

RESUMO EXPANDIDO

PROVA ILÍCITA PRO REO E APLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA
PROPORCIONALIDADE NO PROCESSO PENAL

SANTOS, Eduardo Henrique Cordeiro dos¹, TURELLA, Rogério²

RESUMO: É cediço que no processo penal o réu possui direito a produzir provas, sendo até mesmo desnecessário explicitar que o mesmo direito assiste ao órgão acusador. O trabalho a seguir pretende apresentar estudo relacionado à produção de provas obtidas em decorrência do ferimento a direitos e garantias fundamentais e sua possível aceitação, ou não, no processo penal. Deste modo faz-se estabelecer a aplicabilidade da vedação das provas produzidas por meios ilícitos, interessa também apresentar a aplicabilidade do princípio da proporcionalidade na solução de conflitos entre princípios constitucionais e por fim sistematizar o posicionamento doutrinário sobre a prova ilícita *pro reo* com incidência do princípio da proporcionalidade.

PALAVRAS-CHAVE: Prova ilícita; processo penal; proporcionalidade; excludente de ilicitude.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo demonstrar os casos em que a prova obtida por meio ilícito deve ser aceita no processo penal sob a análise do princípio da proporcionalidade. E será elaborado na seguinte forma: delimitação do campo de abrangência da vedação da admissibilidade da prova ilícita no processo penal, apontamentos sobre o princípio da proporcionalidade como meio de solucionar conflitos entre garantias de ordem constitucional e análise de teses doutrinárias nacionais sobre o tema e posteriormente apresentar considerações finais sobre o tema.

METODOLOGIA

A metodologia utilizada para a elaboração deste trabalho é a pesquisa bibliográfica, principalmente a leitura de livros publicados por doutrinadores da seara jurídica, visando, através das

referências bibliográficas, identificar o posicionamento majoritário no âmbito jurídico.

Estado Democrático de Direito e a Limitação à Produção de Provas

A inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos possui a finalidade de resguardar direitos e garantias fundamentais de caráter individual, que frequentemente são os mais feridos durante as diligências investigatórias como a proteção à intimidade, à privacidade, à imagem e à inviolabilidade do domicílio. Assim diz Eugênio Pacelli (2016, p. 347):

[...] 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. Neste sentido, cumpre função

¹ Acadêmico do Curso de Graduação em Direito da Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul (UEMS). E-mail: cordeiroeduardo@hotmail.com

² Orientador. Especialista em Direito Constitucional. Mestre em Direito Processual e Cidadania (UNIPAR). Docente efetivo dos Cursos de Graduação em Direito e de Pós-Graduação *Lato Sensu*: 1. Direitos Difusos e Coletivos. 2. Segurança Pública com Ênfase em Políticas Estratégicas e Alto Comando. 3. Planejamento, Inteligência e Liderança na Segurança Pública. 4. Ciências Policiais e Gestão em Segurança Pública; Coordenador do Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* de Ciências Policiais e Gestão em Segurança Pública; e, Procurador Jurídico na Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul. E-mail: turella@uems.br

PROVA ILÍCITA PRO REO E APLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE NO PROCESSO PENAL

SANTOS, Eduardo Henrique Cordeiro dos¹, TURELLA, Rogério²

eminentemente pedagógica, ao mesmo tempo em que tutela determinados valores reconhecidos pela ordem jurídica.

Desde já, esclarecemos que a vedação da admissibilidade das provas ilícitas destina-se principalmente ao Estado, órgão acusador e produtor de provas no processo penal, devendo tal vedação impedir que o ente estatal pratique abusos, durante a persecução penal, como bem ensina Paulo Rangel (2016, p. 474):

O legislador constituinte, ao estatuir como direito e garantia fundamental a inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos, estabelece uma limitação ao princípio da liberdade da prova, ou seja, o juiz é livre na investigação dos fatos imputados na peça exordial pelo titular da ação penal pública – princípio da verdade processual –, porém, essa investigação encontra limites dentro de um processo ético movido por princípios políticos e sociais que visam a manutenção de um Estado Democrático de Direito.

Ao tratar o tema e apresentar noções sobre a prova ilícita o professor Antonio Scarance Fernandes (2005, p. 89) contribui para o entendimento de que a inadmissibilidade de provas ilícitas relaciona-se particularmente com o órgão acusador, nesta oportunidade o autor ensina que:

Não se pode, em nome da segurança social, compreender uma garantia absoluta da privacidade, do sigilo, no processo penal, mas também não se pode conceber, em homenagem ao princípio da verdade real que a busca incontrolada e desmedida da prova possa, sem motivos ponderáveis e sem observância de um critério de proporcionalidade, ofender sem necessidade o investigado ou o acusado em seus direitos fundamentais e no seu direito a que a

prova contra si produzida seja obtida por meios lícitos.

Entende-se que o Estado não deve pautar-se unicamente pela busca de embasamento probatório para condenação do acusado e conseqüentemente ofender direitos e garantias fundamentais pertencentes a este, assim criou-se um modo de limitar a atuação estatal referente à produção de provas do processo penal.

Princípio da Proporcionalidade: Solução para Tensões entre Princípios Constitucionais

A Constituição Federal de 1988 reservou um capítulo, em sua integridade, para tratar da proteção dos mais diversos direitos e garantias fundamentais, observando que o alvo destas normas é a coletividade rapidamente se conclui que em determinado momento a tutela de um estará atrelada a não proteção de outro.

No momento de solucionar conflitos entre princípios de ordem constitucional que possuem relevante interesse utiliza-se o critério hermenêutico da “ponderação de bens e/ou interesses” (OLIVEIRA, 2016, p. 376), tal interpretação permite aplicabilidade, no caso concreto, dos meios mais adequados de proteção a um dos direitos de modo menos gravoso ao outro. Nesta esteira, observa-se a chamada teoria da proporcionalidade, como leciona RANGEL (2016, p. 488):

Na Alemanha Federal, desenvolveu-se a teoria da proporcionalidade, também chamada de razoabilidade na doutrina americana, significando a colocação, em uma balança dos bens jurídicos que estão contrastando-se e verificar qual tem o peso maior. A liberdade de locomoção tem um peso maior diante do sigilo das comunicações telefônicas e, portanto, é razoável que se possa quebrá-lo com o escopo

PROVA ILÍCITA PRO REO E APLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE NO PROCESSO PENAL

SANTOS, Eduardo Henrique Cordeiro dos¹, TURELLA, Rogério²

de resguardar a liberdade de locomoção do réu.

É importante observar que não estamos nos referindo à ponderação de interesses ou ponderação de valores, pois os mesmos são escolhidos pelo legislador restando ao órgão julgador à escolha pela norma que mais se adequa ao caso concreto, devendo, sempre que possível, prezar pela possibilidade de cumprimento de ambas.

Prova Ilícita Pro Reo: Excludente de Ilicitude e o Princípio da Proporcionalidade

Como visto a prova ilícita é inadmissível no processo penal, porém existem situações em que a referida teoria será atenuada com a finalidade de se corrigir possíveis distorções que a inadmissibilidade poderia gerar em casos excepcionais.

O Código Penal brasileiro prevê as causas de exclusão de ilicitude em seu artigo 23, estabelecendo situações onde esta seria afastada pelas denominadas causas de justificação, assim o agente que atuar motivado, por alguma das causas prevista no rol do artigo supracitado, e atingir determinada inviolabilidade alheia com finalidade de produzir prova de sua inocência ou de terceiro afastar-se-á a ilicitude da ação. Cumpre trazer à baila os ensinamentos Ada Pallegri Grinover (1997, p. 134-135):

Aliás, não deixa de ser, em última análise, manifestação do princípio da proporcionalidade a posição praticamente unânime que reconhece a possibilidade de utilização, no processo penal, da prova favorável ao acusado, ainda que colhida com infringência a direitos fundamentais seus ou de terceiros. Trata-se de aplicação do princípio da proporcionalidade, na ótica do direito de defesa, também constitucionalmente assegurado, e de forma prioritária no processo

penal, todo informado pelo princípio do favor rei. Além disso, quando a prova, aparentemente ilícita, for colhida pelo próprio acusado, tem-se entendido que a ilicitude é eliminada por causas legais, como a legítima defesa, que exclui a antijuridicidade.

Não raro encontram-se na doutrina pátria, pensadores que destoam da tese acima esposada os quais afirmam que não se trata de aplicabilidade do princípio da proporcionalidade configurando somente exclusão de ilicitude:

A regra do inciso LVI do art. 5º da CRFB não é assim, nem poderia ser, absoluta. Deve ser interpretada de forma coerente e razoável, mostrando proporção entre os bens jurídicos que se contrastam. A questão colocada acima recebe solução diferente na doutrina pátria, entendendo tratar-se de verdadeira causa de exclusão da ilicitude a conduta do réu que intercepta ligação telefônica para salvaguardar sua liberdade de locomoção. Estaria ele em estado de necessidade. (RANGEL, p. 488-489)

Entretanto nos filiamos à tese que considera a admissibilidade das provas colhidas com infringência a direitos e garantias fundamentais, quando voltada a provar a inocência do réu, ou apresentar algum benefício para este, durante a persecução penal, mesmo que amparada pela excludente de ilicitude, resume-se na efetivação da aplicabilidade do princípio da proporcionalidade, vejamos:

Aliás, o aproveitamento da prova ilícita em favor da defesa, além das observações anteriores, constitui-se em critério objetivo de proporcionalidade, dado que: a) a violação de direitos na busca da prova da inocência poderá ser levada à conta do estado de necessidade, excludente geral da ilicitude (não só penal!); b) o princípio da

PROVA ILÍCITA PRO REO E APLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE NO PROCESSO PENAL

SANTOS, Eduardo Henrique Cordeiro dos¹, TURELLA, Rogério²

inadmissibilidade da prova ilícita constitui-se em garantia individual expressa, não podendo ser utilizado contra quem é o seu primitivo e originário titular. (OLIVEIRA, p. 378)

Ademais, Fernandes (2005, p. 94) corroborando com o entendimento de que a avaliação da prova ilícita em favor do réu deve realizar-se com base no princípio da proporcionalidade, ao tratar da aplicação e da extensão do referido princípio aponta que embora haja posicionamentos divergentes, prevalece o seguinte entendimento:

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. (...) É ampla a aceitação de sua aplicação aos casos em que a prova da inocência do réu depende de prova produzida com violação a um a garantia constitucional. Não se conseguiria justificar a condenação, até mesmo a pena elevada, de uma pessoa quando há nos autos prova de sua inocência, ainda que tenha sido obtida por meios ilícitos.

Como se observa, o juiz deve analisar detidamente as garantias que estão em choque e com isso chegar a uma conclusão que atenda as necessidades do caso concreto.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Percebe-se que embora o processo penal não compactue com a produção de provas ilícitas, esta tese está sujeita a atenuação de acordo com órgão produtor da prova, uma vez que o acusado é parte sujeita a cumprir as penas impostas pela ultima ratio, este poderá socorrer-se de meios que contrariem a licitude da produção probatória, tal pensamento está

amplamente difundido na doutrina penal pátria.

Entretanto, existe divergência doutrinária sobre a não aplicação do princípio da proporcionalidade na aceitação da prova ilícita pro reo, uma vez que parte da doutrina julga somente tratar-se de fato considerado como exclusão de ilicitude.

Assim concluímos que ao considerar a exclusão de ilicitude na aceitabilidade da prova em favor do réu, prova esta colhida com infringência a direitos e garantidas fundamentais, automaticamente estará sendo realizada a aplicação do princípio da proporcionalidade, por aquela ser desdobramento desta.

REFERÊNCIAS:

FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. 4ª edição rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

GRINOVER, Ada Pellegrini; **FERNANDES**, Antonio Scarance; **FILHO**, Antonio Magalhães Gomes. **As nulidades no Processo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 20ª ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Atlas, 2016.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 24ª ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2016