrinador Fernando Capez elucida que a Constituição Federal de 1988 (CF/88) consagrou o Brasil como um Estado Democrático de Direito, o que pressupõe uma série de direitos fundamentais a todos os cidadãos, inclusive os indiciados ou acusados de um crime/delito. Por isso, o processo penal deve seguir as normas do devido processo legal, que estabelece, dentre outros preceitos a proibição de provas ilícitas.

LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos;

A Lei 11.690/2008 alterou a redação do art. 157 do Código de Processo Penal (CPP) inserindo a vedação das provas ilícitas expressamente na legislação processual:

“São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais”.

Sobre a licitude das provas no processo penal Capez (2010, p. 260) esclarece “sem provas idôneas e válidas, de nada adianta desenvolverem-se aprofundados debates doutrinários e variadas vertentes jurisprudenciais sobre temas jurídicos, pois a discussão não terá objeto”. A proibição das provas ilícitas constitui uma limitação ao direito à produção das provas ao estabelecer um limite à investigação processual em respeito aos direitos individuais dos cidadãos.

3 DA PROVA ILÍCITA

A proibição de provas ilícitas é um direito fundamental de todo acusado, derivado do devido processo legal. Conforme previsto na CF/88, art. 5º, LVI, são inadmissíveis as provas adquiridas através de meios ilícitos no processo. Segundo entendimento doutrinário, são consideradas ilícitas as provas contrárias aos requisitos de validade do ordenamento jurídico, sejam estes formais ou materiais. Capez (2010, p. 262) utiliza as expressões prova proibida, defesa ou vedada, “entendendo-se como tal toda aquela que não pode ser admitida nem valorada no processo”.

[...] a ilicitude será formal quando a prova em seu momento introdutório for produzida de um procedimento ilegítimo, mesmo sua origem sendo lícita, já a ilicitude material é aquela praticada de atos violando um direito, para conseguir dados probatórios, o autor utiliza a expressão ato antagônico ao direito. (BULOS *apud* CAPEZ 2009, p. 300).

Badaró (2016) evidencia que a doutrina nacional adota a distinção apresentada por Ada Pellegrini Grinover, segundo a qual as provas contrárias à lei se enquadram no gênero provas ilegais, subdividido em duas espécies, provas ilícitas e provas ilegítimas.

Provas ilícitas são aquelas produzidas com violação a regras de direito material ou normas constitucionais. Como exemplo Capez (2010) refere-se às provas produzidas mediante a prática de crime ou contravenção, provas obtidas com violação do domicílio, confissão mediante tortura ou por meio de interceptação ilegal de comunicação.

Provas ilegítimas constituem afronta a regras de direito processual. Capez (2010) cita exemplos como depoimento de testemunha obrigada a guardar segredo por sigilo funcional (CPP, art. 207) e prova produzida em substituição a exame de corpo de delito quando o crime deixa vestígios (CPP, art. 158).

3.1 A prova ilícita por derivação

De acordo com AReis e Gonçalves (2015, p. 266), considera-se prova ilícita por derivação aquela lícita em si mesma, mas que foi obtida por meios ilícitos. Conforme entendimento jurisprudencial “provas obtidas por meio ilícito contaminam as provas ulteriores que, embora produzidas licitamente, tenham se originado das primeiras”.

Os autores elucidam que antes da inserção do tema prova ilícita por derivação no ordenamento jurídico brasileiro, o Supremo Tribunal Federal já havia adotado a *teoria dos frutos da árvore envenenada* do direito norte-americano (*fruits of poisonous tree doctrine*) reconhecendo a inaplicabilidade da prova em si mesma lícita, mas cuja aquisição tenha sido obtida por derivação de ação ilícita.

Nota-se que, a *teoria dos frutos da árvore envenenada* remete com clareza a ideia de prova ilícita, ora se a árvore está envenenada obviamente os frutos advindos dela, também o serão. A título de exemplo Reis e Gonçalves (2015) mencionam a confissão de crime mediante tortura, a apreensão de substâncias entorpecentes em residência vistoriada sem autorização judicial.

Provas ilícitas por derivação são aquelas lícitas em si mesmas, mas produzidas a partir de outra ilegalmente obtida. É o caso da confissão extorquida mediante tortura, que venha a fornecer informações corretas a respeito do lugar onde se encontra o produto do crime, propiciando a sua regular apreensão. Esta última prova, a despeito de ser regular, estaria contaminada pelo vício na origem. (CAPEZ, 2009, p. 301 e 302).

As provas ilícitas por derivação estão previstas no art. 157, § 1º, primeira parte do CPP, que prevê duas exceções: quando a evidência for obtida por meio de fonte independente e quando “por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação e instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova (art. 157, § 2º)”

§ 1o 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.

§ 2o 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.

4 O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE QUANDO DA ANÁLISE DAS PROVAS ILÍCITAS

Diante do exposto, num primeiro momento, parece impossível a utilização de uma prova ilícita no processo penal, sobretudo por se tratar de uma garantia fundamental expressa na CF/88. Entretanto, a impossibilidade do emprego das provas ilícitas não tem caráter absoluto em face do princípio da proporcionalidade. Sobre a temática da relativização dos direitos fundamentais já se manifestou o Supremo tribunal Federal:

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.

O estatuto constitucional das liberdades públicas, ao delinear o regime jurídico a que estas estão sujeitas - e considerado o substrato ético que as informa - permite que sobre elas incidam limitações de ordem jurídica, destinadas, de um lado, a proteger a integridade do interesse social e, de outro, a assegurar a coexistência harmoniosa das liberdades, pois nenhum direito ou garantia pode ser exercido em detrimento da ordem pública ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros. (STF, MS n. 23.452/RJ, Plenário, Rel. Min. Celso de Mello, DJU 12/05/2000).

O princípio da proporcionalidade visa assegurar o equilíbrio entre os direitos individuais e os anseios da sociedade. Conforme Capez (2010, p. 280), “segundo esse princípio, largamente adotado na jurisprudência alemã do pós-guerra, nenhuma garantia constitucional tem valor supremo e absoluto, de modo a aniquilar outra de equivalente importância”. Ou seja, em situações de conflito entre princípios deve-se verificar qual norma deverá ser aplicada no caso concreto. Ada Pellegrini e outros (2011, p. 115) também se posicionaram sobre o assunto:

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.

Diego da Silva Ramos (2011) afirma ainda que o princípio da proporcionalidade constitui um importante meio de proteção dos direitos e liberdades individuais em face de eventual arbítrio do poder estatal. No mesmo sentido, Reis e Gonçalves (2015) salientam que a doutrina tem adotado o princípio da proporcionalidade nos casos em que a vedação da prova ilícita se confronta com outra norma constitucional, verificando, no caso concreto, qual dos bens jurídicos deve ser sacrificado em detrimento do outro.

4.1 O princípio da proporcionalidade *pro reu*

De acordo com Capez (2010) a aceitação do princípio da proporcionalidade *pro reu* é pacífica na doutrina, uma vez que a vedação das provas ilícitas não pode ser utilizada como medida de proteção a condenações injustas.

Entre aceitar uma prova vedada, a qual se apresenta como único meio de comprovar a inocência de um acusado, e permitir que alguém, sem qualquer responsabilidade pelo ato imputado, seja privado injustamente de sua liberdade, a primeira opção, sem dúvida, a mais consentânea com o Estado Democrático de Direito e a proteção da dignidade humana. (CAPEZ, 2010, p. 281).

Reis e Gonçalves (2015, p. 269) ao discorrer sobre o assunto afirmam que, “ao optar pela prevalência do direito à liberdade do indivíduo na hipótese em que a única prova capaz de gerar a absolvição tenha sido obtida por meio de uma ilicitude de menor monta”, deve prevalecer o princípio da ampla defesa em detrimento ao princípio da vedação das provas ilícitas.

No exemplo acima, Reis e Gonçalves (2015) apresentam um caso em que a proibição da prova ilícita é mitigada ao se confrontar com o princípio constitucional da ampla defesa, uma vez que, sendo a prova ilícita o único meio de se provar a inocência do acusado no processo, optou-se em privilegiar sua liberdade. Dessa forma, os autores indicam que “a aplicação desse critério decorre da teoria da

concordância prática (ou harmonização) das regras constitucionais, que preconiza a coexistência harmônica das normas dessa natureza”.

No mesmo sentido já se manifestou pronunciou o Supremo Tribunal Federal:

EMENTA: Captação, por meio de fita magnética, de conversa entre presentes, ou seja, a chamada gravação ambiental, autorizada por um dos interlocutores, vítima de concussão, sem o conhecimento dos demais. Ilícitude da prova excluída por caracterizar-se o exercício de legítima defesa de quem a produziu. Precedentes do Supremo Tribunal HC 74.678, DJ de 15-8- 97 e HC 75.261, sessão de 24-6-97, ambos da Primeira Turma. (STF, RE n. 212081/RO, 1ª Turma, Rel. Min. OCTAVIO GALLOTTI. Publicação: 05/12/97).

4.2 O princípio da proporcionalidade *pro societate*

Capez (2010, p. 281) afirma que a adoção do princípio da proporcionalidade *pro societate* tem por objetivo “resguardar valores fundamentais para a coletividade, tutelados pela norma penal”. Nesse caso, esclarece o autor que o juiz deve utilizar o princípio da proporcionalidade e verificar a valoração dos direitos constitucionais envolvidos. A jurisprudência dos tribunais brasileiros já se posicionou sobre a restrição de direitos individuais em benefício do interesse coletivo.

EMENTA: HABEAS CORPUS - ESTRUTURA FORMAL DA SENTENÇA E DO ACÓRDÃO - OBSERVANCIA - ALEGAÇÃO DE INTERCEPTAÇÃO CRIMINOSA DE CARTA MISSIVA REMETIDA POR SENTENCIADO - UTILIZAÇÃO DE COPIAS XEROGRÁFICAS NÃO AUTENTICADAS - PRETENDIDA ANÁLISE DA PROVA - PEDIDO INDEFERIDO.

- A administração penitenciária, com fundamento em razões de segurança pública, de disciplina prisional ou de preservação da ordem jurídica, pode, sempre excepcionalmente, e desde que respeitada a norma inscrita no art. 41, parágrafo único, da Lei n. 7.210/84, proceder a interceptação da correspondência remetida pelos sentenciados, eis que **a cláusula tutelar da inviolabilidade do sigilo epistolar não pode constituir instrumento de salvaguarda de práticas ilícitas.** (STF, HC 70814 SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO. Publicação: 01/03/1994, grifo nosso).

EMENTA: HABEAS CORPUS. VIOLAÇÃO DE CORRESPONDÊNCIA. JUNTADA DE DOCUMENTO EM AUDIÊNCIA. CERCEAMENTO DE DEFESA. MATÉRIA AINDA NÃO APRECIADA EM PRIMEIRO GRAU. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. FEITO DEVIDAMENTE MOTIVADO. 1. Não tendo sido pleiteado o desentranhamento dos documentos perante o Juízo de primeiro grau, não cabe a este Eg. Tribunal antecipar-se à decisão do magistrado singular, examinando-o, sob pena de supressão de instância. 2. Inexiste constrangimento ilegal na decisão que acolhe requisição ministerial, devidamente fundamentada, tomando-a como razão de decidir. 3. **A própria administração penitenciária pode proceder à interceptação da correspondência remetida pelos presos, desde que respeitada a norma inscrita no art. 41, parágrafo único, da Lei n. 7.210/84.** (TJ/MG,

BIC, Belo Horizonte, v.3, n. 1, p. 30-40, 2016.

1.0000.13.095372-2/000 - COMARCA DE MATEUS LEME. Relator Des.(a) Maria Luíza de Marilac. Publicação: 26/02/2014, grifo nosso).

Nesse sentido, defendemos o posicionamento de Capez (2010, p. 281) ao afirmar que quando imprescindível a prova ilícita deve ser admitida no processo por adoção do princípio da proporcionalidade *pro reu* ou *pro societate*, com exceção à “prática de tortura, a qual, por afrontar normas de direito natural, anteriores e superiores às próprias Constituições, jamais pode ser admitida, seja para que fim for”.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A proibição da utilização das provas ilícitas no processo penal é uma garantia constitucional de suma importância, pois constitui uma limitação do direito probatório em respeito aos direitos individuais dos cidadãos. O legislador limitou o poder de investigação do Estado em respeito ao direito à liberdade dos cidadãos, ou seja, a busca da verdade não pode comprometer a lisura do processo penal.

Todavia, é importante considerar que não existem princípios absolutos. Dessa forma, quando a vedação da utilização de provas ilícitas estiver em conflito com outras garantias constitucionais de importância equivalente deve-se, por meio do princípio da proporcionalidade, avaliar no caso concreto qual princípio utilizar, sob pena de gerar decisões injustas e desproporcionais.

Segundo os estudos realizados foi constatado que a doutrina e jurisprudência nacional, à luz do princípio da proporcionalidade, admitem (em casos concretos e de forma excepcional), a utilização das provas ilícitas quando estas são o único meio de se comprovar a veracidade de um fato de extrema gravidade, como na hipótese em que uma gravação feita de forma ilegal seja a única maneira de se comprovar a inocência de um cidadão.

Nas palavras de Capez (2009, p. 305) em caráter excepcional o princípio da proibição das provas ilícitas pode ser mitigado sempre que estiver em jogo um interesse de maior relevância ou outro direito fundamental. No caso do exemplo

acima, prevaleceu o direito à liberdade da pessoa acusada injustamente. “O que seria mais viável, a preservação da intimidade ou a liberdade de um inocente?”

Diante do exposto acreditamos que, na análise do caso concreto, deve prevalecer a dignidade da pessoa humana, uma vez que não existe no sistema constitucional brasileiro direitos e garantias de caráter absoluto, sendo permitida limitações de ordem jurídica, tanto para proteger o interesse social, quanto para garantir a coexistência harmônica das liberdades.

REFERÊNCIAS

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição [da] República Federativa do Brasil**. Brasília, 1988. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 20 de ago. de 2016.

_____. **Código de Processo Penal**. Decreto-Lei 3.689/1941, de 03 de outubro de 1941. Rio de Janeiro, 1941. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 20 ago. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança n. 23.452/RJ**. Relator: Min. Celso de Mello. Publicação: 12/05/2000. Brasília, 2000.

_____. Supremo Tribunal Federal. **RE n. 212081/RO**, 1ª Turma. Relator: Min. Octavio Gallotti. Publicação: 05/12/97. Brasília, 1997.

_____. Supremo Tribunal Federal. **HC 70814 SP**. Relator: Min. Celso de Mello. Publicação: 01/03/1994. Brasília, 1994.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

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

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. **Processo 1.0000.13.095372-2/000 - COMARCA DE MATEUS LEME**. Relator: Des.(a) Maria Luíza de Marillac. Publicação: 26/02/2014.

RAMOS, Diego da Silva. **O princípio da proporcionalidade**. DireitoNet, 2011. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/5865/O-principio-da-proporcionalidade>>. Acesso em: 02 set. 2016.

REIS, Alexandre Cebrian Araújo; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito Processual Penal Esquematizado**. São Paulo: Saraiva, 2015.

AGRADECIMENTOS

A Deus por nos permitir saúde e inspiração na elaboração desse trabalho. À UNIFENAS e a coordenação do curso de direito por incentivar o desenvolvimento acadêmico e profissional dos seus alunos. À professora Mary Mansoldo pelos ensinamentos diários, incentivo à busca de conhecimento e sobretudo pelo amor ao direito e à docência fonte constante de inspiração. Aos nossos colegas de turma e familiares pelo companheirismo e ensinamentos durante o curso.