

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE - UFCG
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS - CCJS
CAMPUS DE SOUSA/PB**

EDVÂNIA PATRÍCIA BARRETO SAMPAIO

**A ADMISSIBILIDADE DE PROVAS ILÍCITAS *PRO*
SOCIETATE ANTE O PRINCÍPIO DA
PROPORCIONALIDADE.**

**SOUSA - PARAÍBA
2003**

EDVÂNIA PATRÍCIA BARRETO SAMPAIO

A ADMISSIBILIDADE DE PROVAS ILÍCITAS *PRO SOCIETATE* ANTE
O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE.

Monografia apresentada à Banca Examinadora do Curso de Direito, do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais, CCJS – UFCG, como requisito para obtenção do título de bacharel em Direito.

ORIENTADORA: MS. LENILMA CRISTINA DE SENA F. MEIRELLES

SOUSA – PARAÍBA

2003

EDVÂNIA PATRÍCIA BARRETO SAMPAIO

A ADMINISSIBILIDADE DE PROVAS ÍLICITAS *PRO SOCIETATE* ANTE
O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE.

BANCA EXAMINADORA:

Orientadora: Ms. Lenilma Cristina de Sena F. Meirelles

Membro: Dr. Pedro Sabino Faria Neto

Membro: Geórgia Graziela Aragão

SOUSA – PARAÍBA

2003

À minha mãe, que sempre esteve ao meu lado, contribuindo, incondicionalmente, para o meu crescimento e participando das minhas lutas e conquistas.

AGRADECIMENTOS

Àqueles que foram verdadeiros mestres, repartindo seus conhecimentos e auxiliando-me a trilhar esse caminho.

À minha orientadora, professora Lenilma Cristina de Sena Figueiredo Meirelles, que possibilitou a transferência de conhecimentos necessários à realização desse trabalho.

À professora Maria da Luz Olegário, pelo incomensurável auxílio.

“Na Constituição atual, a inadmissibilidade de provas ilícitas no processo é a regra, mas os direitos subjetivos de outros cidadãos, que não os acusados, e os fins do Estado são os limites desse direito”.

(Maria Cecília Pontes Carnaúba, *in* “Prova Ilícita”)

RESUMO

A palavra "prova" tem origem no latim *probatio*, significando exame, confronto, verificação etc. De qualquer maneira, em quaisquer significados, representa a forma, o instrumento utilizado pelo homem para, por meio de percepção e sentidos, demonstrar uma verdade. No campo do Processo Penal, o objetivo da prova é a demonstração em juízo de um fato supostamente adequado ao tipo penal. A Constituição Federal vigente estabelece, em seu artigo 5º, toda uma sistemática protetiva dos direitos humanos fundamentais. Nessa sistemática encontram-se diversos dispositivos e princípios atinentes ao processo, transformando-o em verdadeiro instrumento de garantia dos bens e da liberdade do homem. Trata-se, em verdade, de uma regra constitucional nova, que não admite meios ilícitos na produção das provas. Contudo, tal norma não é absoluta e deve ser interpretada em conjunto com os demais dispositivos constitucionais. Havendo aparente conflito de normas, deve-se utilizar o princípio da proporcionalidade, pelo qual deve prevalecer a regra que vela bem jurídico hierarquicamente superior. Deste modo, a previsão constitucional de inadmissibilidade de provas ilícitas não pode ser utilizada como obstáculo aos objetivos básicos do Estado, tais como a segurança jurídica e a obtenção de justiça, sendo necessária utilizá-la como um dos meios de formar uma sociedade justa. Faz-se imperioso uma interpretação mais pormenorizada do alcance da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos, visando a formação de um aparelho estatal repressivo eficiente, que permita a materialização dos princípios basilares do Estado de Direito. A utilização do critério da proporcionalidade não compromete a segurança jurídica, uma vez que deixa de supervalorizar o emprego meramente formal e irracional de provas ilícitas no processo, associando esta vedação a uma análise sistêmica e criteriosa da Constituição. Destarte, para que possamos adotar tal princípio, é necessário que a medida utilizada seja adequada, necessária e proporcional, de modo a obter-se a plena realização da justiça através de uma justa medida para a solução de um conflito. É certo que a utilização desenfreada de provas ilícitas no processo acarretaria sério risco aos direitos e garantias individuais dos cidadãos. Assim, o princípio da proporcionalidade, como meio de admissibilidade de provas ilícitas, deverá ser utilizado em caráter excepcional e em casos extremamente graves, no intuito de equilibrar os valores fundamentais conflitantes. Tal critério é uma forma de realizar a justiça, que constitui um direito e, sobretudo, uma necessidade do Estado Democrático de Direito. Diante disso, conclui-se que, em caso de crimes de grave prejuízo à sociedade, deve-se adotar o referido princípio e, conseqüentemente, admitir-se provas ilícitas *pro societate*, com a finalidade maior de realização da Justiça.

Palavras-chave: prova ilícita; admissibilidade; *pro societate*; proporcionalidade; justiça.

SUMÁRIO

RESUMO	VI
INTRODUÇÃO	09
1. A PROVA NO PROCESSO PENAL	12
1.1. Conceito, objeto e finalidade	12
1.2. Direito à prova	13
1.3. Limitações à coleta de prova	14
2. AS PROVAS ILÍCITAS	16
2.1. Definição	16
2.2. A inadmissibilidade de provas ilícitas	17
2.3. Fundamento histórico da proibição de provas ilícitas	18
2.4. Efeitos da inadmissibilidade incondicional de provas ilícitas	19
2.5. O Estado constitucional de Direito e as provas ilícitas	20
2.6. A interpretação da regra de inadmissibilidade no Sistema Constitucional ...	21
3. O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE	24
3.1. A proporcionalidade dos valores contrastantes	24
3.2. Os subprincípios que integram o princípio da proporcionalidade	26
3.3. O princípio da proporcionalidade na ordem constitucional brasileira	28
3.4. O subjetivismo da ponderação de valores	29
4. A ADMISSIBILIDADE DE PROVAS ILÍCITAS	31
4.1. Considerações gerais	31
4.2. A admissibilidade de provas ilícitas <i>pro reo</i>	32
4.3. A admissibilidade de provas ilícitas <i>pro societate</i>	34

4.4. Casos de admissibilidade de provas ilícitas <i>pro societate</i>	36
CONCLUSÃO	39
BIBLIOGRAFIA	41

INTRODUÇÃO

O Estado tem como pressuposto de existência e finalidade primeira a promoção do bem-estar do homem. Para tanto é fundamental estabelecer restrições ao livre arbítrio das pessoas, assim como às próprias ações estatais.

Nesse sentido, a nossa Carta Magna, em seu art. 5º, LVI, preceitua a inadmissibilidade de provas processuais obtidas por meios ilícitos, como forma de evitar que o Estado ofenda aos cidadãos em seus direitos individuais e que os cidadãos, por sua vez, percam o respeito recíproco.

Tal regra, no entanto, deve ser interpretada como meio instrumental, merecendo respeito na medida em que não confronte com os objetivos do próprio processo. Não se pode, definitivamente, banir as provas ilícitas de forma a tolerar qualquer resultado que advenha da sua exclusão.

Assim é que, hodiernamente, doutrina e jurisprudência inclinam-se em mitigar o preceito constitucional retro mencionado, apoiando-se na teoria da proporcionalidade, segundo a qual, havendo conflito entre direitos igualmente protegidos, deve-se sopesá-los e avaliá-los, dando-se prevalência àquele de maior importância, uma vez que nenhuma liberdade pública é absoluta. Conclui-se, portanto, que, em situações excepcionais e em casos de extrema gravidade, não havendo outros meios de prova, pode-se admitir a utilização da prova ilícita, mormente, em benefício do réu.

A atual problemática reside na possibilidade de utilização da prova ilícita também em desfavor do réu, o que se denomina de “prova ilícita *pro societate*”.

A esse respeito, a doutrina e a jurisprudência demonstram-se, majoritariamente, desfavoráveis, justificando tal posicionamento nos princípios do

estado de inocência e do *favor rei*.

É de se considerar, porém, que a atividade investigatória é um dever do Estado, a fim de assegurar a ordem pública, e isso se faz por meio de coleta de informações sobre fatos que estão previstos como crime. Tal função estatal não viola em ponto algum os princípios acima, visto que não declara a culpabilidade do investigado ou é hábil a aplicação de pena.

Ademais, a acusação no processo penal tem por objetivo resguardar valores basilares para a coletividade, os quais também encontram proteção constitucional. A sociedade é, igualmente, detentora de direitos fundamentais, e a inobservância destes em detrimento de direitos individuais do réu, por vezes, de menor relevância (se analisados pelo critério da proporcionalidade), poderia levar a uma negação da própria finalidade do direito, produzindo violência, na medida em que estaria convalidando a arbitrariedade do indivíduo sobre o bem geral da sociedade. Deve-se, portanto, hierarquizar os valores tutelados pela Constituição, impedindo que alguns direitos e garantias individuais sobreponham-se a interesses tão valiosos quanto eles.

Conclui-se, então, que a inadmissibilidade absoluta das provas ilícitas incriminadoras pode significar uma subversão de valores, fazendo com que prevaleça o interesse individual do réu sobre o interesse de toda uma coletividade, gerando impunidade e com isso, de certa forma, admitindo a violação da ordem jurídica.

Ante o problema ora apresentado, propõe-se a demonstrar a possibilidade de utilização de provas ilicitamente obtidas em favor da sociedade, sempre que o interesse desta se sobrepuser aos interesses individuais violados. E dentro desse contexto, tem-se como objetivos específicos: delimitar o que vem a ser provas ilícitas; analisar o inciso LVI, do art. 5º, da Constituição Federal, que trata da

inadmissibilidade da prova ilícita dentro do atual Sistema Constitucional; bem como, explicar o princípio da proporcionalidade como elemento permissivo da utilização de tais provas.

A pesquisa é de natureza teórica, com abordagem metodológica de caráter dialético, que resulta numa apreciação crítica do material teórico levantado, obedecendo ao método de procedimento comparativo, de modo a estabelecer um contraponto entre as várias teorias que cercam o assunto, e procedida de forma direta intensiva, utilizando-se de consultas sistemáticas a autores nacionais.

1. A PROVA NO PROCESSO PENAL

1.1. Conceito, objeto e finalidade

O termo prova, oriundo do latim *probatio*, significa o meio utilizado pelo homem para demonstrar uma verdade.

Em sede de processo penal, pode-se entender a prova como sendo o instrumento utilizado pelas partes para demonstração em Juízo de um fato supostamente adequado ao tipo penal, da inexistência deste fato, ou, ainda, de sua autoria, com o objetivo de, formando a convicção do magistrado, direcionar sua decisão acerca da necessidade de aplicação da sanção penal competente. No conceito de AVOLIO¹: “*é o elemento integrador da convicção do juiz com os fatos da causa*”.

Em sendo assim, a prova tem por objeto os fatos alegados pelas partes, e mais especificamente, os fatos sobre os quais paira incerteza e que, portanto, necessitam de esclarecimentos capazes de demonstrar a verdade real, e ainda, os fatos que sejam capazes de influir na decisão do processo. Não se admite que a atuação probatória vise fatos que não revelem dúvidas ou que não possuam qualquer importância ao deslinde do caso, significando, portanto, um nada jurídico.

Sua finalidade se confunde com a do próprio processo, já que busca a verificação dos fatos, a fim de persuadir o Estado-Juiz, gerando, assim, uma conclusão, que se reveste sob a forma de decisão judicial.

¹ AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. *Provas ilícitas – interceptações telefônicas e gravações clandestinas*, p. 24.

Indubitavelmente, a prova constitui os olhos do processo, o alicerce sobre o qual se ergue toda a dialética processual, visando o deslinde da causa.

1.2. Direito à prova

A Constituição Federal assegura a todas as pessoas o direito de ir a juízo e apontar violações ou ameaças a seus direitos. Com efeito, diz o art. 5º, XXXV, que *“todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”*.

Justifica-se tal dispositivo pelo fato de que o Estado, ao vedar a autotutela, chamou para si a responsabilidade pela resolução dos litígios ocorridos em sociedade. Conferiu, assim, às pessoas o direito de ir até o Estado-Juiz e apontar as razões que lhe embasam o pedido de reconhecimento e oferta de direito. De outro lado, para o Estado, uma vez acionado, é criado o dever de prestar a jurisdição. No momento em que alguém, através de petição, dirige-se ao poder público, surge um direito subjetivo a uma sentença que avalie a relação processual posta. Embora não haja direito a uma sentença favorável, há um direito subjetivo assegurado, constante na garantia de apreciação da demanda.

Todavia, deve-se ter em mente que o direito oriundo do texto constitucional, neste não se encerra. De nada adiantaria que aos litigantes fosse assegurado o direito de ir a juízo, se, da mesma forma, não houvesse efetiva possibilidade de comprovar as alegações deduzidas e, assim, auxiliar no convencimento judicial. Os litigantes, em processo judicial, necessitam de meios para corroborar os direitos de

que se afirmam titulares. Do contrário, a garantia de petição seria apenas mais um direito meramente formal, encontrado em texto e sem nenhuma utilidade social.

Nessa linha, o direito à produção de provas úteis ao deslinde da causa tem origem no próprio direito de ação e no de ampla defesa. A própria Constituição, no momento em que afirma que nenhuma lesão ou ameaça a direito será afastada do controle do Poder Judiciário, assegura às pessoas meios para que possam, de maneira eficaz, trazer suas razões e prová-las perante o juízo competente. Eis o alcance do princípio da inafastabilidade, que encontra como corolário lógico, em seu seio, o direito à prova. Uma parte tem o direito de provar os fatos constitutivos de seu direito, ao passo que a outra é assegurada à apresentação do material visando destruir os argumentos que dão suporte à causa ou criar exceções.

1.3. Limitações à coleta de provas

Como regra, podem as partes utilizar-se de quaisquer meios para provar os fatos que lhe possam ser úteis. Não há um rol exaustivo de provas, até porque existem inúmeros meios para que um fato seja demonstrado em juízo, de modo que se torna impossível a enumeração legal de todos.

Contudo, existem certas limitações a essa liberdade de produzir provas, as quais foram criadas justamente para garantir a sobrevivência do sistema jurídico, e que são embasadas na garantia constitucional da dignidade da pessoa humana e no princípio da boa-fé nas relações intersubjetivas. Tais restrições constituem, acima de tudo, uma forma de evitar que o Estado ofenda aos cidadãos em seus direitos individuais e que os cidadãos, por sua vez, percam o respeito recíproco.

Consubstanciando essa limitação, a nossa Carta Magna, em seu art. 5º, consagra o sigilo das comunicações, a inviolabilidade do domicílio, a proibição de tortura, culminando com a expressa previsão acerca da inadmissibilidade de provas processuais obtidas por meios ilícitos.

Assim é que, a regra geral de que os fatos alegados pelas partes podem ser provados por qualquer meio, é, *a priori*, mitigada pela exigência constitucional de que esses meios devem ser lícitos.

2. AS PROVAS ILÍCITAS

2.1. Definição

Antes de analisarmos o dispositivo constitucional relativo à inadmissibilidade de provas obtidas por meios ilícitos, importante se faz notar que o mesmo se refere, de um modo geral, à “prova proibida, ilegal ou vedada”, que constitui gênero do qual são espécies: a prova ilegítima e a prova ilícita.

A prova ilegítima é aquela que fere norma de direito processual. Cite como exemplo: um documento juntado no momento das alegações finais, na primeira fase do procedimento do júri (*judicium accusationis*), visto que o art. 406, § 2º, do CPP proíbe a juntada de qualquer documento nessa fase do processo.

Já a prova ilícita (acerca da qual aqui se trata) é aquela obtida com violação às normas ou princípios de direito material, quais sejam as de natureza civil, penal e, sobretudo, de natureza constitucional, que tem por finalidade proteger as liberdades públicas e os direitos individuais da personalidade.

Constituem, assim, provas ilícitas as obtidas com violação do domicílio (art. 5º, XI, da CF, e art. 150, do CP), da correspondência e das comunicações telegráficas e telefônicas (art. 5º, XII, da CF); as colhidas com infringência à intimidade ou privacidade das pessoas (art. 5º, X, da CF); com desrespeito à inviolabilidade do sigilo e com violação do direito de propriedade (art. 5º, XXII, da CF); as conseguidas mediante torturas ou em decorrência de qualquer prática degradante, como a chantagem, constrangimento físico ou moral, bem como, ameaças (art. 5º, III, da CF, e Lei 9.455/97); etc.

Assim, tem-se que a escuta telefônica enquadra-se no conceito de prova ilícita, uma vez que é obtida violando direito tido como fundamental, qual seja, a intimidade; a confissão obtida mediante tortura do réu também é ilícita, já que transgredir dispositivo constitucional e a Lei 9.455/97; igualmente ilícito é o documento apreendido mediante violação do domicílio, já a inviolabilidade deste é direito individual (constitucionalmente previsto) e sua violação é, inclusive, tipificada como crime no art. 150, do CP.

2.2. A inadmissibilidade de provas ilícitas

Reza o artigo 5º, LVI, que *“todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”*.

Desta feita, *a priori*, a prova ilícita é prova inidônea. Mais do que isso, é prova imprestável e por esta razão não se reveste de qualquer aptidão jurídico-material.

Tão relevante é o tema da ilicitude da prova, que, em qualquer grau de jurisdição, pode ser declarada, independentemente do pedido do interessado. Em outras palavras, não há que se falar em preclusão da prova ilícita.

Todavia, apesar da clareza do texto constitucional referente ao emprego das provas ilícitas, a expressão legislativa utilizada no comando não deve ser interpretada por sua literalidade, nem, tampouco, entendida como sendo de natureza absoluta, sob pena de grave subversão do sistema, com conseqüente frustração dos objetivos do próprio Estado. Em outras palavras: não se pode banir as provas ilícitas,

definitivamente, de forma a tolerar qualquer resultado que advenha de sua exclusão.

É bom que se entenda que a idéia de vedar a utilização da prova ilícita no processo busca, precipuamente, varrer a malícia e a deslealdade. Assim, tal norma não pode ser considerada absoluta. Em não se confirmando tais vícios, certamente a prova poderá ser acolhida, uma vez que o dispositivo proibitivo estará, então, impedido de incidir.

2.3. Fundamento histórico da proibição de provas ilícitas

Para bem compreender o alcance da norma, importante investigar seu escopo e sua função dentro do processo.

Explica-se a vedação de provas ilícitas, em grande parte, por circunstâncias históricas. A atual Constituição brasileira foi elaborada logo após notável mudança política. Extinguira-se, recentemente, o regime autoritário que dominara o País e sob o qual eram muito freqüentes as violações de direitos fundamentais, sem exclusão dos proclamados na própria Carta da República então em vigor, como a inviolabilidade do domicílio e da correspondência.

A instituição do Estado Democrático de Direito propiciou o surgimento de restrições legais à forma de colheita de prova, buscando-se prevenir a recaída naquele gênero de violências. A respeito, deve-se reconhecer que, no contexto histórico em que foi elaborada nossa atual Constituição, não teria sido fácil conter a reação contra o passado próximo através de uma prudente moderação.

Efetivamente, foi-se de um lado extremo, no qual eram utilizadas em larga escala as provas obtidas por meios ofensivos aos direitos, para o outro, no qual, a pretexto de preservar os direitos conquistados, encontra-se a vedação ampla e

irrestrita à utilização daquelas conseguidas através de violação ao mais discutível direito individual.

2.4. Efeitos da inadmissibilidade incondicionada

No Direito, e em especial, no processo, é sempre imprudente e às vezes muito danoso, levar as últimas conseqüências a aplicação rigorosamente lógica de qualquer norma. Os princípios constitucionais estão longe de configurar dogmas religiosos. Sua significação é, essencialmente, instrumental. Eles merecem respeito na medida em que sirvam à consecução dos fins do processo, e apenas em tal medida.

Não se pode, de forma absoluta, inadmitir a utilização de qualquer prova obtida por meio ilícito, sob pena de gerar injustiça, visto que, por vezes, o direito violado na obtenção da prova assume no cenário jurídico uma posição de menor relevo do que a segurança jurídica que está em jogo na atividade punitiva do Estado.

Segundo CARNAÚBA²: *“A inadmissibilidade intransigente no processo das provas obtidas ilicitamente também engendra violência, na medida em que legaliza arbitrariedade do individualismo sobre o bem comum”*.

Realmente, o absolutismo da norma de inadmissibilidade pode fazer com que, por vezes, os interesses individuais dos delinqüentes sobreponham-se aos dos outros indivíduos da sociedade, e inclusive, desta, como um todo, no momento em que, por respeito à norma proibitiva, deixa impune determinado delito. Tal situação mostra-se agressiva à dignidade humana e aos princípios reguladores do Estado de Direito, estimulando conflitos sociais, ante a revolta da sociedade agredida.

² CARNAUBA, Maria Cecília Pontes. *Prova ilícita*, p. 86.

Ademais, a inadmissibilidade incondicionada de tais provas gera insegurança jurídica, se considerarmos que não é apenas a existência de normas previamente fixadas e de conteúdo definido que propicia segurança aos cidadãos. Na realidade, o que a confere é justamente a certeza de que as normas de direito positivo serão aplicadas a todos os indivíduos que se encontram na situação jurídica por ele prevista. De tal sorte, a impunidade gera insegurança jurídica, capaz de desestruturar o Sistema Constitucional organizado.

2.5. O Estado Constitucional de Direito e as provas ilícitas

O Estado Democrático de Direito, tem por obrigação promover o respeito à pessoa humana, proporcionar o bem-estar de todos, e garantir a realização da justiça. Com a sua instituição, visa-se proporcionar aos cidadãos um ambiente de segurança social, através da confiança de que existirá previsão legal para direcionar as ações do Estado e dos indivíduos, propiciando, assim, a harmonia social. Deste modo, a função do Estado de Direito se materializa através da fixação de normas que estabelecem direitos e parâmetros para a solução de conflitos antes que eles existam. Nesse contexto, é que a nossa atual Constituição Federal, em seu art. 5º, enumera uma série de direitos individuais e coletivos.

Assim, um dos fatores concorrentes para a estruturação do Estado Democrático de Direito é a fixação de normas reguladoras dos meios de obtenção de provas no processo penal, assim como sua admissibilidade. E atendendo a essa necessidade, a Constituição veda, em seu já citado art. 5º, LVI, a inadmissibilidade de provas obtidas por meios ilícitos.

Entretanto, apesar da prefixação de normas, nem sempre é possível atribuir-lhes valor absoluto. Elas podem dar margem a conflito entre valores fundamentais dos seres humanos. Dessa forma, em matéria de provas processuais penais, para a concretização da justiça, no que se refere à punição efetiva dos criminosos e proteção aos valores e bens por eles violados, inclusive a materialização de alguns fins do Estado, não é possível, no caso concreto, decidir, *a priori*, por sua admissibilidade ou inadmissibilidade irrestrita, sob pena de comprometer a estrutura do próprio Estado de Direito. Atribuir valor absoluto às normas tuteladoras dos direitos individuais, especialmente, a inadmissibilidade de provas ilícitas no processo, pode constituir-se em uma inversão de valores prejudicial à manutenção da ordem em sociedade.

2.6. A interpretação da regra de inadmissibilidade no sistema constitucional

O Direito é imenso sistema normativo, composto por regras e princípios. Nenhuma regra, ou mesmo princípio, por mais importante que seja, pode ser entendida por si própria e distante das demais. Ao contrário, a interpretação de qualquer comando sempre deverá levar em conta todos os outros comandos prescritos pelo sistema, sob pena de grave subversão da ordem jurídica.

De nada adiantaria seguir à risca a interpretação literal de regras ou princípios, encontradas dispersos por todo o corpo legislativo, se dessa prática, obtivesse-se um resultado incoerente com o próprio sistema. De tal forma, estar-se-ia prestigiando, irracionalmente, uma regra ou princípio, ao preço do sacrifício de toda unidade de um sistema, de hierarquia infinitamente maior. Dessa forma, conclui-se que, para salvaguardar o sistema, muitas vezes, deve-se sacrificar regras e mesmo

restringir a aplicação de princípios. Ou melhor: é preciso dar uma interpretação às regras e aos aludidos princípios mais consentânea com os fins do ordenamento no qual se inserem, harmonizando-os com o sistema.

O fato de normas encontrarem-se em vigor não indica que, tão-somente por essa razão, elas devam ser inteiramente respeitadas em todos os casos concretos, mesmo porque isso seria impossível. A desconsideração do Direito como um sistema complexo implica, em última análise, na impossibilidade de ofertar coerência e unidade ao próprio Direito.

Os princípios estão sempre em permanente conflito. Mesmo devendo ser respeitados na maior escala possível, também eles sujeitam-se às contingências do caso concreto analisado. Por isso, muitas vezes, deve-se restringir a aplicação de um princípio, se de sua obediência contrariar-se outros tantos, de igual envergadura e de maior valor na situação concreta. Com isto, pode-se afirmar que nenhum princípio, por mais importante que seja, pode existir por si só, ao contrário, necessita conviver com outros tantos, também integrantes do sistema jurídico.

Acerca da interpretação da norma de inadmissibilidade de provas ilícitas no sistema constitucional, muito bem colocou CARNAÚBA³:

(...) a garantia constitucional de inadmissibilidade de provas ilícitas no processo não pode ser considerada legítima simplesmente por estar inserta no texto constitucional. É necessário acima de tudo a análise de sua finalidade maior, contida nos princípios constitucionais mais abstratos, quando de seu estudo e aplicação, a fim de aproximá-la o máximo possível das reais necessidades dos cidadãos. (...) A interpretação dessa garantia constitucional de inadmissibilidade de provas ilícitas no processo vem autorizando injustiças, portanto precisa tomar por base a justificação moral da norma jurídica que a contém, deve manter-se vinculada aos princípios constitucionais mais abstratos, pois estes abrigam toda a estrutura modeladora dos fins do Estado, assim como projetos para que os cidadãos realizem-se como pessoas humanas. Se assim não for, será ilegítima a aplicação do dispositivo constitucional respectivo, o que compromete a validade intrínseca da Constituição e, conseqüentemente, sua efetividade.

³CARNAUBA, Maria Cecília Pontes. Ob. cit., p. 67

De tal forma, a regra proibitiva de provas ilícitas, enquanto integrantes do sistema, não podem assumir facetas alheias a todo o conjunto imaginado. Ao contrário, devem ser interpretadas conjuntamente com as demais normas que garantem os direitos individuais, amoldando-se ao caso concreto e, por vezes, sendo abandonada em respeito a direitos outros, de maior envergadura, de modo a admitir-se a utilização de provas ilícitas.

3. O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

3.1. A proporcionalidade dos valores contrastantes

O chamado princípio da proporcionalidade (*verhaeltnissmaessigkeitprinzip*), de origem alemã, surgido em meados do século XIX, impõe que a aplicação da norma deve harmonizar-se com o sistema no qual ela está inserida, podendo ser restringida na medida em que afronte disposições de maior valor ou não cumpra com seus objetivos originários.

Por vezes, a aplicação estrita e literal de um comando legal, embora plenamente válido e eficaz, poderia ensejar um efeito contrário à própria finalidade do Estado de Direito, previsto pelo sistema de determinado país, de modo que a norma, genérica e abstrata, incidindo em determinados casos concretos poderia acarretar consequência negativa para a ordem estabelecida naquele Estado. Destarte, tornou-se imperioso criar um mecanismo racional, capaz de proporcionar a devida segurança jurídica à sociedade, isto é, um meio que garantisse que a norma somente fosse observada quando cumprisse com sua missão e se aliasse aos escopos do sistema. A aplicação de normas, então, deveria harmonizar-se com o sistema no qual elas estão inseridas.

Assim, o princípio da proporcionalidade tem por função precípua garantir o Estado de Direito em toda sua plenitude, vedando a aplicação de normas desarrazoadas, quando em confronto com o sistema vigente. Nada mais acertado, afinal não há nenhum direito absoluto, capaz de sobrepor-se sobre todos os demais. Assim, e partindo desse pressuposto (o de que os direitos fundamentais encontram-

se, muitas vezes, em colisão), a doutrina também admitiu que nenhuma norma poderia ser entendida distante do contexto no qual se insere, devendo ter sua aplicação restringida na medida em que afrontasse disposições outras de maior envergadura ou não cumprisse com seus objetivos originários.

A correlação entre os meios e os fins serviu de base para a criação da teoria dos degraus (proporcionalidade), segundo a qual os direitos encontram-se hierarquizados. Por isso, as exigências para a restrição de um direito crescem na medida em que esse assume posição de maior relevo no cenário jurídico. A restrição à aplicação daqueles princípios mais importantes dentro do sistema reclama maior rigor, exigindo, da situação fática, manifesto contorno de urgência e necessidade.

Desta feita, quando se trata de princípios, estejam eles positivados ou não, não se pode, *a priori*, determinar qual solução será a ideal para um caso futuro, na medida em que somente da análise de suas particularidades, logra-se evidenciar quais as medidas que efetivam os ditames de um legítimo Estado de Direito.

Estabelece-se, assim, que o julgador, para estabelecer a pertinência da aplicação do princípio da proporcionalidade no caso concreto, deve cotejar analiticamente os direitos envolvidos no litígio, estabelecendo qual deles deva preponderar sob as circunstâncias peculiares da relação apreciada, nada impedindo que, em outro caso, o direito preterido, diante de novas condições fáticas, paire sobre aquele ora privilegiado. Tudo irá depender da avaliação acerca da adequação, necessidade e razoabilidade do meio utilizado para a obtenção do fim almejado. Por vezes, um princípio terá sua aplicação maximizada; em outras, sua observância poderá ser, até mesmo, minimizada, sem que nenhuma subversão ao sistema seja visualizada.

Aplicado em matéria de provas processuais penais, o princípio da proporcionalidade possibilita a mitigação da regra de inadmissibilidade de provas

obtidas por meios ilícitos, prevista no art. 5º, LVI, na medida em que outro direito assume posição de maior relevo no cenário jurídico. Neste sentido, importante destacar o magistério de MORAES⁴:

A doutrina processual constitucional passou a atenuar a vedação das provas ilícitas, visando corrigir distorções a que a rigidez da exclusão poderia levar em casos de excepcional gravidade. Essa atenuação prevê, com base no *Princípio da proporcionalidade*, hipóteses em que as provas ilícitas, em caráter excepcional e em casos extremamente graves poderão ser utilizadas, pois nenhuma liberdade pública é absoluta, havendo possibilidade, em casos delicados, em que se percebe que o direito tutelado é mais importante que o direito à intimidade, segredo, liberdade de comunicação, por exemplo, de permitir-se sua utilização.

3.2. Os subprincípios que integram o princípio da proporcionalidade

Segundo a doutrina alemã, o princípio da proporcionalidade é formado por três subprincípios: a adequação; a exigibilidade; e a proporcionalidade em sentido estrito, os quais, conjugados, dão-lhe o conteúdo indispensável para alcançar a finalidade que se pretende.

A adequação ou idoneidade deve ser o primeiro subprincípio considerado na observância do princípio da proporcionalidade. Significa que a utilização do referido princípio deve possibilitar o alcance do resultado pretendido (prova de determinado fato). Ou seja, a preterição de uma norma em detrimento de outra, considerada de maior relevo, deve possibilitar a elucidação em juízo de determinado fato, de modo a possibilitar a correta aplicação da pena.

A exigibilidade ou necessidade significa que não pode haver qualquer outro meio que possibilite chegar ao mesmo resultado (conclusão acerca de um fato), da maneira menos danosa aos direitos fundamentais. Em matéria de provas ilícitas,

⁴ MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*, p. 124.

vale dizer que o meio se mostra exigível em situações extremas, onde não haja outro meio de provar um determinado fato, de modo que a sua não utilização torne impossível a atividade persecutória do Estado, e desde que esse critério seja satisfatório para elucidar tal fato (adequação).

Como bem salienta BARROS⁵: “é forçoso concluir que o princípio da necessidade traz em si o requisito da adequação. Só se fala em exigibilidade se o meio empregado pelo legislador for idôneo à prossecução do fim constitucional.” E continua a autora citando PIEROTH e SCHLINK⁶: “apenas o que é adequado pode ser necessário, mas o que é necessário não pode ser inadequado”.

O subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito complementa a adequação e a exigibilidade, indicando se o meio utilizado encontra-se em razoável proporção com o fim perseguido, de modo a ressaltar o equilíbrio entre os valores envolvidos. Na lição de GUERRA FILHO⁷:

Isso significa, acima de tudo, que não se fira o “conteúdo essencial” (*Wesensgehalt*) de direito fundamental, com o desrespeito intolerável da dignidade humana, bem como que, mesmo em havendo desvantagens para, digamos, o interesse de pessoas, individual ou coletivamente consideradas, acarretadas pela disposição normativa em apreço, as vantagens que traz para interesses de outra ordem superam aquelas desvantagens.

Assim, a proporcionalidade *strictu sensu* deve ser verificada pela ponderação de valores, levando em consideração os seguintes critérios (criados pelo Tribunal Constitucional alemão): a) quanto mais sensível revelar-se a intromissão da norma na posição jurídica do indivíduo, mais relevantes não de ser os interesses da comunidade que com ele colidam; b) do mesmo modo, o maior peso e preeminência dos interesses gerias justificam uma interferência mais grave; c) o diverso peso dos

⁵ BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*, p 81.

⁶ Idem ibidem.

⁷ GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Introdução ao direito processual constitucional*, p. 48/49.

direitos fundamentais pode ensejar uma escala de valores em si mesmo.

3.3. O princípio da proporcionalidade na ordem constitucional brasileira

Segundo CANOTILHO⁸: “os princípios se beneficiam de uma objetividade e presencialidade que os dispensa de estarem consagrados expressamente em qualquer preceito particular”. Desde que seja possível hauri-los de outros princípios constitucionais, estarão caracterizados e sua aplicação se impõe.

Desta feita, o princípio da proporcionalidade, independe de estar expresso em texto constitucional. Ao contrário, por seu conteúdo, é insito a todos os ordenamentos jurídicos, caracterizando o fundamento lógico de quaisquer construções ideológicas. A dignidade do homem, objetivo máximo a ser alcançado pelo Estado e pela sociedade, exige a possibilidade de abertura para o reconhecimento de novos direitos e traz em seu ânimo a necessidade de certas garantias básicas a esses direitos. Como bem destaca CARNAUBA⁹: “negá-lo é fazer antitética toda a estrutura legislativa. É destiná-la a uma *contradictio in terminis*”.

Contudo, no entendimento de CARNAUBA¹⁰, em nossa Carta Magna, tal princípio, mais do que tácito, é expressamente esposado no art. 5º, § 2º, *in verbis*:

“Art. 5º. *Omissis*. (...)

§2º. Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

⁸ *Apud* BARROS, Suzana Toledo de. Op. cit., p. 90.

⁹ CARNAUBA, Maria Cecília Pontes. Op. cit., p. 99.

¹⁰ *Idem* *ibidem*.

Note-se que o citado dispositivo visa, exatamente, evitar que ocorram injustiças em virtude da aplicação contumaz de qualquer preceito, na medida em que assegura que as normas expressas constituem a regra geral e têm aplicabilidade obrigatória, desde que não excluam outros direitos igualmente tutelados pela Constituição. Consagra, assim, a aplicação do princípio da proporcionalidade, uma vez que hierarquiza os valores tutelados pela Constituição, impedindo que os direitos e garantias individuais sobreponham-se a interesses tão valiosos quanto eles.

Ademais, o reconhecimento do princípio da proporcionalidade vem, aos poucos, sendo manifestado pelo Superior Tribunal Federal, órgão competente para julgar em última instância as causas em que há lesão à Constituição.

3.4. O subjetivismo da ponderação de valores

Alguns autores apontam o subjetivismo concedido ao julgador como problema na aplicação do princípio da proporcionalidade. Alega-se que a ponderação de valores, na busca de qual seja o de maior relevância, fica ao inteiro arbítrio do magistrado, ante a impossibilidade de se normatizar todas as situações em que seja necessária a aplicação do critério da proporcionalidade, o que poderia gerar insegurança jurídica.

Contudo, como bem observa BARROS¹¹:

A questão da ponderação radica na necessidade de dar a esse procedimento um caráter racional e, portanto, controlável. Quando o intérprete pondera bens em caso de conflito ente direitos fundamentais, ele estabelece uma precedência de um sobre o outro, isto é, atribui um peso maior a um deles. Se se pode estabelecer

¹¹ BARROS, Suzana Toledo de. Op. cit., p. 172.

uma fundamentação para esse resultado, elimina-se o irracionalismo subjetivo e passa-se para o racionalismo objetivo.

As decisões devem ser cautelosamente fundamentadas, demonstrando, claramente, a adequação, a exigibilidade e a proporcionalidade dos valores envolvidos, o que, decerto, freia eventuais abusos.

Deve-se considerar, ainda, que a comparação dos casos julgados, possibilita a utilização da analogia, e a partir daí, aos poucos, vão se formando pautas de valoração de bens diante de casos concretos, tipificando muitas colisões de direitos, o que impede o subjetivismo arbitrário nas ponderações dos valores contrastantes.

4. A ADMISSIBILIDADE DE PROVAS ILÍCITAS

4.1. Considerações gerais

Malgrado a clareza do comando constitucional, vedando genérica e irrestritamente, a utilização das provas obtidas por meios ilícitos, a questão ainda apresenta grande problemática, em face da diversidade de interpretações dos operadores. De um lado, existem posicionamentos inadmitindo a utilização da prova de origem ilegal, em sinal de respeito à literalidade da regra constitucional. No outro lado, entretanto, há quem afirme, em homenagem à interpretação teleológica e sistemática, que o dispositivo deva ser lido mais suavemente, harmonizando-se com outros princípios.

Decerto, a admissibilidade desregrada de tais provas levaria a uma tirania estatal em matéria de persecução penal, uma vez que o Estado, sem qualquer limite para os modos de obtenção de provas, inevitavelmente, ofenderia os cidadãos em seus direitos e garantias individuais. Mas não é isso que se defende. O que se busca, na verdade, é equilibrar valores fundamentais contrastantes.

A mitigação à vedação constitucional se apóia na teoria da proporcionalidade, e tem como finalidade fazer com que em casos de extrema gravidade e em situações excepcionais, onde não existam outros meios de prova, possa-se usar da prova ilícita, tornando possível a construção de uma sociedade justa, como é imperativo constitucional, e assegurando a realização de todos os fins do Estado.

4.2. A admissibilidade de provas ilícitas *pro reo*

A aceitação do princípio da proporcionalidade *pro reo*, em matéria de provas ilícitas, é praticamente unânime pela doutrina e jurisprudência.

Apesar de obtida por meio ilícito, a prova pode ser aceita no processo penal quando beneficiar o réu, uma vez que, pelo critério da proporcionalidade, a justiça e o direito à liberdade do réu, via de regra, são mais importantes do que qualquer outro direito individual. Assim, se a prova ilícita ou ilegítima for necessária para evitar uma condenação injusta, deverá ser aceita, flexibilizando-se a proibição dos incisos X e XII, do art. 5º, da Constituição Federal.

Tal posicionamento, como já exposto, configura uma manifestação do princípio da proporcionalidade. É verdade que a justiça, a liberdade e os demais direitos individuais são igualmente protegidos constitucionalmente, contudo, os dois primeiros (justiça e liberdade) são, em regra, hierarquicamente superiores. O princípio da justiça é oriundo do direito natural, e, inegavelmente, tem valor supremo, visto ser o próprio fim do Direito. Igualmente, o direito à liberdade, por se caracterizar como *conditio sine qua non* para o exercício de muitos outros direitos elencados pelo ordenamento jurídico, ocupa patamar superior em relação a estes. Dessa forma, confrontando-se a justiça e a liberdade com outros valores, como por exemplo, a intimidade e a inviolabilidade do domicílio, em regra, deverão prevalecer aqueles em relação a estes.

Assim, não se pode condenar um inocente, através da utilização absoluta da norma de inadmissibilidade da prova ilícita, quando existem, em confronto, outros direitos, que constituem princípios basilares de nossa Constituição, quais sejam, a

liberdade e a justiça. Nesse sentido, MENDONÇA¹²:

Ora, se o Estado protege o indivíduo vedando que as penas passem da pessoa do condenado (artigo 5º, XLV), se garante aos litigantes em processo judicial ou administrativo o contraditório e a ampla defesa (artigo 5º, LV), e ainda, se ordena que ninguém possa ser considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória (artigo 5º, LVII), naturalmente se extrairá destes dispositivos o objetivo fundamental da República fundado na Justiça e na Liberdade, não podendo o Estado se insurgir contra esses valores supremos e condenar alguém que seja reputado inocente, apenas porque o meio de admissão das provas foi considerado ilícito.

Contudo, atente-se que, pelos critérios acima comentados, nem sempre a prova ilegal pode ser utilizada em benefício do réu (apesar de que, será admitida na maioria das vezes, ante o grandioso valor da justiça e da liberdade). Como dito, é necessário medir no caso concreto as conseqüências da aceitação e ponderar todos os valores envolvidos na lide.

A admissibilidade de provas ilícitas *pro reo* é reforçada ainda pelas excludentes de ilicitude: legítima defesa e estado de necessidade. Concorrendo as circunstâncias caracterizadoras da legítima defesa, qualquer direito pode ser violado sem que haja crime, de sorte que a prova colhida ilicitamente torna-se admissível no processo, uma vez que a ausência de antijuridicidade, resultante da legítima defesa, exclui a ilicitude da coleta da prova. Por idênticas razões também não há ilicitude de prova colhida em estado de necessidade.

Por todo o exposto, o entendimento contrário à admissibilidade de provas ilícitas *pro reo* ensejaria uma enorme inversão de valores no que se refere aos bens e direitos tutelados pelo Estado.

¹² MENDONÇA, Rachel Pinheiro de Andrade. *Provas ilícitas: limites à licitude probatória*, p. 88.

4.3. A admissibilidade de provas ilícitas *pro societate*

A admissibilidade de provas ilícitas *pro societate* nada mais é do que a possibilidade de a acusação, em casos graves e extremos, apresentar provas ilicitamente obtidas, com o objetivo de formar a convicção do julgador acerca da responsabilidade penal do réu e da necessidade de aplicar-lhe uma sanção.

Tal admissibilidade decorre da interpretação sistêmica da Constituição, que permite o afastamento da norma de inadmissibilidade de provas ilícitas em detrimento de valores outros que representem a finalidade maior do Estado de Direito, bem como; decorre da hierarquia lógica de direitos constitucionalmente tutelados, tomando por base o tão mencionado princípio da proporcionalidade.

Como já analisado, nenhuma garantia individual tem caráter absoluto. Assim, em caso de eventual conflito entre valores constitucionalmente protegidos, deve-se promover a aplicação daquele de maior envergadura. Para tanto, note-se que há uma supremacia dos dispositivos relativos à promoção da justiça, à erradicação da miséria e da marginalização, e ao princípio do Estado de Direito, em relação a alguns direitos individuais do réu infringidos pela coleta da prova. E assim, sempre que se verificar que aqueles valores têm maior importância do que o direito individual do réu, deve-se permitir a utilização da prova viciada, com o objetivo precípuo de atender aos fins do Estado de Direito e ao anseio de justiça.

O emprego de tais provas, além de permitido pelo sistema constitucional vigente, se torna imperioso, tendo em vista que os objetivos estatais enumerados no art. 3º da Carta Magna são valores fundamentais da sociedade, cujo respeito se confunde com o próprio conceito de justiça. O Estado de Direito deve respeito à pessoa humana e tem o dever de promover o bem de todos, assim como, a justiça.

Para alcançar tal fim, é preciso garantir a ordem pública, e para tanto, o Estado deve estruturar a persecução penal de modo a torná-la eficaz.

Ao contrário do que se possa imaginar, a permissibilidade de tais provas não deixa os cidadãos inteiramente desprovidos de respeito em sua individualidade, em prol, unicamente, da supremacia do interesse social. Trata-se, pois, de uma admissibilidade condicionada, onde há um controle das atividades estatais ainda mais criterioso do que o controle meramente formal e absoluto da inadmissibilidade de provas ilícitas, visto que o resultado da atividade persecutória deverá ser analisado judicialmente, não apenas em seu aspecto formal, mas sobre a essência das informações colhidas, já que o conteúdo é que pode apresentar ofensa a algum direito.

Ademais, a admissibilidade de tais provas não deve ser aceita de forma ilimitada; ao contrário, só deve ocorrer em casos graves e extremos, onde não haja nenhum outro meio capaz de fazer prova contra o réu, e onde seja sua aplicação um imperativo para a realização da justiça.

Sob esses argumentos, a doutrina e a jurisprudência vêm, lentamente, inclinando-se a permitir a utilização de provas que, embora obtidas ilicitamente, possam demonstrar, de forma exclusiva, a culpa do acusado.

Nesse sentido, temos o magistério de VASCONCELLOS¹³: “é um vício constante da doutrina afirmar que as provas ilícitas incriminatórias não podem jamais ser usadas contra o réu”.

Igualmente, defende CAPEZ¹⁴:

Entendemos que o princípio da proporcionalidade deve também ser admitido também *pro societate*, pois o confronto 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 profundo. A acusação,

¹³ VASCONCELLOS, Roberto Prado. *Provas ilícitas* (enfoque constitucional), p. 465.

¹⁴ CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*, p. 261.

principalmente, a promovida pelo Ministério Público, visa a resguardar direitos fundamentais para a coletividade, tutelados pela norma penal. 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 do seu poder de discricionariedade, deve sopesar e avaliar os valores contrastantes envolvidos. (...) A prova, se imprescindível, deve ser aceita e admitida, a qual deve ser empregada *pro reo* ou *pro societate*.

Em termos de jurisprudência, como precedente de tal posicionamento, a 6ª turma do STJ, em decisão unânime, datada de 05/03/1996, no *habeas corpus* nº 4138, admitiu a utilização de provas ilícitas em desfavor do acusado, acentuando a relatividade dos direitos contemplados no texto constitucional, decorrente da própria necessidade de harmonização recíproca, destacando quão descabido é hastear um valor supremo, sejam quais forem as circunstâncias, a privacidade deste ou daquele indivíduo, uma vez que "*pode haver do outro lado da balança, o peso do interesse público a ser preservado e protegido*".

Essa é, pois, a medida mais consentânea com o ideal de justiça, tão almejado.

4.4. Casos de admissibilidade da prova ilícita *pro societate*

Como exemplos de casos graves e extremos em que pode ser possível a admissibilidade de provas ilícitas *pro societate*, pode-se citar os crimes praticados contra o erário público e o crime de tráfico ilícito de entorpecentes, quando se verificar que a eventual inutilização da prova colhida ilicitamente pode resultar na impossibilidade de punição dos culpados.

Quanto ao primeiro caso, deve-se considerar que o desfalque das verbas do erário reflete diretamente na prestação dos serviços estatais destinados à materialização de alguns princípios fundamentais, como os mencionados no art. 3º

da Constituição Federal, quais sejam: a construção de uma sociedade livre, justa e solidária; a garantia do desenvolvimento nacional; a erradicação da pobreza e da marginalização, bem como, a redução das desigualdades sociais e regionais; e a promoção do bem de todos, sem qualquer preconceito ou discriminação. Em função desses princípios o Estado tem o dever de punir. Inadmitir processualmente prova ilícita, de modo a causar prejuízo à materialização de alguns desses princípios fundamentais significa criar obstáculo à atividade estatal de realização de seus objetivos fundamentais, excluindo outro direito igualmente constitucional, consistente na assistência estatal, da qual é titular a população carente. A esse respeito, muito bem relata CARNAÚBA¹⁵:

O direito dos cidadãos carentes aos serviços estatais de assistência à comunidade e promoção do bem-estar é assegurado pelos arts. 3º e 6º da Carta Magna. A prestação desses serviços constitui condição *sine qua non* para que a população pobre tenha uma existência terrena compatível com a dignidade humana. A não-prestação desses serviços públicos essenciais, ou sua prestação inadequada causam a morte de inúmeras pessoas. A prestação adequada de serviços estatais de assistência à população carente é fim constitucional muito mais relevante que a garantia de privacidade do indivíduo, porque se não acontecer eficientemente, resulta comprometido o próprio direito à vida das pessoas pobres.

Nos delitos de tráfico ilícito de entorpecentes, onde a inadmissibilidade de provas ilícitas incriminadoras gera impunidade, os danos para os cidadãos não são menos gravosos, pois fica comprometido o dever estatal de promoção da justiça e erradicação da marginalização, assim como, pode haver, comprometimento moral da estrutura administrativa do Estado em face da força corruptiva do comércio ilícito de entorpecentes e drogas afins.

Por essa razão, a admissibilidade de provas ilícitas *pro societate* mostra-se, muitas vezes, imprescindível para a efetiva garantia do Estado Democrático de

¹⁵ CARNAÚBA, Maria Cecília Pontes. Op. cit., p. 24.

Direito, assim como, seus fundamentos e objetivos.

CONCLUSÃO

Pelo fio do exposto, força é concluir que, na medida em que a garantia da vedação da prova ilícita, encontra-se dentro de um sistema maior, deve a mesma ser interpretada de modo que permita a perfeita realização dos objetivos desse sistema.

O Estado, ao vedar a autotutela entre os particulares, comprometeu-se a oferecer jurisdição eficaz e, para tanto, deve garantir meios que possibilitem a verificação dos direitos materiais alegados, afinal também é sua preocupação cumprir zelosamente o ofício jurisdicional.

De nada adianta fechar os olhos para aquilo que há do outro lado da balança no justo momento em que se depara com uma prova, *a priori*, contrária ao ordenamento. Somente através do cotejo da situação fática concreta, se poderá dizer quais provas devem ou não ser aceitas em determinado processo. É bem verdade que, como regra, a prova obtida por meio ilícito está vedada, pois o ideal, em qualquer processo, é encontrar meios de provas lícitos a comprovar as alegações, de modo que aquela ilícita não necessite constar nos autos. Dessa forma, cumpre aos operadores justificar com todo zelo as exceções que exijam a restrição da garantia. E, com o fim de garantir a harmonia, mostra-se razoável a aplicação do princípio da proporcionalidade, o qual, em última análise, permite uma solução satisfatória para as questões apresentadas, preservando o Estado de Direito em seus aspectos mais relevantes.

Nessa linha, não se afigura possível afirmar que a prova ilegal possa ser sempre utilizada quando em benefício do réu, muito embora, na maioria das vezes, e justificada exceção, assim o seja. Como dito, é necessário medir as conseqüências da aceitação e ponderar todos os valores envolvidos na lide.

É de se referir, ainda, que, quando utilizada pela acusação, a prova ilícita é também, perfeitamente, admissível no processo penal, desde que, no caso concreto, os valores da justiça e da segurança jurídica tenham maior relevância do que os direitos individuais violados. Atente-se, porém, que, tal admissão deve se dar com o máximo de temperamento, dado os bens jurídicos comumente envolvidos no juízo criminal.

Em suma, não se pode dizer que a regra contida no art.5º, LVI, CF, que prevê a vedação da utilização da prova obtida por meios ilícitos, seja absoluta. Ela deve ser entendida com temperamento e, sob circunstâncias excepcionais, deve ceder, em homenagem à própria sobrevivência do sistema jurídico nacional, seja em benefício do réu, ou da sociedade. Assim, parece evidente que, para a perfeição desse comando, deve-se confiar nos julgadores, a fim de que esses não cometam atos de puro arbítrio, que é justamente o combatido pelo princípio da proporcionalidade. As decisões, nessa medida, deverão ser cautelosamente fundamentadas, expondo todos os motivos que influenciem o convencimento pela aceitação da prova *prima facie* proibida, aos fins de prestigiar o Estado de Direito. A segurança jurídica, então, brotará da uniformização da jurisprudência, mediante a elaboração de critérios objetivos e abstratos para análise e valoração da aludida prova.

BIBLIOGRAFIA

ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. *Da prova no processo penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. *Provas ilícitas: interceptações telefônicas e gravações clandestinas*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. 2. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 1999.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 05 de outubro de 1988. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas-corpus nº 4138*. Brasília, DF, 05 de março de 1996. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br/jurisprudencias.html>> Acesso em: 16 fev. 2003

CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

CARNAÚBA, Maria Cecília Pontes. *Prova ilícita*. São Paulo: Saraiva, 2000.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Introdução do direito processual constitucional*. Porto Alegre: Síntese, 2000.

GOMES, Luiz Flávio; CERVINI, Raúl. *Interceptação telefônica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

GRINOVER, Ada Pelegrini. *As provas ilícitas na constituição. O processo em evolução*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

JARDIM, Afrânio Silva. *Reflexão teórica sobre o processo penal*. Direito processual penal. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

MENDONÇA, Rachel Pinheiro de Andrade. *Provas ilícitas: limites à licitude probatória*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *A constituição e as provas ilicitamente obtidas*. Revista Forense. Rio de Janeiro: Forense, nº 337; 125-134, jan./fev./mar./1997.

PENTEADO FILHO, Nestor Sampaio. *Provas ilícitas e investigação criminal*. Disponível em: <<http://www.jusnavigandi.com.br/doutrina/processopenal/provas.html>> Acesso em: 09 fev. 2003.

QUEZADO, Paulo; LIMA, Rogério. *Quebra de sigilo bancário: uma análise constitucional*. ABC Fortaleza. Fortaleza, CE. 1999.

RANGEL, Ricardo Melchior B. *Prova ilícita e a interceptação telefônica no direito processual penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

USTÁRROZ., Daniel. *Provas ilícitas*. Disponível em: <<http://www.jusnavegandi.com.br/doutrina/processopenal/provas.html>> Acesso em: 09 fev. 2003.

VASCONCELLOS, Roberto Prado de. *Provas ilícitas (enfoque constitucional)*. Revista dos Tribunais, São Paulo, SP, ano 90, n. 791, set. 2001.