

A POSSIBILIDADE DA ADMISSIBILIDADE DA PROVA ILÍCITA PRO RÉO

Daniele Vendruscolo¹

VENDRUSCOLO, D. A possibilidade da admissibilidade da prova ilícita pro réu. **Rev. Ciênc. Juríd. Soc.** UNIPAR. Umarama. v. 13, n. 2, p. 153-167, jul./dez. 2010.

RESUMO: A prova é o instrumento processual, no qual leva ao conhecimento do magistrado os fatos objeto da relação jurídica. Contudo, possui a finalidade de reconstruir os fatos no processo, buscando uma maior aproximação com a realidade que demonstrada ao juiz contribuirá, para a formação de seu convencimento sobre os fatos. As provas podem ser ilícitas, as quais afrontam princípios constitucionais ou legais; e por outro lado, as ilegítimas, afrontam as normas de cunho processual. No entanto, com a nova redação do Caput do artigo 157 do Código de Processo Penal, refere-se somente a inadmissibilidade da prova ilícita, ficando omissa a admissibilidade da prova ilícita pro réu. Ademais, o Princípio da Legalidade dispõe que, deve ser obedecido o que está exemplificado na Lei. Porém, a nova redação do referido artigo, não afasta a aplicação do princípio da proporcionalidade, haja vista, que quando houver bens de maior relevância em conflito, deve haver uma ponderação de interesses.

PALAVRAS-CHAVE: Prova. Provas ilícitas e ilegítimas. Caput do artigo 157 do Código de Processo Penal. Princípio da Legalidade e Princípio da Proporcionalidade.

INTRODUÇÃO

O intuito deste artigo é demonstrar a importância da prova no processo penal. Considerando que, esta é o meio pelo qual o juiz passa a ter conhecimento dos fatos na relação processual e que é por meio das provas produzidas e juntadas ao processo, que o mesmo terá a formação do seu convencimento sobre os fatos demonstrados para a aplicação do direito.

Porém, as provas anexadas no processo, podem ser ilícitas, afrontando princípios constitucionais e legais, e ilegítimas, as quais afrontam normas de natureza processual.

Contudo, quando a prova for considerada ilícita ou ilegítima, ela é aceita no processo desde que, o agente esteja atuando em situações de necessidade,

¹Bacharel em Direito. Especialista em Direito Penal e Processual Penal.

tais como a legítima defesa, o estrito cumprimento do dever legal e exercício regular do direito, com a finalidade de provar sua inocência. A ilicitude da ação, é desconsiderada, podendo vir a ser valorada como prova pelo magistrado.

Para tanto, não seria justo a exclusão de prova ilícita inclusa no processo, uma vez que, a valoração dessa prova evitaria uma condenação injusta, o que é mais grave que a valoração da prova pelo magistrado.

Ademais, a nova redação do Caput do artigo 157 do Código de Processo Penal, dada pela Lei 11.690/2008, trata justamente sobre as provas ilícitas, mas não faz menção alguma quanto à admissibilidade da prova ilícita em favor do réu.

Convém salientar, que não houve distinção entre as provas produzidas com violação às normas de cunho material daquelas que contrariam as disposições processuais. Levando em consideração o princípio da legalidade, deve ser levado em conta o que estiver descrito na lei, havendo omissão acerca do assunto, o entendimento é que seja admissível a prova ilícita pro réu.

Quanto à vedação da prova ilícita, o processo penal admite a possibilidade da utilização da prova ilícita, em favor do acusado, com base no princípio da proporcionalidade, uma vez que, deve haver uma ponderação de interesses de maior relevância.

1 PROVA

O instrumento de autuação da norma jurídica é o processo. Mas, é claro, para que isso ocorra é necessário que o julgador tenha conhecimento dos fatos que autorizem a incidência da norma, pois se o juiz não tiver noção dos fatos, é impossível a solução do conflito.

A prova, portanto, é destinada ao juiz, e uma vez produzida passa a integrar o processo. É o meio pelo qual, o juiz passa a ter conhecimento dos fatos que envolvem a relação jurídica, formando seu convencimento.

Desse modo, a prova é de fundamental importância no processo, haja visto que, destina-se à formação da convicção do juiz a cerca dos fatos demonstrados no processo, a qual é manifestada por meio de uma decisão judicial.

1.1 Conceito

Para Bomfim (2008, p.303) “A prova é o instrumento usado pelos sujeitos processuais para comprovar os fatos da causa, isto é, das alegações que são deduzidas pelas partes como fundamento para o exercício da tutela jurisdicional”.

Portanto, quando houver um ilícito penal, se faz necessária a comprova-

ção dos fatos, para que o juiz possa declarar se há a responsabilidade penal. Caso tenha, o magistrado atribuirá à sanção penal a uma pessoa.

A fase para as partes demonstrarem a verdade é a da instrução, em que procuram demonstrar a veracidade ou a falsidade da acusação feita ao acusado e das circunstâncias que possam influenciar no julgamento, e na individualização da pena. Quando a prova é anexada ao processo, ela pode ser utilizada por qualquer uma das partes.

Neste sentido Capez, (2009, p.297) assim se manifesta:

Do latim probatio, é o conjunto de atos praticados pelas partes, pelo juiz (CPP, arts. 156, I e II, com redação determinada pela Lei nº 11.690/2008, 209 e 234) e por terceiros (p. ex. peritos), destinados a levar ao magistrado a convicção acerca da existência ou inexistência do fato, da falsidade ou veracidade de uma afirmação.

Dessem modo, essa demonstração dos fatos se dá por meio da prova, fazendo com que o juiz tenha seu convencimento, o qual é manifestado na decisão judicial.

Para a produção da prova no processo penal é necessário respeitar certos princípios, sendo eles, o Princípio da não-autoincriminação, em que o acusado não pode produzir prova contra si mesmo. Também se funda nesse princípio a não-obrigatoriedade de que o investigado ou réu colaborem na produção de qualquer prova em favor de sua incriminação. Ainda, o Princípio da comunhão ou aquisição dos meios de provas, que consiste na produção de provas por ambas as partes, ou até mesmo por determinação ex-officio do próprio juiz, uma vez anexada aos autos, passa a servir ao juiz, podendo favorecer qualquer dos litigantes. O Princípio da audiência contraditória, no qual todas as provas trazidas aos autos devem ser submetidas à outra parte, a qual terá direito de conhecê-la e impugná-la. O princípio da autoresponsabilidade das partes, que compete as partes a produção das provas sobre o fato ou alegações que lhes são favoráveis (BONFIM, 2008).

Ainda, o princípio do livre convencimento motivado, este dirigido ao magistrado na prática de seus atos de conteúdo decisório. É por intermédio deste princípio que o juiz dá sua valoração as provas, de acordo com a sua convicção, desde que o faça por meio de apreciação racional dos elementos disponíveis, analisando o conjunto e fundamentando sua decisão, indicando os elementos de provas na formação de seu convencimento. Outro, é o Princípio da Oralidade, o qual prefere a palavra falada sobre os escritos. Também, o Princípio da publicidade, determina que a instrução seja pública. Por sua vez, o Princípio da concentração, em que as provas deverão ser produzidas em audiência e por fim o princípio da

proporcionalidade, que reside na ideia de luta contra a criminalidade, sendo a busca da verdade, um bem inegavelmente valioso (BONFIM, 2008).

A prova é de fundamental importância, uma vez que, ela influencia na convicção do juiz que a aprecia, bem como, é o meio utilizado pelas partes para fundamentar suas alegações.

1.2 Finalidade da prova

A aplicação das normas jurídicas tem como pressuposto a ocorrência de fatos que, sob incidência dessas normas, resultam na produção de efeitos jurídicos. Assim, a atividade que determina o direito aplicável em cada caso, depende do conhecimento do julgador sobre os fatos sobre o qual a norma jurídica deve incidir. Portanto, a prova tem como finalidade a demonstração dos fatos ao juiz, sobre os quais terão a incidência do direito. Sendo este o objetivo do processo de conhecimento, na qual a parte mais substancial dos atos é voltada a instrução e produção de provas, a fim de que o julgador exerça seu poder jurisdicional (BONFIM, 2008).

Acentua Greco Filho (1993), a finalidade da prova consiste no convencimento do magistrado, que é seu destinatário. No entanto, a prova no processo, não possui um fim em si mesma, mas tem como finalidade prática a convicção do juiz.

Enfim, a finalidade da prova consiste na reconstrução dos fatos investigados no processo, a qual, busca a maior proximidade com a realidade histórica dos fatos, tais como ocorreram no espaço e no tempo. Demonstrados no processo, o juiz apreciará e terá convicção a respeito dos fatos, manifestando-se no processo.

1.3 Objeto da prova

O objeto da prova consiste na circunstância, fato ou alegação referentes ao litígio, nos quais existem dúvidas, e que, devem ser demonstrados ao juiz para desfecho do processo. Tais circunstâncias podem influenciar na responsabilidade penal e na fixação da pena ou imposição de medida de segurança (CAPEZ, 2006).

Contudo, não há necessidade de serem provados os fatos axiomáticos ou intuitivos, pois estes são evidentes, e já se possui uma convicção formada. Independem também de prova os fatos notórios, aqueles, que o conhecimento faz parte da cultura de uma sociedade. Também as presunções legais, nas quais a Lei assume a verdade dos fatos, podendo ser absolutas ou relativas. E os fatos inúteis, uma vez que não influenciam no deslinde da causa. (CAPEZ, 2006)

No entanto, todos os demais fatos devem ser provados, inclusive os fatos incontrovertidos, também chamados de aceitos ou admitidos, haja vista, que são os fatos alegados por uma das partes e não contestados por outra; devem ser comprovados em razão da busca da verdade real. Contudo, quando se tratar de direito municipal, estadual, estrangeiro ou consuetudinário, aplicar-se-à o artigo 337 do Código de Processo Civil, que determina que a parte que alega deverá provar seu teor e vigência (BONFIM, 2008).

Neste sentido, os fatos que deixam dúvidas na sua configuração e que tenham grande relevância e influência para o julgamento da causa, merecem ser alcançados pela atividade probatória, independentemente da origem que foram colhidos.

2 PROVAS ILÍCITAS E PROVAS ILEGÍTIMAS

A doutrina de Processo Penal, faz uma distinção entre prova ilícita e prova ilegítima. Contudo, o artigo 157 *Caput*, do Código de Processo Penal, faz menção as provas ilícitas sendo aquelas obtidas em violação às normas constitucionais legais, não especificando se a norma legal é processual ou material.

Portanto, a prova pode ser afrontada quando caracterizar violação de normas legais ou de princípios constitucionais de natureza material ou processual que neste caso, serão consideradas ilícitas. Por outro lado, a prova ilegítima, é aquela em que a obtenção infringir as normas de natureza processual.

Há ainda, as provas ilícitas por derivação, são aquelas obtidas de forma lícita em si mesmas, mas são produzidas a partir de um fato ilícito (CAPEZ, 2006).

A prova ilícita é aquela colhida infringindo normas ou princípios impostos pela Constituição e pelas leis, quer para proteção das liberdades públicas e dos direitos de personalidade, tais como violação de domicílio ou de comunicações, intimidade, tortura, dentre outros (GRINOVER, 2008).

No entanto, quando o agente estiver atuando em situações como, estado de necessidade, legítima defesa, o estrito cumprimento do dever legal, bem como no exercício regular do direito, para fins de obtenção de prova de inocência sua ou de terceiros, a ação realizada estará justificada, afastando a ilicitude da ação, podendo a prova ser introduzida no processo penal e valorada (PACELLI, 2009).

A proibição da prova ilícita é uma garantia individual contra o Estado, sobre ela predomina o entendimento doutrinário de que seja possível a utilização da prova favorável ao acusado, ainda que colhida infringindo os direitos fundamentais seus ou de terceiros, e, quando produzida pelo próprio interessado, é uma hipótese de legítima defesa. Assim sendo, exclui a ilicitude (GRINOVER,

1991, apud BONFIM, 2008).

Todavia, se uma prova considerada ilícita ou ilegítima for necessária para evitar uma condenação injusta, certamente esta prova deverá ser aceita, relevando a proibição constante dos incisos X e XII, do artigo 5º da Constituição Federal, uma vez que, cabe ao juiz com seu poder de discricionariedade, sopesar e avaliar os valores envolvidos.

Ressalta-se, por fim, que mesmo as provas ilícitas, ilegítimas (direta ou por derivação), poderão ser aceitas no processo em virtude da adoção do princípio da proporcionalidade dos valores, uma vez que nenhuma garantia constitucional possui valor absoluto.

3 ANÁLISE DO CAPUT DO ARTIGO 157 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

O Caput do artigo 157 do Código de Processo Penal, na redação dada pela Lei 11.690/2008, passou a ter a seguinte redação: “São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais”.

O artigo mencionado acima se refere somente à inadmissibilidade da prova ilícita, bem como, o seu desentranhamento do processo. Contudo, uma vez preclusa a decisão da destruição da prova ilícita por meio de decisão judicial, é facultado às partes acompanhar o procedimento. Porém, a autorização para a destruição da prova ilícita tem causado diversos questionamentos, uma vez que, a prova constitui elemento importante no processo, e a sua destruição viabiliza a propositura de futura revisão criminal, onde poder-se-á utilizar essa prova com a finalidade de demonstrar a inocência do acusado (CAPEZ, 2009).

O artigo destaca a inadmissibilidade das provas ilícitas. Convém salientar, que não há distinção alguma, referente às provas produzidas com violação às normas de cunho material, daquelas que contrariam as disposições processuais.

Ressalta-se que as provas ilícitas possuem natureza constitucional, e a vedação expressa no artigo 157 Caput do Código de Processo Penal. Neste sentido, a vedação da prova ilícita é considerada temerária, haja vista, que o seu desentranhamento pode constituir elemento a embasar revisão criminal, constituindo prova para a defesa. (CAPEZ, 2009)

Porém, somente estão especificadas as provas ilícitas, obtidas mediante violação as normas constitucionais ou legais.

Ocorre que, as provas ilícitas possuem cunho nitidamente constitucional, mas o referido artigo não dispõe a cerca das provas ilegítimas, as quais afrontam a natureza processual.

Portanto, o artigo acima mencionado, só faz menção à inadmissibili-

dade das provas ilícitas, não constando vedação alguma quanto às provas ilegítimas. Sendo assim, estas são admitidas no processo, uma vez que, não houve vedação alguma.

Ainda, o §4º do artigo 157 do Código de Processo Penal, na redação aprovada no Congresso Nacional e encaminhada à sanção, visava que, o juiz que tivesse conhecimento da prova ilícita não poderia proferir decisão ou acórdão, porém, foi vetado pelo Presidente da República.

As razões do veto, pelo Presidente da República, destacam que, o poder judiciário visa à celeridade processual, e tal dispositivo o afrontava, uma vez que obriga o juiz que fez toda a instrução processual e que é conhecedor da prova ilícita, a ser substituído por outro que não tenha conhecimento do processo.

Neste sentido, mesmo que a prova seja ilícita, ela deve ser analisada pelo mesmo juiz que tenha efetuado a instrução processual, uma vez que a formação da convicção do magistrado se dá por meio da livre apreciação da prova, e cada análise efetuada por magistrados diferentes pode ser diferente, até mesmo em relação a dispositivos legais, valendo-se da interpretação e avaliação de cada elemento de prova produzido e anexado ao processo. Contudo, quando houver alguma interpretação do juiz considerada diversa, cabe a instância revisora analisar a distorção.

3.1 A omissão da admissibilidade da prova ilícita pro Réu

A nova redação do artigo 157 Caput do Código de Processo Penal, pela Lei 11.690/08, refere-se somente à inadmissibilidade da prova ilícita pro réu.

Em outras palavras, o artigo acima mencionado, faz referência somente à inadmissibilidade da prova ilícita, bem como, o seu desentranhamento do processo.

É clara a omissão quanto à admissibilidade da prova ilícita pro réu, haja vista, que no processo penal a prova ilícita, é admitida, desde que seja utilizada em favor do acusado.

Complementando, acerca do assunto Silva (2008, p. 67-68) dispõe:

Imagine o réu que responde por tráfico de drogas juntando no processo a confissão do verdadeiro traficante para ser absolvido, obtida mediante tortura. Ela será lícita? Obviamente que não. A tortura contamina a prova com a ilicitude. Parece-nos que ela não deve ser desentranhada do processo. A verdade real deve ser considerada mais importante pelo juiz do que a contaminação da prova pela tortura. No exemplo dado, a prova contaminada servirá apenas para impedir a condenação do inocente, e nunca para condenar aquele que confessou sob condições extremas. (2008, p.67/68)

Neste sentido, quando o juiz tiver conhecimento da prova ilícita anexada ao processo, deve aplicar a lei, ponderando os bens e interesses protegidos, valorando a prova mesmo que tenha origem ilícita, uma vez que, a omissão desta, resultaria em uma condenação injusta e um mal maior do que a apreciação da prova em benefício do acusado.

Sobre o assunto, Capez (2009, p. 306), salienta:

Entre aceitar uma prova vedada, apresentada como único meio de comprova a inocência de um acusado, e permitir que alguém sem nenhuma responsabilidade pelo ato imputado, seja privado injustamente de sua liberdade, a primeira opção é, sem dúvida, a mais consentânea com o Estado Democrático de Direito e a proteção da dignidade humana.

Ademais, o caput do referido artigo, não faz menção alguma quanto à admissibilidade da prova ilícita em favor do réu. Considerando o Princípio da Legalidade, deve-se observar o que estiver descrito na Lei, havendo omissão acerca do assunto, o entendimento é que seja admissível a prova ilícita pro réu.

Contudo, a vedação da prova ilícita, não afasta o princípio da proporcionalidade, uma vez que no processo penal, é admitida a utilização da prova ilícita sempre que estiver em jogo interesses de maior relevância, tais como a vida e a liberdade do acusado.

Este entendimento é pacífico tanto da doutrina, quanto da jurisprudência, em relação à admissibilidade da prova ilícita pro réu, desde que observados os requisitos legais.

3.2 Princípio da Legalidade

O Princípio da Legalidade está consagrado no inciso II do artigo 5º da Constituição Federal de 1988 o qual dispõe “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de Lei”. Para tanto, toda a atividade fica sujeita a Lei, entendendo como a vontade geral, que só há materialização num regime de divisão de poderes em que ela seja o ato criado pelos órgãos para representação popular, por meio do poder legislativo estabelecido na Constituição. Neste sentido, é a assertiva de que o Estado, Poder Público ou os administradores não podem exigir ações, impor abstenção e nem proibir alguma coisa, senão em virtude de lei (SILVA, 2005-A, p. 420-421).

Para MORAES (2009), o princípio da legalidade visa combater o poder arbitrário do Estado. Somente as espécies normativas elaboradas de acordo com as regras de processo legislativo constitucional é que podem criar obrigações para o indivíduo, uma vez que constituem a vontade geral. Conforme dispõe Cel-

so Bastos e Ives Gandra Martins, apud, MORÃES (2009, p.41), “o princípio da legalidade mais se aproxima de uma garantia constitucional do que de um direito individual já que não tutela, especificamente, um bem da vida, mas assegura ao particular a prerrogativa de repelir as injunções que lhes sejam impostas por uma outra via que não seja a da Lei”.

Nossa Constituição de 1988, define em seu inciso XXXIX do artigo 5º, que “não há crime sem lei anterior”. A reserva legal concede ao direito penal uma função de garantia, uma vez que, tornam certos delitos e penas, assegurando ao cidadão que só por aqueles fatos previamente considerados como delituosos, e nas penas previamente fixadas pode ser processado e condenado. Também está previsto no texto constitucional vigente, inciso XLVI do artigo 5º que a Lei regulará a individualização da pena, onde deve se estender a execução, não se limitando somente a previsão e a aplicação da pena.

Salienta-se ainda, nosso Código Penal, em seu artigo 1º “não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal.” (NUCCI, 2009).

Não resta dúvida, que deve estar descrito na lei a existência do crime, e sua correspondente pena, exigindo que a mesma esteja em vigor no momento da prática da infração penal.

Portanto, somente haverá crime, quando existir perfeita correspondência entre a conduta praticada e a previsão legal, tornando-se impossível a sua existência sem a lei que o descreva.

Assim, o artigo acima descrito, ao descrever que não há crime sem lei anterior que o defina, exigiu que a lei descrevesse a conduta delituosa, com todos os seus elementos e circunstâncias, a fim de que, somente haverá punição do agente que praticou o delito especificado na lei.

Destaca-se ainda, o artigo 2º do Código Penal, ao qual dispõe:

Art. 2. Ninguém pode ser punido por fato que lei posterior deixa de considerar crime, cessando em virtude dela a execução e os efeitos penais da sentença condenatória.

Parágrafo Único: A Lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado. (NUCCI, 2009).

O princípio da legalidade implica na proibição da lei **ex-post facto**, o qual está expresso no inciso XL, artigo 5º da CF “a Lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu.” (ZAFFARONI, apud, BATISTA, 2003, p. 202).

Diante do exposto, a lei penal e processual penal, somente retroagirá quando for considerada mais favorável ao acusado, uma vez que a lei mais benigna prevalece sobre a mais severa, podendo retroagir no tempo em que não

tinha vigência. Por outro lado, a lei mais severa não retroage aos fatos ocorridos anteriormente a sua vigência.

Para que isso ocorra, é necessária uma análise concreta das leis, e em casos de novas leis ou alterações benéficas, que sejam usufruídas em benefício do acusado.

3.3 Princípio da Proporcionalidade

A proporcionalidade está sendo utilizada como critério indispensável na aplicação do direito, uma vez que, tem sua origem como meio de controle da constitucionalidade das leis, formalmente constitucionais, as quais previam sanções desproporcionais para determinados descumprimentos da lei.

Assim, se faz necessária uma análise da existência ou não da lei a qual regula o conflito entre valores protegidos na Constituição, e que deve ser observada sua constitucionalidade. No caso de inexistência de regulamentação legal, é necessário um juízo de ponderação dos interesses, que chamamos de proporcionalidade.

Acerca do assunto, salienta (COELHO, apud, LENZA, 2009, p.97),

Utilizado, de ordinário, para aferir a legitimidade das restrições de direitos – muito embora possa aplicar-se também, para dizer do equilíbrio na concessão de poderes, privilégios ou benefícios -, o princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade, em essência, consubstancia uma pauta de natureza axiológica que emana diretamente das idéias de justiça, equidade, bom senso, prudência, moderação, justa medida, proibição de excesso, direito justo e valores afins; precede e condiciona a positivação jurídica, inclusive de âmbito constitucional; e, ainda, enquanto princípio geral do direito, serve de regra de interpretação para todo o ordenamento jurídico.

Porém, tal princípio é de extrema importância quando houver colisão de valores constitucionais. No entanto, é necessário o preenchimento de três elementos importantes, sendo eles: a necessidade ou também denominada de exigibilidade, a qual consiste, em uma medida que pode restringir direitos, e só se legitima se for indispensável para o caso e não for substituída por outra menos gravosa. Ainda, a adequação, também denominada pertinência ou idoneidade, quer dizer que o meio escolhido deve satisfazer o objetivo e por final a proporcionalidade em sentido estrito, a qual é a medida necessária e adequada, em que deve-se analisar se o ato praticado, em termos de realização do objetivo, supera outras restrições com relação a valores constitucionais (LENZA, 2009).

No entanto, no plano das normas constitucionais, muitas vezes, é impossível a proteção de todos os direitos assegurados na ordem jurídica, pelo fato

de que, o exercício de um, impediria ou atingiria o exercício do outro, ou até de um terceiro.

Neste sentido, é que Bonavides (1994, p. 357) disserta:

O princípio da proporcionalidade (*Verhältnismäßigkeit*) pretende, por conseguinte instituir como acentua Gertz, a relação entre fim e meio, confrontando o fim e o fundamento de uma intervenção com os efeitos desta para que se torne possível um controle do excesso (“eine Übermasskontrolle”).

Para tanto, o critério mais utilizado de aplicação do direito para solucionar tais conflitos ou tensões, entre os princípios constitucionais igualmente relevantes, tem sido o princípio da proporcionalidade, uma vez que visa à ponderação e avaliação de interesses, permitindo a aplicação da proteção mais adequada a um dos direitos em risco, de forma menos gravosa ao outro, havendo uma ponderação de valores jurídicos ao invés de excesso.

Ainda, o Princípio da Proporcionalidade no Processo Penal, admite a possibilidade da utilização da prova favorável ao acusado, mesmo que colhida com infringência a direitos fundamentais ou de terceiros.

Tal princípio se deve a aplicação no direito de defesa, também assegurado pela Constituição Federal e pelo processo penal, tendo em vista o princípio do favor rei.

O princípio do Favor Rei consagra a liberdade do acusado quando colocada em confronto com o direito de punir do Estado, ou em caso de dúvida, prevalece o interesse do réu.

Ainda, neste sentido, Grinover, Fernandes e Gomes Filho (2008, p.162), salientam que, “quando a prova, aparentemente ilícita, colhida pelo próprio acusado, tem sua ilicitude eliminada por causas legais, como a legítima defesa, que exclui a antijuridicidade”. Ainda dispõem acerca do assunto, que “na jurisprudência e na doutrina estrangeiras, tem sido vista a conduta da pessoa que grava sub-repticiamente sua conversa com terceiro para demonstrar a própria inocência”.

Em virtude do Princípio da Proporcionalidade, a prova considerada ilícita, pode ser utilizada em casos onde o direito tutelado é mais importante que o direito a intimidade, privacidade, imagem e violação de domicílio.

Neste sentido Grinover, (2008, p.168/169), dispõem:

Note-se, aliás, que o princípio da proporcionalidade vinha sendo adotado por parte da doutrina brasileira e foi acolhido, em via jurisprudencial, pela 5ª Câmara do TJ do Rio de Janeiro (AI 7.111, j.28.11.1983, rel. Barbosa Moreira, in *Direito aplicado*, do mesmo

autor, Rio, 1987, p. 164 et seq). A decisão admitiu a prova obtida mediante interceptação clandestina das conversas telefônicas do cônjuge suspeito de adultério pelo outro, em face do princípio da proporcionalidade, cotejando-se, de um lado, o direito a intimidade, e do outro, o direito a prova. Observe-se, porém, que o direito a prova é sempre limitado pelas regras de exclusão, e que forem esses os interesses em jogo – não se poderia excluir nenhuma prova ilícita que fosse a única possível nas circunstâncias concretas.

Decisão do STJ admitiu interceptação telefônica ilícita (porque realizada sem o amparo da lei anterior, em face do princípio da proporcionalidade e do princípio da atualização constitucional, “base para o entendimento de que a cláusula constitucional invocada (a vedação das provas ilícitas) é relativa”. Influuiu também no espírito do relator (Min. Adhemar Maciel) a circunstância de que o réu se encontrava cumprindo pena por formação de quadrilha armada, quando da interceptação, pelo que não teria “como invocar direitos fundamentais próprios do homem livre). (HC3.982 (95.053161) RJ, 6ª T., v.u, j. 05.12.1995, DJU 26.02.1996, p. 4.084.

Neste sentido, considerando que a vedação da prova ilícita é relativa, deve haver uma ponderação entre os bens e interesses juridicamente protegidos pelas normas em conflito.

Para Pacelli (2009), o Supremo Tribunal de Justiça, tem aceitado a gravação de conversa feita por uma dos interlocutores sem o consentimento do outro, com base na aplicação do princípio da proporcionalidade (STJ – HC nº 4654/RS; RHC nº 5.944/PR).

Por essa razão, quando houver bens de maior relevância em conflito, haverá a aplicação do princípio da proporcionalidade, para que haja uma ponderação dos interesses mais benéfica ao acusado.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto, conclui-se que a prova é o meio mais adequado de levar ao conhecimento do magistrado a realidade fática do processo, fazendo com que este tenha formada sua convicção a cerca dos fatos demonstrados e possa manifestar-se no processo.

Desta forma, a prova produzida pode afrontar princípios constitucionais, de natureza material, chamadas de provas ilícitas, e as que violam normas de cunho processual são por fim denominadas provas ilegítimas.

Porém, as provas ilícitas são admitidas e valoradas no processo penal, quando o acusado estiver atuando em estado de necessidade, legítima defesa, no estrito cumprimento do dever legal, bem como, no exercício regular do direito,

com a finalidade de provar sua inocência.

Ademais, se uma prova considerada ilícita ou ilegítima, for necessária para evitar uma condenação injusta, certamente, esta merece ser apreciada e valorada no processo, haja visto que, a omissão desta, acarretaria em um mal maior para o réu.

Portanto, cabe ao juiz fazer a análise das provas e dos valores envolvidos, sopesando os bens jurídicos relevantes, para a valoração das provas e a aplicação do direito.

Contudo, o Caput do artigo 157 do Código de Processo Penal, na redação dada pela Lei 11.690/2008, refere-se somente à inadmissibilidade da prova ilícita, bem como, o seu desentranhamento do processo, ficando omissa à admissibilidade da prova ilícita pro réu.

Neste sentido, o referido artigo destaca a inadmissibilidade das provas ilícitas, mas não distingue as provas produzidas com violação às normas de cunho material, das normas de cunho processual. Ademais, não consta vedação alguma quanto às provas ilegítimas, as quais são admitidas, inclusive fica omissa quanto à admissibilidade da prova ilícita pro réu, e que é admitida no processo penal, desde que, utilizada em favor do acusado.

Dessa forma, o critério mais utilizado na ponderação de interesses é o princípio da proporcionalidade, que visa à proteção mais adequada de um dos direitos em risco, de forma menos gravosa ao outro, ponderando os valores jurídicos, ao invés do excesso.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **Código de processo civil**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BONAVIDES, P. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

BONFIM, E. M. **Curso de processo penal**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

CAPEZ, F. **Curso de processo penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. **Curso de processo penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

GRECO FILHO, V. **Manual de direito penal**. São Paulo: Saraiva, 1993.

GRINOVER, A. P.; FERNANDES, A. S.; GOMES, F. A. M. **As nulidades no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

JESUS, D. **Código penal anotado**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

LENZA, P. **Direito constitucional esquematizado**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

LUIZI, L. **Os princípios constitucionais penais**. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003.

MORAES, A. **Direito constitucional**. 24. ed. São Paulo: Atlas S.A, 2009.

NUCCI, G. S. **Código de processo penal comentado**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009-A.

NUCCI, G. S. **Código penal comentado**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009-B.

PACELLI, E. O. **Curso de processo penal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009.

SILVA, J. A. **Comentário contextual à constituição**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

SILVA, I. L. M. **A reforma processual penal de 2.008**: Lei 11.719/2008, procedimentos penais: Lei 11.690/2008, provas: Lei 11.689/2008, júri: comentadas artigo por artigo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

ZAFFARONI, R. E. et al. **Direito penal brasileiro**: teoria geral do direito penal. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

THE POSSIBILITY OF ADMISSIBILITY OF ILLEGAL PROOF FOR PRO-DEFENDANT

ABSTRACT: The proof is one procedural instrument which brings the magistrate knowledge of the facts, the object of the legal relation. However, it aims to rebuild the facts in the process, seeking the most accurate approach to reality, shaping the judge's conviction about the facts. The proofs may be illicit, which face constitutional or legal principles. On the other hand, the illegitimate

face the procedural norms. But with the new writing of the Caput of the article 157 from the Criminal Process Code, it refers only to inadmissibility of the illicit proof, being overlooked the admissibility of the illicit proof for the defendant. Furthermore, the Legality Principle claims that what is exemplified by Law must be obeyed. However, the new writing of the referred article does not exclude the application of the proportion principle, considering that when there are major estates in conflict, there must be a reflection about the interests.

KEYWORDS: Proof. Illicit and illegitimate proofs. Caput of article 157 from the Criminal Process Code. Legality Principle and Proportion Principle.

POSIBILIDAD DE ADMISIBILIDAD DE LA PRUEBA ILÍCITA PRO REO

RESUMEN: La prueba es el instrumento procesal, en el cual lleva al conocimiento del magistrado los hechos objeto de la relación jurídica. Sin embargo, tiene la finalidad de reconstruir los hechos en el proceso, buscando mayor aproximación con la realidad, que demostrada al juez contribuirá para la formación de su convencimiento sobre los hechos. Las pruebas pueden ser ilícitas, las cuales afrontan principios constitucionales o legales; por otro lado, las ilegítimas, afrontan las normas de cuño procesal. Todavía, con la nueva redacción del Caput del artículo 157 del Código de Proceso Penal, se refiere solamente a la inadmisibilidad de la prueba ilícita, quedándose omisa la admisibilidad de la prueba ilícita pro reo. Además, el Principio de Legalidad dispone que; se debe obedecer el que está ejemplificado en la Ley. Sin embargo, la nueva redacción del referido artículo no aleja la aplicación del principio de la proporcionalidad, ya que cuando haya bienes de mayor relevancia en conflicto debe haber ponderación de intereses.

PALABRAS CLAVE: Prueba. Pruebas ilícitas e ilegítimas. Caput del artículo 157 del Código de Proceso Penal. Principio de la Legalidad y Principio de la Proporcionalidad.