AS PROVAS ILÍCITAS NO PROCESSO PENAL

*** Edson José Magalhães**

Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito de Ipatinga

*** José Geraldo Hemétrio**

Membro titular da Turma Recursal dos Juizados do Tribunal de Justiça de Minas Gerais e Juiz de Direito da Vara da Fazenda Pública do Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Professor da Faculdade de Direito de Ipatinga

RESUMO

O presente trabalho, desenvolvido sob a forma de pesquisa bibliográfica, teve por objetivo analisar os argumentos e embasamento legais, e doutrinários, referente à (in) admissibilidade das provas ilícitas e lícitas no Processo Penal Brasileiro, descrevendo por linhas gerais, a importância dos sistemas processual penal Inquisitório e Acusatório, para a evolução do Direito. Foi dada ênfase ao conceito de prova e as diversas formas de busca da verdade, entre elas a verdade primitiva encontrada desde a antiguidade, até os tempos atuais. Foram relatadas as divergências doutrinárias acerca da admissibilidade, e inadmissibilidade das provas ilícitas, no inquérito policial e no processo penal vigente. Foi feita também, nesse contexto, o embasamento do Princípio da proporcionalidade como forma da solução da problemática das provas ilícitas no Processo Penal contemporâneo, consoante à colisão de direitos fundamentais, utilizando provas, “*pro reo*” ou “*pro societate*”, estas como meio de exclusão da ilicitude. E por fim relatos do uso da prova por meio de interceptação telefônica, com pequenas considerações sobre a reforma do Código de Processo Penal frente às provas ilícitas.

Palavras-chave: Provas ilícitas. Sistema processual. Admissibilidade das provas. Princípio da proporcionalidade. Diversas formas de verdade.

1 INTRODUÇÃO

Na busca de descoberta da verdade, houve na Grécia, uma espécie de grande revolução, que através de uma série de lutas e contestações políticas, resultou na elaboração de uma determinada forma de descoberta jurídica, o “inquérito”, este constituindo a matriz, o modelo a partir do qual uma série de outros saberes, filosóficos, retóricos e empíricos, poderá se desenvolver e caracterizar o pensamento Grego.

Muito curiosamente, a história do nascimento do “inquérito”, permaneceu esquecido e se perdeu, tendo sido retomado, sob outras formas, na Idade Média Europeia, nos séculos XII e XIII, de formas mais obscuras e lentas, que obteve um sucesso bem mais efetivo, na busca da descoberta da verdade real.

Os primeiros meios de provas originaram, na Idade Média em uma civilização primitiva, antiga, em fase de transição para uma sociedade organizada, com escopo de criar o Estado. Os meios de provas utilizados eram as ordálias, vontades dos Deuses da quala época, alegado, é o que deveria prevalecer. Caminhando surge à disputa, que objetivava prevalecer à vontade do mais forte, em detrimento do mais fraco, em uma disputa desleal na busca de dizer quem estava com razão em determinado litígio.

A prova com a formação do Estado sofreu considerável mudança, neste surgiu vários meios de provas, entre os quais, meios lícitos e ilícitos, provas derivadas das ilícitas e provas emprestadas, a teoria dos frutos da Árvore Envenenada. A prova ilícita, especialmente no Processo Penal, é matéria bastante polêmica e controvertida, haja vista que esta, coloca em contradição a busca da verdade real e efetiva do delito, em defesa da sociedade, objetivando desproteger o jus fundamental previsto constitucionalmente.

A prova em qualquer de seus sentidos, é a forma utilizada pelos homens na busca de demonstrar a verdade sobre os fatos, e esta é produzida pelas partes, em especial, a parte que alega o fato. “A principal finalidade desta é contribuir para que o Juiz forme subjetivamente sua convicção delituosa, em relação aos fatos,” a busca da verdade material do delito”. O Magistrado para condenar deve formar o seu momento objetivo do delito, para julgar o caso de forma justa e imparcial, acarretando assim maior segurança jurídica no caso concreto.

Nadoutrina e jurisprudência, antes da Constituição Federal de 1988, havia divergência, em relação à (in)admissibilidade das provas ilícitas. Alguns doutrinadores se posicionavam, na aceitabilidade do uso das provas ilícitas, baseando seu fundamento, na busca da verdade real objetiva efetiva, esta almejada na esfera penal, ainda que implique na violação dos direitos do acusado. A corrente que defendia a (in) admissibilidade das provas obtidas por meio ilícito, começava a se solidificar, não havendo nenhuma vedação legal.

As provas ilícitas, no ordenamento jurídico brasileiro, têm vedação expressa, com o advento da Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, inciso LVI, assim: “são

inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”, assim consolidando a teoria sobre (in) admissibilidade das provas ilícitas, passando a garantir o *jus*, deveres, individuais e coletivos dos cidadãos, e não exclusivamente objetivando a busca da verdade real e efetiva, de forma de punição do infrator a qualquer custo.

Com a revitalização da teoria da admissibilidade das provas ilícitas, no Processo Penal, surgiu a necessidade de se fazer uma ponderação do art.5º, inciso LVI, da Constituição Federal de 1988, buscando equilibrar as disparidades e garantir a justiça, permitindo assim, uma ponderação de valores, quando estiver em colisão direta com os direitos coletivos, aplicando-se o princípio da proporcionalidade, onde as provas ilícitas poderão ser admitidas.

A posição majoritária de doutrina e jurisprudência é no entendimento da utilização das provas ilícitas “*pro reo*”, na fase da condenação, em benefício do réu. Mas há entendimento minoritário na doutrina, no uso da prova ilícita “*pro societate*” na fase de pronúncia do réu, conforme o caso concreto.

As provas derivadas das ilícitas são as provas lícitas, mas que se originaram de outra prova tida como ilícita. Sobre esta questão, não havia vedação expressa por lei, da admissão de tais provas, esta originava de exegese. Com a entrada em vigor da Lei nº 11.690/08, que veio disciplinar a questão, acabou com a polêmica, trazendo, além da inadmissibilidade das provas ilícitas, também a vedação expressa às provas ilícitas por derivação.

As provas emprestadas, quando estas, estiverem livres de vícios de ilicitude, estas devem ser desentranhadas do Inquérito Policial ou do Processo Penal judicial, evitando assim que se desvirtue, a busca da verdade real efetiva, perseguida pelo Juiz, para formação de sua convicção quanto da ação delituosa.

Este trabalho busca responder as seguintes perguntas, apesar de o tema ser bastante polêmico, questionar a possibilidade de se utilizar no processo penal, no Inquérito Policial, uma prova relevante e eficaz, capaz de levar a verdade dos fatos, mas que foi colhida com violação a norma constitucional, quando esta posta em confronto com outro direito garantido constitucionalmente. A origem da prova. A

evolução da prova nos diversos períodos das sociedades. O sistema Inquisitório e Acusatório. É possível o uso das provas ilícitas, quando o direito em conflito, for o de maior valor, suspendendo a atuação dos princípios constitucionais. A verdade percorrida pelo juiz é absoluta? O princípio da proporcionalidade pode sofrer limitação? Por este princípio, podem-se utilizar as provas “*pro societate*” ou apenas a prova “*pro reo*”? A reforma do Código de Processo Penal, frente às provas ilícitas deu considerável relevo ao princípio da proporcionalidade?

2 PROVA

2.1 Conceito de prova

Conforme ensina Greco, “a prova é todo elemento que pode levar o conhecimento de um fato a alguém.” (GRECO, 2010, p.185).

O direito processual regula os meios de prova, que são os instrumentos que trazem os elementos de provas aos autos.

No processo, a prova é todo meio destinado a convencer o juiz a respeito da verdade de uma situação de fato. A palavra “prova” é originária do latim “*probatio*”, que por sua vez emana do verbo “*probare*”, com significado de examinar, persuadir, demonstrar.

A finalidade da prova é o convencimento do juiz, que é o seu destinatário. No processo, a prova não tem um fim em si mesmo 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, como ex. Liebman.

Por maior que possa ser o escrúpulo colocado na procura da verdade e copioso e relevante o material probatório disponível, o resultado ao qual o

juiz poderá chegar conservará, sempre, um valor essencialmente psicológico, não da certeza lógica, daí tratar-se sempre de um juízo de probabilidade, ainda que muito alta, de verossimilhança como é próprio a todos os juízos históricos. (LIEBMAN, 1999, p.382).

Para isso, a parte deve utilizar-se de meios juridicamente possíveis, dentro dos procedimentos previstos no Código, no momento adequado. Os meios de prova devem ser, portanto, idôneos e adequados, bem como formalmente corretos.

A doutrina costuma classificar as provas segundo vários critérios.

Assim, quanto ao objeto, as provas podem ser diretas ou indiretas. As primeiras são as destinadas a demonstrar o próprio fato principal da demanda, ou seja, cuja existência, se comprovada, determina a consequência jurídica pretendente; as provas indiretas são as destinadas à demonstração de fatos secundários ou circunstâncias, dos quais se pode extrair a convicção da existência de fato principal. Prova indireta é a prova de indícios.

Quanto ao sujeito de que emanam, as provas podem ser pessoais ou reais, consistindo as primeiras em depoimentos de testemunhas e das partes, e as últimas em objetos ou coisas.

Quanto à preparação, as provas podem ser casuais ou simples e pré-constituídas, sendo estas as previamente criadas com finalidade probatória em futura demanda hipotética.

2.2 Sistema Acusatório

Conforme ensina Rangel, o sistema processual penal acusatório tem origem no segundo período evolutivo do processo penal romano, quando a expansão do Império, no final do período republicano, fez necessária a criação de mecanismos mais eficientes de investigação de determinados crimes. (RANGEL, 1997, p.296).

O aumento do número de causas e a dificuldade de processá-las nas grandes assembleias acarretaram a necessidade de se delegar as funções jurisdicionais do Senado ou do povo para tribunais ou juízes em comissão, órgãos jurisdicionais inicialmente temporários, que levavam o nome de *questiones*, constituídos por cidadãos representantes do povo romano (*iudicesiurati*) e presidido pelo pretor (*quaesitor*).

O sistema processual penal acusatório ganhou seus contornos clássicos no Direito Inglês, no reinado de Henrique II, quando foi instituído, em 1166, o chamado *Trialbyjury*, no qual o julgamento popular se dividia em duas etapas: a da admissão da acusação e a da aplicação do direito material ao caso. O representante do rei, equivalente ao juiz-presidente, “não intervinha, a não ser para manter a ordem e, assim, o julgamento se transformava num grande debate, numa grande disputa entre acusador e acusado, acusação e defesa”.

O Estado, então, para garantir a necessária separação de funções, cria um órgão próprio: o Ministério Público, com origem nos procuradores do rei da França do final do século XIV. Será o órgão ministerial, assim, o responsável pela propositura da ação penal quando pública. Mantendo-se a iniciativa da ação penal privada, ou a dependente de representação, nas mãos do particular.

Cria-se, assim, o ato de três personagens: o juiz, órgão imparcial de aplicação da lei a ser provocado; o autor, responsável pela acusação; e o réu, que não é visto como um mero objeto do processo, exercendo seus direitos e garantias.

Dessa forma, no sistema acusatório, o magistrado deixa de reunir em suas mãos as três funções, manifestando-se, apenas, quando devidamente provocado, garantindo-se, desse modo, a imparcialidade do julgador, última razão do processo acusatório.

Também conduz a uma maior tranquilidade social, pois se evita eventuais abusos da prepotência estatal que se pode manifestar na figura do “juiz apaixonado” pelo resultado de seu labor investigatório e que, ao sentenciar, olvida-se dos princípios básicos de justiça, pois tratou o suspeito como condenado desde o início da investigação.

Resumidamente Rangel ensina que o sistema processual penal acusatório apresenta como características: as funções de acusar, julgar e defender em mãos distintas; a publicidade dos atos processuais como regra; a presença do contraditório e da ampla defesa durante todo o processo; o réu como sujeito de direitos; a iniciativa probatória nas mãos das partes; a possibilidade de impugnar, decisões com o duplo grau de jurisdição; e o sistema de provas de livre convencimento motivado, (RANGEL, 1997, p. 236).

A principal crítica a este sistema sempre foi, e segue sendo, em relação à inércia do juiz, que, ao deixar exclusivamente nas mãos dos litigantes a produção probatória, terá que se conformar com “as consequências de uma atividade incompleta das partes, tendo que decidir com base em um material defeituoso que lhe foi proporcionado”.

O poder inquisitório do juiz é amplo ainda quando às partes é dado requerer a instauração do procedimento, definitivo ou preliminar. Permanece quando lhes é possível instruir o juízo por meio de alegações e produção de meios de prova. Restringe-se, quando o juiz é obrigado a atender a tais pedidos de produção de provas por outro motivo que não seja a demonstração da existência do crime e da autoria; ou quando o juiz é obrigado a instaurar procedimento sempre que requerido pelo autor. Diminui, ainda mais, quando o juiz não pode ter a iniciativa para proceder; e anula-se, definitivamente, se o juiz não pode senão julgar segundo o alegado e provado pelas partes. Este é o tipo processual acusatório puro.

No sistema acusatório, o processo continua sendo um instrumento de descoberta de uma verdade histórica. Entretanto, considerando que a gestão da prova está nas mãos das partes, o juiz dirá, com base exclusivamente nessas provas, o direito a ser aplicado no caso concreto (o que os ingleses chamam de *judgemadela*). Aliás, O processo penal inglês, assim, dentro do *Common Law*, nasce como um autêntico processo de partes, diverso daquele antes existente. Na essência, o contraditório é pleno; e o juiz estatal está em posição passiva, sempre longe da colheita da prova. É elementar que um processo calcado em tal base estruturasse uma cultura

processual mais arredia a manipulações, mormente porque o réu, antes de ser um acusado, é um cidadão e, portanto, senhor de direitos inafastáveis e respeitados.

2.3 Sistema Inquisitório

O termo “inquisitivo”, nos dicionários, refere-se à inquisição, que designava, no início, o processo adotado desde o século XII pelos tribunais eclesiásticos para investigação criminal, tendo sido o papa Gregório IX quem, no século XIII, instituiu a Inquisição como justiça e tribunal eclesiásticos da Idade Média que julgava os delitos contra a fé, em sua forma definitiva e persecutória, com o objetivo de exterminar aqueles considerados hereges.

O sistema processual penal inquisitivo, por sua vez, como ensina Rangel:

Surgiu nos regimes monárquicos e se aperfeiçoou durante o direito canônico, passando a ser adotado em quase todas as legislações européias dos séculos XVI, XVII e XVIII. Surgiu com sustento na afirmativa de que não se poderia deixar que a defesa social dependesse da boa vontade dos particulares, já que eram estes que iniciavam a persecução penal no acusatório privado anterior. O cerne de tal sistema era a reivindicação que o Estado fazia para si do poder de reprimir a prática dos delitos, não sendo mais admissível que tal repressão fosse encomendada ou delegada aos particulares.(RANGEL, 1997, p.309).

Não se admitia mais a delegação do poder de repressão por se considerar que tamanha discricionariedade nas mãos de um particular acabava por tornar a realização da justiça muito dispendiosa, quando não acarretava na, tão indesejada, impunidade do autor do delito.

A concentração das funções de acusar e julgar nas mãos do Estado-juiz foram, então, a solução encontrada e a característica principal do sistema inquisitivo, o que, claramente, comprometia a imparcialidade do julgador, que passou a tomar a iniciativa da própria acusação a ser julgada por ele mesmo.

O sistema inquisitório muda a fisionomia do processo de forma radical. O que era um duelo leal e franco entre acusador e acusado, com igualdade de poderes e

oportunidades, se transforma em uma disputa desigual entre o juiz-inquisidor e o acusado. O primeiro abandona sua posição de árbitro imparcial e assume a atividade de inquisidor, atuando desde o início também como acusador.

Ademais, a publicidade dos atos processuais, que predominava no começo, foi, aos poucos, substituída pelos processos sigilosos. “As sentenças, que na época Republicana eram lidas oralmente desde o alto do Tribunal, no Império assumem a forma escrita e passam a ser lidas na audiência”.

Mais uma vez, a não pacificação doutrinária quanto à característica fundante dos sistemas se reflete, também, no modelo inquisitivo. Apesar de grande parte dos autores enxergarem a concentração das funções em uma só mão seu caráter principal, como explica Jacinto Coutinho defendendo a posição de que a gestão da prova é a responsável por estruturar o sistema através do princípio inquisitivo, cabendo ao julgador, como juiz inquisidor, gerir a prova, o que fundamentaria o sistema inquisitório, (COUTINHO, 2011, p. 349).

Com efeito, pode-se dizer que o sistema inquisitório, regido pelo princípio inquisitivo, tem como principal característica a extrema concentração de poder nas mãos do órgão julgador, o qual detém a gestão da prova. Aqui, o acusado é mero objeto de investigação e tido como o detentor da verdade de um crime, da qual deverá dar contas ao inquisidor.

Nos moldes do sistema inquisitivo, portanto, o juiz acaba não formando seu convencimento diante das provas dos autos que, anteriormente, teriam sido trazidas pelas partes, “mas visa convencer as partes de sua íntima convicção, pois já emitiu, previamente, um juízo de valor ao iniciar a ação”.

Juan Montero Aroca critica a expressão “Processo Inquisitivo” afirmando que:

O denominado processo inquisitivo não foi e, obviamente, não pode ser um verdadeiro processo. Se este se identifica como *actum trium personarum*, em que ante um terceiro imparcial comparecem duas partes parciais, situadas em pé de igualdade e com plena contradição, e apresentam um conflito para que aquele o solucione atuando o direito objetivo, algumas das características que temos indica as próprias do sistema inquisitivo, este leva

inevitavelmente à conclusão de que esse sistema não pode permitir a existência de um verdadeiro processo. Processo inquisitivo se resolve assim em uma contradição entre termo.(MONTERO AROCA, 2009, p.281).

Paulo Rangel, no entanto, discorda da posição de Aroca, considerando o processo inquisitivo sim um processo, que apenas teria certas marcas que o identificam com a inquisição, como o papel do autor e do julgador na mesma pessoa, que acaba por retirar algumas garantias constitucionais do acusado, (RANGEL, 1997, p. 233).

Adequada ou não a expressão, podemos apontar como características do sistema processual penal inquisitivo: concentração das três funções (acusar, defender e julgar) nas mãos de uma só pessoa; início da acusação pelo juiz ex-offício; processo sigiloso e sempre escrito; a ausência do contraditório e da ampla defesa, uma vez que o acusado é visto como mero objeto do processo, e não como sujeito de direitos, sem lhe conferir qualquer garantia; e o sistema da prova tarifada, sendo a confissão a “rainha das provas”.

Independente de sua característica fundante, fato é que, diante da atual estrutura democrática estatal, diferentemente do que ocorre na maioria dos ordenamentos que adotam o sistema misto, “o sistema acusatório é um imperativo do moderno processo penal, e deve ser aplicado de forma efetiva e não como meras promessas”.

3DA EVOLUÇÃO DOS TEMPOS EM BUSCA DA PROVA COMO MEIO DE ALCANÇAR A VERDADE

3.1 A busca da verdade na antiguidade

Segundo Foucault, sobre o inquérito na Grécia antiga, sua origem pode ser encontrada na histórica de Édipo, para cuja análise o autor usou a obra de Deleuze e Guattari, para ilustrar a busca da verdade.(FOUCAULT, 1973, p.39).

Por tal análise, Foucault inicia o relato do inquirido e se convence de que Édipo seria não o conteúdo secreto de nosso inconsciente, mas a forma de coação ou instrumento de poder e em cuja história se tem o testemunho para o estabelecimento da verdade, invocando-se deuses, reis ou escravos, ordálias.

A tragédia de Édipo é fundamentalmente o primeiro testemunho que temos das práticas judiciárias gregas, sendo, portanto, a história de uma pesquisa da verdade feita com base nas crenças e culturas daquele povo, na Idade Média.

A busca da verdade é na tragédia de Édipo, quando se tentava descobrir o motivo de uma conspiração que passou a haver no país, que segundo Apoloteia sidou um assassinato, o do antigo rei, Laio, tendo Édipo consentido que se tratasse de uma meia verdade, pois faltava o nome do assassino, ao que Tirésias, também divino como Apolo, afirmou ter sido o próprio Édipo. Mais tarde, respondendo à insinuação feita por Jocasta, de que Laio havia sido morto em um entroncamento de três caminhos. Édipo acabou por concluir que fora ele, mesmo sem o saber, quem havia assassinado Laio, seu próprio pai, o que só mais tarde se descobriria, posto que antes supunha ser filho de Políbio.

Quis ver aí o autor, um dos traços mais fundamentais da tragédia de Édipo: a comunicação entre os pastores e os deuses, entre a lembrança dos homens e as profecias divinas, que para aquele povo correspondia ao estabelecimento da verdade, pois fruto de profecia dos deuses. Édipo é revelado como um cego que tinha poder demais, mas não tinha o saber. A partir disso o homem do poder será o homem da ignorância e o que aconteceu a Édipo é que ele, “por saber demais, nada sabia”. A partir daí, Édipo vai funcionar como símbolo do poder, um cego que não sabia e não sabia por que podia demais.

O Ocidente vai ser dominado pelo grande mito de que a verdade nunca pertence ao poder político, de que o poder político é cego, de que o verdadeiro saber é o que se possui quando se está em contato com os deuses ou quando nos recordamos das coisas, quando olhamos o grande sol eterno ou abrimos os olhos para o que se passou, imagem difundida por Platão para todo o ocidente: o de que há antinomia entre saber e poder. Foi esse mito, -relembra e sentencia Foucault, - é que levou

Nietzsche a pretender demolir, de que todo conhecimento se traduziria na maior mentira e na suprema arrogância da história universal.

3.2 A busca da verdade durante a Idade Média

Conforme Foucault nos ensina, séculos mais tarde, já na Idade Média Européia, em que não havia Judiciário, assiste-se a uma espécie de segundo nascimento do inquérito, mais obscuro e lento, mas que obteve um sucesso bem mais efetivo que o primeiro.(FOUCAULT, 1973, p.42).

Tanto no antigo Direito Germânico, quanto no Direito Romano,então revitalizados, destacam-se vários tipos de formas de descoberta da verdade, como o sistema de provas. Havia sistemas de provas sociais, verbais, de perjúrio e corporais, além de duelos, onde, quem ganhasse a luta ganhava o processo.

Esse sistema de práticas judiciárias desaparece no fim do século XII e no curso do século XIII, revelando-se na 2ª metade da Idade Média, o uso de novas formas de práticas judiciárias, ressurgindo aí o “inquérito”, como sucedâneo do flagrante, através das testemunhas, e como forma de exercício de poder que pressupõe a existência de um “saber privilegiado” por parte de quem o conduz.

Chega-se à época da concepção dos três poderes, surgindo então um poder judiciário que não é mais contestação entre indivíduos e livre aceitação por esses indivíduos de certo número de regras de liquidação, mas que passam a se submeter a um poder exterior a eles, que se impõe como poder judiciário e poder político. Aparece o representante do soberano, o procurador, que vai ficar por trás daquele que deveria dar a queixa de algo que se chamará infração, que substituirá a noção de crime e passará a ser uma das grandes invenções do pensamento medieval.

O aparecimento do Estado, na figura do soberano,acontecerá nessa época, surgindo então o mecanismo das multas, das confiscações de bens, passando a se ver a atuação do soberano como um modelo de intervenção coletiva e de decisão

autoritária para a liquidação de um litígio de ordem judiciária, através da sentença. Chega-se a um inquérito, ligado à gestão administrativa da primeira forma de estado conhecida no Ocidente, como substituto do flagrante, apropriando-se dele a Igreja, que praticava, na forma de inquisição, um tipo de inquérito espiritual e inquérito administrativo.

3.3 A busca da verdade na atualidade

De acordo com Foucault, tem-se, pois, que foi a partir desses inquéritos e conduzidos pelos procuradores do rei que, a partir do século XII se difundiu uma série de procedimentos em busca da verdade, surgindo os estados judiciários. Todos os grandes inquéritos do final da Idade Média são, no fundo, a explosão e a dispersão dessa primeira forma, desta matriz que nasceu no século XII, (FOUCAULT, 1973, p.45).

Sentencia Foucault; “o inquérito não é absolutamente um conteúdo, mas a forma de saber, situada na junção de um tipo de poder e de certo número de conteúdos de conhecimento”, (FOUCAULT, 1973, p. 47).

Frise-se que Foucault, continuou, na conferência seguinte, a falar das formas judiciárias, mas num outro enfoque, em que já passou a tratar da forma como o Estado punia, ao que chamou de “sociedade disciplinar”, tendo trazido o célebre modelo denominado por Bentham de “*Panopticon*”, que era um edifício em forma de anel, no meio do qual havia um pátio com uma torre no centro e que, na sua forma de punir, segundo o autor, valeria para escolas, hospitais, prisões, hospícios, e até para fábricas”, (FOUCAULT, 1973, p. 108).

Ainda nos dias de hoje, temos no mundo Ocidental outra forma da busca da “verdade real” o “Tribunal do Júri”, com desprezo “à verdade consensual” e que decorre da exigência de incomunicabilidade entre os jurados e onde a “verdade” se revelará através de debates em que se verificará a força do melhor argumento.

Tem-se ainda e mais recentemente, já entre nós, a prática dos Juizados Especiais, onde o ofendido continua sem a reparação por parte do autor do fato, pois a obrigação financeira que se lhe impõe se dirige a uma instituição social. Mas, de toda forma, já é um avanço, pois poderá haver alguma forma de retribuição pela ofensa, em algum raro caso em que o ofensor tenha condições financeiras para suportá-la.

4A PROVA ILÍCITA NO DIREITO PENAL BRASILEIRO

4.1 Conceitos de provas proibidas

Conforme Ada Pellegrini Grinover, o direito à produção de provas para a comprovação de um fato, submetidas à percepção do Juiz, está assegurado nos princípios do contraditório e da ampla defesa estampados no inciso LV do artigo 5º da Carta Magna. No entanto, há limites para o exercício dessa prerrogativa. Isso porque, apesar de o direito à prova ser protegido constitucionalmente, tal direito deve conviver harmonicamente com outros também de mesma ordem, de maneira que nenhum deles seja irregularmente exercido, sacrificando a ordem pública e o direito de terceiros. (GRINOVER, 2001, p.129).

Apesar de sua extrema relevância para o Direito Penal Brasileiro, o campo das provas proibidas vem sendo minimamente estudado e debatido, tanto pelos Tribunais, quanto pela doutrina. Desse modo, num primeiro momento, importa definir o que se compreende por proibido, no sentido literal da palavra, concluindo-se que é tudo cuja utilização não é permitida pela lei; ilegal, ilícito; defeso, proibido, interdito.

Diferente sentido não é dado quando da análise das provas proibidas, pois correspondem àqueles meios de prova que são vedados, impedidos pelo Direito, sob pena de sanção, já que vão de encontro ao ordenamento jurídico vigente. As provas

proibidas, por sua vez, podem ser analisadas de duas maneiras: sob o enfoque do direito material e à luz do direito processual.

Ocorre que a ofensa acarretada pelo uso de provas proibidas pode ser de ordem material ou processual, ou seja, a lesão pode ter sido gerada pelo modo como a prova foi colhida ou pela forma como foi produzida. Neste ponto, incide a diferenciação entre as provas ilícitas e as provas ilegítimas.

Quando se fala em prova ilícita propriamente dita, está-se diante de uma infração no momento em que a prova foi colhida, seja durante o processo ou não; aqui, melhor exemplo não há do que a prova testemunhal obtida mediante tortura, pois demonstra claramente que a prova ofendeu norma de direito material. Já a prova ilegítima depende, exclusivamente, do processo, pois a ofensa ocorre quando da sua inserção na ação penal, como é o caso da oitiva de testemunhas em número acima do permitido por lei, o que pode ocasionar até mesmo a nulidade da prova em questão, de acordo com o art. 564, III, do Código de Processo Penal.

Para Ada Pellegrini Grinover, Antonio Scarance Fernandes e Antonio Magalhães Gomes Filho prova ilícita é:

A prova colhida infringindo-se normas ou princípios colocados pela Constituição e pelas leis, frequentemente para a proteção de liberdades públicas e dos direitos da personalidade e do jus a manifestação que é o direito à intimidade. (GRINOVER; FERNANDES; GOMES FILHO, 2006, p.281).

Constituem deste modo, provas ilícitas as obtidas com violação ao domicílio ou das comunicações, as conseguidas mediante tortura ou maus-tratos, as colhidas com infringência à intimidade (artigo 5º, incisos III, X, XI e XII, da Constituição Federal), entre outras.

A seu turno, por ilegítimo entendem-se tudo aquilo “a que faltam qualidades ou requisitos exigidos pela lei para ser por ela reconhecido ou posto sob sua proteção”. Finaliza Adalberto Aranha sustentando que “prova ilegítima diz respeito a sua produção no processo”, enquanto que prova ilícita “liga-se ao meio e modo usados para a sua obtenção, afrontando ao direito material”, (Aranha, 2011, p. 327).

Verifica-se, assim, que tais denominações implicam diferenças conceituais de relevo para o presente estudo. Atente-se para o fato de que determinadas provas ilícitas, porque constituídas mediante violação a normas materiais ou princípios gerais do direito, podem ao mesmo tempo ser ilegítimas, se a lei processual também impede a sua produção em juízo. Quando isso ocorre, ou seja, quando a prova, ao mesmo tempo, é ilícita e ilegítima, não há maiores problemas, pois será fulminada pela própria lei processual penal.

4.2 Da prova ilícita

Mirabete ensina que; a intensa discussão tem sido a questão da admissibilidade ou não de provas ilícitas no processo penal brasileiro. Não por outro motivo o legislador preocupou-se em acrescentar dispositivo constitucional tratando da matéria, conforme se depreende do inciso LVI do artigo 5º, ao trazer que “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos.” (MIRABETE, 2008, p.253).

Nota-se, portanto, que o Estado fica impedido de punir qualquer pessoa com base neste tipo de prova, alcançando tanto o processo judicial como o administrativo. Contudo, tal proibição não abrange o “inquérito policial”, sendo que eventuais provas ilícitas constantes nesta fase processual não vicia a ação penal como um todo.

Assim, por força de preceito constitucional, bem como pelo Código de Processo Civil em seu art. 322 e, finalmente, pela recente reforma processual penal que incluiu nova redação ao artigo 157 (cujo mérito se discutirá no decorrer da pesquisa), é proibida a prova obtida “contra a lei, as afrontadoras dos costumes, as contrárias à moral e aos bons costumes, bem como as ofensivas a um princípio geral de direito”, cujo estranhamento não é admissível e, se o foi, deve ser extirpada.

4.2.1 Da (in) admissibilidade da prova ilícita

Conforme Magalhães, o processo rege-se pela legalidade e tal condição nada mais é do que a observância aos ditames constitucionais e legais que regem o processo penal. Desse modo, há a necessidade da perfeição do ato judicial para que o mesmo possa produzir efeitos, sob pena de ser declarado inválido ou ineficaz. (MAGALHÃES, 1997, p.95).

A admissibilidade constitui conceito de direito processual, pois se trata de uma valoração prévia feita pelo legislador, no intuito de evitar que meios de prova reputados inidôneos tenham ingresso no processo e sejam considerados pelo juiz na reconstrução dos fatos.

Não se pode olvidar que há significativa diferença entre inadmissibilidade e nulidade, explica Magalhães: “verificando o juiz que uma prova é inadmissível, o Magistrado não pode permitir que ela fosse inserida nos autos.” (MAGALHÃES, 1997, p.96).

Ao contrário, a nulidade somente é reconhecida após a sua inclusão no processo, “sendo uma sanção decorrente de um vício ou defeito que ela apresente ou em virtude da metodologia empregada em sua obtenção”, de modo que será declarada a sua ineficácia.

Desta forma, caso a prova inadmissível tenha sido juntada aos autos e, posteriormente, tenha sido constatado que ela fora obtida ilícitamente, terá de ser desentranhada por ser inexistente, haja vista ser a prova inadmissível uma “não-prova”. Por conseguinte, vale examinar pontualmente os efeitos jurídicos de tal tipo de prova no processo.

No caso de uma sentença de primeiro grau ter feito uso de uma prova ilícita para condenar o acusado, o Tribunal, em grau recursal, deverá desconsiderar a prova ilícita e julgar como se a mesma não existisse, podendo, inclusive, desentranhá-la, sem que isso caracterize supressão ao duplo grau de jurisdição.

Outra hipótese é a ocorrência do trânsito em julgado de uma sentença condenatória que se valeu para tanto de uma prova ilícita. Neste caso, a sentença poderá ser desconstituída por meio da revisão criminal, quando houve a necessidade de um

exame mais aprofundado da prova. Ao contrário, quando for possível visualizar a ilicitude de plano, sem uma análise detalhada da prova, poderá ser utilizado o remédio constitucional do Habeas Corpus para anular os atos processuais, inclusive sentença definitiva, enquanto não cumprida à pena.

Por fim, quando ocorrer condenação pelo Tribunal do Júri, com apreciação de prova obtida por meio ilícito, o veredicto deverá ser anulado através de recurso de apelação, revisão criminal ou Habeas Corpus, dependendo do caso concreto, excluindo-se a prova dos autos e realizando-se outro julgamento nos conformes constitucionais.

4.2.2 Das correntes doutrinárias acerca da (in) admissibilidade da prova ilícita

De acordo com Soares, o cerne da questão sobre a admissibilidade ou não de provas ilícitas é sobre a possibilidade de afastamento dos autos de prova que fora colhida com infringência a normas de direito material, mas que possui caráter relevante e poderia levar à descoberta da verdade no processo. (SOARES, 2009, p.53).

Sabido e consabido que “o processo só pode fazer-se dentro de uma escrupulosa regra moral, que rege a atividade do juiz e das partes”, pois “é exatamente no processo penal, onde avulta a liberdade do indivíduo, que se torna mais nítida a necessidade de se colocarem limites à atividade instrutória”.

A maior parte da doutrina possui entendimento de que, por mais relevante que sejam os fatos pela prova ilícita apurados, a mesma deve ser banida do processo, já que se subsume ela ao conceito de inconstitucionalidade. No entanto, existem posicionamentos contrários, pois existem cinco teorias atualmente a respeito do tema: uma defendendo a admissibilidade da prova ilícita, três que não admitem em nenhuma hipótese e uma última que adota entendimento intermediário, como se passa a demonstrar.

Inicia-se com a teoria que se mantém favorável ao uso da prova ilícita no processo penal. Para esta corrente, tal tipo de prova deve ser admitido porque o fim maior da ação penal é a verdade e a prova ilícita não tem a finalidade de afastar o julgador deste descobrimento. Não obstante, para os seguidores, podem ser retiradas do processo as provas que violam norma instrumental, quer dizer, as ilegítimas, uma vez que são as únicas que dispõem de uma sanção de natureza processual.

Tendo em vista que na prova ilícita reconhece-se violação a norma de ordem material, para os permissivistas, deve ser aplicada ao ofensor que fez uso de prova ilícita a sanção/penalidade correspondente, mas não pode jamais a mesma ser afastada do processo, já que não se trata de questão processual.

Adalberto Aranha exemplifica a teoria do “mal colhida, porém bem produzida”:

A conversa telefônica interceptada fica mantida como prova, processando-se o ofensor pela violação da lei adequada; a fotografia obtida mediante violação da intimidade vale como prova, punindo-se o violador; a gravação obtida sub-repticiamente permanece, embora se reconheça a má-fé do exibidor. (ARANHA, 2006, p.64).

Assim, para esta corrente, devem ser afastadas do processo as provas que violam normas instrumentais, pois estas sim possuem natureza processual. Por conseguinte, a prova ilícita deve permanecer, uma vez que processualmente válida, incidindo somente punição ao ofensor.

Na sequência, analisam-se as três orientações que são contrárias à admissibilidade de provas ilícitas do processo penal. A primeira é a que repugna absolutamente a teoria da admissibilidade, sob o fundamento de que o direito é único, não composto por áreas isoladas. Desse modo, sendo a prova ilícita, haverá afronta ao direito como um todo, não sendo admissível no processo, ainda que não seja instrumental a norma violadora.

Para este ramo, o ilícito desde que reconhecido contamina todo o direito. Tal corrente ficou conhecida como “teoria dos frutos da árvore envenenada” (*fruitsofthepoisonoustree*) ou “ilicitude por derivação”, cuja orientação é a seguinte: não se pode extrair uma prova (fruto) de um local onde existe irregularidade (árvore),

sendo que esta irregularidade pode se originar da falta de uma lei (como ocorria antes do advento da lei de interceptações telefônicas, Lei nº 9.296/96) ou de uma conduta anterior ilícita.

A teoria “dos frutos da árvore contaminada ou envenenada” teve sua origem numa decisão datada de 1920 da Suprema Corte Norte-Americana, onde se afirmou que o vício da árvore envenenada contaminava e se transmitia para todos os frutos. Noutras palavras, quando a prova é em si mesmo lícita, mas foi obtida por meio ilegal, contaria com o vício de origem que a contamina irremediavelmente. Nesse caso, melhor exemplo não há do que a confissão verdadeira, mas obtida mediante tortura, quando o sujeito confessa o crime dizendo a verdade, mas somente após a coação. Portanto, ilícita, por derivação, pela sua origem.

A segunda teoria que inadmite a prova ilícita é a que tem como base o princípio da moralidade dos atos praticados pelo Estado. Nessa senda, devem-se punir os criminosos e combater a prática delitiva, mas através de atos e princípios inatingíveis, diante da presunção de legalidade e moralidade que possui o Estado de Direito. Nas palavras de Adalberto Aranha, configura-se “sem dúvida uma teoria romântica”, (ARANHA, 2006, P.162).

Por sua vez, a última das teorias que se posiciona no sentido de que toda prova ilícita ofende a Constituição Federal, entende que toda vez que a prova é colhida ilícitamente, tal ato constituirá uma ofensa a um direito fundamental protegido pela Carta Magna. Por isso, estará eivada de inconstitucionalidade.

Por fim, uma última corrente busca o equilíbrio: a teoria da proporcionalidade e, pela relevância do tema, destaca-se em novo tópico, cuja redação segue abaixo.

4.3 Princípio da proporcionalidade da prova

Expressando neste sentido Araújo, num primeiro momento importa referir o que se entende por proporcionalidade num sentido geral. A proporcionalidade surge

vinculada à limitação do poder estatal, tendo em vista a tutela dos direitos individuais.(ARAÚJO, 2009, p.355).

Em linhas gerais, ao Estado cabe proceder à limitação destes direitos, de forma a atender o interesse público; dessa forma, o agir estatal deve observar a proporcionalidade nos meios a serem empregados e nos fins a serem alcançados. Além disso, o mencionado princípio possui como principais elementos: a adequação, segundo o qual os meios eleitos pelo Estado devem ser adequados para atingir os fins pretendidos; a necessidade ou exigibilidade, que impõe que o meio escolhido seja o menos gravoso para o cidadão; e, por fim, a proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, a relação custo-benefício para o Poder Público, de forma que o ganho obtido seja necessariamente maior do que o prejuízo suportado pela coletividade.

De acordo com Raimundo Amorim de Castro, sobre o referido princípio em relação à Constituição Federal:

É bem verdade que o princípio da proporcionalidade ainda não é um cânone expresso no texto constitucional, mas está claramente implícito quando o legislador constituinte de 1988 adotou a cláusula do devido processo legal (art. 5º, inc. LIV); o sistema misto do controle jurisdicional da constitucionalidade (art. 102 e incs.); o sistema difuso em que a inconstitucionalidade de uma lei pode ser declarada por um juiz *a quo*, somente gerando efeitos entre as partes.(CASTRO, 2009, p.65).

No campo das provas ilícitas, a teoria da proporcionalidade surgiu como uma corrente intermediária concernente à possibilidade de admissão destas no processo penal, com o fim de evitar posições radicais. Tal princípio leciona que nenhuma garantia constitucional tem valor absoluto ou supremo de modo a tornar inválida outra de equivalente grau de importância.

Tem-se, assim, a famosa confrontação de pesos e contrapesos, adotada pelo direito alemão. Ocorre que a tese central da posição dominante, aquela em que a prova ilícita é repudiada absolutamente, foi atenuada por intervenções pontuais, isto é, voltadas para a resolução de casos especiais, em que seria mais prudente a aceitação à prova colhida por meio ilegal.

Para esta teoria, então, as normas constitucionais articulam-se em um sistema, havendo a necessidade de harmonia entre elas. Com isso, não se faz possível a ocorrência de conflitos insolúveis entre valores defendidos pela Constituição Federal. Nesse andar, surge a proporcionalidade para solucionar estes conflitos, sopesando valores e definindo qual prevalecerá no caso concreto.

Sob o entendimento de que esta corrente “limita os limites dos direitos fundamentais”, verifica-se que a teoria da proporcionalidade vem admitindo a prova ilícita, sempre em caráter excepcional e em casos visivelmente graves, baseando-se no “princípio do equilíbrio entre valores fundamentais contrastantes”.

Ada Pellegrini Grinover, Antonio Scarance Fernandes e Antonio Magalhães Gomes Filho assim se manifestam sobre a teoria da proporcionalidade:

O que releva dizer é que, embora reconhecendo que o subjetivismo ínsito no princípio da proporcionalidade pode acarretar sérios riscos, alguns autores têm admitido que sua utilização pudesse transformar-se no instrumento necessário para a salvaguarda e manutenção de valores conflitantes, desde que aplicado única e exclusivamente. Raimundo Amorim de Castro. Provas ilícitas e o sigilo das comunicações telefônicas.(GRINOVER, FERNANDES, GOMES 2007,p.109-110).

Assim, sempre como exceção, pode-se utilizar a prova ilícita, desde que esteja em jogo e em posição contrário outro princípio ao qual se atribuiu igual ou maior valor, diante da relatividade dos valores fundamentais.

4.3.1 Prova ilícita “pro réo”

Conforme nos ensina Gomes Filho, a proibição da utilização no processo de provas ilícitas é uma garantia do particular contra o Estado. Tendo em vista que a liberdade é o bem mais importante que o ser humano possui. Ela é resguardada constitucionalmente por vários dispositivos legais como, por exemplo, o princípio do devido processo legal, do contraditório, da ampla defesa, entre outros, resta evidente que todos esses princípios se sobrepõem à norma que proíbe o uso de

prova ilicitamente colhida, caso essa seja utilizada em favor do acusado.(GOMES FILHO, 1997, p. 106-107).

Trata-se, portanto, da aplicação da proporcionalidade em favor do réu. Afinal, não seria justo deixar alguém ser condenado por um crime, quando é possível demonstrar a sua inocência por meio de uma prova obtida ilicitamente.

No entanto não foi o que se verificou no julgamento do Recurso Extraordinário n.º 251.445/GO, no qual foi reconhecida a nulidade processual de ação penal devido à produção da prova em violação aos direitos fundamentais de caráter substancial do réu; tratava-se de prova obtida por particular em consultório odontológico, consistente em fotografias entregues à polícia e que embasaram a ação penal por abusos sexuais praticados contra menores. A decisão segue ementada:

PROVA ILÍCITA. MATERIAL FOTOGRÁFICO QUE COMPROVARIA A PRÁTICA DELITUOSA (LEI Nº 8.069/90, ART. 241). FOTOS QUE FORAM FURTADAS DO CONSULTÓRIO PROFISSIONAL DO RÉU E QUE, ENTREGUES À POLÍCIA PELO AUTOR DO FURTO, FORAM UTILIZADAS CONTRA O ACUSADO, PARA INCRIMINÁ-LO. INADMISSIBILIDADE (CF, ART. 5º, LVI). - A cláusula constitucional do *dueprocessofLaw* encontra, no dogma da inadmissibilidade processual das provas ilícitas, uma de suas mais expressivas projeções concretizadoras, pois o réu tem o direito de não sofrer interceptação, gravação telefônica, busca e apreensão, sigilo e segredo, confissão, Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) e Sigilo. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p 22. 92 Ibidem, p. 23. Denunciado, de não ser processado e de não ser condenado com apoio em elementos probatórios obtidos ou produzidos de forma incompatível com os limites ético-jurídicos que restringem a atuação do Estado em sede de persecução penal. - A prova ilícita – por qualificar-se como elemento inidôneo de informação - é repelida pelo ordenamento constitucional, apresentando-se destituída de qualquer grau de eficácia jurídica. - Qualifica-se como prova ilícito o material fotográfico, que, embora alegadamente comprobatório de prática delituosa fosse furtado do interior de um cofre existente em consultório odontológico pertencente ao réu, vindo a serem utilizadas pelo Ministério Público, contra o acusado, em sede de persecução penal, depois que o próprio autor do furto entregou à Polícia as fotos incriminadoras que havia subtraído. No contexto do regime constitucional brasileiro, no qual prevalece à inadmissibilidade processual das provas ilícitas, impõe-se repelir, por juridicamente ineficazes, quaisquer elementos de informação, sempre que a obtenção e/ou a produção dos dados probatórios resultarem de transgressão, pelo Poder Público, do ordenamento positivo, notadamente naquelas situações em que a ofensa atingir garantias e prerrogativas asseguradas pela Carta Política (RTJ 163/682 - RTJ 163/709), mesmo que se cuide de hipótese configuradora de ilicitude por derivação (RTJ 155/508), ou, ainda que não se revele imputável aos agentes estatais o gesto de desrespeito ao sistema normativo, vier ele a ser concretizado por ato de mero particular. Doutrina. GARANTIA CONSTITUCIONAL DA INVIOABILIDADE DOMICILIAR (CF, ART. 5º, XI). CONSULTÓRIO PROFISSIONAL DE CIRURGIÃO-DENTISTA. ESPAÇO PRIVADO SUJEITO À PROTEÇÃO

CONSTITUCIONAL (CP, ART. 150, § 4º, III). NECESSIDADE DE MANDADO JUDICIAL PARA EFEITO DE INGRESSO DOS AGENTES PÚBLICOS. JURISPRUDÊNCIA. DOUTRINA. - Para os fins da proteção constitucional a que se refere o art. 5º, XI, da Carta Política, o conceito normativo de "casa" revela-se abrangente e, por estender-se a qualquer compartimento privado onde alguém exerce profissão ou atividade (CP, art. 150, § 4º, III), compreende os consultórios profissionais dos cirurgiões-dentistas. - Nenhum agente público pode ingressar no recinto de consultório odontológico, reservado ao exercício da atividade profissional de cirurgião-dentista, sem consentimento deste, exceto nas situações taxativamente previstas na Constituição (art. 5º, XI). A imprescindibilidade da exibição de mandado judicial revelar-se-á providência inafastável, sempre que houver necessidade, durante o período diurno, de proceder-se, no interior do consultório odontológico, a qualquer tipo de perícia ou à apreensão de quaisquer objetos que possam interessar ao Poder Público, sob pena de absoluta ineficácia jurídica da diligência probatória que vier a ser executada em tal local..Não vejo, desse modo, como acolher a postulação recursal deduzida pelo Ministério Público do Estado de Goiás. Sendo assim, tendo em consideração as razões expostas, não conheço do presente recurso extraordinário.Devolvam-se os autos ao E. Superior Tribunal de Justiça, que os encaminhou a esta Corte, por vislumbrar, corretamente, a ocorrência, no caso, de uma típica hipótese de prejudicialidade (fls. 646/652). Publique-se. Brasília, 21 de junho de 2000 Ministro Celso de Mello Relator.

Importa mencionar que, quando a prova aparentemente ilícita, for colhida pelo próprio acusado, há o entendimento de que a ilicitude é eliminada por causas legais, como a legítima defesa, que acaba por excluir a antijuricidade. Assim, se enquadra a conduta do sujeito que grava sub-repticiamente sua conversa com terceiro com a finalidade de demonstrar a sua inocência.

A título de exemplo, traz-se a seguinte ementa de julgado do Tribunal de Justiça de Goiás em 2000.

CONSTITUCIONAL. PENAL. GRAVAÇÃO DE CONVERSA FEITA POR UM DOS INTERLOCUTORES: LICITUDE. PREQUESTIONAMENTO. Súmula 282-STF. PROVA: REEXAME EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO: IMPOSSIBILIDADE. - Súmula 279-STF. I. - A gravação de conversa entre dois interlocutores, feita por um deles, sem conhecimento do outro, com a finalidade de documentá-la, futuramente, em caso de negativa, nada tem de ilícita, principalmente quando constitui exercício de defesa. II. - Existência, nos autos, de provas outras não obtidas mediante gravação de conversa ou quebra de sigilo bancário.III. - A questão relativa às provas ilícitas por derivação $\frac{3}{4}$ "*thefruitsofthepoisonoustree*" $\frac{3}{4}$ não foi objeto de debate e decisão, assim não prequestionada. Incidência da Súmula 282-STF. IV. - A apreciação do RE, no caso, não prescindiria do reexame do conjunto fático-probatório, o que não é possível em recurso extraordinário. Súmula 279-STF. V. - Agravo não provido. [grifou-se].

Repise-se que no confronto entre a proibição de uma prova e o direito à prova da inocência, transparece claro que deve este último prevalecer, não só porque a

liberdade e a dignidade da pessoa humana figuram como valores insuperáveis, mas, sobretudo, porque o Estado não tem interesse em punir um inocente. Igualmente é a posição doutrinária de Flávia D'Urso, em relação à utilização da prova colhida ilicitamente em favor do réu, ao afirmar que:

Nesse aspecto, na há dissenso na doutrina ou na jurisprudência quanto à aplicação do princípio da proporcionalidade. No embate entre o direito à prova de inocência e outro também protegido pela Constituição Federal, prepondera aquele, porquanto consubstancia-se mesmo a liberdade e a dignidade humana valores insuperáveis, mas também, porque ao próprio Estado não interessa a punição do inocente, o que poderia redundar à impunidade do verdadeiro autor do crime.(FLÁVIA, 2007 p.124).

Assim sendo, não admitir provas obtidas por meios ilícitos, significa igualmente contrariar o princípio do livre convencimento consagrado pelo Código de Processo Penal Brasileiro, uma vez que estaria se obrigando o juiz a fechar os olhos à realidade, impedindo-o de consagrar a busca pela verdade real.

A busca pela realidade dos fatos deve ser com esforços quase sem medida, quase ilimitada.

Eugênio Pacelli nos ensina que “a prova da inocência do réu deve sempre ser aproveitada, em quaisquer circunstâncias”. Conclui o autor referindo que “o aproveitamento da prova ilícita em favor da defesa, constitui-se em critério objetivo de proporcionalidade”, (PACELLI, 2009, p. 215).

Como visto a utilização de prova obtida ilicitamente em favor do acusado não se trata de uma exceção imotivada, mas sim de uma forma de compatibilizar dois direitos fundamentais envolvidos. Com a aplicação do princípio da proporcionalidade, portanto, evitam-se situações de inegável irrazoabilidade.

4.3.2 Prova ilícita “pro societate”

De acordo com Castro, quanto à utilização de provas ilícitas em benefício da defesa não haja tanta polêmica, expressada pela doutrina, bem como pelos

Tribunais Superiores, é evidente, atualmente, um grande problema em relação à versão “*pro societate*.” (CASTRO, 2007, p.67).

A questão é saber se seria possível admitir o uso de provas colhidas ilícitamente no processo quando o interesse predominante fosse da coletividade, razões de segurança pública ou em casos de extrema gravidade social. Diante desse cenário, a ponderação entre o interesse privado do réu (normalmente baseado na proteção à intimidade) e o interesse público seria realizada por meio da verificação da necessidade, da adequação e da proporcionalidade.

A questão da prova proibida deve ser analisada sempre caso a caso, pois só assim é possível verificar a quem ocasionará maior custo por conta da utilização da prova ilícita, se ao investigado ou ao Estado. Nesse sentido, há situações em que evidente a superioridade do Estado, quando, por exemplo, o crime não gera uma relevância social significativa, como um pequeno furto; cenário oposto é o que envolve a criminalidade organizada, em que os grupos organizados detêm a superioridade da relação. Neste último caso, visto que o prejuízo a ser experimentado pela sociedade seria imenso, permite-se o uso da prova colhida ilícitamente.

Logo, para aqueles que defendem a utilização da prova ilícita “*pro societate*” inúmeros são os motivos de tal admissão: a necessidade de fortalecimento da segurança pública, ameaçada pelo crime organizado nas grandes metrópoles; a existência de um “direito fundamental à proteção social”, capaz de legitimar a aplicação da proporcionalidade em defesa da coletividade; a importância da busca pela justiça; porque a admissibilidade da prova ilícita somente em favor do réu fere a isonomia das partes no processo penal; não há qualquer inconveniente, na utilização da versão “*pro societate*” em hipóteses de excepcional gravidade e, ainda assim, mediante circunstanciada motivação judicial; entre várias outras razões.

O que se verifica, portanto, é que todos os que admitem a prova obtida ilícitamente no processo em favor da sociedade acreditam ser possível haver a ponderação de interesses entre os direitos fundamentais do indivíduo como parte no processo penal e os interesses de ordem pública (como a busca pela verdade real, a repressão à criminalidade e a defesa da segurança coletiva).

Da mesma sorte é o julgado do Supremo Tribunal Federal (HC n.º70.814-5), em que se entendeu pela preponderância da segurança do presídio e da vida do Magistrado, em detrimento do sigilo da correspondência, cuja estrutura segue abaixo:

HABEAS CORPUS - ESTRUTURA FORMAL DA SENTENÇA E DO ACÓRDÃO - OBSERVÂNCIA - ALEGAÇÃO DE INTERCEPTAÇÃO CRIMINOSA DE CARTA MISSIVA REMETIDA POR SENTENCIADO - UTILIZAÇÃO DE COPIAS XEROGRÁFICAS NÃO AUTENTICADAS - PRETENDIDA ANÁLISE DA PROVA - PEDIDO INDEFERIDO. - A estrutura formal da sentença deriva da fiel observância das regras inscritas no art. 381 do Código de Processo Penal. O ato sentencial que contém a exposição sucinta da acusação e da defesa e que indica os motivos em que se funda a decisão satisfaz plenamente, as exigências impostas pela lei. - A eficácia probante das cópias xerográficas resulta, em princípio, de sua formal autenticação por agente público competente (CPP, art. 232, parágrafo único). Peças xerográficas não autenticadas, desde que possível a aferição de sua legitimidade por outro meio idôneo, pode ser validamente utilizada em juízo penal, à administração penitenciária, com fundamento em razões de segurança pública, de disciplina prisional ou de preservação da ordem jurídica, pode, sempre excepcionalmente, e desde que respeitada a norma inscrita no art. 41, parágrafo único, da Lei n. 7.210/84, proceder à interceptação da correspondência remetida pelos sentenciados, eis que a cláusula tutelar da inviolabilidade do sigilo epistolar não pode constituir instrumento de salvaguarda de práticas ilícitas. - O reexame da prova produzida no processo penal condenatório não tem lugar na ação sumaríssima de habeas corpus. Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. HC 70.814/SP. Relator: Min. Celso de Mello, 1º de março de 1994.

Do lado oposto estão os que não admitem o uso de provas proibidas na versão “*pro societate*” por meio do princípio da proporcionalidade, mormente porque representa um suporte à constante postura de castigo assumida pela doutrina e jurisprudência no processo penal brasileiro. Igualmente, João Freitas Chaves e Clarissa Cunha em artigo publicado referem que:

O direito parece não ter conseguido livrar-se do desejo de repressão a todo custo, em sua maior medida, como máxima processual. O acusado permanece sendo visto como merecedor da mais alta pena e castigo, tendo o Estado como instrumento para alcance de tal medida, o princípio da verdade real, cuja aplicação permitiria até mesmo uma ilicitude processual. (CHAVES, CUNHA, 2008, p.154).

Ainda nesse sentido, destacam-se os motivos pelos quais parte da doutrina crê ser intolerável a prova ilícita em favor da acusação: a) torna-se um estímulo a prática de tortura pelos agentes do Estado; b) trata-se de interpretação tendente a minimizar ou abolir a eficiência de garantia constitucional com natureza de cláusula pétreia; c)

trata-se de caso de aplicabilidade imediata do princípio *in dubio pro reo*; e d) trata-se de violação do princípio da ampla defesa.

Destarte, tem-se que o processo pode ter o condão de alterar a verdade dos fatos, em sério prejuízo à própria sociedade, constituindo-se em verdadeiro instrumento de injustiça, haja vista que por vezes condena-se o inocente e decreta-se a absolvição de um culpado. Diante deste contexto, surge o princípio da proporcionalidade capaz de evitar questões falsamente solucionadas, seja utilizando a prova ilícita em favor do réu, seja em favor da sociedade.

4.4 Da prova por meios das interceptações telefônicas

Conforme Marques, quando se fala em provas ilícitas, tem-se de mencionar as interceptações telefônicas, como grande exemplo. A Constituição Federal de 1988 foi pioneira em tratar sobre as interceptações e gravações dos meios de comunicação, em seu artigo 5º, XII, que traz expressamente que é “inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal”. Por sua vez, a lei que complementa o assunto é a de n.º 9.296/96. (MARQUES, 2007, p.70).

Atualmente, a maior parte dos julgados que trata sobre a admissibilidade das provas colhidas ilicitamente no processo penal tem ligação com escutas telefônicas clandestinas e com grampoamento telefônico. Com o advento da Lei 9.296/96 finalmente passou a ser regulamentada a questão das interceptações, na qual restaram estabelecidas as duas hipóteses em que são permitidas: para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.

Com efeito, se não tratar sobre estes dois casos, o juiz não pode autorizar o uso deste meio de prova, inviabilizando, dessa forma, qualquer prova a ser obtida

mediante interceptação telefônica. Vale ressaltar que “se a prova puder ser feita por outros meios disponíveis”, devem o Magistrado adotá-los.

Além disso, para o deferimento da interceptação telefônica, devem estar presentes indícios razoáveis de autoria ou participação na infração penal, bem como se verificar em uma decisão fundamentada a gravidade do crime que se pretende ver apurado pelo Estado na “*persecutio criminis*” e, por fim, que o crime seja punido com pena de reclusão.

Importante mencionar que não se pode confundir interceptação telefônica, que depende de autorização judicial, com gravação não consentida, quando o interlocutor é a própria vítima da atividade criminosa, conforme julgado do Tribunal de Justiça do Paraná que segue.

PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS, (HC. 19.136/MG). ART. 332, DO CÓDIGO PENAL. PODER INVESTIGATÓRIO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. GRAVAÇÃO DE CONVERSA POR UM DOS INTERLOCUTORES (GRAVAÇÃO CLANDESTINA). NÃO CONFIGURA PROVA ILÍCITA.I - Na esteira de precedentes desta Corte, malgrado seja defeso ao Ministério Público presidir o inquérito policial propriamente dito, não lhe é vedado, como titular da ação penal, proceder a investigações. A ordem jurídica, aliás, confere explicitamente poderes de investigação ao Ministério Público - art. 129, incisos VI VIII, da Constituição Federal, e art. 8º, incisos II e IV, e § 2º, e art. 26 da Lei nº 8.625/1993 (Precedentes).II - Por outro lado, o inquérito policial, por ser peça meramente informativa, não é pressuposto necessário à propositura da ação penal, podendo essa ser embasada em outros elementos hábeis a formar a opinio delicti de seu titular. Se até o particular pode juntar peças, obter declarações, etc., é evidente que o Parquet também pode. Além do mais, até mesmo uma investigação administrativa pode, eventualmente, supedanear uma denúncia.III - A gravação de conversa realizada por um dos interlocutores é considerada prova lícita, e difere da interceptação telefônica, esta sim, medida que imprescinde de autorização judicial (Precedentes do STF e do STJ), (STF - HC 75338/RJ, 2ª Turma, Rel. Min. Nelson Jobim, DJU de 25/09/1998). Ante o exposto, nego provimento ao recuso.

De acordo com Fábio Aguiar Munhoz Soares, o direito à intimidade não pode ser validamente usado como escudo para a prática criminosa, de modo que a gravação de diálogo em que alguém sugere ou comete prática criminosa a outrem, feita pelo destinatário das assertivas iníquas sem que o outro saiba, não tem aparência de ilicitude, (MUNHOZ, 2007, p. 218).

No entanto, há quem considere a própria interceptação uma forma de auto-incriminação. Isso porque se o acusado não é obrigado a produzir prova contra si mesmo, suas palavras não poderiam servir de base para a sua condenação, sem que ele fosse comunicado de que, ao falar em telefone, por exemplo, poderia estar se incriminando.

Nessa linha, os desfavoráveis ao uso deste meio de prova acreditam que a quebra de sigilo de dados pessoais, a interceptação de correspondências e de comunicações, as escutas e filmagens ambientais são meios de investigação e busca de provas que claramente violam a garantia do direito de não se auto-incriminar. Afinal, o Estado faria com que o próprio investigado fosse enganado, colaborando, sem saber, para fazer prova contra ele mesmo.

Tal corrente doutrinária não discute a eficácia da interceptação telefônica para certos casos de difícil elucidação, como ocorre nos crimes de sequestro, em que se torna possível a libertação da vítima de seu cativo.

Adotam o entendimento de que:

Proibir a utilização da interceptação telefônica como prova isolada de autoria e materialidade delitiva, e, de todo modo, submeter o teor das conversas ao necessário exame pericial de voz e de conteúdo (transcrição integral das conversas), são as únicas formas de compatibilizar esta modalidade de medida cautelar com os preceitos constitucionais garantidores do Estado Democrático de Direito.(SOARES, 2009, p. 87-88).

Entre as várias questões que envolvem as interceptações telefônicas, uma merece especial atenção, qual seja o conhecimento fortuito de fatos criminosos diversos do objeto da interceptação legalmente autorizada. Em outras palavras, o que ocorre com frequência é que os monitoramentos telefônicos que tiveram autorização judicial acabam por captar conversas que tratam de outros fatos, diversos, portanto, dos originalmente permitidos, o que dá margem à possibilidade de novas investigações.

Ocorre que a Lei n.º 9.296/96 nada dispõe sobre a matéria, cabendo tal discussão à doutrina e à jurisprudência. Tendo em vista que a exceção à proteção da intimidade

e da privacidade é feita em casos extremos e de absoluta necessidade, e que dentre uma das condições de autorização das interceptações telefônicas está o objeto (possível fato criminoso), não pode o Estado valer-se da violação de um direito fundamental do cidadão, desviando-se do objetivo para o qual adotou a medida.

Entretanto, há uma exceção. Só é possível emprestar validade probatória aos conhecimentos fortuitos advindos de escuta telefônica se o fato descoberto for conexo com o fato investigado, guardando, assim, um liame entre eles. Repise-se que a interceptação tem de existir somente para averiguar fato determinado, não servindo para vasculhar a vida do indivíduo, “o que a desnaturaria como meio de prova e a tornaria uma vigilância constante”. Nesse sentido é o HC n.º 83.515, julgado pelo Supremo Tribunal Federal, Brasília (2009) cuja ementa segue para elucidar o caso:

HABEAS CORPUS. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. PRAZO DE VALIDADE. ALEGAÇÃO DE EXISTÊNCIA DE OUTRO MEIO DE INVESTIGAÇÃO. FALTA DE TRANSCRIÇÃO DE CONVERSAS INTERCEPTADAS NOS RELATÓRIOS APRESENTADOS AO JUIZ. AUSÊNCIA DE CIÊNCIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO ACERCA DOS PEDIDOS DE PRORROGAÇÃO. APURAÇÃO DE CRIME PUNIDO COM PENA DE DETENÇÃO. - é possível a prorrogação do prazo de autorização para a interceptação telefônica, mesmo que sucessivas, especialmente quando o fato é complexo a exigir investigação diferenciada e contínua. Não configuração de desrespeito ao art. 5º, caput, da L. 9.296/96. 2. A interceptação telefônica foi decretada após longa e minuciosa apuração dos fatos por CPI estadual, na qual houve coleta de documentos, oitiva de testemunhas e audiências, além do procedimento investigatório normal da polícia. Ademais, interceptação telefônica é perfeitamente viável sempre que somente por meio dela se puder investigar determinados fatos ou circunstâncias que envolverem os denunciados. 3. Para fundamentar o pedido de interceptação, a lei apenas exige relatório circunstanciado da polícia com a explicação das conversas e da necessidade da continuação das investigações. Não é exigida em alguns casos, poderia prejudicar a celeridade da investigação e a obtenção das provas necessárias (art. 6º, § 2º, da L. 9.296/96). 4. Na linha do art. 6º, caput, da L. 9.296/96, a obrigação de cientificar o Ministério Público das diligências efetuadas é prioritariamente da polícia. O argumento da falta de ciência do MP é superado pelo fato de que a denúncia não sugere surpresa, novidade ou desconhecimento do procurador, mas sim envolvimento próximo com as investigações e conhecimento pleno das providências tomadas. 5. Uma vez realizada a interceptação telefônica de forma fundamentada, legal e legítima, as informações e provas coletas dessa diligência podem subsidiar denúncia com base em crimes puníveis com pena de detenção, desde que conexos aos primeiros tipos penais que justificaram a interceptação. Do contrário, a interpretação do art. 2º, III, da L. 9.296/96, levaria ao absurdo de concluir pela impossibilidade de interceptação para investigar crimes apenados com reclusão quando forem estes conexos com crimes punidos com detenção. Habeas corpus indeferido. [grifou-se].

Verifica-se, portanto, que a Lei n.º 9.296/96 ao autorizar a quebra do sigilo telefônico, por conseguinte a violação à intimidade e à privacidade do investigado proporcionou ao Estado instrumento sem o qual certos delitos ficariam impunes, principalmente diante da inidoneidade de outros meios de prova para constatá-los. Todavia, tal instituto probatório deve primar sempre pelo respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana, do qual, invariavelmente, decorrem outras garantias fundamentais ao cidadão.

4.5 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A REFORMA DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL FRENTE ÀS PROVAS ILÍCITAS

Conforme o ensinamento de Nucci, com o advento da Lei n.º 11.690/08, o legislador, entre outras mudanças, deu ao artigo 157 do Código de Processo Penal nova redação, nos seguintes termos. (NUCCI, 2009, p.109).

Art. 157. - são inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais.

§ 1º São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras.

§ 2º Considera-se fonte independente aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova.

§ 3º Preclusa a decisão de desentranhamento da prova declarada inadmissível, esta será inutilizada por decisão judicial, facultado às partes acompanhar o incidente.

§ 4º (VETADO). (BRASIL, 2008).

A Constituição Federal já consagrava em seu artigo 5º, LVI, a vedação às provas obtidas por meios ilícitos. Apesar disso, mesmo que tardiamente, a nova redação do art. 157 da lei processual penal também passou a tratar da matéria, inadmitindo as provas ilícitas (violação material), as ilegítimas (violação processual) e as irregulares (violação procedimental). Cita-se julgado do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul demonstrando a aceitação da reforma:

APELAÇÃO. CRIMES CONTRA O PATRIMÔNIO E A PAZ PÚBLICA. ESTELIONATOS E FORMAÇÃO DE QUADRILHA. INTERCEPÇÃO DAS COMUNICAÇÕES TELEFÔNICAS. PROVA ILÍCITA, (CURITIBA, 2010)- 1. Verificado que, no caso, a interceptação das comunicações telefônicas foi feita em data anterior à autorização judicial, é inegável a ilicitude da prova, pois produzida em desacordo com o disposto na Lei 9.296/96 e no artigo 5º XII, da Constituição Federal. 2. No âmbito processual penal, a inadmissibilidade da prova ilícita, que já era assegurada pela Constituição Federal no seu artigo 5º, LVI, foi agora, com a Lei 11.690/08, explicitada, embora com algumas ressalvas de questionável constitucionalidade, constando do artigo 157, caput, do Código de Processo Penal, que "São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais." 3. Constatação de que os CDs que contêm as gravações realizadas pelo sistema Guardiã apresentaram problemas de áudio, impossibilitando a sua reprodução e a consequente análise do seu conteúdo pela defesa, violando as garantias do contraditório e da ampla defesa. RECURSOS PROVIDOS. SENTENÇA. DESCONSTITUÍDA. [grifou-se].

Observa-se da leitura do artigo que o efeito prático de eventual juntada de prova ilícita ao processo é o seu desentranhamento, não havendo discussão acerca de nulidade, mas sim quanto à admissibilidade ou não, devendo ser desentranhada quando inaceitável. No caso de não ser dada procedência em relação ao desentranhamento da prova tida como ilícita, o acusado poderá se valer da via do Habeas Corpus. Já se o Magistrado mantiver a prova nos autos, proferindo sentença com fundamento nesta prova, as partes poderão impugnar a decisão por meio de apelação.

Apesar da reforma, omitiu-se o legislador sobre as teorias de (in) admissão das provas proibidas, tratando no parágrafo primeiro apenas acerca da teoria dos frutos da árvore envenenada (provas ilícitas por derivação), no sentido de que as provas oriundas de uma prova originariamente ilícita também serão consideradas como tal. De todo modo, em que pese clara omissão quando da reforma processual, permanece intacta a aceitação do princípio da proporcionalidade *pro reo* pela maior parte da doutrina, como forma de preservação da ampla defesa.

A maior crítica à reforma processual acarretada pela Lei n.º 11.690/08, no que diz respeito às provas ilícitas, é o veto presidencial que recaiu sobre o parágrafo quarto do artigo 157, que estabelecia que o juiz que conhecesse prova ilicitamente obtida não poderia proferir sentença ou acórdão. Em nome da celeridade processual, em detrimento da qualidade, equivocou-se o legislador. Nessa linha de raciocínio é o

entendimento de Maria Elizabeth Queijo, em artigo publicado no Boletim IBCCRIM, o qual se cita fragmento pela excelência da abordagem:

Ao permitir que o juiz que teve contato com a prova declarada ilícita venha a proferir sentença ou o acórdão, os avanços alcançados por meio da Lei n. 11.690/08, ficam minimizados, porque a norma do § 4º do art. 157 foi o mecanismo mais eficiente encontrado para realmente impedir que o julgador forme seu convencimento com base na prova obtida ilicitamente. Desse modo, o desentranhamento das provas ilícitas e daquelas dela derivadas pouca valia terá sobre a formação da convicção do julgador, já afetada pelo contato com aquelas provas, ainda que tal convencimento não seja exteriorizado, de forma expressa, na fundamentação de sua decisão. (QUEIJO, 2008, p. 18-19).

Notável, portanto, que apesar das mudanças pontuais de significado prático, a reforma processual falhou e omitiu em determinados aspectos em relação às provas ilícitas. Todavia, visou adequar a o artigo 157 do Código de Processo Penal ao texto constitucional, regulamentando a exclusão das provas ilícitas, em qualquer hipótese.

Enfim, tem-se que o juiz deve fundar a sua decisão em provas válidas, dado que a prova obtida ilicitamente revela, sem dúvida, uma atuação excessiva e afastada dos limites legais. Afinal, a busca pela verdade deve ter como parâmetro as regras do devido processo legal, com observância aos direitos e garantias individuais, para que o resultado esteja conforme a ordem jurídica.

3 CONCLUSÃO

O inquérito policial surgiu na idade Média, sendo a primeira forma de descoberta da verdade real efetiva. Ficando este abandonado e ressurgindo nos séculos, XII e XIII, na Grécia Antiga. Com o resurgimento do “inquérito”, surgiram também, novas formas de verdades, entre elas a verdade formal e a material. Estas forma de verdade, são as provas, esta via de regra produzida pelas partes que alega o fato delituoso.

A prova é o meio de garantir ao acusado, o direito ao “*DueProcessOf Law*”, este constitui, o meio amplo e eficaz, de defender os direitos em Juízo, entre eles o

direito ao contraditório e a ampla defesa, jus estes previsto expressamente no texto Constitucional. Embora deva prevalecer à regra, esta não é absoluta, pois esta encontra limites na própria Constituição Federal da República de 1988, em seu artigo 5º, LVI, assim transcrito, “que são inadmissíveis no processo as provas obtidas por meios ilícitos”. Esta vedação proporciona a busca da verdade real, ocorrido em um delito, podendo em casos excepcionais ser relevados, por aplicação do princípio da proporcionalidade.

A inadmissibilidade da prova ilícita no processo penal, não só deriva das provas ilícitas, mas também, das provas ilegítimas e das ilícitas por derivação; da teoria dos frutos da árvore envenenada. Por se tratar de direito fundamental, firmado tanto na Constituição Federal, como no Código de Processo Penal, por vezes, acaba gerando conflito com demais direitos e bens jurídicos.

A maioria da doutrina, tem entendido a aplicação do princípio da proporcionalidade, defendendo-se esta tese, desde que, usa-se a prova, “*pro reo*”, ou seja, em benefício do acusado, garantindo-lhe proteção dos jus fundamentais. A maioria dos autores entende, que o princípio da proporcionalidade é um meio inerente ao uso das provas colhidas com violação a norma constitucional, quando esta norma funcionar como causa ilegal de exclusão da ilicitude. Existe também outra corrente, embora de opinião minoritária, defendendo o uso do princípio da proporcionalidade, “*pro societate*”. Permitindo-se assim a infringência ao jus fundamental em benefício da sociedade.

Assim, a proteção à vida, à segurança, à honra, etc., se não for propiciada ao mesmo tempo com a efetividade de tal garantia no âmbito processual, permitindo que sejam utilizadas provas consideradas ilícitas pelo ordenamento jurídico, não terá razão de ser. Ressalta-se que a utilização deve ser sempre pautada pela excepcionalidade, identificável principalmente quando o titular não possui condições de autotutela, como, por exemplo, a criança vítima, em que a atuação de proteção do Estado é indispensável.

Verifica-se, desse modo, que é necessário sopesar também os direitos fundamentais da coletividade, o que se faz possível mediante a aplicação do princípio da

proporcionalidade, que consiste no método mais racional à solução dos conflitos concretos. Afinal, somente por meio desta teoria, é possível fazer com que a prova ilícita seja relativizada.

Bem assim, apesar de a legislação sobre o assunto vedar o uso das provas ilícitas no processo penal, no Inquérito Policial, parte da doutrina e da jurisprudência vem entendendo por aplicar o princípio da proporcionalidade atrelada a essa questão, desde que haja a preponderância de valores, em relação aos bens jurídicos tutelado em conflito.

De todo o apresentado, percebe-se ser indispensável à continuidade do estudo sobre o tema, a fim de que se tenha maior consistência jurídica capaz de orientar efetivamente o aplicador do Direito quando da utilização das provas ilícitas no processo penal brasileiro, seja em favor réu, seja para o benefício da sociedade.

REFERÊNCIAS

ANGHER, Anne Joyce (Org.). **Vademecum acadêmico de direito Rideel**. 19. ed. São Paulo: Rideel, 2014.

ARAÚJO, Fábio Roque da Silva. O princípio da proporcionalidade aplicado ao direito penal: fundamentação constitucional da legitimidade e limitação do poder de punir. **Revista dos Tribunais**, n. 882, p. 355, 2009.

AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas ilícitas**: interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas. 3. ed. rev. ampl. e atual. em face das Leis 9.296/96 e 10.217/2001 e da Jurisprudência. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

AZEVEDO, Bernardo Montalvão Varjão de; BÔAS, Marcos de Aguiar Villas. Reflexões sobre a proporcionalidade e suas repercussões nas ciências criminais. **Revista de Estudos Criminais**, n. 33, p. 88-89, 2009.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righilvahy. **Ônus da prova no processo penal**. São Paulo: R. dos Tribunais, 2003.

BARROS, Antonio Milton de. As alterações do CPP em relação à prova. **Unijus: Revista Jurídica**. v.12, n.17, p.73–99, nov. 2009.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 24 set. 2014.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 24 set. 2014.

BRASIL. **Lei n.º 9.296 de 24 de julho de 1996**. Regulamenta o inciso XII, parte final, do art. 5º da Constituição Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9296.htm>. Acesso em: 24 set. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **HC 19.136/MG**. Relator: Min. Felix Fischer, Quinta Turma, 20 de março de 2007. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 16 out. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 83.515**. Relator: Min. Nelson Jobim, 16 de setembro de 2004. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 17 out. 2014.

_____. Primeira Turma. **HC 70.814/SP**. Relator: Min. Celso de Mello, 1º de março de 1994. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 16 out. 2014.

_____. **RE 251.445/GO**. Relator: Min. Celso de Mello. 21 de junho de 2000. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 16 out. 2014.

_____. Tribunal Pleno. **ADI 1570**. Relator: Min. Maurício Corrêa. Julgado em: 12/02/2004, DJ 22-10-2004 PP-00004 EMENTVOL-02169-01 PP-00046 RDDP n. 24, 2005, p. 137-146 RTJ VOL-00192-03 PP-00838. Disponível em: www.stf.org.br>. Acesso em: 09 out. 2014.

D'URSO, Flávia. **Princípio constitucional da proporcionalidade no processo penal**. São Paulo: Atlas, 2007.

FARIAS, Vilson. Considerações em torno da Lei 11.690, de 09.06.2008. **Revista dos Tribunais**, n. 896, p.383-444. jun. 2010.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo de direito: técnica, decisão, dominação**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antônio Scarance; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **As nulidades do processo penal**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

MALATESTA, Nicola Framarino Dei. **A lógica das provas em matéria criminal**. 6. ed. Campinas: Bookseller, 2005.

MARQUES, Frederico. **Apontamentos sobre o processo brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1959.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual**. Atualizadores: Eduardo Reale Ferrari e Guilherme Madeira Dezem. São Paulo: Millennium, 2009. v.2.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Curso de investigação criminal**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Processo penal**. 18. ed. rev. e atual. até 31 de dezembro de 2005. São Paulo: Atlas, 2008.

QUEIJO, Maria Elizabeth. **O tratamento da prova ilícita na reforma processual penal**. Boletim Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCrim), n. 188, p. 18-19, 2008.