

DOCTRINA NACIONAL

A PROVA ILÍCITA NO PROCESSO PENAL — BREVES COMENTÁRIOS

MÁRCIO GASPAR BARANDIER

Advogado

A Constituição Federal de 1988 trouxe, no inc. LVI do seu art. 5º, grande avanço na problemática questão da prova ilícita. Diz o novo texto constitucional que “São inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”.

Trata-se de uma inovação, consagrando a tendência doutrinária dominante. Em que pese o entendimento majoritário de que a vedação já existia implicitamente no texto constitucional, em decorrência dos princípios gerais do direito, o fato é que as Constituições anteriores nunca abordaram expressamente o assunto como fez a atual.

Com efeito, a polêmica era grande. Parte da doutrina, com lastro no princípio da busca da verdade real no processo penal e o interesse coletivo na apuração dos crimes, entendia que o fato ilícito deveria ser apurado e o autor punido, sem prejuízo, contudo, do aproveitamento da prova. De outro lado, entendia-se que essas provas eram despidas de qualquer valor jurídico, de acordo com os princípios gerais do direito, sendo inadmissível a sua utilização no processo por atentar contra os direitos mais elementares da pessoa. Assim, estabelecia-se o conflito entre o interesse coletivo na apuração dos crimes e o interesse individual na preservação da intimidade e da integridade física e moral, que, no fundo, resulta de um interesse também coletivo em garantir direitos essenciais para a perpetuação do Estado de Direito.

Sem engano, a nova Carta encerrou esta controvérsia, vedando expressamente o aproveitamento dessas provas no processo, mas outra se acendeu em relação à abrangência e à interpretação do mencionado dispositivo.

Claro está que o objetivo deste preceito é tão-somente o de resguardar os direitos individuais. É uma vedação de natureza material.

Vale lembrar que não se deve confundir, como tem acontecido, provas ilegais, provas ilícitas e provas ilegítimas. As provas ilegais, vedadas por uma norma ou um princípio do direito positivo, consoante ensinamentos de Nuvolone, citados e enriquecidos pela Profa. Ada Pellegrini Grinover em seu livro *Liberdades Públicas e Processo Penal* (Ed. RT, 1982) e abraçados pela maioria esmagadora dos nossos doutrinadores, dividem-se em ilícitas e ilegítimas. Ilícitas são aquelas obtidas com violação de direito material, ou seja, daqueles direitos elementares garantidos à pessoa pelo ordenamento jurídico, como a intimidade e a integridade física e moral do indivíduo. As ilegítimas, por sua vez, são as conseguidas com violação de direito processual, de interesses relativos à lógica e à finalidade do processo, que desatendem as formalidades legais, a exemplo de um reconhecimento de pessoa que se arremessa contra o disposto no art. 226 do CPP.

De forma alguma objetivaram os constituintes, no caso concreto, alcançar

as provas ilegítimas, cujas limitações já existem na lei processual. Tanto é assim que esta norma encontra-se no capítulo destinado aos Direitos e Garantias Individuais.

A Lei Maior, na verdade, tornou a prova ilícita definitivamente ilegítima.

Logo, toda e qualquer prova obtida por meios ilícitos, a rigor, está vedada no processo, tal a clareza do conteúdo proibitivo.

O direito tutelado nessa hipótese, como visto, é o individual, mais especificamente da intimidade e da integridade corporal e moral. A proibição imposta ao aproveitamento da prova ilícita visa, justamente, assegurar que no processo não sejam violados, em especial, estes direitos individuais, através de meios pouco recomendáveis de obtenção de prova garantindo, consequentemente, a preponderância dos interesses individuais da privacidade e da integridade física e moral sobre o interesse coletivo de apuração dos crimes.

Ocorre, entretanto, que existem dois direitos ainda mais relevantes: o direito à liberdade e o direito à vida, garantidos também pela Constituição.

Ora, se a única prova capaz de demonstrar a inocência do acusado for ilícita (uma gravação clandestina, p. ex.), o que se deve fazer? Ao mesmo tempo em que a Constituição proíbe o aproveitamento desta prova, garante ao acusado a ampla defesa na busca de sua liberdade.

Assim, existem direitos à privacidade, à liberdade e à vida que, eventualmente, podem ser conflitantes.

Diante disto, surge o entendimento de que, em determinados casos, a prova obtida por meios ilícitos pode ser admitida, desde que o interesse neste aproveitamento seja maior do que aquele que originou a vedação.

Há quem sustente, todavia, que a referida norma proíbe o aproveitamento da prova ilícita em qualquer circunstân-

cia. Sustentam que “a prova é lícita ou ilícita, não havendo meio termo”. *Data venia*, seria de exagerado tecnicismo — e até falta de humanidade e senso de justiça — que a privação da liberdade prevalecesse através de uma condenação injusta apenas para que se atendessem àquela limitação.

É certo que a acusação não pode se valer de provas obtidas por meios ilícitos, em hipótese alguma. Em primeiro lugar porque, neste conflito, o interesse individual prevalece sobre o interesse coletivo na apuração dos crimes, e a norma constitucional é clara nesse sentido. E, em segundo lugar, o aproveitamento dessas provas pelo Estado — leia-se titular da ação penal — constitui a utilização oficial de produto de crime, assim como o receptor, que adquire mercadoria que sabe ser roubada, conduta incompatível com a função de aplicar a lei e promover a justiça.

Celso Ribeiro Bastos aborda o assunto com proficiência: “uma prova, p. ex., obtida de forma violenta, com a utilização inclusive da tortura, nunca seria aceitável sem que com isto nós estivéssemos de alguma forma convalidando a própria tortura” (*Comentários à Constituição do Brasil*, 2ª/273, Saraiva, 1989).

Frederico Marques, por seu turno, mostra que não se pode aceitar que na busca da verdade real “lance-se mão de meios iníquos de investigação e prova, além de outros fundados em superstições, credices ou práticas não mais consagradas pela ciência processual” (*Elementos de Direito Processual Penal*, II/293-294, Forense). E vai além o notável mestre: “inadmissível é na justiça penal, a adoção do princípio de que os fins justificam os meios, para assim tentar legitimar-se a procura da verdade através de qualquer fonte probatória” (ob. cit., p. 294). E mais: o escopo do processo penal, como ensina Manzini, não é o de tornar a pretensão punitiva realizável a qualquer custo.

A defesa, entretanto, pode se utilizar de provas obtidas por meios ilícitos quando estas forem indispensáveis. Não se trata, neste caso, de conflito entre interesses coletivos e particulares. Existe, na verdade, um conflito entre normas constitucionais.

Como visto anteriormente, uma norma proíbe o aproveitamento das provas ilícitas, visando a proteção da intimidade, e outra garante a amplitude de defesa, protegendo o direito à liberdade e, até, o direito à vida (cogita-se hoje, no Brasil, da volta da insana, medieval e inconstitucional pena de morte).

Deve prevalecer, obviamente, aquela em que o bem juridicamente tutelado é mais relevante, ou seja, a liberdade. Ademais, o nosso direito assegura, ainda, em caso de conflito de normas, a aplicação daquela que mais beneficiar o réu.

Claro está que a admissibilidade da prova ilícita no processo é uma exceção, e só pode ocorrer quando for indispensável à defesa do acusado.

Discute-se, ainda, entre os que defendem esta posição, o aproveitamento dessas provas quando o ilícito é praticado pelo próprio acusado, que será, então, o seu beneficiário. Não vejo problema, pois persistem os motivos que autorizam a sua aceitação. De qualquer forma, o argumento, uma vez mais, de Ada Pellegrini Grinover, é irretocável: "Além disso, quando a prova, aparentemente ilícita, for colhida pelo próprio acusado, tem-se entendido que a ilicitude é eliminada por causas legais, como a legítima defesa, que exclui a antijuridicidade". ("As Provas Ilícitas na Constituição", in *Livro de Estudos Jurídicos*, 3/24-25, Instituto de Estudos Jurídicos, 1991).

Em suma, as provas ilícitas são admissíveis no processo apenas quando necessárias na defesa do acusado — seja pelo conflito de normas, seja pela legítima defesa, excludente de ilicitude. A acusação, por sua vez, não poderá, em nenhuma hipótese, se valer dessas provas.

Desnecessário dizer que provas obtidas com violência física, p. ex., não podem ser valoradas nem na defesa. Não pela ilicitude, mas pela fragilidade, Altavilla mostra, em sua obra *Psicologia Judiciária*, traduzida por Fernando de Miranda (Coimbra Editora, 2º/266, 1958), que "o desejo espasmódico de fazer cessar, ou o pavor de ver renovar, um sofrimento insuportável, leva, não a confessar aquilo que se sabe, mas, poderemos dizer, a uma rendição, que nem sempre representa um gesto de sinceridade". Evidente que o vício decorrente da violência é irremediável, pois mascara a verdade e apresenta o fato da forma que interessa aos agressores ou torturadores, ao contrário das provas obtidas com fraudes ou violações da intimidade que, apesar de reprováveis e inadmissíveis em prejuízo do acusado, podem demonstrar a realidade e beneficiar a defesa.

As provas devem ser sempre analisadas e valoradas criticamente, como ensinam Max Hirschberg e Pedro Bertolino. Aliás, Hirschberg mostra que a valorização não crítica das provas está entre "las causas más importantes de las sentencias erróneas" (*La Sentencia Erronea en el Proceso Penal*, trad. del alemán por Tomas A. Banzhaf, Ed. Jurídicas Europa-América, 1969, p. 17).

Do ponto de vista da acusação, uma confissão conseguida mediante tortura ou uma gravação telefônica clandestina não apresentam diferenças: ambas são imprestáveis. Para a defesa, porém, a gravação clandestina poderá ser utilizada, desde que imprescindível, ao passo que a confissão mediante tortura é uma prova de extrema fragilidade e que não se pode admitir que constitua a expressão da verdade.

Elementar que o legislador, ao vedar o aproveitamento das provas ilícitas no processo, não pretendeu criar meios de impossibilitar a apuração dos crimes. E as garantias constitucionais não devem se prestar a esse propósito. Conforme insistentemente sublinhado anteriormen-

te, a questão é complexa, devendo prevalecer sempre o interesse maior.

Quando se fala, com tamanha tranquilidade e displicência dos direitos individuais, nos dias que correm, em autorizações judiciais para escutas telefônicas ou violações de sigilo bancário, é preciso refletir.

Lógico que, em situações especialíssimas, como em casos de extorsão ou ameaça, ou em hipóteses de irreparáveis prejuízos iminentes, é de se admitir tais medidas extremas. E a nossa Lei Maior prevê essa possibilidade.

É imprescindível, contudo, a existência de autorizações judiciais fundamentadas, com forte motivação, diversas daquelas semelhantes a despachos de mero expediente.

Considerações técnicas à parte, é preciso refletir sobre a eficácia prática da vedação.

É notório que os expedientes repugnantes continuam a ser utilizados pelos órgãos de repressão à criminalidade. As torturas existem, as violências físicas, principalmente contra os desassistidos, são até comuns e as escutas telefônicas clandestinas são corriqueiras.

Não raro a polícia se aproveita de provas conseguidas ilicitamente para “fabricar” provas legais, compondo, de forma aparentemente lícita e legítima, a verdade que lhe interessa demonstrar. As tão propaladas “denúncias anônimas”, p. ex., utilizadas de forma absurda, servem, normalmente, como justificativa para encobrir inconfessáveis práticas durante as investigações.

E isso não se restringe à polícia brasileira. A americana, p. ex., com toda estrutura e aparelhagem que dispõe, constantemente pratica ilícitos, com destaque para as violências físicas, objetivando provar o que lhe convém.

Em sendo assim, é imperioso salientar, novamente, a valoração crítica da prova, tão insistentemente defendida por Hirschberg.

Outro aspecto prático relevante é o convencimento do juiz. Até que ponto

a prova ilícita, ainda que fulminada pela nulidade, tem influência na decisão dos magistrados? Quantos irão desconsiderá-la totalmente, como se não existisse, para que não sirva de elemento de formação da convicção?

Sabe-se, p. ex., que as confissões obtidas nas temíveis dependências policiais, durante o inquérito, não podem ser valoradas se não ratificadas em juízo. Não é o que acontece, porém, na rotina forense. Altavilla lembra que “Todos sabemos que grande parte destes acusados se retratam, mas, em vão, porque o juiz, embora acreditando nas violências, utiliza a confissão como fundamento de sua convicção” (ob. cit., p. 264). A lição de Altavilla é da década de cinquenta, mas os que militam no fôro criminal sabem que em todos esses anos nada mudou.

Em resumo, as provas obtidas por meios ilícitos são, indiscutivelmente, vedadas no processo, salvo quando essenciais na defesa do acusado.

A proibição legal, por si só, não é, todavia, suficiente. Impõe-se o debate, a conscientização dos magistrados, dos representantes do Ministério Público, das autoridades policiais e, principalmente, dos advogados que raramente reclamam os direitos mais elementares de seus clientes.

Em que pese a importância de se proteger a intimidade e a integridade da pessoa, a questão da prova ilícita, de extrema atualidade, vem merecendo um verdadeiro desprezo por parte dos nossos doutrinadores. Poucos, como a Profa. Ada Pellegrini Grinover, se dignam a estudar e a expor uma posição, preferindo a maioria tecer breves e óbvios comentários sem qualquer aprofundamento.

Finalmente, trata-se de tema atual, controvertido e da maior relevância. É imprescindível debater e buscar soluções para que os direitos essenciais sejam respeitados e não deixar que a desobediência aos mandamentos constitucionais se torne um vício.