

INSTITUTO VALE DO CRICARÉ
FACULDADE VALE DO CRICARÉ
CURSO DE DIREITO

O PROCESSO PENAL E AS PROVAS ILÍCITAS

SALETE REGINA PEDRONI COLODETTI

SÃO MATEUS

2007

SALETE REGINA PEDRONI COLODETTI

O PROCESSO PENAL E AS PROVAS ILÍCITAS

Monografia apresentada à faculdade de Direito, da Faculdade Vale do Cricaré, como exigência parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob a orientação do Professor Samuel Davi Garcia Mendonça.

**SÃO MATEUS
2007**

Agradeço a Deus, pelo dom da vida e da inteligência.

A minha família, em especial meu esposo, pela confiança e acima de tudo pelos ensinamentos transmitidos, tendo abdicado carinhosamente de horas salutares de convívio em reconhecimento à importância dessa trilha.

Aos demais familiares que sempre confiaram e torceram por mim.

Aos meus amigos, pela colaboração e incentivo. E finalmente ao Professor Samuel Davi que não mediu esforços, gerando conhecimento que refletiram nesta realização.

Dedico esse presente monografia aos meus pais, que apesar de todos os momentos difíceis que a vida lhes proporcionou, nunca mediram esforços para realização deste sonho.

“O advogado não altera a verdade se consegue tirar dela aqueles elementos mais característicos, que escapam ao vulgo. Não é justo acusá-lo de trair a verdade quando, pelo contrário, consegue ser, como o artista, o seu intérprete sensível”

(Calamandrei)

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	
1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA.....	
1.1 Legislação Pertinente.....	
1.1.1 A legislação portuguesa.....	
1.1.2 A legislação brasileira.....	
1.1.3 O Código Penal de 1890.....	
1.2 O Processo Penal e a Constituição Federal.....	
1.3 Princípio ou dogma da Verdade Real e Liberdade de Prova.....	
2 CONCEITO DE PROVA EM SENTIDO AMPLO E ESTRITO.....	
3 PROVAS ILÍCITAS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.....	
3.1 Tratamento Recebido Pela Prova Ilícita no Sistema Processual Brasileiro.....	
4 ATUAL SITUAÇÃO DA JUSTIÇA BRASILEIRA.....	
5 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE.....	
5.1 Adequação, Necessidade e Proporcionalidade em Sentido Estrito.....	
5.2 Estado Legal e Estado Constitucional.....	
5.3 Princípio da Proporcionalidade e a Prova Ilícita Utilizada <i>pro reo</i>	
5.4 Princípio da Proporcionalidade e a Prova Ilícita Utilizada <i>pro</i> <i>societate</i>	
6 CONCLUSÃO.....	
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	

INTRODUÇÃO

Aprende-se, durante a vida acadêmica, que uma Ação Penal será deflagrada somente quando presentes a prova de existência do crime (materialidade) e os indícios suficientes de quem possa ter cometido o delito (autoria). Estes elementos são imprescindíveis para embasar o decreto condenatório.

Ocorre que, na prática, há inúmeros Inquéritos Policiais arquivados por não estarem presentes um destes elementos, ou também a existência de processos sem sentença justa por falta de provas convincentes.

A situação da segurança pública em nosso país tem sido um problema de difícil solução e, pelo menos por enquanto, não há nenhum laivo de luz no fim do túnel. E não é por menos. O Crime Organizado conta não apenas com recursos e arsenal de ponta, mas também com a impunidade resultante da morosidade da Justiça e da ineficiência das Polícias. Polícias estas que, em sua grande maioria, não dispõem de equipamento e pessoal suficientes.

Somado a tudo isso, há outro problema: em inúmeros casos a prova suficiente para embasar o decreto condenatório encontra-se maculada com a ilicitude. Face ao grande poderio, tanto econômico quanto armado, dos criminosos, estão cada vez mais raras as provas lícitas. Tal fato gera discussão entre operadores do direito no sentido de saber qual o procedimento a ser adotado com as provas apresentadas em juízo maculadas pela ilicitude.

É certo que a nossa atual legislação, conduzida pela Carta Magna, veda expressamente a admissão da prova ilícita. Mas é exatamente sobre este aspecto

que o presente trabalho defende a utilização do princípio da razoabilidade como alternativa para solucionar as situações acima mencionadas.

1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA

O primeiro direito a surgir foi o penal. A pena representava inicialmente vingança privada da própria vítima, de seus parentes ou de agrupamentos social (tribo) a que pertencia.

Ao longo dos séculos, as inquirições eram caracterizadas por exarcebada rigidez, onde se percebia claramente a ocorrência de graves torturas que muitas vezes culminavam com a morte dos interrogados. Neste período a tortura era um direito do senhor sobre escravos, considerados coisas, ou foi aplicada como pena advinda de sentenças criminais.

Nesses processos de inquisição, a denúncia era prova da culpabilidade, cabendo ao acusado a prova de sua inocência. O acusado era mantido incomunicável; ninguém, a não ser os agentes da Inquisição, tinha permissão de falar com ele; nenhum parente podia visitá-lo. Geralmente ficava acorrentado. O acusado era responsável pelo custeio de sua prisão. O julgamento era secreto e particular, e o acusado tinha de jurar nunca revelar qualquer fato a respeito dele no caso de ser solto. Nenhuma testemunha era apresentada contra ele, nenhuma lhe era nomeada, os inquisidores afirmavam que tal procedimento era necessário para proteger seus informantes. A tortura só era aplicada depois que uma maioria do tribunal votava sob pretexto de que o crime tornara-se provável, embora não certo, pelas provas. Muitas vezes a tortura era decretada e adiada na esperança de que o medo levasse à confissão. (ARANHA, 1996)

No entanto, existiram períodos que foram marcados inclusive pela inexistência de interrogatório, isto é, muitas pessoas, às vezes inocentes eram condenadas sem qualquer meio de se defender.

Hoje em dia existem constantes casos de violações dos Direitos Humanos em interrogatórios e uma das melhores maneiras de se combater tal prática ilegal e subversiva é o respeito ao procedimento exigido para a realização do ato.

Costumam os historiadores do Direito Processual Penal dividi-lo em dois grandes períodos. No primeiro, dominam os glosadores, os práticos e os precursores. O primeiro limitara-se a breves notas ao Direito Romano do Império. Sucedem-lhes os pós-glosadores, que, não abandonando o Direito Romano, são, entretanto, mais sensíveis às necessidades de seu tempo. (CAPEZ, 2003).

Com os práticos, a exposição já é sistemática, há alguma técnica.

Na metade do século XVIII, o chamado *Período Humanitário* do Direito Penal, outra é a orientação tomada: o objetivo é a humanização da justiça; procura-se conciliar a legislação penal com as exigências da justiça e os princípios de humanidade. O maior vulto é, então, Cesare Beccaria, com seu “pequeno grande livro” *Dei delitti e delle pene* que, a par de outras reivindicações, investe contra as atrocidades da pena, a natureza dos processos e as iniquidades da justiça.

O segundo período caracteriza-se principalmente pelo Código Napoleônico de 1808 (*Code d' Instruction Criminelle*). Surgem, então, estudos mais completos e ponderados da disciplina, agora separada do direito substancial. Há elaborações doutrinárias, em que se sobressaem vultos como CARRARA, com seu *Programma Del Corso di Diritto Criminale*. (AMARAL SANTOS, 1997).

Proclamada a República, a Constituição de 1891 atribuiu aos Estados a Faculdade de legislar sobre processo, o que, todavia, nem todos fizeram. A Carta Política de 10 de novembro de 1937 restabeleceu o regime da unidade processual, urgindo, pois, a elaboração de um código de processo para o País, que entrou em vigor em 1º de janeiro de 1942 e que vige atualmente.

Em 10 de junho de 1975, o Presidente da República enviou ao Congresso Nacional o Projeto de Lei nº 633/75, instituindo um novo Código de Processo Penal e publicado no *Diário Oficial da União* de 29 de junho do mesmo ano, propôs-se a três diretrizes fundamentais: supressão do inquisitorialismo judiciário, fortalecimento do Ministério Público e ampla tutela ao direito de defesa do réu, com a máxima preservação de seu *ius libertatis* durante o processo. (MIRABETE, 2003).

Transformando em lei, o novo Código de Processo Penal deveria entrar em vigor concomitantemente com o novo Código Penal (Dec.-lei nº 1.004, de 1969), o que acabou não acontecendo.

Ao Congresso Nacional, em 1983, foi remetido o Projeto de Lei nº 1.655, projeto este que poderá ser transformado no futuro Código de Processo Penal. As maiores inovações apresentadas são as seguintes: simplificação do procedimento, término do procedimento de ofício, julgamento no estado da causa, princípio da identidade física do juiz, cria a prisão temporária, institui um colegiado de primeira instância para o julgamento dos casos de rito sumaríssimo, dá uma nova estruturação aos recursos etc.

Com a reforma da Parte Geral do Código Penal (Lei nº 7.209) surgiu a primeira Lei de Execução Penal (Lei nº 7.209). (CAPEZ, 2003).

A recente Constituição Federal, promulgada em 05 de outubro de 1988, apresentou inúmeras inovações atingindo o Código de Processo Penal, embora a maior parte delas merecesse melhor colocação na lei ordinária, como a extinção da ação penal *ex officio*, a abolição da identificação criminal para os já identificados civilmente, comunicação da prisão aos familiares, inafiançabilidade para certos crimes etc.

Atualmente, tramitam no Congresso Nacional importantes projetos de reforma da legislação processual penal. Alguns polêmicos é verdade, outros, porém, necessários para dar maior efetividade ao processo penal. O exemplo de tal realidade cumpre mencionar, acerca das inovações positivas pela Lei nº. 10.792, de 01 de dezembro de 2003, notadamente no que se refere ao novo procedimento do interrogatório do réu, expressamente disposto pela recente redação conferida aos artigos 185 e seguintes do Código de Processo Penal, de forma a reconhecer-lhe uma nova feição de interrogatório-prova, e não apenas a natureza de mera autodefesa exercitada pelo acusado nesse referido momento processual, trazendo ainda em seu bojo, mesmo que de forma implícita, a figura do interrogatório on-line.

Essa lei entrou em vigor no dia 02 de dezembro de 2003, por força do disposto no seu artigo 9º, alterando a Lei nº 7.210, de 11 de junho de 1984 – Lei de Execução e o Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1.941 – Código de Processo Penal, trazendo significativas modificações no que pertine ao interrogatório realizado no bojo de um processo penal. (ARANHA, 1996).

São cinco as alterações mais significativas sobre o tema que será exaurido em capítulo próprio: necessidade de citação pessoal do réu preso; modificação quanto à regra do local de realização do ato do interrogatório; adequação constitucional à interpretação quanto ao direito de silêncio; necessidade da presença do advogado, com possibilidade de entrevista prévia e reperguntas pelas partes; e, extinção definitiva da figura do curador ao réu menor de 21 anos.

Nos primórdios da humanidade, o homem associava o ilícito à desobediência de preceito ligado à divindade. Não existia o processo. Na maioria dos casos, o preceito religioso já determinava a pena a ser aplicada. A título de exemplo, vale trazer a lume a cultura do povo Hebreu. A passagem bíblica descrita

no livro de João (8:1-11), versa sobre o caso da mulher que iria ser apedrejada. Além da linda, misericordiosa e divina lição que Cristo nos deixou de não julgar ao próximo, e ainda perdoar, naquela passagem encontramos a sanção do adultério entre aquele povo, ou seja, o apedrejamento. E mais, a execução da pena era feita pelo próprio povo, ou, em alguns casos, pelo ofendido. Esta foi a era da “lei do mais forte”, do “olho por olho e dente por dente”, a lei do Talião. (ARANHA, 1996).

Porém, somente quando da criação do Estado como ente acima dos cidadãos, o que doutrinadores chamam de forma de “império”, é que se delegou a tutela para dirimir conflitos. Sob a égide estatal, é que se editou de normas processual, tendo por consectário lógico o estabelecimento da prova. O principal fator que contribuiu para a criação de legislação tratando sobre o tema provas é o fortalecimento de famoso princípio do devido processo legal.

Na mão do Estado estava, então, o poder de decisão. Não demorou muito e também lhe conferido o poder de investigar, fundamental para o convencimento do Estado-juiz. Evidente! Aquele que deveria ser convencido poderia buscar, para ensejar sua decisão, os elementos necessários para prestar a tutela estatal. Aqui surge o dogma da verdade real, principal aliado da liberdade de prova.

1.1 Legislação Pertinente

1.1.1 A legislação portuguesa

Às leis portuguesas passaram a aplicar-se no Brasil a partir do descobrimento, dada a nossa condição de colônia, e se incluem, assim, na história do direito penal brasileiro. (AMARAL SANTOS, 1997).

Com as invasões bárbaras do século V, a Península Ibérica foi a princípio ocupada pelos Álanos, Suevos e Vândalos. Estes últimos logo passaram à África e os dois primeiros misturaram-se. Todavia, a ocupação definitiva da península fez-se pelos godos, que se haviam situado nas Gálias e se expandiram, pela força das armas, no sentido da Espanha, onde passaram a dominar os visigodos.

As primeiras leis escritas dos Visigodos foram estabelecidas por seu rei Eurico, nas Gálias, no ano 466 DC, de que resultou o chamado *Código Alariciano*, mandado fazer por seu filho Alarico. Foi com base em tais leis que Chindasvindo e seu filho Recesvindo, fizeram na península Ibérica o corpo de leis que se chamou de *Cordex legun* ou *lex Wisigothorum (Fuero Juzgo)*, aprovado pelo 16º Concílio de Toledo, em 693. Este é o primeiro corpo de leis que vigora na Península.

A influência da Igreja é imensa, consagrando feroz intolerância religiosa, especialmente em relação aos judeus. Estão previstas penas corporais (inclusive muitos casos de mutilação), mas admite-se também a *composição*. Considera-se na aplicação da pena a condição do réu e o processo é o das ordálias.

Com a independência de Portugal, no século XII, o Código visigótico e os cânones dos concílios, deixaram de ser observados passando a vigorar a legislação foral, isto é, leis adotadas pelas diversas regiões do Reino e que se baseavam nos usos e costumes locais. As primeiras Leis Gerais foram feitas por D. Afonso II, em 1211, e D. Afonso III, em 1251. Por essa época o direito da Igreja adquiriu forma definitiva, a partir da publicação das *Decretais* de Gregório IX (que tiveram grande influência na aplicação do direito em vários lugares), e o direito romano renasceu, pela obra dos glosadores, em Bolonha. A partir do reino de D. Diniz (1279-1325), a influência desse direito em Portugal foi considerável, tendo sido acrescido de

numerosas leis, inspiradas também na legislação de Castela (Lei das Sete Partidas), muito vulgarizadas no Reino. (AMARAL SANTOS, 1997).

Este era o direito que vigorava em Portugal quando D. João I (1384-1433) determinou a reforma e compilação das leis num orgânico. Surgiu daí a compilação publicada em 1446, sob o reinado de D. Afonso V, então menor (sendo regente seu tio, o infante D. Pedro). São as *Ordenações Afonsinas*, que aparecem divididas em cinco livros (como as Decretais de Gregório IX). Recolhe o direito anterior, com grande influência do direito romano-canônico. No livro V estão o direito e o processo penais. *Coelho da Rocha* escreveu sobre o mesmo uma página que pode dizer-se clássica: “*Os defeitos dos códigos criminais da Idade Média se acham neste, de mistura com as disposições do direito romano e canônico. O legislador não teve em vista tanto os fins da pena, e a sua proporção com o delito, como conter os homens por meio do terror e do sangue*”. A pena de morte é aplicada amplamente, mantendo-se a desigualdade entre nobres e plebeus. O processo é não apenas o acusatório, do direito romano, mas também o das querelas e das inquirições devassas do direito canônico. O direito romano, as leis imperiais e o direito canônico são declaradas fontes subsidiárias, condição que também tinham a glosas de Acúrsio e Bártolo (Livro II, título 9). (AMARAL SANTOS, 1997).

Essa legislação tem de ser considerada em relação a seu tempo um progresso notável, pois constitui o primeiro código completo a surgir na Europa. Acolhe, evidentemente, as idéias vigentes em sua época, mas nele vemos, em definitivo, a fixação do magistério punitivo no poder público. Caracteriza-se também pela fantástica influência do clero.

D. Manoel I, em 1505, mandou rever as *Ordenações Afonsinas*, promulgando em definitivo em 1521 o corpo de leis que ficou conhecido como

Ordenações Manuelinas. Segue o sistema das ordenações anteriores, com a adição de novos provimentos surgidos desde então se observava (sobretudo o comércio com as Índias) obrigou ao aparecimento de numerosas leis, que foram reunidas por Duarte Nunes do Leão, em 1569, numa *compilação* reconhecida oficialmente.

O Tribunal da *Inquisição* que na Espanha, sob o reinado de Fernando e Isabel começou a funcionar de maneira terrível, com o famoso inquisidor Torquemada, funcionou em Portugal desde 1536, com o seu processo secreto, as torturas, os *Autos da Fé* e suas fogueiras. (ARANHA, 1996).

São as *Ordenações Filipinas*, que se baseiam nas Ordenações anteriores e na *Compilação* de Duarte Nunes do Leão, sem lhes introduzir qualquer alteração substancial. Essa legislação ficou em vigor quando Portugal readquiriu a independência, em 1640, pois foram revalidadas por lei de D. João IV, em 1643. Muito numerosas, porém, foram as leis que se sucederam. Em 1778 a rainha D. Maria I procurou reformar a legislação, surgindo então o trabalho notável de Mello Freire acolhendo muitas idéias vigentes àquela época na Europa, mas que não chegou a transformar-se em lei. Seu projeto, a que denominou *Código criminal intentado pela rainha D. Maria I*, apresentado em 1786, revela grande influência das idéias de Beccaria. (ARANHA, 1996).

1.1.2 A legislação brasileira

À época da descoberta estavam em vigor as *Ordenações Afonsinas* e, logo em seguida, as *Manuelinas*. Todavia, a situação da colônia, com o sistema das Capitânicas, tornava nula a possibilidade de aplicação desse direito, pela ausência de poder público juridicamente limitado e de um mínimo de organização repressiva. A

partir dos governos gerais é que se pode dizer tenha começado a ser aplicada no Brasil a legislação do reino. Tem-se observado, porém, que a transplantação dessas leis a um meio totalmente diverso e povoado por degredado e aventureiro, torna muito duvidosa sua aplicação. Com os governos gerais veio ao Brasil um Ouvidor-Geral, cuja competência em matéria criminal ia até a morte natural inclusive, para peões, gentios e homens livres. Embora surgissem novos alvarás, regimentos, cartas régias, etc., o direito penal aplicado no Brasil durante o período colonial foi o contido no Livro V das Ordenações Filipinas. (MIRABETE, 2003).

A legislação penal do livro V era realmente terrível, o que não constitui privilégio seu, pois era assim toda a legislação penal de sua época. A morte era a pena comum e se aplicava a grande número de delitos, sendo executada muitas vezes com requinte de crueldade. Eram previstas: a pena de *morte natural* (enforcamento no pelourinho, seguindo-se o sepultamento); *morte natural cruelmente* (que dependia da imaginação do executor e do arbítrio dos juízes); *morte natural pelo fogo* (queima do réu vivo, passando primeiro pelo garrote); *morte natural para sempre* (enforcamento, ficando o cadáver pendente até o apodrecimento). Havia ainda as penas infamantes, mutilações, confisco de bens e degredo. As penas dependiam da condição dos réus e empregavam-se amplamente as torturas. O sentido geral dessa legislação é o da *intimidação feroz*, puramente utilitária, sem haver proporção entre as penas e os delitos, confundindo-se os interesses do Estado com os da religião. Muitos delitos constituem incriminações fundadas em ridículas beatices. (CAPEZ, 2003).

As ordenações representam bem o estado da justiça penal que vigorava ao surgir o movimento humanitário, à época do Iluminismo, e que acima já referimos.

Permaneceram em vigor no Brasil, mesmo após a independência até o advento de nosso primeiro código penal, em 1830.

Com a independência e, sobretudo, com a carta constitucional de 1824, tornou-se imperiosa a substituição da arcaica legislação do Reino. Já o artigo 170, n.º 18, da Constituição determinava a feitura de um código criminal “fundado nas sólidas bases da justiça e da equidade”, estabelecendo (n.º 20) que “nenhuma pena passará da pessoa do delinqüente. Portanto, não haverá em caso algum confiscação de bens, nem a infâmia do réu se transmitirá aos parentes em qualquer grau que seja”. Recolhendo os ecos do movimento humanitário, estabelecia (n.º 19) que “desde já ficam abolidos os açoites, a tortura, a marca de ferro quente, e todas as mais penas cruéis”. Tais disposições eram necessárias, pois a legislação da metrópole fora revigorada por lei da Assembléia constituinte, de 20 de outubro de 1823. (CAPEZ, 2003).

Em 04 de maio de 1827, Bernardo Pereira de Vasconcelos apresentava à Câmara dos Deputados um projeto do código criminal, que serviu de base ao trabalho definitivo elaborado por uma comissão mista de deputados e senadores. Clemente José Pereira apresentou também, em 16 de maio de 1827, a primeira parte de um projeto, que, todavia, não chegou a ser considerado, dada a superioridade do primeiro trabalho.

O Código Criminal transformou-se em lei a 16 de dezembro de 1830 e constituiu obra notável. Foi o primeiro CP autônomo da América Latina. Sofreu a influência das idéias que então dominavam na Europa, ou seja, dos princípios literais do Iluminismo e do utilitarismo, e sobretudo da obra de Bentham, cujas idéias repercutem em várias soluções do código. As influências legislativas mais importantes foram a do CP francês, de 1810, e do código napolitano de 1819, mas

sem ser nosso código realmente obra independente, pode-se dizer que há nele originalidade em algumas disposições, a par de inegável superioridade técnica. Entre as características mais interessantes do código estão: a) a exclusão da pena de morte para os crimes políticos; b) a imprescritibilidade das penas (inspirada no código bávaro de 1813); c) a reparação do dano causado pelo delito, estabelecida pelo próprio juiz criminal (disposição alterada por lei de 03/12/ 1841, que revogou o artigo 31 do Código, transferindo tal indenização para o juízo cível); d) o ter considerado agravante o ajuste prévio entre duas ou mais pessoas, para a prática do crime; e) a responsabilidade sucessiva nos crimes de imprensa, antecipando-se à lei belga (20/07/ 1831), que divulgou o critério, conhecido como sistema belga. Roberto Lyra lembra ainda a previsão da circunstância atenuante da menoridade, desconhecida até então, das legislações francesa e napolitana, e o arbítrio judicial no julgamento dos menores de 14 e 17 anos (artigo 18, § 10). (MIRABETE, 2003).

Este código influenciou a legislação espanhola, ou seja, os códigos de 1848 e 1870, que por sua vez, serviram de modelos a muitos códigos da América Latina.

Em 1832 foi promulgado o Código de Processo Criminal, que completou o sistema de nossa legislação penal.

O Código Criminal admitia a pena de açoites para os escravos, prevista também, junto à pena de morte, estabelecida pela lei de 10 de junho de 1835, para os escravos ou escravas que matassem seus senhores, lhes propinassem veneno ou lhes causassem grave ofensa física. A pena de açoites foi abolida tardiamente, por lei de 15 de outubro de 1886. não previa também o Código, os crimes culposos (o que tem sido considerado uma de suas grandes falhas), que foram introduzidos em nossa legislação penal por lei de 20 de setembro de 1871. (CAPEZ, 2003).

Com a abolição da escravatura, em 1888, várias disposições do código foram afetadas, e Joaquim Nabuco, então deputado, propôs no mesmo ano, a revisão da legislação penal. João Vieira de Araújo, que era professor de direito penal na Faculdade de Direito de Recife e também deputado, realizou em 1889 anteprojeto de nova edição oficial do Código, apresentando ao Ministro da Justiça. Nomeada uma comissão para examinar o anteprojeto, o relator, o conselheiro João Batista Pereira opinou no sentido de efetuar-se completa reforma na legislação penal, missão de que foi encarregado. Já havia preparado a Parte Geral, quando foi proclamada a República.

1.1.3 O Código Penal de 1890

Confirmou o Ministro da Justiça do governo provisório, Campos Sales, a tarefa que havia sido cometida a Batista Pereira, que rapidamente terminou o projeto, submetido a uma comissão presidida pelo Ministério da Justiça. Por decreto de 11 de outubro de 1890 foi aprovado, transformando-se em lei.

Elaborado às pressas, antes do advento da primeira Constituição Federal republicana, sem considerar os notáveis avanços doutrinários que então já se faziam sentir, em consequência do movimento positivista, bem como o exemplo de códigos estrangeiros mais recentes, especialmente o Código Zanardelli, o CP de 1890 apresentava graves defeitos de técnica, aparecendo atrasado em relação à ciência de seu tempo. Foi, por isso mesmo, objeto de críticas demolidoras, que muito contribuíram para abalar o seu prestígio e dificultar sua aplicação. (CAPEZ, 2003).

1.2 O Processo Penal e a Constituição Federal

Os princípios constitucionais vazados simplesmente em enunciados programáticos, que dão a direção e põem balizas de atuação ao Estado conformando ideologicamente a legislação infraconstitucional respectiva, não de ser cristalizados em modelos pragmáticos, no sentido de ganharem, pela legislação complementar que lhe dá realidade, efetividade. (MIRABETE, 2003).

E a Constituição Federal, ao incorporar os essenciais valores humanos, muitos deles realizados dentro do processo, informa e conforma o sistema processual, dando específico caráter aos institutos de natureza processual.

A Constituição ao conformar ideologicamente o Estado, igualmente, o faz a nível do processo, que ganha perfil quanto ao sistema processual, porquanto realiza pragmaticamente os valores constitucionalmente consagrados.

Ada Pellegrini Grinover disserta neste sentido, que “todo direito processual, portanto, como ramo de direito público, tem suas linhas fundamentais traçadas pelo direito constitucional, que fixa a estrutura dos órgãos jurisdicionais, que garante a distribuição da justiça e a declaração do direito processual, que disciplina o exercício de uma das funções fundamentais do Estado, além de ter seus pressupostos constitucionais, é fundamentalmente determinado pela Constituição, em muitos de seus aspectos e institutos característicos”. (MIRABETE, 2003).

No estado social e democrático de direito, que preserva os valores do estado liberal pondo amarras jurídicas à intervenção excessiva do Estado e consagra a necessária ingerência retificadora das desigualdades, a cláusula do “devido processo legal”, de origem no artigo 39 da Carta Magna de 1215, constitui

garantia das partes litigantes do justo processo, “dando ao processo uma configuração não apenas técnica, mas também ético-política”. (MIRABETE, 2003).

Daí aumentaram-se os poderes assistenciais do juiz, que, juntamente com as partes e sensível às eventuais deficiências técnicas, valerá pelo efetivo contraditório, cuidando da produção de elementos de prova que forme seu correto convencimento, garantia de sua imparcialidade. Constitui-se o juiz, destarte, como assinala Dinamarco, “um agente político do Estado, portador do poder deste e expressão da democracia indireta praticada nos Estados ocidentais contemporâneos”. (MIRABETE, 2003).

Verifica-se atualmente, a inflexão do princípio do *due process of law* (devido processo legal) de simples garantia do acesso à Justiça, portanto com claro acento no exercício do direito de ação, inflexão para a Jurisdição como a garantia material de justiça, pelo exercício correto do poder jurisdicional, consistindo no direito “a um ordenamento jurídico justo”. (CAPEZ, 2003).

O direito ao processo já não será um “simples direito subjetivo das partes, mas sobretudo de garantia do processo e de fator legitimante da função jurisdicional”. (CAPEZ, 2003).

1.3 Princípio ou Dogma da Verdade Real e liberdade de prova

Para o processo penal o que importa é descobrir a realidade dos fatos.

Por força do princípio da verdade real, vigora no processo penal brasileiro a regra da liberdade de provas, ou seja, todos os meios probatórios, em princípio, são válidos para demonstrar a verdade real. Contudo, existem exceções e

restrições, quais sejam: provas ilícitas, prova ilícita por derivação, prova ilegítima e o artigo 475 do Código de Processo Penal.

As provas ilícitas e a prova ilícita por derivação são inadmissíveis no processo, mas passam a ter valor jurídico se forem a favor do réu ou acusado, por força do princípio da proporcionalidade, uma vez que a presunção de inocência deve preponderar sobre a inadmissibilidade da prova ilícita.

Trabalhar com a verdade real (ou material) é colher elementos probatórios necessários e ilícitos para se comprovar, quem realmente praticou um ato ilícito.

A prova existe para ajudar a formação do convencimento do juiz sobre a veracidade de uma afirmação de fato alegada pelas partes em juízo.

A aplicação da norma penal no infrator somente poderá ser efetivada se todos os esforços e meios legais tenham sido devidamente empregados, assim demonstrando a culpa do indivíduo.

Nos dizeres de Carnelutti, a tarefa do processo penal está em saber se o acusado é inocente ou culpado. (AMARAL SANTOS, 1997).

O Direito deve socorrer-se de outras ciências e meios para que se possa chegar o mais próximo possível da verdade real.

Descobrir a verdade do fato praticado, através da instrução probatória, proporciona ao juiz, no momento da sentença, aplicar a lei penal ao caso concreto, extraindo a regra jurídica que lhe é própria.

Importante ressaltar que, não obstante chamarmos de verdade real (material), nem sempre ela condiz com a realidade fática ocorrida no mundo físico.

Conceituar a verdade é adentrarmos no mundo filosófico. O que pode ser verdade para uns pode não ser para outros. Porém, em se tratando de verdade

material a ser apurada nos autos de um processo há que se considerar a adequação entre o fato objeto do processo e o fato ocorrido no mundo dos homens.

Filósofos que estudaram a teoria da verdade afirmam que a verdade absoluta é inatingível. Logo, o processo deve buscar a verdade que seja possível atingir sem violar a moral e prejudicar o sujeito que irá responder pelos atos ilícitos a ele atribuídos. O desejo de se descobrir a verdade é o desejo de se realizar a justiça. (AMARAL SANTOS, 1997).

O Processo Penal moderno deve perseguir a verdade material (real), utilizando-se da verdade científica, e até mesmo utilizar meios tecnológicos para tais fins.

Este princípio, inicialmente denominado de verdade-material, consiste no poder inquisitivo do juiz enquanto Estado, na instrução criminal, tendo por finalidade e elucidação dos fatos, desde os seus pormenores. Embora a verdade dos fatos, conforme o pensamento dominante, seja impossível de ser alcançada. Com esse intuito, a prova visa a reconstrução dos fatos por meio de elementos que trouxessem convicção, ou melhor, presunção de verdade. (ARANHA, 1996).

Entretanto, sob o pretexto da busca da verdade material, havia o pensamento de que o juiz poderia utilizar todos os meios possíveis para tal fim. Isso só veio a trazer problemas, eis que confrontavam outros direitos de grande valia. No decurso do tempo, o princípio da verdade material passou a ter limitações, recebendo nova nomenclatura, determinando um novo modo de valer-se, na instrução, da prova. (ARANHA, 1996).

O dogma da verdade real visa, conforme Avolio, trazer o que o renomado autor chama de “verdade judiciária”. Leciona o causídico: “[...] Conclui encontrar-se superado o conceito da verdade material, pela concepção de uma obtenção

formalizada da verdade, a 'verdade forense', ou seja, a verdade obtida por vias formalizadas.”¹

A verdade é conceito absoluto, impossível de ser alcançado. Desta forma o poder-dever estatal de inquirir com a finalidade de esclarecer os fatos deve ser limitado, surgindo aqui o instituto das prova ilícitas. A intenção é impedir que o direito à prova, (outro princípio valioso do processo) atropеле princípios do direito e institutos constitucionais.

Sob este enfoque Rangel explica que:

[...] A liberdade de prova, portanto, não é absoluta, pois muitas vezes o juiz estará coarctado em sua pesquisa sobre a verdade dos fatos. O fundamento desta limitação está em que a lei considera certos interesses de maior valor do que a simples prova de um fato, mesmo que seja ilícito. Pois os princípios constitucionais de proteção e garantia da pessoa humana impedem que a procura da verdade utilize-se de meios e expedientes condenáveis dentro de um Estado Democrático de Direito [...].

A violação de domicílio, a interceptação telefônica são exemplos de transgressão a direitos valiosos, conferidos por uma Constitucional de um Estado Democrático de Direito.

¹ AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas ilícitas**: interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas/ Luiz Francisco Torquato Avolino. 3 ed. rev., ampl. e atual. Em face das Leis 9.296/96 e 10.217/01 e da jurisprudência. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p.40.

2 CONCEITO DE PROVA EM SENTIDO AMPLO E ESTRITO

Com o fim de a melhor compreender o que vem a ser a Prova Ilícita, faz-se necessário, inicialmente, o conhecimento do significado do termo prova, para só então entendermos o que ela representa no Direito.

Rocha² traz a baila o conceito amplo de prova como “Aquilo que serve para estabelecer uma verdade por demonstração ou verificação; testemunho; sinal; indício”.

A Enciclopédia Larousse Cultural³ traz para o termo prova os conceitos como “[...] O que demonstra, estabelece a verdade de uma coisa [...] Tudo que persuade o espírito de uma verdade ou atesta a inexistência de um direito [...] O que atesta ou demonstra algo; testemunho; sinal [...]”.

Conforme se vê, prova é todo ato praticado ou elemento que traz a certeza de uma verdade ou inverdade. Aquilo que atesta uma verdade.

Mas, adentrando a seara do Direito, entende-se por prova o meio utilizado pelas partes ou o pelo próprio Juiz para trazer a tona a verdade de determinada alegação ou fato. É, portanto, o conjunto probatório imprescindível para a formação da convicção do julgador, e, por conseguinte, útil e necessário para embasar o decreto condenatório.

Corroborando com a afirmação supra, o grande doutrinador pátrio MIRABETE⁴ explica que “[...] provar é um ato de certeza, na consciência e mente do juiz, para sua convicção, a respeito da existência ou inexistência de um fato, ou da verdade ou falsidade de uma afirmação sobre uma situação de fato [...]”,

² Rocha, Ruth – Minidicionário / Ruth Rocha; Ilustrações Maria Luiza Ferguson – São Paulo: Scipione, 1996, p. 502

³ CIVITA, Victor. Grande Enciclopédia Larousse Cultural. São Paulo: Editora Nova Cultural, 1998, p. 4906.

⁴ MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Processo Penal**. 14. ed. rev. e atual. São Paulo : Atlas, 2003, p. 256

acrescentando ainda que tal certeza deva ser interessante a uma sentença ou verdade de determinado fato.

Capez⁵, douto da vanguarda jurídica brasileira, de forma mais técnica explica que:

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

Para outro jurisconsulto não menos festejado, Rangel⁶:

[...] No campo jurídico, podemos conceituar prova como sendo o meio instrumental de que se valem os sujeitos processuais (autor, juiz e réu) de comprovar os fatos da causa, ou seja, os fatos deduzidos pelas partes como fundamento do exercício dos direitos de ação e de defesa. A prova, assim, é a verificação do *thema probandum* e tem como principal fundamental finalidade (ou objetivo) o convencimento do juiz. Tornar os fatos, alegados pelas partes, conhecidos pelo juiz, convencendo-o de sua veracidade [...].

Silva explica a importância da prova para o Direito e ainda conceitua, senão vejamos:

[...] Sem dúvida nenhuma, a prova é o âmago do processo. É por meio dela que as partes tentarão demonstrar ao Juízo a ocorrência de um fato e, excepcionalmente, o direito, quando invocado direito estadual ou municipal, consuetudinário ou estrangeiro. Enquanto a prova do fato é dirigida à percepção do Juiz, com intuito de formar a sua convicção, a prova do direito encaminha-se à inteligência do Julgador, visando a aplicação do direito correspondente.

⁵ CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 10 ed. rev. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2003 p. 243

⁶ RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 8ª ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro : Lúmen Júris, 2004. p.405

A palavra prova vem do latim *probatio*, tendo por significado verificação, ensaio, inspeção, exame, argumento, razão, aprovação, confirmação, e derivando do verbo *probare*, que significa provar, ensaiar, verificar, examinar, reconhecer por experiência, aprovar, estar satisfeito com alguma coisa, persuadir alguém de alguma coisa e demonstrar [...] ⁷.

O mesmo autor, explica que “as partes devem tentar provocar ao Juiz a sua verdade, já que a verdade absoluta nunca é alcançada” ⁸. Em seguida cita o renomado Greco Filho:

A finalidade da prova é o convencimento do juiz, que é o seu destinatário. No processo, a prova não tem um fim em si mesma ou um fim moral ou filosófico; sua finalidade é prática, qual seja convencer o juiz. Não se busca a certeza absoluta, a qual, aliás é sempre impossível, mas a certeza relativa suficiente na convicção do Magistrado. ⁹

No mesmo sentido, Gomes Filho:

[...] Na terminologia processual, o termo prova é empregado com variadas significações: indica, de forma mais ampla, o conjunto de atividades realizadas pelo Juiz e pelas partes na reconstrução dos fatos que constituem o suporte das pretensões deduzidas e da própria decisão; também pode aludir aos instrumentos pelos quais as informações sobre os fatos são introduzidas no processo (meios de prova); e, ainda, dá o nome ao resultado dessas atividades [...].

Ainda forte em Gomes Filho:

[...] Na terminologia processual, o termo prova é empregado com variadas significações: indica, de forma mais ampla, o conjunto de atividades realizadas pelo Juiz e pelas partes na reconstrução dos fatos que constituem o suporte das pretensões deduzidas e da própria decisão; também pode aludir aos instrumentos pelos quais as informações sobre os

⁷ SILVA, César Dario Mariano da. **Provas ilícitas**: princípio da proporcionalidade, interceptação, interceptação e gravação telefônica, busca e apreensão, sigilo e segredo, confissão, Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) e Sigilo. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 3

⁸ Idem p. 5

⁹ Ibidem p. 5

fatos são introduzidas no processo (meios de prova); e, ainda, dá o nome ao resultado dessas atividades.[...]¹⁰

E ainda, Amaral Santos afirma que:

[...] Quem se propõe a provar terá que valer-se de meios adequados, que variam conforme o objeto da prova. Outrossim, deverá utilizar-se dos meios apropriados segundo determinados métodos, que também variam conforme o objeto e, até mesmo, conforme o destinatário da prova. Diversos são eis meios de prova da eficácia de um produto farmacêutico e o das conseqüências de um fato histórico; e diversos serão os métodos a adotar-se, conforme o destinatário da prova seja o próprio agente, terceiro ou terceiros [...].¹¹

Conforme se vê, é por meio do conjunto probatório que se define uma relação jurídica, o conhecimento do titular de um direito. No Processo Penal, é por meio das provas que se define a autoria e a materialidade de um crime, bem como suas agravantes e atenuantes. Isso só demonstra a essencial importância e significado que as provas têm no Direito.

Mas não é só. O ato de provar é um direito tutelado pela nossa Carta Magna. De mãos dadas com a prova estão os Princípios Gerais do Direito e os Princípios Constitucionais. Essa constatação corrobora ainda mais a tese de que o assunto do presente trabalho é de extrema delicadeza e espalha a sua influência por todo o ordenamento jurídico.

¹⁰ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Direito à Prova no Processo Penal**. 1ª ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1997.p. 41 e 42

¹¹ AMARAL SANTOS, Moacyr. **Primeiras Linhas de Direito Processual Civil**. 18 ed. São Paulo : Saraiva, 1997 p. 327

3 PROVAS ILÍCITAS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Conforme já mencionado, até mesmo a prova é um direito tutelado e garantido pela nossa Constituição Federal. Prevê a *Lex Legum*, em seu art. 5º, LVI “*são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos*”. A CF não fez distinção da prova ilícita, as obtidas por meios ilícitos (ou ilícitas por derivação), bem como da ilegítima. Ademais, as maiores mentes doutrinárias do nosso país concordam em afirmar que no dispositivo supra as três modalidades estão inseridas no âmbito das provas ilícitas. Sobre este aspecto Rangel explica que:

[...] A simples leitura do texto magno deixa claro que o que se veda é a obtenção por meio ilícito e não somente a prova ilícita, pois o direito não precisa dizer o que veda o que é ilegal. Sua própria essência afasta aquilo que lhe é contrário [...].¹²

Destarte, entende-se por prova ilícita aquela que sua ilegalidade reside na desobediência à norma Direito Material, ou seja, aquela que se estabelece em desacordo com preceito civil, administrativa ou comercial, podendo ser um crime ou contravenção e ainda contra as garantias constitucionais. A título de ilustração podemos citar a violação de domicílio, a prática de tortura, a interceptação telefônica, etc.

Quanto à prova ilegítima, esta existirá quando a ilegalidade residir na lesão de determinação de norma de Direito Processual. Seja quando a norma impedir que tal seja produzida, ou quando produzida de forma contrária à mencionada norma. Capez¹³ traz a título de exemplo o que dispõe o art. 406 §2º do

¹² RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 8ª ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro : Lúmen Júris, 2004 p. 416

¹³ CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 10 ed. rev. e atual. São Paulo : Saraiva, 2003 p. 246

CPP, o qual estabelece que no procedimento de competência do Tribunal Popular do Júri, por ocasião das alegações finais, não pode ser juntado nenhum documento.

Estes conceitos acima escritos são os mais aceitos, todavia, Rangel¹⁴, traz uma classificação diversa, acrescentando o que ele chama de “provas irregulares”, ou seja, aquelas que colhidas sem a observância da formalidade legal ainda que a lei processual a permita. Para este autor, a inobservância não encontra-se inserida no conceito de prova ilegítima, sendo necessária uma distinção. Desta forma Rangel vai de encontro à Capez, quando este afirma que a juntada de documento por ocasião do art. 406 § 2º do CPP é um exemplo de prova ilegítima, sendo que, para aquele, trata-se de prova irregular.

Avolio¹⁵ explica com clareza a diferença entre a prova ilícita da ilegítima, senão vejamos:

[...] A prova ilegítima é aquela cuja colheita estaria ferindo normas de direito processual. Assim, veremos que alguns dispositivos da lei processual penal contêm regras de exclusão de determinadas provas, como, por exemplo, a proibição de depor em relação a fatos que envolvam o sigilo profissional (art. 207 do CPP brasileiro); ou a recusa de depor por parte de parentes e afins (art. 206). A sanção para o descumprimento dessas normas encontra-se na própria lei processual. Então, tudo se resolve dentro do processo, segundo os esquemas processuais que determinam as formas e as modalidades de produção da prova, com a sanção correspondente a cada transgressão, que pode ser uma sanção de nulidade. Diversamente, por prova ilícita, ou ilicitamente obtida, é de se entender a prova colhida com infração a normas ou princípios de direito material - sobretudo de direito constitucional, porque, como vimos, a problemática da prova ilícita se prende sempre à questão das liberdades públicas, onde estão assegurados os direitos e garantias atinentes à intimidade, à liberdade, à dignidade humana; mas, também, de direito penal, civil, administrativo, onde já se encontram definidos na ordem infraconstitucional outros direitos ou cominações legais que podem se contrapor às exigências de segurança social, investigação criminal e accertamento da verdade, tais os de

¹⁴ RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 8ª ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro : Lúmen Júris, 2004. p.417

¹⁵ AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas ilícitas: interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas/** Luiz Francisco Torquato Avolino. 3 ed. rev., ampl. e atual. Em face das Leis 9.296/96 e 10.217/01 e da jurisprudência. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p.43

propriedade, inviolabilidade do domicílio, sigilo da correspondência, e outros. Para a violação dessas normas, é o direito material que estabelece sanções próprias [...].

Há ainda a possibilidade da prova ser considerada mista. MIRABETE¹⁶ citando a renomada Ada Pellegrini Grinover aponta as provas ilícitas mistas como aquelas que ao mesmo tempo é considerada ilícita e ilegítima, eis que confrontam norma Material e Processual simultaneamente.

Quanto à modalidade de provas ilícitas por derivação Avolio¹⁷ explica que:

[...] O problema das provas ilícitas por derivação, por uma imposição lógica, só se coloca nos sistemas de inadmissibilidade processual das provas ilicitamente obtidas. Concerne às hipóteses em que a prova foi obtida de forma lícita, mas a partir da informação extraída de uma prova obtida por meio ilícito. É o caso da confissão extorquida mediante tortura, em que o acusado indica onde se encontra o produto do crime, que vem a ser regularmente apreendido; ou da interceptação telefônica clandestina, pela qual se venham a conhecer circunstâncias que, lícitamente colhidas, levem à apuração dos fatos. A questão é saber-se se essas provas, formalmente lícitas, mas derivadas de provas materialmente ilícitas, podem ser admitidas no processo.

A doutrina e a jurisprudência ainda não chegaram a uma posição pacífica, quer no direito comparado, quer no direito brasileiro.

É tradicional, contudo, a doutrina cunhada pela Suprema Corte norte-americana dos "frutos da árvore envenenada" - fruits of the poisonous tree-, segundo a qual o vício da planta se transmite a todos os seus frutos. [...].

Destarte, a prova em si é lícita, porém encontra-se maculada pela ilicitude de sua origem. Já fora afirmado que a Constituição Federal ao valer-se do termo "obtidas por meios ilícitos" não fez distinção das modalidades existentes, entretanto o que se fazer com as provas derivadas da prova ilícita. Avolio em seu ensinamento

¹⁶ MIRABETE, Júlio Fabbrini, 1935. **Processo Penal**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo : Atlas, 2003, p.260

¹⁷ Idem item 8 p.68

acima já disse que não há posição pacífica sobre o assunto, mormente no nosso país.

A teoria americana dos “frutos da árvore envenenada” é a que mais apresenta simpatizantes. Mas nossos tribunais divergem sobre o tema. Entende a mencionada doutrina que se uma árvore estiver envenenada, evitados estão os frutos que por ventura esta possa gerar. Este pensamento é oriundo da doutrina norte-americana de que não se poderia usar uma prova obtida por meio da má-conduta policial.

O Supremo Tribunal Federal, já se posicionou a favor da aplicação da prova derivada da ilícita, conforme depreende da decisão pronunciada no *Hábeas Corpus* nº 69.912/RS, o qual se encontra em anexo. Na mencionada decisão, os eminentes julgadores entendiam que as provas obtidas pela escuta telefônica não contaminavam as demais provas.

Todavia, julgados recentes do STF demonstram atual posição da Suprema Corte, sendo no sentido de não admitir as provas ilícitas derivadas, conforme depreende do julgado no HC 74.599/SP, o qual também está disponível no anexo.

Mas, doutrinadores renomados se mostram contra a teoria dos frutos da árvore envenenada, surgindo a teoria conhecida por “não contaminação das provas derivadas”. Rangel, um dos militantes desse pensamento nos ensina, valendo-se do HC acima citado, que:

[...] No exemplo acima, não poderá o Ministério Público formar sua *opinio delicti* com base na prova obtida por meio ilícito (interceptação telefônica sem ordem judicial). Se o fizer, deverá o juiz determinar o desentranhamento da mesma, inadmitindo-a como prova. Entretanto, poderá lastrear sua peça exordial com base na situação flagrancial encontrada em face da busca e apreensão regularmente feita.

A inadmissibilidade será quanto à interceptação telefônica feita sem ordem judicial, onde não poderá ingressar no processo a conversação dos envolvidos, encontrada, através da regular busca e apreensão, esta é lícita e não há como o Estado fechar os olhos para ela, pois não há proibição. [...]¹⁸

Esta posição de Paulo Rangel demonstra um novo segmento acerca das provas derivadas, entretanto, o presente trabalho visa demonstrar que até mesmo as provas derivadas de ilícitas devem, para ser aplicadas, observar o princípio da proporcionalidade, o qual será abordado adiante.

3.1 Tratamento recebido pela prova ilícita no sistema processual brasileiro

É cediço que a proibição da utilização das provas obtidas por meio ilícito é determinação constitucional, estando, desta forma, acima de todo o ordenamento jurídico. Destarte, não há espaço para infração deste preceito, tão pouco sanção, o preço do descumprimento é a nulidade de pleno direito. A prova obtida por meio ilícito é inexistente e como tal é tratada.

Por ser uma determinação constitucional que as provas obtidas por meios ilícitos não podem integrar o processo A prova ilícita não deve encontrar espaço no sistema processual brasileiro. A sanção da inobservância de norma constitucional é a inexistência.

Rangel organiza o sistema processual brasileiro em quatro fases:

- 1) proposição das provas (indicação pelas partes)
- 2) admissão das provas (quando o juiz se manifesta sobre sua admissibilidade)
- 3) produção das provas (contradição feita pelas partes); e

¹⁸ RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 8ª ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro : Lúmen Júris, 2004. p.421

4) valoração das provas (apreciação pelo juiz na sentença)¹⁹

Com a propositura da Ação Penal pelo Ministério Público ou pelo ofendido, juntam-se as provas de acusação, após a citação, durante a instrução, é a vez do réu juntar as provas de sua defesa (proposição das provas), cabe ao Juízo de primeiro grau admiti-las ou não, com base no que estabelece a Constituição Federal (juízo de admissibilidade das provas). Se admitidas, as provas deixarão de pertencer às partes para pertencer ao processo, integrando assim a instrução criminal (produção de provas), onde as partes deverão apresentar a sua contra prova. Entretanto se por ventura o magistrado correr em erro e admitir uma prova ilícita, cabe a outra parte provocar o Estado-Juiz apontando a natureza ilícita da prova requerendo seu desentranhamento ou desconsideração. Por fim, com irregularidades sanadas, a sentença de mérito embasado na valoração das provas.

Em nenhum dos momentos acima descritos a prova pode entrar, mas é justamente por ocasião da sentença, que a ausência das provas ilícitas é recobrada, por isso Rangel diz que “o que o legislador veda é a admissibilidade. Se admitida, não deve ser valorada pelo juiz, pois é como se não existisse no plano jurídico. Sendo valorada, a sentença é nula de pleno direito e deve ser cassada”²⁰.

Desta forma, se a nulidade não for argüida no primeiro grau de jurisdição, e a prova for admitida, cabe ao Tribunal em grau de recurso desconsiderá-la, devido ao caráter devolutivo da apelação.²¹

Entretanto, se a sentença criminal apoiada na prova ilícita, transitar em julgado a nulidade deve ser anulada por meio da revisão criminal.²²

¹⁹ RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 8ª ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro : Lúmen Júris, 2004. p.417

²⁰ Idem item 11. p.417

²¹ VIÉGAS, Rommel Cruz. **As provas ilícitas por derivação**. Disponível em: http://www.amma.com.br/img_jornal/ARTIGO_PROVAS_ILICITAS_POR_DERIVACAO.doc. Acesso em: 25 ago. 2006.

No rito do Tribunal Popular do Júri, se por ventura a sentença de pronúncia, se embasar em uma prova ilícita, a nulidade pode ser argüida por recurso ou por meio de *habeas corpus*. Entretanto, se a parte se omitir e, posteriormente a pronúncia, observar-se a ilegalidade, o julgamento dos jurados será nulo, eis que o Juiz Presidente deverá desentranhar as provas e o julgamento pode se tornar uma decisão vazia, eis que a prova será considerada inexistente. Inexistindo, neste aspecto a motivação da sentença do júri. Porém admitindo a hipótese, da prova ilícita adentrar o Plenário do Júri, deve o Juiz Presidente dissolver o conselho de Sentença.²³

²² Idem nota 21

²³ Idem nota 21

4 ATUAL SITUAÇÃO DA JUSTIÇA BRASILEIRA

Não há dúvidas de que a situação da Justiça e da Segurança Pública no Brasil está, há anos, em crise. O caos presente na sociedade, principalmente nos grandes centros urbanos, é estarrecedor. O descrédito na Justiça é patente. O Estado não é capaz, nem pelo Poder Judiciário, nem pela Força Policial, tão pouco pela Execução Penal de conter ou reabilitar o criminoso. Vejamos o que o renomado escritor Avolio nos afirma:

[...] Minado pela acumulação de tarefas, o inchaço da máquina burocrática, a corrupção administrativa, e o distanciamento, cada vez maior, do indivíduo em relação aos centros de poder, o Estado contemporâneo mostra-se incapaz de desempenhar as suas atribuições mais inerentes, tais a manutenção da segurança da coletividade e a distribuição da justiça, especialmente através da persecução penal. A criminalidade nos grandes centros urbanos toma proporções de uma velada guerra civil, em que se digladiam poderosas organizações criminosas. Entre a apatia da sociedade (caracterizada por uma generalizada descrença na Justiça e no Parlamento) e a ineficiência do Estado (agravada pelo descompasso no paralelismo processo-Constituição) instala-se o que poderíamos denominar de uma "atual crise da Justiça". Que se distingue pela ineficiência dos mecanismos repressivos, conduzindo a uma vexatória e ameaçadora impunidade dos infratores, em todos os níveis da sociedade [...]²⁴.

Está a cada dia comum aos olhos dos cidadãos brasileiros a criminalidade nas urbes de todas as unidades federativas do país. Conforme a assertiva acima, o crime tomou proporção de guerra civil. De fato! Enquanto há o combate entre organizações criminosas x polícia e organizações criminosas x organizações criminosas, o cidadão se vê em meio à troca de tiros, sendo este a principal vítima.

Muitos estudiosos tentam explicar a origem da crise atual. Alguns apontam o regime altamente repressivo da Ditadura Militar vivida no Brasil de

²⁴ AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas ilícitas:** interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas/ Luiz Francisco Torquato Avolino. 3 ed. rev., ampl. e atual. Em face das Leis 9.296/96 e 10.217/01 e da jurisprudência. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 22

meados dos anos 60 aos 80. Não há provas suficientes, mas há fortes indícios que tamanha repressão tenha provocado a revolta nos presídios do país. O regime da intolerância, da tortura, da truculência gerou os criminosos da atualidade.

Mas, olhando para a segurança pública no Brasil, durante a Ditadura Militar, observa-se dois pontos importantes: a criminalidade era controlada enquanto o sistema jurídico brasileiro, principalmente no tocante à execução penal era injusto e desumano. Não se ouvia falar em organizações criminosas, PCC, invasões à presídios, tão pouco em direitos humanos, condições de trabalho para detentos, etc. As reivindicações para a observância dos direitos era crescente

Hoje, sob o regime da Constituição Federal que estabelece o Estado Democrático de Direito, o respeito e dignidade da pessoa humana, as liberdades públicas, vive-se os piores momentos de horror nas ruas brasileiras. O Estado tem perdido diversas batalhas para bandidos com forte poder de fogo.

Não há como fechar os olhos para o quem vem ocorrendo. O Estado tem perdido forças diante das organizações criminosas. Totalmente entregues às leis dos criminosos, a polícia não tem acesso à bairros dos grandes centros urbanos.

Há alguns dias o país assistiu o intenso ataque do crime organizado às polícias civil e militar na grande São Paulo, os quais não tiveram como se defender ou impedir, ficando totalmente dominados pelos agressores.

Com a prisão de criminosos encontramos outro problema, as cadeias de todo o país tem se mostrado uma verdadeira escola. Até mesmo as instituições destinadas à recuperação de menor infrator têm formado verdadeiros bandidos. O réu primário entra numa cadeia e sai um integrante de uma organização criminosa como PCC.

A mídia alguns anos atrás divulgou uma matéria intitulada de “Franquias do Crime”, onde demonstrou que uma facção como o PCC tem adquirido novos integrantes em outras unidades da federação como Mato Grosso e Paraná. Estes estados são estratégicos, eis que fazem fronteira com o Paraguai, principal fornecedor de droga e armas adquiridos pela organização.

Na mencionada reportagem, a renomada revista demonstra que a intenção do PCC é expandir para outros Estados, justamente para ter mais lucros. E o pior, a principal área de atuação deles são os presídios onde a droga é mais lucrativa.

O crime não toma conta apenas nas ruas. O país tem vivido nos últimos anos a pior crise política devido às diversas formas de corrupção ocorridas principalmente em Brasília.

É cediço que a Lei de Execuções Penais se aplicada à risca é meio mais próximo ao eficaz de recuperar e ressocializar o preso. Isso enseja providencias urgentes do governo.

Apesar dos esforços das polícias, nem sempre é possível provar, utilizando as formas convencionais de prova, comprovar a materialidade e a autoria de um crime.

Neste ponto, Avolio questiona:

“[...] poder-se-ia lançar mão – na investigação criminal ou no processo penal – de provas obtidas ilicitamente, para se abortar a realização de um crime de extrema gravidade ou ensejar a punição de seus autores? [...]”

O princípio da proporcionalidade surge nesse impasse.

5 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

O princípio da insignificância está intimamente ligado ao princípio da proporcionalidade, pois a pena deve guardar uma relação com o fato punível. Assim nos casos mínimos de transgressão à norma jurídica e injusto uma pena desproporcional com o ato praticado.

No dizer de Muñoz Conde e Hassemer, citado por Maurício Lopes, com fundamento ético-social de legitimação do Direito Penal, o respeito a esse princípio afasta a idéia de uma finalidade do Direito Penal, compatível com as bases de sustentação de um Estado social e Democrático de Direito.

Ao analisar a proporcionalidade com relação ao princípio da insignificância, Maurício afirma que: “Aplicar um recurso mais grave quando se obtém o mesmo resultado através de mais suave: seria tão absurdo e reprovável criminalizar infrações contratuais civis quanto cominar ao homicídio tão só o pagamento das despesas funerárias”.

Para Silva (2005, p. 135), o princípio da proporcionalidade, no sentido generalizado, é o que proíbe intervenções do estado que não são necessárias e muitas vezes excessivas. Assim, uma lei constrictiva não deve incidir de forma desproporcional com relação à agressão e a lesão ao bem jurídico.

Confirma Lopes (2000, p. 421) que.

[...] O princípio da proporcionalidade exige que se faça um juízo de ponderação sobre a relação existente entre o bem lesionado ou posto em perigo (gravidade do fato) e o bem de que pode alguém ser privado (gravidade penal). Toda vez que nessa relação houver um desequilíbrio acentuado, estabelece-se, em conseqüência, uma inaceitável desproporção. O princípio da proporcionalidade rachada, portanto, “o estabelecimento de cominações legais (proporcionalidade em abstrato) e a

imposição de penas (proporcionalidade em concreto) que careçam de relação valorativa com fato cometido considerado em seu significado global. Tem, em consequência, um duplo destinatário; o poder legislativo (que tem de estabelecer penas proporcionadas, em abstrato, a gravidade do delito) e o juiz (as penas que os juizes impõem ao autor do delito têm de ser proporcionadas a sua concreta gravidade) [...].

Embora a Carta Magna veda a utilização das provas obtidas por meios ilícitos, há um princípio que vem ganhando espaço nos ordenamentos jurídicos do mundo todo, o qual também vem adquirindo adeptos no Brasil, ainda que de forma mais tímida, no tocante ao processo penal. Trata-se do princípio da proporcionalidade. Este princípio é atualmente utilizado no país com maior força no âmbito administrativo.

Este princípio estabelece que em um conflito de interesses deve-se medir, balancear, pesar, aquele que maior importância tiver no caso concreto. É como uma balança: na dúvida entre qual direito deve se sobrepor, por meio deste princípio, deve-se analisar aquele que possui maior valia na situação.

O princípio da proporcionalidade foi desenvolvido na Alemanha Federal, a qual adotou-o primeiramente no Direito Administrativo, para, posteriormente ser aplicada a todo o ordenamento jurídico daquele país.

Os Estados Unidos da América também desenvolveu algo semelhante, o que eles chamam de princípio da razoabilidade, onde no tocante as provas ilícitas, seriam considerados inconstitucionais aquilo que no processo pudessem impedir ou diminuir desarrazoadamente a possibilidade das partes de influenciar o convencimento do juiz.

Vejamos a lição de Silva sobre o princípio:

[...] Pela teoria ou princípio da proporcionalidade as normas constitucionais articulam-se em um sistema, havendo a necessidade de harmonia entre elas. De tal sorte, não se faz

possível ocorrência de conflitos insolúveis entre valores constitucionais. Assim, o princípio da proporcionalidade é invocado para solucionar esses conflitos, sopesando os valores para saber qual deverá preponderar em determinado caso concreto. Sempre será possível, portanto, o sacrifício de um direito ou garantia constitucional em prol de outro direito ou garantia constitucional, quando houver preponderância destes últimos.

Com efeito, não há como reconhecer direitos absolutos e intocáveis, o que certamente levaria ao caos, não somente jurídico, mas também social. Todo direito, por mais importante que seja encontra limites em outros direitos de igual ou superior valia. Mesmo o direito à vida, que é o maior consagrado em nossa Constituição, cede em face do mesmo direito. Tanto isso é verdade que o Código Penal, em seu artigo 23, enumera algumas excludentes antijuridicidade, que poderão autorizar que a vida seja ceifada, quando presentes alguns requisitos elencados no próprio código.

Destarte, em nosso ordenamento jurídico nenhum direito ou garantia constitucional é absoluto. Assim, sempre será possível sacrifício de um direito em prol de outro de igual ou superior valia dada a relatividade dos direitos e garantias constitucionais [...].²⁵

Assim, a prova ainda ilícita ou ilegítima pode ser usada no processo para determinar qual irá ser utilizado entre aqueles que possuem valores iguais ou superiores de acordo à lide. Ademais o que se visa buscar no processo, conforme já mencionado, é a verdade real, ainda que a verdade absoluta não seja possível ser alcançada.

5.1 Adequação, Necessidade e Proporcionalidade em Sentido Estrito

A atuação do Estado deve ser proporcional, mas uma proporcionalidade obtida através de um método científico. A proporcionalidade, assim, consubstancia-se em três subprincípios, que devem ser concomitante ou sucessivamente atendidos: adequação, necessidade e “proporcionalidade em sentido estrito”.

²⁵ SILVA, César Dario Mariano da. **Provas ilícitas**: princípio da proporcionalidade, interceptação, interceptação e gravação telefônica, busca e apreensão, sigilo e segredo, confissão, Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) e Sigilo. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

A adequação consubstancia-se em medida apta a alcançar o objetivo visado. É uma relação de meio e fim. Assim, por exemplo, decreta-se a prisão preventiva para com isso impedir o réu de turbar a instrução penal (“conveniência da instrução criminal”). A necessidade – ou exigibilidade – impõe que a medida adotada represente gravame menos relevante do que o interesse que se visa tutelar (ou seja, resulte numa relação custo/benefício que se revele benéfica). Seguindo o exemplo acima, a prisão preventiva, portanto, será decretada quando não tivermos outro meio menos gravoso para a preservação de determinado interesse. E “proporcionalidade em sentido estrito”, quando se faz um balanço entre os bens ou valores em conflito, promovendo-se a opção. A proporcionalidade pauta-se, portanto, pelos dois elementos inicialmente expostos (ou subprincípios), impondo-se por fim uma ponderação entre os interesses em jogo, de modo que seja possível reconhecer como justificada a medida. A implementação desse princípio relaciona-se ao reconhecimento da prevalência de um interesse sobre o outro, de modo que é comum adotar, para justificar como proporcional um ato, o princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado, reconhecido aquele como o de maior valor ou importância.

Por exemplo, tem-se admitido como meio de prova a gravação telefônica realizada por um dos interlocutores sem a autorização do outro, com fundamento no princípio da proporcionalidade, quando presentes circunstâncias que denotem a existência de um interesse público superior, isto é, suspeita da prática de infração penal.

Note-se, assim, que um dos grandes campos de aplicação desse princípio é no terreno da valoração da prova. De acordo com os critérios (subprincípios) que constituem o princípio da proporcionalidade (adequação e necessidade), julga-se a

admissibilidade ou não de determinados meios de prova, mitigando, assim, diante do que estritamente requerer cada caso, as vedações às provas obtidas por meios ilícitos e das provas ilícitas por derivação, com o filtro final da “proporcionalidade em sentido estrito”.

5.2 Estado Legal e Estado Constitucional

Ao acatar-se, portanto, o “princípio de proporcionalidade”, reconhece-se a transposição de um “Estado Legal”, onde há uma supremacia da lei, identificando-se o direito com a lei, tendo o Parlamento maior autonomia perante a Constituição – esta é apenas uma forte referência – para um “Estado Democrático de direito” ou “Estado Constitucional”, no qual a Constituição passa a ter força normativa, impondo limites – nem sempre bem definidos, é verdade – ao Poder Legislativo e condicionando toda a estruturação do processo penal, de sua concepção legislativa à sua aplicabilidade prática ou concreta.

5.3 Princípio da Proporcionalidade e a prova ilícita utilizada *pro reo*

O princípio da proporcionalidade, embora não tenha matéria pacificada sobre a utilização, bem como a vedação da Lei Maior, magistrados de todo o país tem admitido a prova ilícita, se esta por ventura trazer algum elemento que enseje na absolvição do réu.

Isso ocorre por observância do de outros direitos tutelados pela nossa Carta Magna. Abaixo do direito à vida, encontra-se o direito à liberdade, considerado o segundo maior patrimônio da pessoa humana. Desta forma, ainda que a prova

seja vedada constitucionalmente, o bem jurídico a ser garantido neste caso não é a vedação à ilicitude, mas sim a garantia à liberdade.

Nessa linha de pensamento Silva explica que:

[...] A proibição da utilização de prova obtida por meio ilícito é uma garantia do particular contra o Estado. Daí, partindo-se desse pressuposto, a prova obtida por meio ilícito só não poderia ser utilizada pelo Estado em desfavor do acusado.

Depois da vida, a liberdade é o bem mais importante que o homem possui. A liberdade é protegida pela Constituição Federal através de vários dispositivos. Podemos destacar, dentre outros o do princípio do devido processo legal, que já engloba o do contraditório e da ampla defesa, o da presunção de inocência, o da legalidade, o *habeas corpus*, etc.

Dessa forma, fica claro e evidente que esses princípios e remédios constitucionais se sobrepõem à norma constitucional que proíbe a utilização de prova ilícita, caso esta seja usada em favor do acusado.

Portanto, se for possível ao acusado demonstrar sua inocência através de uma prova obtida ilicitamente, certamente ela poderá ser utilizada no processo, haja vista a preponderância do direito à liberdade sobre a inadmissibilidade da prova ilícita no âmbito processual. Trata-se de aplicação do princípio da proporcionalidade em benefício do acusado.

Além desses argumentos jurídicos, outro motivo lógico é que não seria justo deixar alguém ser condenado por uma infração penal, quando é possível demonstrar sua inocência através de uma prova obtida ilicitamente [...].²⁶

5.4 Princípio da Proporcionalidade e a prova ilícita utilizada *pro societate*

De outro lado está o motivo ensejador da presente monografia: a utilização da prova ilícita em benefício da sociedade.

O princípio da proporcionalidade utilizado em favor da sociedade consiste na admissão da prova ilícita contra réu. Assim como o réu possui seus direitos garantidos pela Carta Magna, a sociedade tanto vista como um todo quanto os indivíduos que a integram, também tem direitos iguais garantidos pela mesma Lei Maior.

²⁶ Idem nota 25. p 22 e 23

Já foi mencionado a atual situação da violência e do crime organizado no país. Pergunta-se então, o que é mais importante: a liberdade de um articulador do crime organizado, ou a vida de outras pessoas da sociedade? Obviamente que a vida de diversos cidadãos de bem deve se sobrepôr ao direito à liberdade de um agente de facção criminosa.

Entende-se que a utilização a prova ilícita em favor da sociedade, em determinados casos pode ser visto como um estado de necessidade. Se a única prova, ou a prova que mais se aproxima da verdade real é aquela obtida por meio ilícito, para a condenação de pessoas de alto grau de periculosidade, deve esta além de admitida, receber maior credibilidade.

Aranha nos ensina de forma sabia que:

[...] Em determinadas situações a sociedade, representada pelo Estado, é posta diante de dois interesses relevantes antagônicos e que a ela cabe tutelar: a defesa de um princípio constitucional e a necessidade de perseguir e punir o criminoso. A solução deve consultar o interesse que preponderar e que, como tal, deve ser preservado. A única prova obtida contra um sanguinário seqüestrador foi a gravação de uma conversa telefônica interceptada: absolve-se, preservando-se um princípio constitucional, ou condena-se, preservando a sociedade? [...]

É cediço que o Ministério Público por meio de seus membros visa defender os direitos da sociedade. O *parquet* enquanto parte, representando o Estado e a sociedade tem a função de impedir que perigosos criminosos fiquem impunes, o que lhe dá maior incentivo para continuar. Assim sendo, nada mais justo do que admitir uma prova apresentada pelo MP quando estiver em jogo a ordem pública e o interesse público. O direito à vida de diversos cidadãos é superior ao direito de liberdade de um réu. Não apenas por ser o direito à vida o primeiro maior bem do homem e a liberdade o segundo, mas vale mais preservar a vida de um

número indeterminável de pessoas (já que qualquer pessoa é uma vítima em potencial), em detrimento à liberdade de criminosos, apesar do sistema carcerário.

Entretanto, não é qualquer prova ilícita que se deve adotar para preservar a sociedade. A tortura, por exemplo em modo algum, sob qualquer finalidade deve ser utilizada por ser atentado não apenas à saúde, mas à dignidade da pessoa humana. Mas uma interceptação telefônica sem autorização, ou a violação de correspondência de integrantes do PCC (sigla utilizada pela facção criminosa auto nomeada de “Primeiro Comando da Capital”), pode trazer benefícios imensuráveis para a sociedade, principalmente devido ao fato de que muito se tem empenhado em descobrir as fontes financeiras, de arsenal e de substância dessa organização.

6 CONCLUSÃO

A observância do devido processo legal, com todos os princípios a eles inerentes, tais como o contraditório e ampla defesa é de suma importância para instrução criminal. Importante também é limitar a utilização da prova para que não haja cerceamento de direitos.

Entretanto o país vivencia uma grave crise da justiça, a sensação de impunidade é flagrante isso gera o descrédito no judiciário.

Embora os presídios do país não possam ser considerados como exemplo ou padrão de cárcere, a lei prevê a pena de reclusão ou detenção, e estas uma vez cominadas devem ser aplicadas a todo aquele que desenvolveu conduta tipicamente ilícita no Direito Material Penal. Ademais, se a Lei de Execução Penal fosse cumprida à risca, o consectário lógico seria o preso ressocializado, mas esta é outra história.

A esta altura, caberia uma pergunta:

Por que o princípio da proporcionalidade deve ser adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro?

Lançando um olhar sobre o momento que o mundo jurídico brasileiro vive, a saber, o descrédito que atinge o Poder Judiciário, a crise sintomática do sistema carcerário, o desmando dos chefes de organizações criminosas mesmo que aprisionados, a busca desenfreada de socorro nas penas alternativas dentre outras, situações estas que deságuam numa sem par sensação de impunidade que envolve toda a sociedade, com a constatação cada vez mais nítida de que aqueles que vivem à margem da lei, em verdade, têm formado um “Estado paralelo”, valer-se de provas ilícitas, com a moderação propiciada pelo princípio da proporcionalidade – ao

qual deve se adicionar a razoabilidade e a adequação -, tem-se mostrado, sobretudo, nestes últimos tempos, um caminho bastante razoável, no sentido de se tentar por fim aos desmandos da marginalidade.

Tal ponderação ressalta, de forma inarredável, o interesse público, vez que uma justiça que, com efeito, distribua justiça é o que o povo almeja, espera, deseja. Neste sentido, patente é o interesse público.

Nesta linha de pensamento, do outro lado, está o indesejado “Estado paralelo”, onde imperam aqueles que desejam ver a inoperância da justiça e o descrédito desta cada vez mais predominante, pois isto é o que lhes dá sustentação.

Entre o interesse público assim exposto e o particular interesse do “Estado paralelo”, qual deve prevalecer?

Sem dúvida o interesse público.

Contudo, situações há em que a distribuição da verdadeira justiça, da justiça genuína, esbarra na denominada prova ilícita, e é exatamente aí que o interesse público deve prevalecer, ainda que de forma moderada, sob os auspícios do princípio da proporcionalidade, como dito alhures, posto que em benefício da sociedade (*pro societate*).

Não implica dizer que a proporcionalidade deve ser utilizada de forma indiscriminada. Não! O próprio princípio possui em sua natureza o requisito do equilíbrio, da ponderação, tanto que anda de mãos dadas à racionalidade e adequação. Não basta que aplique a proporcionalidade, mas que essa balança seja necessária (adequada) e racional.

A bem do interesse público o Estado se vale, principalmente no âmbito administrativo, para produzir o bem-estar coletivo, então por que não utilizar o interesse público para benefício da própria população como ora se propõe? Ora, a

segurança pública é de interesse geral, e como tal deve ser tratada. Sendo assim, a utilização da proporcionalidade exsurge como meio de garantir a aplicação do interesse público.

Embora o sistema penal, como idealizado pelo legislador de 1940, nos primórdios da codificação penal, tivesse sonhado com uma estrutura organizacional, que, de fato, ressocializasse o condenado, e, hábil e eficazmente, o reconduzisse ao seio da sociedade, ao convívio com seus pares de forma harmoniosa, a realidade é bem diversa daquela sonhada, que não passou de uma quimera, um sonho, eis que, ninguém duvida, falido está o sistema penitenciário brasileiro, que a ninguém reeduca, a ninguém reconduz ao normal convívio societário, pelo contrário, tem-se tornado uma universidade do crime, um abrigo seguro àqueles que pretendem prosseguir em seus delitos e desmandos, mesmo, como dito em outro lugar, que estejam encarcerados.

Atrás das grades, protegidos pelo Estado, sob a custódia deste, ao que parece, os delinqüentes se sentem ainda mais protegidos para continuar militando no crime, eis que, a princípio, quem acreditaria que de lá – de dentro dos presídios – estariam eles mandando e comandando organizações criminosas (liderando comparsas em liberdade), e, é exatamente nesta seara que a prova ilícita, que na mais das vezes é a única que se tem contra tais atos delituosos, abarcada pelo princípio da proporcionalidade, poderia dar ao Estado subsídios suficientes para fazer frente a tais ações criminosas.

E não é só, há uma corrente de pensadores que entende que a prova também será considerada ilícita quando afrontar não apenas a normas de Direito Positivo, mas também quando vislumbrada no conflito entre princípios e normas, e entre princípios e princípios.

É intrigante como se coloca o réu em um processo criminal. A visão que é passada pela doutrina é aquela de uma pessoa vitimada pelo processo. Entretanto, é tolice fechar os olhos à realidade daquele que está assentado no banco dos réus – que na mais das vezes não tem desejo algum de se ver recuperado, com algumas raras exceções, é claro. Assim como o réu tem seu direito à liberdade, à intimidade, entre outros garantidos pela Carta Magna, tem a sociedade iguais direitos e muitos outros, valorados, majorados, superfaturados por uma inevitável mais-valia consistente no interesse público.

Já foi mencionado o modo de ação das organizações criminosas, desnecessárias, pois, digressões outras.

É o que basta: o Direito não está longe de ser uma ciência exata, tampouco seus preceitos podem ser considerados absolutos – paradoxo curioso este. Desta forma, o princípio da proporcionalidade, acompanhado da razoabilidade e da adequação é medida eficaz, para que se faça justiça. Não se pode ater à lei com tanto afinco para benefício do réu, quando do outro lado está a sociedade à mercê das ações criminosas deste, e, pasme-se, protegido pela lei, contra-senso este que merece, deve e pode ser reparado e um dos caminhos, sem dúvida, está no aproveitamento das provas ilícitas, à sombra do princípio da proporcionalidade, em prol da sociedade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

A BÍBLIA SAGRADA

ACQUAVIVA, Marcus Cláudio, 1943. **Vademecum universitário de direito**. 6 ed.

São Paulo : Jurídica Brasileira, 2003

AMARAL SANTOS, Moacyr. **Primeiras Linhas de Direito Processual Civil**. 18 ed.

São Paulo : Saraiva, 1997

ARANHA, Adalberto José Q. T. Camargo. **Da Prova no Processo Penal**. 4 ed. São

Paulo : Saraiva, 1996.

AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas ilícitas: interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas/ Luiz Francisco Torquato Avolino**. 3 ed. rev.,

ampl. e atual. Em face das Leis 9.296/96 e 10.217/01 e da jurisprudência. São

Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 10 ed. rev. e atual. – São Paulo :

Saraiva, 2003.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO,

Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 19 ed. rev. e atual. São Paulo :

Malheiros Editores, 2003.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Direito à Prova no Processo Penal**. 1ª ed.

São Paulo : Revista dos Tribunais, 1997.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO,

Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 19. ed. São Paulo: Malheiros Editores,

2003.

CIVITA, Victor. Grande Enciclopédia Larousse Cultural. São Paulo: Editora Nova

Cultural, 1998.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Processo Penal**. 14. ed. rev. e atual. São Paulo : Atlas, 2003.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 8ª ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004

ROCHA, Ruth – Minidicionário / Ruth Rocha; Ilustrações Maria Luiza Ferguson – São Paulo: Scipione, 1996.

SILVA, César Dario Mariano da. **Provas ilícitas**: princípio da proporcionalidade, interceptação, interceptação e gravação telefônica, busca e apreensão, sigilo e segredo, confissão, Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) e Sigilo. Rio de Janeiro: Forense, 2005

VIÉGAS, Rommel Cruz. As provas ilícitas por derivação. Disponível em:

http://www.amma.com.br/img_jornal/ARTIGO_PROVAS_ILICITAS_POR_DERIVACA

Q.doc. Acesso em: 25 ago. 2006.