



Fundação Educacional do Município de Assis
Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis
Campus "José Santilli Sobrinho"

RAFAEL MOREIRA MACHADO

ADMISSIBILIDADE DE PROVAS ILÍCITAS NO PROCESSO PENAL

**Assis
2013**

RAFAEL MOREIRA MACHADO

ADMISSIBILIDADE DE PROVAS ILÍCITAS NO PROCESSO PENAL

Monografia apresentada ao Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis, como requisito do Curso de Bacharel em Direito, sob orientação geral do Dr. Rubens Galdino.

Orientador: Cláudio José Palma Sanchez

Área de Concentração: Direito Processual Penal

Assis
2013

FICHA CATALOGRÁFICA

MACHADO, Rafael Moreira

Admissibilidade de Provas Ilícitas no Processo Penal / Rafael Moreira Machado.
Fundação Educacional do Município de Assis, Assis, 2013.
65 fl.

Orientador: João Henrique dos Santos
Trabalho de Conclusão de Curso – Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis.

1. Prova ilícita 2. Processo Penal.

CDD: 340
Biblioteca da FEMA

ADMISSIBILIDADE DE PROVAS ILÍCITAS NO PROCESSO PENAL

RAFAEL MOREIRA MACHADO

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis, como requisito do Curso de Graduação analisado pela seguinte comissão examinadora.

Orientador: Cláudio José Palma Sanchez

Analisador: _____

Assis

2013

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus, primeiramente, pelo dom da vida e a oportunidade de estar expondo meus pensamentos, assim como aos meus queridos pais, Dirceu Machado e Dirce Moreira Machado, os quais terão minha eterna gratidão, por me criarem com todo o amor e dedicação que alguém possa desejar, não tendo dúvidas que sempre o possível foi feito para me proporcionar o melhor.

Ao meu irmão Everton, pelo companheirismo e sacrifícios a mim desprendidos, que tornou a longa viagem o mais breve possível.

Ao meu estimado orientador, Dr. Cláudio José Palma Sanchez, primeiro pelas apaixonantes aulas da matéria de Prática de Direito Penal e depois pela orientação neste trabalho.

Aos amigos e docentes das Instituições de Ensino FAPE de Presidente Epitácio e FAPEPE de Presidente Prudente, os quais contribuíram muito para minha formação e aos demais que, direta ou indiretamente, também participaram de minha jornada em busca do conhecimento jurídico.

Se todo jurista concordasse sempre com o que o outro escreve, ou entendesse sempre o que o outro diz, não haveria ciência do direito.

SOIBELMAN

RESUMO

O presente trabalho tem o fim de defender a admissibilidade de provas ilícitas no processo penal, como medida de exceção ao previsto na Carta magna, que traz expressamente a inadmissibilidade destas provas, como um princípio jurídico, seguido pelo legislador infraconstitucional, que o positivou no Código de Processo Penal. Contudo, a própria Constituição Federal sustenta também que os direitos não são absolutos, tendo em vista a possibilidade de conflitos entre si, além da mitigação de um individual em detrimento da coletividade.

O perfil dos criminosos vêm mudando e evoluindo diuturnamente, pois antes possuíam condutas semelhantes, individualizadas e previsíveis, que eram facilmente identificadas como criminosas, ao passo que hoje, possuem condutas altamente variadas, organizadas e sofisticadas. Os criminosos estão ao nosso lado, frequentando os mesmos lugares, além de que, não raras às vezes, são possuidores de elevado conhecimento jurídico e de destaque social, além de aterrorizarem autoridades judiciárias e policiais, promovendo o descrédito das instituições públicas e assim sendo, rasgando o contrato social.

Diante do quadro exposto, os tradicionais métodos de produção de provas proporcionam eficácia reduzida, sendo necessário desenvolver e adotar técnicas e teorias inovadoras de produção de provas para combater a nova face da criminalidade. Para solucionar a exposta problemática, o Princípio do Direito Penal do Inimigo, de forma radical, vem juntamente com o Princípio da Proporcionalidade, colaborar para a solução do conflito criado entre os direitos fundamentais de segurança, que é dever do Estado propiciar, e os direitos fundamentais de liberdade, presunção de inocência, intimidade, entre outros, os quais são evocados como escusa para o descarte de provas, que acaba protegendo a criminalidade e afasta a justiça.

Palavras-chave: Estado; Criminalidade; Provas ilícitas; Admissibilidade; Princípios; Inimigo; Proporcionalidade.

ABSTRACT

The present work has the purpose of defending the admissibility of illegal evidence in criminal proceedings as a measure of the exception provided for in Magna Charter, which explicitly brings the inadmissibility of such evidence as a legal principle, followed by the legislator *infra*, that the Code position Criminal Procedure. However, the Constitution itself also maintains that rights are not absolute, in view of the possibility of conflicts among themselves, as well as mitigation of an individual over the collective.

The profile of the criminals have been changing and evolving incessantly, because before had similar behaviors, individualized and predictable, which were easily identified as criminals, whereas today, have highly varied behaviors, organized and sophisticated. Criminals are on our side, frequenting the same places, and that, not infrequently are sometimes possessed of legal knowledge and high social standing, and terrorize police and judicial authorities, promoting the discrediting public institutions and therefore, shredding the social contract.

Before the case exposed, the traditional methods of production of evidence provide reduced efficacy, being necessary to develop and adopt techniques and innovative theories of producing evidence to counter the new face of crime. To solve the exposed problem, the Principle of Criminal Law of the Enemy, radically, comes along with the Principle of Proportionality, contribute to the solution of the conflict created between the fundamental rights of security, it is the duty of the State to provide, and the rights fundamental freedom, innocence, intimacy, among others, which are evoked as an excuse to dispose of evidence, which ends up protecting crime and justice away.

Keywords: State, Crime, Evidence illicit Admissibility; Principles; Enemy; Proportionality.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	11
2	FINALIDADE DO ESTADO	13
2.1	CRIAÇÃO DO ESTADO	13
2.2	DEVER DE PROTEÇÃO DO ESTADO	15
2.3	JUS PUNIEND.....	17
3	DA PROVA.....	19
3.1	PRINCÍPIOS GERAIS DA PROVA.....	19
3.2	CONCEITO E FINALIDADE	20
3.3	OBJETO DA PROVA.....	22
3.4	SISTEMA DE AVALIAÇÃO DE PROVAS.....	23
4	PROVA ILÍCITA NO PROCESSO PENAL.....	26
4.1	CONSIDERAÇÕES GERAIS.....	26
4.2	CONCEITO.....	28
4.3	PROVA ILÍCITA	229
4.3.1	Prova Ilícita em sentido estrito.....	229
4.3.2	Prova Ilegítima	31
4.4	PROVA ILÍCITA POR DERIVAÇÃO.....	33
4.5	TEORIA DA FONTE INDEPENDENTE	35
4.6	TEORIA DA DESCOBERTA INEVITÁVEL.....	37
4.7	TEORIA DA LIMITAÇÃO DA FONTE EXPURGADA	38
4.8	TEORIA DA PROVA ILÍCITA PRO REO	38
5	DIREITO PENAL DO INIMIGO	40
5.1	ORIGEM E CONCEITO.....	40
5.2	SEGURANÇA PÚBLICA CONTEMPORÂNEA	42
5.2.1	Insegurança no Brasil	43
5.2.2	Crime organizado no Brasil	44
5.3	RESPOSTA DO DIREITO PENAL DO INIMIGO.....	449
6	PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE.....	51

6.1	SUBPRINCÍPIOS.....	52
6.1.1	Adequação	53
6.1.2	Necessidade.....	53
6.1.3	Proporcionalidade em sentido estrito.....	54
6.2	ADMISSIBILIDADE DE PROVAS ILÍCITAS	56
7	CONCLUSÃO	61
	REFERÊNCIA	63

1 INTRODUÇÃO

A discussão a respeito dos limites da intervenção do Estado surgiu no momento da avocação da persecução penal, sofrendo variação de acordo com o momento histórico social e político.

A missão da Carta Magna, assim como do Direito Penal e Direito Processual Penal é buscar a pacificação social, servindo como alicerce para a atuação dos órgãos do Estado na proteção daqueles que um dia abriram mão de seu estado de liberdade total para viverem em sociedade de forma protegida.

Atualmente, a prova no direito repressivo é o meio mais eficaz para por fim ao processo de forma que a justiça seja alcançada, tanto condenando, quanto absolvendo os réus, que frequentemente avocam em suas defesas os Princípios da Proporcionalidade e Razoabilidade em seu favor.

No sentido da aplicação de defesa, temos as palavras de Fernando Capez (2011, p. 44), “um conflito de interesses, no qual o Estado tem a pretensão de punir o infrator, enquanto este, por imperativo constitucional, oferecerá resistência a essa pretensão, exercitando suas defesas técnica e pessoal.” A garantia da ampla defesa, muitas vezes, permite que um criminoso utilize o sistema em seu favor e consiga sua absolvição, pois, para isso basta somente que se tenha dúvida quanto a sua culpabilidade, para decidir em seu favor, como medida de justiça.

O direito surge a partir dos fatos e se transforma de acordo com a necessidade da sociedade, sendo que nos dias atuais, mais do que nunca, esta sociedade clama por efetividade. Um resultado deficiente na repressão á violação dos direitos do cidadão, causa descrédito no Estado e conseqüentemente aparência de que os cidadãos estão deixados a própria sorte e que a impunidade prevalece.

Mesmo que o direito processual penal trate em sua essência de um bem jurídico indisponível, a liberdade, a verdade real deve ser levada a primeiro plano na aplicação de uma pena justa e não somente o cumprimento à risca de formalidades e garantias processuais, que, algumas vezes, acabam se voltando contra a sociedade, a qual deveria proteger. Portanto, o Estado, que tem o dever de defender

todos de tudo, inclusive de si mesmo, deve utilizar a razoabilidade para uma solução adequada ao caso concreto, pois, está representando o cidadão, o qual necessita que o Direito Penal atue repressivamente, quando os outros ramos do direito não forem suficientes para a solução, como uma forma de prevenção para a não ocorrência de novos acontecimentos atentatórios ao direito material e plena manutenção da ordem pública.

Obviamente, a prova no Direito Penal é essencial para aplicação de penas e consequente justiça, assim, o presente trabalho tem o intuito de esclarecer e criticar o posicionamento atual da inadmissibilidade das provas ilícitas, positivada no artigo 5º, inciso LVI da Constituição Federal e no artigo 157 do Código de Processo Penal, abrangendo o pensamento de ilustres doutrinadores e Tribunais pátrios em face do conflito entre direitos fundamentais das vítimas e autores de delitos, sugerindo a aplicação do Princípio da Proporcionalidade como uma eficaz, razoável e aceitável solução probatória, baseando-se também na Teoria do Direito Penal do Inimigo para admitir uma prova ilicitamente obtida, já que o criminoso, quando se tornou inimigo do estado, está quebrando o contrato social e consequentemente perdendo os seus direitos de cidadão, traçando um panorama geral sobre a utilização de prova ilicitamente obtida, como um instrumento de justiça, discorridos em 07 (sete) capítulos, nos quais foram utilizados o método dedutivo e um paralelo entre os acontecimentos, doutrina e jurisprudência.

2 FINALIDADE DO ESTADO

Inicialmente, temos que a Constituição de uma nação é seu mapa genético, onde a brasileira, segundo o professor Luiz Alberto David Araujo (2009, p. 97-98), tem sua finalidade na instituição do Estado Democrático de Direito nestes termos:

[...] a finalidade é instituir um Estado Democrático assentado nos seguintes valores:

- a) direitos sociais e individuais;
- b) liberdade;
- c) segurança;
- d) bem-estar;
- e) desenvolvimento;
- f) igualdade e justiça.

Coloca os bens acima como valores supremos da sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos.

Assim sendo, já se verifica que no atual Estado de Direito brasileiro, exige-se uma atuação ampla do Estado e coloca a segurança em pé de igualdade com a liberdade.

2.1 CRIAÇÃO DO ESTADO

Entre as inúmeras teorias que tentam explicar a criação do Estado destaca-se a contratualista, do suíço Jean Jacques Rousseau, que afirma a tese do homem, em seu estado natural, ser um indivíduo bom e pacífico, sendo que o Estado surge a partir de um acordo de vontades entre os indivíduos que formam a sociedade, ou seja, não se trata de um contrato de submissão, mas sim de um pacto de associação. Contudo, antes de Rousseau, Thomas Hobbes já havia desenvolvido uma teoria com algumas semelhanças em sua obra *Leviatã*, nome que originou de um monstro mitológico que devorava populações ribeirinhas, escrito em 1651, que defendia a tese do homem, em estado de natureza, ser um indivíduo anti-social, que necessita de um aparato gigantesco de fiscalização para viver em sociedade, obra

que embora centenária, continua contemporânea até os dias de hoje, como podemos observar proibição de fazer justiça com as próprias mãos, exercendo arbitrariamente as suas razões, fato típico e antijurídico previsto no atual Código Penal, artigo 345, conduta semelhante a que o “homem” de Hobbes, em seu estado natural, faria.

Em ambas as teorias a liberdade protegida é um dos principais benefícios trazidos pela vida em sociedade, onde o Estado tem o dever de propiciar proteção, cláusula prevista no contrato social de criação do Estado, que podemos verificar ser pertinente até os dias atuais, conforme sentença de 1º grau da 3ª Vara da Fazenda Pública do Estado de São Paulo, que condena o Estado a pagar indenização por danos morais aos filhos do Juiz Corregedor Antônio José Machado Dias, assassinado em 2003, a mando da facção criminosa conhecida como PCC, Primeiro Comando da Capital, onde admite que o Estado falhou no dever de proteger o juiz, processo nº 363/06 – 053.06.1069217.

O Estado tem de indenizar sempre que não protege seus agentes. Com esse fundamento, o juiz Valter Alexandre Mena, da 3ª Vara da Fazenda Pública de São Paulo condenou o governo do estado a pagar 150 salários mínimos de indenização por danos morais para cada um dos dois filhos do juiz corregedor de presídios, Antônio José Machado Dias, assassinado em março de 2003 por membros da facção criminosa Primeiro Comando da Capital (PCC). A Procuradoria-Geral do Estado já recorreu da decisão (COSTA, 2008, s.p).

Fato que demonstra a continuidade da vigência do contrato social, que quando quebrado, cabe reparação, de acordo com o artigo 37, § 6º da Constituição Federal, que nos traz:

As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Nesse contexto, em que o Estado não atua, Thomas Hobbes (2002, p. 98) traz, “durante o tempo em que os homens vivem sem um poder comum capaz de os

manter a todos em respeito, eles se encontram naquela condição a que se chama de guerra”, essa guerra faz menção a um estado de desordem, em que vigora a vontade do mais forte, como nos saques realizados nas estradas, nas tomadas de territórios e cidades e nas invasões bárbaras, sempre com muito sangue e mortes. Hoje, não mais visualizamos uma explícita impunidade, pois há o exercício do Estado em manter a segurança daqueles que cederam direitos individuais para viver em uma sociedade, porém, podemos afirmar que a guerra continua, pois os saques, antes nas estradas, continuam ocorrendo, mas agora desde as vielas, até o mais alto escalão do governo, pois, não raras às vezes, a repressão não é realizada devido à ineficácia da lei.

Destarte, podemos concluir que independentemente do homem, em seu estado de natureza, ser um indivíduo pacífico ou anti-social, a finalidade primária da criação do Estado é a proteger do homem do próprio homem, conforme explanado a seguir.

2.2 DEVER DE PROTEÇÃO DO ESTADO

A vida em sociedade é caracterizada pela limitação de seus integrantes, que deixam de agir da maneira que querem para atuarem conforme regras estipuladas por eles próprios, sendo o dever de efetivar o cumprimento inerente ao Estado, com a obrigação de intervir toda vez que o acordado for desrespeitado.

O poder dado ao Estado está atualmente positivado na Constituição Federal, em seu Artigo 1º, § 1º, sob o ditame “todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”, porém, o poder estatal nem sempre foi exercido desta maneira, como por exemplo, na época das monarquias absolutistas, que o poder era centralizado em uma só pessoa, a qual exercia o poder conforme suas convecções.

Neste sentido vem as palavras de Thomas Hobbes (2002, p. 111) para justificar a criação de um aparato necessário para atuar como órgão regulador:

[...] é necessária alguma espécie de poder coercitivo, capaz de obrigar igualmente os homens ao cumprimento dos pactos, mediante ao medo de algum castigo que seja superior ao benefício que esperam tirar do

rompimento do pacto, e capaz de fortalecer aquela propriedade que os homens adquirem por contrato mútuo, como recompensa ao direito universal a que renunciaram.

Atualmente, a causa fim da criação do mostro gigantesco denominado Estado é a fiscalização, o cerceamento e a penalização, sempre, com o intuito de proteção do homem, ao encontro do que diz Maria Cecília Pontes Carnaúba (2000, p. 69):

O Estado, como detentor do poder de organização social, precisa estruturar a persecução criminal de forma a fazê-la eficaz. Somente assim as pessoas serão beneficiadas com a segurança da qual tanto carecem para viver em equilíbrio. O objetivo do Estado, quando tutela o bem-estar social e quando fixa direitos e garantias individuais, é um só; a proteção a cada um dos cidadãos a fim de que sejam atendidos em suas necessidades básicas enquanto seres humanos. Se a segurança é um valor relevantíssimo para o equilíbrio individual, que é por sua vez necessidade essencial do homem, então a persecução criminal eficiente é dever prioritário do Estado, uma vez que ela é responsável pela promoção da segurança e esta é uma necessidade do cidadão.

Esta necessidade de atuação coercitiva do Estado possui sua principal justificativa no fato de que se não houver punição àqueles que desrespeitam os direitos de seus pares, acabará gerando a sensação de que as regras não necessitam serem fielmente seguidas, pois, o homem, mesmo que consciente de suas limitações, permanece com seu *animus* de agir de acordo com seu próprio julgamento, que é reprimido pelo receio de sofrer alguma penalidade. Assim, já era o pensamento de Thomas Hobbes (2005, p. 127):

As leis naturais – como a justiça, a equidade, a modéstia, a piedade, ou, em resumo, fazer aos outros o que queremos que nos façam – por si mesmas, na ausência do temor de algum poder capaz de levá-las a ser respeitadas, são contrárias a nossas paixões naturais, as quais nos fazem tender para a parcialidade, o orgulho, a vingança e coisas semelhantes. Os pactos, sem a força não passam de palavras sem sustância para dar qualquer segurança a ninguém.

Asseguradamente, pode-se afirmar que o Estado tem o dever de proteger o homem, gerando segurança e garantindo seus direitos individuais, assim como possui a obrigação de punir quem desrespeita as regras, como uma forma de manutenção de seu poder, porém, o assunto começa a ficar controvertido quando o Estado ao punir

alguém, acaba desrespeitando um direito daquele que extrapolou seus limites, o qual, em tese, também teria que ter suas garantias respeitadas. Diante deste contexto inicia o conflito que temos como ponto principal deste trabalho, pois ao mesmo tempo o Estado tem o dever punir e o de respeitar o direito daquele que será punido.

2.3 JUS PUNIEND

Após o surgimento do Estado e desenvolvimento da sociedade, houve também o surgimento dos conflitos, que conforme visto, devem ser reprimidos pelo Estado, evitando, assim, a necessidade de auto-tutela por parte de quem teve algum de seus direitos violados ou de quem se vê ameaçado de ter.

Com a prática de um delito, dois interesses surgem, a pretensão punitiva do Estado, e o direito do autor em se defender das acusações, que serão mediados por um órgão do próprio Estado, na pessoa de um Juiz ou Colegiado, dependendo do caso em concreto, mas que sempre terá como Princípio norteador a Impessoalidade, para resolver o conflito de interesses.

O exercício da Soberania do Estado, prevista no Artigo 1º da Constituição Federal, dá ao Estado o direito de punir o particular, denominado como “*Jus Puniendi*”.

Até o momento do cometimento de uma infração penal temos o “*jus puniendi in abstracto*”, que é uma expectativa do direito de punir, decorrente de uma previsão legal, passando então aquele direito abstrato de punir para o “*jus puniendi in concreto*”, pois agora, há um agente que cometeu o fato gerador do direito de punir, concretizando a possibilidade da prática da sanção penal.

O exercício do “*Jus Puniendi*” é de exclusividade do Estado, que o exerce de forma indelegável e intransferível, porém não de forma ilimitado.

A limitação estatal deve ocorrer com o fim de evitar abusos e afrontas aos Direitos Fundamentais, que acabaria por acarretar um efeito inverso do esperado, que é o alcance da equidade e justiça.

A necessidade de limitação do exercício do poder-dever de punir, frente à soberania e exclusividade estatal, é defendida por Cesare Beccaria (2006, p. 78) em sua obra, *Dos Delitos e das Penas*:

Toda a lei que não tiver como inspiração os sentimentos indeléveis do coração do homem — vida, igualdade, liberdade, justiça...— encontrará sempre uma resistência a ceder. Então, só dentro do coração do homem é que podemos encontrar os princípios fundamentais do direito de punir. Os homens, cansados de viver só, no meio de tantos temores, e de encontrar inimigos por toda a parte, fatigados de uma liberdade que a incerteza de conservá-la tornava inútil, sacrificaram uma parte dela para gozar do resto com mais segurança. A soma de todas as porções de liberdade, sacrificadas assim ao bem geral, formou a soberania da nação; aquele que foi encarregado pelas leis do depósito das liberdades e dos cuidados da administração foi proclamado o soberano do povo. Porém, era preciso proteger este depósito das usurpações de cada particular, dada a índole do homem para o despotismo; os meios encontrados, hábeis à essa proteção, foram as penas estabelecidas contra os infratores das leis. Só a necessidade constrange os homens a ceder uma parte de sua liberdade; daí resulta que cada indivíduo só consente em pôr no depósito comum a menor porção possível dela, isto é, precisamente o que era necessário para empenhar os outros a mantê-lo na posse do resto. O conjunto de todas essas pequenas porções de liberdade é o fundamento do direito de punir. Todo exercício do poder que se afastar dessa base é abuso e não justiça; é um poder de fato e não de direito; é uma usurpação e não mais um poder legítimo. As penas que ultrapassam a necessidade de conservar o depósito da salvação pública são injustas por sua natureza; e tanto mais justas serão quanto mais sagradas e inviolável for a segurança e maior a liberdade que o soberano conservar aos súditos.

Nesta tese do mestre Italiano Baccaria, temos que a somatória de todas as porções de direitos cedidos ao Estado forma a sua soberania e conseqüente legitimidade para punir, porém, se for realizada com abuso será usurpação do direito e não mais uma ação legítima. Neste sentido de exercício do poder soberano do Estado encontramos um apoio para, em casos extremos, admitir provas ilícitas no processo penal se baseando no *jus puniendi in concreto*.

3 DA PROVA

Preliminarmente, antes de adentrar na admissibilidade da prova, convém tratar sobre a atividade probatória no processo penal, dada a sua importância no contexto geral do Direito.

3.1 PRINCÍPIOS GERAIS DA PROVA

No âmbito do processo penal, a prova possui alguns princípios a ela atinentes que estão explícitos e outros implícitos na Constituição Federal, todavia, todos devem ser aplicados no momento da utilização da prova.

Podemos elencar os seguintes princípios:

- a) Princípio da autorresponsabilidade: a cada uma das partes cabe a responsabilidade da apresentação das provas que presumirem necessárias, assumindo possíveis prejuízos por seus erros, displicência ou inércia. A autorresponsabilidade está intimamente ligada ao ônus da prova.
- b) Princípio do contraditório: decorrente do artigo 5º, inciso LV da Constituição Federal. O contraditório permite a igualdade entre as partes em apresentar contraprova das alegações e provas contra elas produzidas.
- c) Princípio da aquisição ou comunhão das provas: como consequência desse princípio, toda prova levada ao processo a ele pertencerá, ou seja, não pertence a somente uma das partes, por possuir interesse comum a defesa, acusação e juízo.
- d) Princípio da oralidade: segundo esse princípio há prevalência das declarações orais perante juízes e tribunais sobre as escritas, entretanto, essa predominância não é percebida quando se trata de carta precatória ou rogatória.
- e) Princípio da concentração: esse princípio possui a finalidade de agilizar a produção de provas e encerrar a instrução probatória no menor espaço de tempo, concentrando na audiência a produção das provas orais.

- f) Princípio da publicidade: esse princípio reflete garantia às partes e maior segurança à sociedade, pois em regra a produção das provas devem ser públicas e abertas aos cidadãos, ressalvados os casos que correm sob sigilo de justiça.
- g) Princípio da averiguação: de acordo com esse princípio, é conferida ao juízo ampla liberdade na produção de provas, pois elas não ficam restritas às requeridas ou apresentadas pelas partes, podendo o magistrado requer as que considerar pertinente para a elucidação do caso.

3.2 CONCEITO E FINALIDADE

A palavra prova, oriunda do latim *probatio*, que se refere à atividade de demonstrar, reconhecer, verificar e confirmar, possui no campo do direito o objetivo de convencer o íntimo do juiz, guiando-o em suas decisões.

Na preciosa lição de Fernando Capez (2000, p. 243), o professor define prova como:

Conjunto de atos praticados pelas partes, pelo Juiz (CPP, arts. 156, 2ª parte, 209 e 234) e por terceiros (por exemplo, peritos), destinados a levar ao magistrado a convicção acerca da existência ou inexistência de um fato, da falsidade ou veracidade de uma afirmação. Trata-se, portanto, de todo e qualquer meio de percepção empregado pelo homem com a finalidade de comprovar a verdade de uma alegação.

Prova, segundo Luiz Francisco Avolio (1999, p. 25), é “o elemento integrador da convicção do Juiz com os fatos da causa, daí sua relevância com o campo do direito processual”.

O termo “provar” representa “produzir um estado 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” (MIRABETE, 2004, p. 313).

Assim, provar no processo penal significa levar ao conhecimento tudo aquilo que for capaz de interferir na convicção do juiz, motivando sua decisão sobre a veracidade ou não de algo, por isso, imprescindível no processo penal, conforme destaca Fernando Capez (2011, p.344), sobre a importância do tema:

Sem dúvida alguma, o tema referente à prova é o mais importante de toda ciência processual, já que as provas constituem os olhos do processo, o alicerce sobre o qual se ergue toda a dialética processual. Sem provas idôneas e válidas, de nada adianta desenvolverem-se aprofundados debates doutrinários e variadas vertentes jurisprudenciais sobre temas jurídicos, pois a discussão não terá objeto.

No entendimento de Renato Brasileiro de Lima (2002, p. 827), a prova tem a finalidade de buscar comprovação dos fatos investigados e visa à maior coincidência possível entre elas e a realidade, mas que jamais terá o *status* de absoluta certeza. As provas geram a chamada verdade processual, por ser obtida através dos meios legais e coincidirem com a realidade.

Sobre o tema, Nicolo Framarino Dei Malatesta (1996, p. 82) expõe:

É importante ainda observar que o fim supremo do processo judiciário penal é a verificação do delito, em sua individualidade subjetiva e objetiva. Todo o processo penal, no que respeita o conjunto das provas, só tem importância do ponto de vista da certeza do delito, alcançada ou não. Qualquer juízo não pode resolver senão em uma condenação ou absolvição e é precisamente a certeza conquistada do delito que legitima a condenação.

Completando esse entendimento, temos que ressaltar a necessidade de uma prova para se desconstituir o princípio da presunção de inocência, pois caso não a tenha, a sentença deverá ser absolutória por falta de provas, para a qual somente basta a dúvida.

Nesse sentido, cumpre ressaltar que a finalidade da prova é buscar a verdade dos fatos e convencer o juízo sobre essa veracidade ou não, que tem o intuito de influenciar na decisão da lide, conseqüentemente, não necessitam serem submetidos à atividade probatória, os fatos irrelevantes à decisão.

3.3 OBJETO DA PROVA

Fernando Capez (2009, p. 297), assim definiu:

Objeto da prova é toda circunstância, fato ou alegação referente ao litígio sobre os quais pesa incerteza, e que precisam ser demonstrados perante o juiz para o deslinde da causa. São, portanto, fatos capazes de influir na decisão do processo, na responsabilidade penal e na fixação da pena ou medida de segurança, necessitando, por essa razão, de adequada comprovação em juízo. Somente os fatos que revelem dúvida na sua configuração e que tenham alguma relevância para o julgamento da causa merecem ser alcançados pela atividade probatória, como corolário do princípio da economia processual.

Conforme este entendimento, constituem-se objeto da prova, todos os fatos que necessitam ser evidenciados ao juiz, pois podem gerar incertezas referente à sua existência ou forma que se deram, ou seja, aqueles imprescindíveis à formação da convicção do julgador.

Os fatos, acontecimentos e circunstâncias que dependem de prova também englobam a veracidade das afirmações de interesse no deslinde da lide, constantes na peça acusatória ou referente à conduta das partes, assim como o direito consuetudinário, pois o magistrado, embora habite a região onde exerce sua jurisdição, pode não conhecer todas suas peculiaridades, LIMA (2012 p. 833-834).

Pensamento que vem ao encontro dos temas do artigo 337 do Código de Processo Civil, que ainda acrescenta a este rol alegações sobre direito municipal, estadual e estrangeiro, sem confundir que no processo penal, ao contrário do civil, os fatos não contestados e incontroversos contra o réu também devem ser comprovados.

Não necessitam de provas os fatos:

- a) Axiomáticos: também chamados de intuitivos, que são os que não geram nenhum tipo de dúvidas quanto à veracidade por serem evidentes, como se comprovado que o réu estava em determinada hora, em local diverso aos dos fatos, exclui a necessidade de se comprovar que não estava no local de um crime ocorrido em cidade distante.
- b) Notórios: aqueles que fazem parte da cultura de um povo, por exemplo, o fato do dia 7 de setembro ser feriado nacional por comemoração da independência da nação brasileira.

- c) Presumidos legalmente: fatos que não permitem prova em contrário devido a sua previsão legal.
- d) Impossíveis: os que não possuem o mínimo de probabilidade de terem ocorrido, pois fogem da realidade.
- e) Irrelevantes: os que não interessam à decisão do caso em concreto.

Por fim, necessário se faz uma sucinta distinção de fonte e meio de prova do já tratado objeto da prova, na medida em que fonte é onde se busca a prova e o meio um instrumento que leva a prova até o processo.

3.4 SISTEMA DE AVALIAÇÃO DE PROVAS

O juiz ao julgar o caso em concreto deve apreciar as provas adotando um sistema de avaliação.

O primeiro sistema que se tem conhecimento é o denominado Ordálico ou Juízo de Deus, que se utilizava de pequenas experiências, normalmente relacionadas à área religiosa, para validar ou não uma alegação, como por exemplo, determinar que um réu caminhasse sobre brasas e dependendo do resultado conhecia como verdadeiro ou não suas alegações, baseadas no juízo divino.

Atualmente, fala-se em três tipos de sistemas que apreciam as provas conforme veremos:

- a) Sistema da prova legal ou prova tarifada: de acordo com esse sistema, a formação da íntima convicção do julgador não surge do seu convencimento propriamente dito, não lhe cabendo realizar o sopesamento das provas, pois está vinculado à legislação, que atribui um respectivo valor a cada tipo de prova, instituindo uma hierarquia entre elas.

Sistema muito empregado no processo inquisitório medieval, sendo amplamente representado pela frase “a confissão é a rainha das provas” e na expressão latina *testis unus, testis nullus*, que ao traduzir nos traz a ideia de que é nula a prova baseada somente em uma testemunha.

Na legislação penal brasileira vigente, o sistema da prova legal ainda é excepcionalmente aplicado, no caso da prova oriunda de exame de corpo de delito em relação à confissão, previsto no artigo 185 do Código de Processo Penal.

b) Sistema da íntima convicção ou da livre apreciação: ao contrário do sistema da prova legal, nesse o juiz decide exclusivamente conforme sua apreciação, pois não há a necessidade de exteriorizar as razões que formaram sua convicção. O juízo possui amplo poder decisão, inclusive o de julgar em sentido contrário ao que as provas levam, utilizando-se de percepções particulares e até de provas não presentes nos autos.

Um típico exemplo existente em nosso ordenamento jurídico, que através de um simples “sim” ou “não”, julga sem a necessidade de fundamentação, temos nas decisões proferidas no tribunal do Juri.

c) Sistema do livre convencimento motivado ou da persuasão racional: trata-se de um sistema intermediário, que predomina em nossa legislação, com fundamento constitucional no inciso IX do artigo 93:

Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:

[...]

IX - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação;

A aplicação do livre convencimento motivado também está positivada no Código de Processo Penal, artigo 155: “O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informadores colhidos na investigação”.

Nota-se, ao analisar estes dispositivos que o magistrado possui liberdade para admitir e avaliar as provas, conforme seu critério, ou seja, sem ficar adstrito a

critérios valorativos entre as provas, porém, necessariamente deverá justificar sua decisão com base nas provas colhidas, demonstrando os motivos de sua decisão.

Vale ressaltar que, mesmo motivada, a liberdade do julgador será ampla e não plena, pois há casos excepcionais de limitação, como o já citado caso dos delitos que deixam vestígios e a submissão à prova civil quando se referir ao estado da pessoa ou ainda à restrição de utilizar apenas provas produzidas no inquérito policial para fundamentar seu julgamento, exceto as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.

4 PROVA ILÍCITA NO PROCESSO PENAL

Vem à tona, neste contexto, a problemática da admissão de provas ilícitas no processo penal, pois de um lado o estado tem o dever de preservar os direitos e as garantias constitucionais dos que cometem delitos e de outro o dever de não deixar impune a prática dos delitos. Assim, se faz necessário uma resposta que traga resolução razoável e legal para admissão de provas consideradas como ilícita.

4.1 CONSIDERAÇÕES GERAIS

O termo “prova” tem sua origem no latim *probatio*, que por sua vez, de *probare*, que se traduz na verificação, reconhecimento, confirmação, demonstração, etc. Contudo, é utilizada no mundo jurídico ora de forma ampla, ora no sentido estrito, que Fernando Capez (2000, p. 243) assim define:

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

Gomes Filho (1997, p. 41), no mesmo sentido, definiu como:

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.

Temos então, que a prova é tudo que comprove a alguém, a veracidade de algo, que no processo se faz pelos meios legais, com o intuito de convencer sobre uma situação de relevância jurídica.

O vocábulo “ilícito” vem do latim *illicitus* (*il + licitus*), traduzindo-se de forma estrita como o que ofende normas legais ou constitucionais e de forma ampla e genérica como tudo que é reprovável pela sociedade, ou seja, contrário à moral e aos bons costumes.

Na preciosa lição de Adalberto José Q. T. de Camargo Aranha (1994, p. 46), temos:

[...] o constituinte usou a expressão ‘ilícita’ em seu sentido genérico, pois não poderia esquecer as outras formas de expressão do direito, como os costumes e os princípios gerais de direito, ficando limitado à lei. Logo, o constituinte não poderia olvidar a moral, o costume e os princípios gerais de direito, fixando-se apenas na lei. O sentido é amplo, significando contra o direito em sua integridade.

A Constituição Federal traz em seu artigo 5º, inciso LVI, que são inadmissíveis as provas obtidas por meios ilícitos. Tratando-se de previsão constitucional, estende-se a todos os ramos do direito.

Como não há direito absoluto, não podemos afirmar que as garantias e direitos devem ser defendidos a qualquer custo, assim como, o dever de punir não deverá ser exercido a qualquer preço, conforme nos ensina Antônio Magalhães Gomes Filho, Ada Pellegrini Grinover e Antônio Scarance Fernandes (2011, p. 123):

É que os direitos do homem, segundo a moderna doutrina constitucional, não podem ser entendidos em sentido absoluto, em face da natural restrição resultante do princípio da convivência das liberdades, pelo que não se permite que qualquer delas seja exercida de modo danoso à ordem pública e as liberdades alheias.

Entretanto, quando da colisão de direitos um prevalecerá, a utilização das provas ilícitas elevada a Princípio Constitucional, será possível quando, em casos pontuais, estiver em conflito com outro Princípio ou bens jurídicos tutelados pela constituição, que sobrevier, por ser considerado de maior importância.

4.2 CONCEITO

No Brasil, não há unanimidade quanto terminologia utilizada sobre o instituto em estudo, pois é encontrado na doutrina como Prova Ilícita, assim como sob diversas outras denominações, “prova ilegítima”, “prova ilegal”, “prova vedada”, “ilícita ou ilicitamente concebida”, “ilegalmente concebida”, ou ainda, “prova proibida”, porém, todas baseadas na previsão Constitucional:

Artigo 5º, LVI da Constituição Federal:

Art.5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

LVI – São inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos.

Apesar da previsão Constitucional, não foi trazido pelo constituinte o que transformaria uma prova lícita em ilícita, obrigando o legislador infraconstitucional fazer, como sendo o fato de contrariar qualquer norma constitucional ou legal, completando-a por meio do artigo 157 do Código de Processo Penal: “São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais”. Nesse sentido, Fernando Capez (2003, p. 246) define:

Serão ilícitas todas as provas produzidas mediante a prática de crime ou contravenção, as que violem normas de direito civil, comercial ou administrativo, bem como aquelas que afrontem princípios constitucionais. Tais provas não serão admitidas no processo penal.

Assim, o ordenamento jurídico proibiu a produção de provas que violem qualquer lei, ou seja, que tenha como origem um ato ilícito.

4.3 PROVA ILÍCITA

A parte majoritária da doutrina defende que as Provas Ilícitas é uma espécie das vedadas ou proibidas, diferenciando-se das ilegítimas, conforme as palavras de Andrey Borges de Mendonça (2008, p.170):

A doutrina e a jurisprudência pátrias sempre fizeram distinção entre provas vedadas ou proibidas, provas ilícitas e provas ilegítimas. A prova vedada ou proibida seria aquela que violasse o ordenamento jurídico. Seria o gênero, composto pelas outras duas espécies: provas ilícitas [...] e as provas ilegítimas.

Neste sentido, vão ao encontro as palavras de Nuvolone, *apud* Avolio (1999, p. 43), ensina que “as provas ilícitas, são colocadas como espécie das provas vedadas”.

É de se considerar que as provas ilícitas podem ser em sentido amplo, casos em que se confunde com a proibida, pois, será ilícita a prova que violar o ordenamento jurídico, ou em sentido estrito, maioria dos casos, que se refere à violação de direito material e princípios constitucionais.

A respeito da destinação da prova ilícita, o professor Fernando Capez (2011, p. 348) explana:

É indubitável que a prova ilícita, entre nós, não se reveste da necessária idoneidade jurídica como meio da formação do convencimento do julgador, razão pela qual deve ser desprezada, ainda que em prejuízo da apuração da verdade. É um pequeno preço que se paga por viver-se em um Estado Democrático de Direito.

4.3.1 Prova Ilícita em sentido estrito

Para Fernando Capez (2003, p. 246):

Serão ilícitas todas as provas produzidas mediante a prática de crime ou contravenção, as que violem normas de direito civil, comercial ou administrativo, bem como aquelas que afrontem princípios constitucionais.

Portanto, conclui-se que pode sobrevir a ilicitude de uma prova de todos os ramos do direito.

Partindo do direito constitucional, a prova ilícita em sentido estrito é aquela obtida sob violação de normas ou princípios de direito material, nos quais se incluem os direitos e garantias individuais e liberdades públicas, de acordo com o pensamento dos professores Scarance Fernandes, Ada Grinover e Gomes Filho (2011, p. 127):

Por prova ilícita, em sentido estrito, indicaremos, portanto, a prova colhida infringindo-se normas ou princípios colocados pela constituição e pelas leis, freqüentemente para a proteção das liberdades públicas e dos direitos da personalidade e daquela sua manifestação que é o direito a intimidade. Constituem, por exemplo, provas ilícitas as obtidas com violação do domicílio (art. 5º, XI, da CF) ou das comunicações (art. 5º, XII, da CF); as conseguidas mediante tortura ou maus-tratos (art. 5º, III, da CF); as colhidas com infringência à intimidade (art. 5º, X, da CF) etc.

Certamente que o constituinte incluiu a inadmissibilidade das provas ilícitas com o fim de corroborar para efetivação dos direitos e garantias e, assim sendo, os responsáveis pela produção delas devem ter sua conduta apurada a consequente responsabilização cabível, tanto na esfera penal e civil, quanto na administrativa, quando se tratar de agentes públicos, como se verifica no entendimento de Cesar Dario Mariano da Silva (2007, p. 16), Promotor Público da Justiça Paulista:

A rigor, não conseguimos imaginar uma prova ilícita que não implique violação a norma ou princípio de direito constitucional com reflexo direto em outros ramos do direito, caracterizando, via de regra, ilícito penal, como os crimes de tortura, de violação de domicílio, de abuso de autoridade, de violação de correspondência, de divulgação de segredo, etc. salientamos, contudo, que não é a violação de qualquer norma ou princípio constitucional que importará a ilicitude da prova, mas apenas aqueles casos em que houver desrespeito a normas ou princípios de direito material relacionados com a proteção das liberdades públicas.

Havendo violação dessas normas ou princípios, o direito material estabelece sanções específicas, inclusive de índole penal. Nesse caso, a transgressão ocorre no momento da colheita da prova, antes ou concomitante ao processo, mas externamente a este.

Em face do entendimento de Cesar Dario Mariano da Silva, quanto ao momento da transgressão, não há muito que se ressaltar, porém, quanto à afirmação de que as provas ilícitas propriamente ditas são as produzidas de forma externa ao processo há divergência, pois, há entendimento contrário como na hipótese de violação ao artigo 5º, inciso, LXIII da Constituição Federal em um interrogatório judicial, caso o acusado não seja informado, por exemplo, de seu direito de permanecer calado.

4.3.2 Prova Ilegítima

Temos Ilegítimo como sendo, de acordo com o Dicionário jurídico brasileiro, José Naufel, e Dicionário de tecnologia jurídica, Pedro Nunes, “apud” Camargo Aranha (2006, p. 50), tudo “que faltam qualidades ou requisitos exigidos pela lei para ser por ela reconhecido ou posto sob sua proteção”.

Diferentemente das provas ilícitas, as ilegítimas são aquelas que violam normas processuais, expressamente previstas no Código de Processo Penal, desde que não violem direito material, como verificado nas palavras de Hidejalma Mucio (2003, p. 157):

Ilegítima é a prova dotada de defeito procedimental ou formal, impeditivo de sua produção material e de sua vinda para os autos, por falta de amparo ou cobertura da lei processual. Não é ilícita porque não há prática de crime na sua obtenção, mas sim desrespeito à norma de direito processual; portanto, de forma.

Para Fernando Capez (2003, p. 261):

Quando a norma afrontada tiver natureza processual, a prova vedada será chamada de ilegítima. Assim, se, por exemplo, um documento for juntado na fase das alegações finais, na primeira parte do procedimento do júri, tal prova não poderá ser aceita, considerando-se ilegítima, pois o art. 406, § 2º, do CPP proíbe a juntada de qualquer documento nessa fase do processo.

Logo, não será válida a prova produzida sem embasamento da lei processual, pois há a violação de uma exigência para que seja posta sob seu abrigo, como no dispositivo citado anteriormente, caso a testemunha não tenha sido arrolada em momento oportuno, conforme o artigo 406, § 2 do Código de Processo Penal:

Art. 406. O juiz, ao receber a denúncia ou a queixa, ordenará a citação do acusado para responder a acusação, por escrito, no prazo de 10 (dez) dias. [...]

§ 2º A acusação deverá arrolar testemunhas, até o máximo de 8 (oito), na denúncia ou na queixa.

Observa-se que a prova ilegítima, em regra, é produzida no curso do processo, podendo ser chamada também de prova endoprocessual, sendo ainda aquela com produção sem previsão legal, que enseja na nulidade do ato probatório, quando analisamos o artigo 564, III do CPP, diferentemente das ilícitas, que temos o desentranhamento do processo, conforme entendimento de Raimundo Amorin de Castro (2007, p. 82):

A prova ilegítima não traz problemas: “se produzida sem o amparo da lei processual penal, não tem qualquer valia. As hipóteses estão contidas no art. 564, III da lei adjetiva penal, realçando-se que a última delas é genérica: ‘por omissão de formalidade’”.

O promotor da Justiça Militar Federal, Renato Brasileiro de Lima (2012, p. 870), defende a possibilidade de produção de uma prova ilegítima simultaneamente com uma ilícita, onde cita a realização de uma busca e apreensão domiciliar, por autoridade policial, sem o devido mandado judicial ou hipóteses de sua inexigibilidade, sendo que, em tese, ocorrerá uma prova ilícita, pelo abuso de autoridade, ao violar o direito previsto no artigo 5º, inciso XI da Constituição Federal, e concomitantemente uma prova ilegítima por violação aos artigos 240 e 250 do Código de Processo Penal, que regulam a busca e apreensão, fulminado, assim, dúvidas quanto a distinção delas.

Ao encontro do pensamento do professor Renato Brasileiro de Lima, temos a crítica de Ada Pellegrini Grinover, sobre a distinção das provas ilícitas e ilegítimas:

A falta de distinção entre a infringência da lei material e processual pode levar a equívocos e confusões, fazendo crer, por exemplo, que a violação de regras processuais implica ilicitude da prova e, em consequência, o seu desentranhamento do processo. O não cumprimento da lei processual leva à *nulidade* do ato de formação da prova e impõe a sua renovação, nos termos do art. 573, *caput*, do CPP (GRINOVER 2011, p. 127).

Logo, em se tratando de vedação do uso de provas, tanto as ilícitas quanto as ilegítimas não devem ser admitidas, pelo menos em regra, pois há exceções legalmente previstas, assim como teorias que defendem a admissibilidade.

4.4 PROVA ILÍCITA POR DERIVAÇÃO

O primeiro grande posicionamento a favor da discussão a respeito da inadmissibilidade das provas ilícitas por derivação ocorreu nos Estados Unidos, no início do século XX, momento que tais provas passaram a ser vedadas segundo a Teoria “*fruits of the poisonous tree*”, ou seja, Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada, que consiste na analogia da transmissão do veneno da árvore a todos os seus frutos à transmissão da ilicitude de uma prova às dela devida.

No Brasil, esta teoria foi positivada no artigo 157, § 1º do Código de Processo Penal, definindo como inadmissível a prova lícita, obtida sem nenhuma violação a norma jurídica, se analisada por si só, mas que se originou de outra prova, que por sua vez, ilícita, ou seja, somente foi produzida em virtude de outra anterior, produzida com violação a alguma norma.

Apesar da expressa previsão legal, incluída em 2008 pela Lei 11.690, no Código de Processo Penal já havia, desde sua criação em 1941, previsão legal para inadmissibilidade das provas ilícitas por derivação no § 1º do artigo 573:

Art. 573. [...]

§ 1º A nulidade de um ato, uma vez declarada, causará a dos atos que dele diretamente dependam ou sejam consequência.

§ 2º O juiz que pronunciar a nulidade declarará os atos a que ela se estende.

Assim sendo, a prova derivada da ilícita seria igualmente inadmissível no processo, porém, somente este dispositivo legal gerava ainda mais polêmica sobre a aceitação das provas derivadas, demonstrado com o julgado do Supremo Tribunal Federal:

PROVA ILICITA: ESCUTA TELEFONICA MEDIANTE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL: AFIRMAÇÃO PELA MAIORIA DA EXIGÊNCIA DE LEI, ATÉ AGORA NÃO EDITADA, PARA QUE, "NAS HIPÓTESES E NA FORMA" POR ELA ESTABELECIDAS, POSSA O JUIZ, NOS TERMOS DO ART. 5., XII, DA CONSTITUIÇÃO, AUTORIZAR A INTERCEPTAÇÃO DE COMUNICAÇÃO TELEFONICA PARA FINS DE INVESTIGAÇÃO CRIMINAL; NÃO OBSTANTE, INDEFERIMENTO INICIAL DO HABEAS CORPUS PELA SOMA DOS VOTOS, NO TOTAL DE SEIS, QUE, OU RECUSARAM A TESE DA CONTAMINAÇÃO DAS PROVAS DECORRENTES DA ESCUTA TELEFONICA, INDEVIDAMENTE AUTORIZADA, OU ENTENDERAM SER IMPOSSIVEL, NA VIA PROCESSUAL DO HABEAS CORPUS, VERIFICAR A EXISTÊNCIA DE PROVAS LIVRES DA CONTAMINAÇÃO E SUFICIENTES A SUSTENTAR A CONDENAÇÃO QUESTIONADA; NULIDADE DA PRIMEIRA DECISÃO, DADA A PARTICIPAÇÃO DECISIVA, NO JULGAMENTO, DE MINISTRO IMPEDIDO (MS 21.750, 24.11.93, VELLOSO); CONSEQUENTE RENOVAÇÃO DO JULGAMENTO, NO QUAL SE DEFERIU A ORDEM PELA PREVALENCIA DOS CINCO VOTOS VENCIDOS NO ANTERIOR, NO SENTIDO DE QUE A ILICITUDE DA INTERCEPTAÇÃO TELEFONICA - A FALTA DE LEI QUE, NOS TERMOS CONSTITUCIONAIS, VENHA A DISCIPLINA-LA E VIABILIZA-LA - CONTAMINOU, NO CASO, AS DEMAIS PROVAS, TODAS ORIUNDAS, DIRETA OU INDIRETAMENTE, DAS INFORMAÇÕES OBTIDAS NA ESCUTA (FRUITS OF THE POISONOUS TREE), NAS QUAIS SE FUNDOU A CONDENAÇÃO DO PACIENTE.

(HC 69912 segundo, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Tribunal Pleno, julgado em 16/12/1993, DJ 25-03-1994 PP-06012 EMENT VOL-01738-01 PP-00112 RTJ VOL-00155-02 PP-00508)¹

Inicialmente este Julgamento foi decidido com 06 (seis) votos a favor do indeferimento e mantendo a decisão de admissão das provas derivadas da ilícita, mas posteriormente o Ministro Néri da Silveira foi impedido de votar, devido à atuação de seu filho no processo, sendo realizado no julgamento, em 16 de

¹ Disponível:

<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000111485&base=baseAcordaos>

dezembro de 1993, que resultou em empate de 05 (cinco) votos contra e 05 (cinco) votos a favor, decidindo em deferir o Habeas Corpus e inadmitir as provas derivadas.

A polêmica foi amenizada com a alteração legislativa de 2008, sedimentando pelo entendimento da inadmissibilidade também dessas provas, com as exceções da Fonte Independente e da Descoberta Inevitável.

4.5 TEORIA DA FONTE INDEPENDENTE

Ao analisarmos o artigo 157, § 1º Código de Processo Penal, que prevê a inadmissibilidade das provas derivadas, temos em sua parte final, “salvo quando não evidenciado o nexos de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras”, assim sendo, são admissíveis as provas que não tenham nexos de causalidade com as ilícitas, chamado também de nexos causal atenuado, e as obtidas por uma fonte independente da que originou a prova ilícita, tema esclarecido pelo professor Renato Brasileiro de Lima (2012, p. 879):

Para que a teoria da fonte independente seja aplicada, impõem-se demonstração fática inequívoca de que a prova avaliada pelo juiz efetivamente é oriunda de uma fonte autônoma, ou seja, não se encontra na mesma linha de desdobramento das informações obtidas com a prova ilícita. Caso não se demonstre, inequivocamente, a ausência de qualquer nexos causal, fica valendo a teoria da prova ilícita por derivação em caso de dúvida aplica-se o *in dubio pro reo*.

O Doutrinador Luiz Flávio Gomes (2008, p. 39), ilustra de forma prática o dispositivo:

[...] houve confissão mediante tortura, mas ao mesmo tempo uma outra equipe de investigação encontrou a *res furtiva* de forma totalmente independente (ou seja: se não existe nenhum vínculo ou nexos entre a confissão extorquida e a apreensão, não há que se falar em prova ilícita por derivação).

Do mesmo modo, havendo uma prova obtida por dois meios distintos, por exemplo, a realização do cumprimento de um mandado judicial de uma busca e apreensão de um objeto de prova, a princípio legal, sendo também realizada a entrada de policiais na residência, sem mandado de busca e apreensão, e apreendem este mesmo meio de prova, havendo assim, dois meios de prova, uma lícita e outra ilícita, será descartada a ilícita de utilizada a lícita.

Atualmente, o tema esta cristalizado pelo Supremo Tribunal Federal, que entende pela admissibilidade das provas obtidas independente das ilícitas, como no Habeas Corpus:

EMENTA: CONSTITUCIONAL, PENAL E PROCESSUAL PENAL. PROVA ILÍCITA. CONTAMINAÇÃO DO CONJUNTO PROBATÓRIO: DERIVAÇÃO INEXISTENTE. LEGALIDADE DE PRORROGAÇÕES DO PRAZO INICIAL DA ESCUTA. ELEVADO NÚMERO DE TERMINAIS ALCANÇADOS PELA MEDIDA: POSSIBILIDADE. QUALIDADE DA DEGRAVAÇÃO DAS ESCUTAS TELEFÔNICAS: TEMA ESTRANHO AOS LIMITES DO HABEAS CORPUS.

1. As referências às escutas telefônicas empreendidas sem autorização judicial, por ilícitas, devem ser desentranhadas dos autos, na esteira do que determina o inciso LVI do art. 5º da Constituição da República. Precedentes.
 2. A ilicitude de uma prova não contamina os demais elementos cognitivos obtidos e que dela não derivaram. Precedentes.
 3. O tempo das escutas telefônicas autorizadas e o número de terminais alcançados subordinam-se à necessidade da atividade investigatória e ao princípio da razoabilidade, não havendo limitações legais predeterminadas. Precedentes.
 4. Eventuais deficiências qualitativas na tradução do material degravado não invalidam a prova regularmente colhida, devendo o tema ser tratado no curso da instrução da ação penal, considerados os limites do habeas corpus.
 5. Ordem denegada.
- (HC 106244, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Primeira Turma, julgado em 17/05/2011, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-159 DIVULG 18-08-2011 PUBLIC 19-08-2011).²

Ada Pellegrini Grinover (2011, p.135), critica o dispositivo, por entender desnecessário:

² Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000177829&base=baseAcordaos>

Era perfeitamente a previsão normativa, na medida em que o conceito de prova derivada supõe, por si só, a existência de uma relação de causalidade entre a ilicitude da primeira prova e a obtenção da segunda. Se o vínculo não estiver evidenciado, é intuitivo que não se trata de *prova derivada*. Mas, apesar de redundante, essa parte do texto legal não parece trazer inconvenientes na sua aplicação.

Segundo esse entendimento, se o nexo de causalidade é inexistente ou tênue, não há que se falar em derivação de uma fonte ilícita.

4.6 TEORIA DA DESCOBERTA INEVITÁVEL

Continuando a análise do artigo 157 do Código de Processo Penal, temos no § 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”, instituto fortemente criticado, pois, ao tentar definir o que seria fonte independente, positivou a chamada Teoria da Descoberta Inevitável.

Teoria oriunda dos Estados Unidos, aplicada por decisão da Suprema Corte Americana, configurada quando a prova é obtida por meio ilícito, porém, pelas atividades regulares realizadas e contestado, a descoberta daquela prova seria certamente realizada de forma lícita, independentemente de outras ilícitas, oportunamente ilustrado:

[...] o sujeito, mediante tortura, confessou o fato e indicou o local onde se encontrava o corpo da vítima. A polícia para lá se dirigiu, encontrou o procurado corpo mas, ao mesmo tempo, se deparou com mais de uma centena de pessoas (com pás e enxadas) que precisamente procuravam no parque indicado, o referido corpo (GOMES, 2008, p. 42).

Assim, por ser muito semelhante com a Teoria da Fonte Independente, e não estar expressa na legislação, deduz, aqueles que não apoiam a classificação desta teoria, que a da Fonte Independente seria suficiente para tornar admissíveis situações como a acima exposta.

4.7 TEORIA DA LIMITAÇÃO DA FONTE EXPURGADA

Teoria que se caracteriza pela admissão de provas inicialmente ilícitas, as quais não poderiam ser utilizadas no processo, porém, devido a um novo fato, desta vez legal, as tornam admissíveis, oportunamente exemplificado por Luiz Flávio Gomes (2008, p. 42):

[...] o agente confessa mediante tortura e indica seu co-autor, que também confessa. Essa segunda prova é ilícita por derivação e não vale. Dias depois o co-autor, na presença de seu advogado, delibera confessar livremente o delito perante o juiz. A contaminação precedente fica expurgada. A nova confissão, feita na presença de advogado, possui valor jurídico. Ou seja: expurga a contaminação.

Embora não seja uma teoria positivada no Código de Processo Penal, possui razoabilidade suficiente para a admissão em nosso ordenamento jurídico, que segundo o autor supracitado, deveria ser acolhida pelos tribunais.

4.8 TEORIA DA PROVA ILÍCITA PRO REO

A teoria da prova ilícita *pro reo* é recebida majoritariamente pela doutrina, face ao conflito entre o Princípio da Ampla Defesa e o da Proibição das Provas Ilícitas, entendendo que aquele deve prevalecer, pois, entre não admitir uma prova produzida por meios ilícitos, considerando culpado um inocente ou absolvê-lo, não resta dúvidas em levar à absolvição, devido a sua hipossuficiência, aliado ao fato de estar amparada também pelo direito a liberdade.

Fernando Capez (2009, p. 305) ilustra a referida tese:

[...] uma pessoa acusada injustamente, que tenha na interceptação telefônica ilegal o único meio de demonstrar sua inocência. No dilema entre não se admitir a prova ilícita e privar alguém de sua liberdade injustamente, por certo o sistema se harmoniza no sentido de excepcionar a vedação da prova, para permitir a absolvição.

Permitir que um inocente seja levado a prisão, devido a prevalência da norma sobre a verdade real, além de ferir a dignidade humana, coloca que jogo ainda a justiça e o equilíbrio de valores.

A professora Ada Pellegrini Grinover (2011, p. 129-130), expõe suas palavras defendendo a prevalência do Princípio do *In Dúbio Pro Reo*, e que a prova para liberdade do réu deve ser acolhida por causas excludentes da antijuridicidade, tais como o estado de necessidade e legítima defesa, pois o acusado se vê obrigado a usar meios ilícitos de obtenção de provas em defesa de sua liberdade:

Trata-se de aplicação do princípio da proporcionalidade, na ótica do direito de defesa, também constitucionalmente assegurado, e de forma prioritária no processo penal, todo informado pelo princípio do *favor rei*. Além disso, quando a prova, aparentemente ilícita, for colhida pelo próprio acusado, tem-se entendido que a ilicitude é eliminada por causas legais, como a legítima defesa, que exclui a antijuridicidade.

Assim, a autora justifica a admissibilidade por, em regra, estar a ilicitude eliminada por uma causa justificadora, como por exemplo, a utilização, em legítima defesa, de uma gravação clandestina, ou seja, sem o conhecimento do interlocutor, para provar uma ameaça sofrida, que desencadeou a prática de uma infração penal, sob coação moral irresistível.

A admissão a favor do réu ganha ainda maior aceitação quando a prova produzida foi para provar a inexistência de um crime de difícil prova, inclusive de sua prática, como os ocorridos “entre quatro paredes”, sendo neste caso o estupro, um crime que o depoimento pessoal da vítima, aliado a algumas circunstâncias, seja suficiente para a condenação do acusado. Nestes casos, colher da suposta vítima, uma afirmação de seu consentimento voluntário para prática de atos libidinosos ou conjunção carnal, por meios legais seriam de êxito raramente alcançados.

Portanto, como regra, é proibida a prova obtida por meios ilícitos, porém, excepcionalmente, admitir-se-à, mesmo que com violação de um direito material, quando for meio eficaz para evitar uma injusta condenação do acusado, ou seja, em favor do réu, justificada por Excludente de Ilicitude e Princípios que respaldam o acusado, como o da Ampla Defesa e o da Verdade Real.

5 DIREITO PENAL DO INIMIGO

Teoria lançada por doutrinador alemão Günther Jakobs, com o fim de apoiar as políticas públicas de combate à criminalidade, que defende dois tipos de aplicação do Direito Penal, sendo um voltado para o cidadão e o outro ao inimigo, chamado também de não pessoa, “Não se trata de contrapor duas esferas isoladas do direito penal, mas de descrever dois pólos de um só contexto jurídico penal” (JAKOBS; CANCIO MELIÁ, 2007, p. 23).

5.1 ORIGEM E CONCEITO

A doutrina de Jakobs se identifica intimamente com as teorias de Hobbes e Kant, pois o inimigo é aquele que rompe o contrato social e retorna ao estado de natureza, que "é a liberdade que cada homem possui de usar seu próprio poder, de maneira que quiser, para a preservação de sua própria natureza, ou seja, de sua vida" (HOBBS, 1997, p. 113).

Para Hobbes, “os inimigos não estão sujeitos às leis civis, pois estas foram criadas aos cidadãos, devendo ser tratado não como súditos civis, porém como inimigos do governo, não pelo direito de soberania, mas pelo de guerra” (HOBBS, 2004, p. 234), pois negando a autoridade do Estado, não estará sujeito a uma pena, mas sim a um castigo.

Gunther Jakobs (2012, p. 27-28) afirma que:

[...] quem não participa da vida em um estado comunitário-legal deve retirar-se, o que significa que é expelido (ou impelido à custódia de segurança); em todo caso, não há que ser tratado como pessoa, mas pode ser tratado, como anota expressamente Kant, como um inimigo.

Como acaba de citar-se, na posição de Kant não se trata como pessoa quem ameaça constantemente, quem não se deixa obrigar a entrar em um Estado cidadão. De maneira similar, Hobbes despessoaliza o réu de alta traição: pois também este nega, por princípio, a constituição existente. Por conseguinte, Hobbes e Kant conhecem um Direito Penal do cidadão –

contra pessoas que não delinqüem de modo persistente por princípio – e um Direito Penal do inimigo contra quem se desvia por princípio. Este exclui e aquele deixa incólume o status de pessoa. O Direito Penal do cidadão é Direito também no que se refere ao criminoso. Este segue sendo pessoa. Mas o Direito Penal do inimigo é Direito em outro sentido. Certamente, o Estado tem direito a procurar segurança frente a indivíduos que reincidem persistentemente na comissão de delitos. Afinal de contas, a custódia de segurança é uma instituição jurídica. Ainda mais: os cidadãos têm direito de exigir do Estado que tome medidas adequadas, isto é, têm um direito à segurança, com base no qual Hobbes fundamenta e limita o Estado: *finis aboedientiae est protectio*.³

Segundo este entendimento, temos que o inimigo perde a condição de cidadão e conseqüentemente os benefícios destinados à pessoa, resultando na aplicação de um direito penal de forma diferente, ou seja, com princípios diferenciados e normas processuais de caráter excepcionais.

No entendimento de Gunther Jakobs (2003, p. 72) há distinção entre pessoas e indivíduos, pois estes seriam animais inteligentes, sem nenhuma ligação com outros indivíduos, enquanto aquelas, sujeitas a direitos e deveres, por fazerem parte de um grupo, como verificado no seguinte trecho de sua obra:

... a persona es algo distinto de un ser humano; este es resultado de procesos naturales, y aquélla un producto social que se define como la unidad ideal de derecho y deberes que son administrados a través de un cuerpo y de una conciencia.

Os inimigos do Estado adquirem este status devido alta periculosidade e ao teor de seus crimes, aliado a situações de habitualidade, profissionalismo em atividades criminosas, filiação às organizações criminosas, faltando, assim, condições de oferecer garantias de que agirá como um cidadão leal a norma jurídica. Esta passagem de cidadão para inimigo, segundo Silva Sanchez *apud* Luís Gracia Martín (2007, p. 83), “se produz mediante a reincidência, a habitualidade, o profissionalismo delitivo e, finalmente, a integração em organizações delitivas estruturadas”.

Existiram, existem e sempre existirão na sociedade, indivíduos caracterizados pela criminologia forense como criminosos patológicos, os quais estarão sempre em

³ O fim da obediência é a proteção (tradução livre).

descompasso com o restante da sociedade, devendo, por este motivo, ter um tratamento diferenciado dos demais, conforme entendimento de Alexandre Rocha Almeida de Moraes (2011, p. 195):

Criminosos econômicos, terroristas, delinqüentes organizados, autores de delitos sexuais e de outras infrações penais perigosas são os indivíduos potencialmente tratados como 'inimigos', aqueles que se afastam de modo permanente do Direito e não oferecem garantias cognitivas que vão continuar fiéis à norma. Assim, por não aceitarem ingressar no estado de cidadania não podem participar dos benefícios do conceito de 'pessoa'. Uma vez que não se amoldam em sujeitos processuais não fazem jus a um procedimento penal legal, mas sim, a um procedimento de guerra.

Para combater este grupo de criminosos, os tradicionais meios de investigação possuem pouca eficácia, Por este motivo, o direito penal do inimigo sustenta uma diferenciação na aplicação do direito penal aplicado ao cidadão, necessitando, assim, do aperfeiçoamento das técnicas atuais e de novos métodos e teorias penais, para proporcionar maior efetividade da Lei e conseqüente segurança aos cidadão.

Portanto, conforme entendimento de Jakobs, o inimigo não deve ser tratado pelo Estado como pessoa para não vulnerar o direito de segurança das demais pessoas (Jakobs, 2005, p. 42).

5.2 SEGURANÇA PÚBLICA CONTEMPORÂNEA

No século XXI, a partir dos atentados terroristas aos Estados Unidos da América, corridos em 11 de setembro de 2001, muitos países começaram a repensar a segurança e até a adotar medidas que violam direitos e garantias consideradas fundamentais em detrimento da coletividade, assim como alguns previstos em tratados e pactos internacionais no que toca a direitos humanos, como podemos verificar no artigo:

Os Estados Unidos usaram a Prisão de Guantánamo, na Base Naval da Baía de Guantánamo em Cuba, para manter os presos que eles definiram

como "combatentes inimigos ilegais". A legitimidade destas detenções foi questionada pela União Europeia e por organizações de direitos humanos... Como resultado dos ataques, muitos governos por todo o mundo alteraram ou criaram uma legislação anti-terrorismo⁴.

As alterações legislativas que ocorreram em todo o mundo tiveram seu ponto de partida na necessidade de uma resposta à sociedade, devido à alta sensação de insegurança, que refletia com a realidade daquele momento. Assim, os terroristas não devem ser tratados como cidadãos que agiram erroneamente, uma vez que fazem parte de uma organização que colocar em risco toda uma coletividade e até mesmo o ordenamento jurídico, devendo ser combatido como um inimigo, pois "quem inclui o inimigo no conceito de delinqüente-cidadão não deve assombrar-se quando se misturarem os conceitos de guerra e processo penal", (JAKOBS, 2005, p. 37).

5.2.1 Insegurança no Brasil

No Brasil, a realidade de insegurança não fica atrás, pois podemos até mesmo afirmar que vivemos em estado de guerra declarada, onde diferentemente daqueles ataques ocorridos nos Estados Unidos da América, os ataques aqui são diários e causam uma estatística assustadora sobre a taxa de mortalidade no Brasil, que podemos verificar na publicação de Larissa Leiros Baroni (2013), ser quase quatro vezes maior que a dos Estados Unidos da América:

Enquanto o país apresenta uma taxa anual de aproximadamente 22 homicídios a cada 100.000 habitantes, os Estados Unidos e a França – considerados exemplos – registram 6 e 0,7 assassinatos, respectivamente.

No ranking de violência, divulgado pelo Ministério da Justiça, os Estados de Alagoas e Espírito Santo são os líderes no Brasil. Rio de Janeiro e Pernambuco, que lideravam o ranking desde 2005, aparecem na sequência. São Paulo, Bahia e Mato Grosso também são configurados entre os estados brasileiros mais violentos. Roraima mantém o melhor índice (10,6 por 100 mil), porém ainda é considerada zona epidêmica de homicídios pela OMS – que atribui o risco a todos os locais que apresentem taxas superiores a 10 assassinatos para cada 100 mil habitantes⁵.

⁴ http://pt.wikipedia.org/wiki/Ataques_de_11_de_setembro_de_2001#Rea.C3.A7.C3.A3o_internacional

⁵ <http://especiais.universia.com.br/brasil2014/destaque/criminalidade-no-brasil-ainda-e-endemica-segundo-oms>

Mudanças são sempre necessárias, pois como podemos verificar no trabalho apresentado pela UNESCO, em setembro de 2005, que avaliou o impacto do Estatuto do Desarmamento e campanha de entrega de armas de fogo, com a alteração legislativa de 2003 tivemos no Brasil uma queda nos índices de morte por arma de fogo:

[...] é possível verificar que em 2004 aconteceu, em território brasileiro, um total de 36.119 mortes causadas por armas de fogo. Esse número já é significativamente inferior ao registrado no ano de 2003, quando foram relacionadas 39.325 mortes pelas mesmas causas, isto é, um número 8,2% menor. O único fato significativo que permite explicar essa queda, depois de anos a fio de incrementos constantes, é o Estatuto do Desarmamento e a posterior coleta gratificada de um grande número de armas em circulação⁶.

Muitas alterações têm que ser feitas, pois estamos longe de atingir os índices estipulados pela ONU (Organizações das Nações Unidas) como aceitáveis de até 10 (dez) mortes por cada grupo de 100.000 (cem mil) habitantes, além de estatísticas em relação ao narcotráfico e ao crime organizado.

Baseado nestes números se pode afirmar que o Estado vem sendo afrontado, diuturnamente, inclusive com ataques a funcionários e instituições públicas, até mesmos aqueles responsáveis pela manutenção da ordem pública, como policiais, promotores e juízes, o que faz, ainda mais, aumentar a sensação de insegurança da população brasileira, pois se nem mesmo o Estado, que tem o dever de proteger, está sendo respeitado, dirá aqueles de deveriam ser protegidos pelo Estado.

5.2.2 Crime organizado no Brasil

Atualmente, a criminalidade está extremamente violenta e cada vez mais difícil de ser combatida, pois os criminosos cada vez mais deixam de atuar separadamente

⁶ Disponível em: <http://unesdoc.unesco.org/images/0014/001408/140846por.pdf>.

para atuarem em grupo, o que é definido por Alberto Silva Franco (1991, p. 8) como crime organizado:

O crime organizado possui uma textura diversa: tem caráter transnacional na medida em que não respeita as fronteiras de cada país e apresenta características assemelhadas em várias nações; detém um imenso poder com base em estratégia global e numa estrutura organizativa que lhe permite aproveitar as fraquezas estruturais do sistema penal; provoca danosidade social de alto vulto; tem grande força de expansão compreendendo uma gama de condutas infracionais sem vítimas ou com vítimas difusas; dispõe de meios instrumentais de moderna tecnologia; apresenta um intrincado esquema de conexões com outros grupos delinquentiais e uma rede subterrânea de ligações com os quadros sociais da vida social, econômica e política da comunidade; origina atos de extrema violência; urde mil disfarces e simulações e, em resumo, é capaz de inerciar ou fragilizar os Poderes do próprio Estado.

O crime organizado no Brasil já é visualizado desde o século XIX, quando, no sertão Nordeste, cangaceiros se uniam para a prática de crimes, inclusive em conluio com pessoas influentes e até mesmo representantes do Estado, exemplificado por Eduardo Araujo da Silva (2003, p. 25):

Personificados na figura de Virgulino Ferreira da Silva. O Lampião, (1897 – 1938), os cangaceiros tinham organização hierárquica e com o tempo passaram a atuar em várias frentes ao mesmo tempo, dedicando-se a saquear vilas e pequenas cidades, extorquir dinheiro mediante ameaça de ataque e pilhagem ou seqüestrar pessoas importantes e influentes para depois exigir resgates. Para tanto, relacionavam-se com fazendeiros e chefes políticos influentes e contavam com a colaboração de policiais corruptos, que lhes forneciam armas e munições.

Com o passar do tempo novas organizações criminosas foram surgindo, como a Falange Vermelha, que teve origem no já demolido presídio “Caldeirão do Diabo”, localizado no estado do rio de Janeiro, local onde também teve origem o Comando Vermelho, atuante até os dias de hoje e ao contrário de sua origem, não mais possuem receio em serem identificados, pois não mais escondem os rostos e inclusive alguns fazem questão de serem identificados como componentes através de tatuagens ou marcas características.

Com o passar do tempo, muitas outras grandes organizações criminosas surgiram, que aos moldes do Comando Vermelho, com o intuito de defender os direitos dos encarcerados, dentre as quais podemos destacar o Primeiro Comando da Capital, que possui sua maior área de atuação no Estado de São Paulo, originada no Centro de Reabilitação Penitenciária de Taubaté/SP, na década de 1990.

Atualmente, temos o Comando Vermelho (CV) e o Primeiro Comando da Capital (PCC) como as principais organizações criminosas, que além da semelhança na origem, possuem o mesmo inimigo, o Estado.

Ocorre que, as organizações inicialmente criadas para a defesa dos cidadãos presos se expandiram para fora das instituições prisionais, que devido aos ideais paternalistas acabaram conquistando a confiança das comunidades, pois em determinados casos, atuam em prol da sociedade carente, propiciando o auxílio que o Estado deveria fornecer, como verificado em:

Essa estratégia de atuação foi muito utilizada no Estado do Rio de Janeiro pela organização conhecida como Comando Vermelho, que, inclusive, em 1991, exigiu como pagamento de um sequestro, a distribuição de alimentos, mais precisamente dezoito toneladas, em uma favela conhecida como Morro do Juramento (LAVORENTI, 2000, p. 33).

Nestas comunidades, podemos dizer que há um mundo paralelo, onde devido à omissão do Estado em propiciar os direitos fundamentais daquela população, há como consequência o impedimento de atuar repressivamente, em relação aos crimes ali cometidos, principalmente em relação ao narcotráfico, porte e comercialização de armas, inclusive as de uso restrito, lavagem de dinheiro e homicídios, devido à “proteção” dada pela comunidade, em contra partida ao auxílio recebido e por medo de represarias desumanas e torturantes, as quais são submetidos os delatores, lá chamados de “X9”.

A fábrica de horrores, não poucas às vezes, são gerenciadas de dentro dos próprios presídios, onde são montados os sofisticados “escritórios do crime” e até mesmo os “tribunais do crime”, onde se tem uma justiça paralela, como verificamos em uma

reportagem⁷, produzida por Leandro Sant`ana, da emissora de televisão Rede Record, sobre uma gravação telefônica que monitorava integrantes do PCC, que revelou o funcionamento do “tribunal do crime”, expondo gravações de um julgamento sumário, que teve os réus, testemunhas e julgadores ouvidos através de celulares, interligados em teleconferência, sendo que o “conselho de jurados” era formado por 07 (sete) presos, um de cada penitenciária, tendo como sentença, que foi executada vinte minutos após o veredicto, a morte de um cidadão que se encontrava livre, com 05 (cinco) tiros a queima-roupa.

A atuação destes grupos como inimigo do Estado é exteriorizada pela promoção do descrédito das Instituições Públicas caracterizada pelos ataques a estas e a autoridades judiciárias e policiais e assim sendo, rasgando o contrato social.

André Luís Woloszyn, especialista em terrorismo, ao ser entrevistado pelo Jornal Folha de São Paulo afirma que:

[...] o PCC adota uma estratégia terrorista em suas ações, devido à imprevisibilidade e arbitrariedade que são empregados em suas ações, o fato de logo assumirem a autoria dos atentados, é forma de reafirmar o poder que o grupo tem. Ataques simultâneos a alvos diferentes elevam o nível de estresse das forças policiais, que aguardam uma próxima ação em local indeterminado.

O PCC possui vários objetivos por trás de suas ações. O primeiro é a desestabilização política do governo estadual. Segundo, uma demonstração de força, com um alerta: “Caso não nos atendam, temos força suficiente para transformar o Estado num palco de violência”. Isso leva a um descrédito com relação aos governos.

A evolução dos fatos requer uma tomada de decisão urgente. Programas de inclusão social, incremento e tecnologia da inteligência policial, reaparelhamento e treinamento das forças policiais, mudança na legislação penal – tipificar os crimes de terrorismo e crime organizado, prevendo uma sanção – são algumas medias. Aliás, nada diferente de algumas previstas no Plano Nacional de Segurança Pública, que não saiu do papel.

Além desta faceta da criminalidade, há outras que atacam com relevância a credibilidade do Estado, das quais se destaca os “crimes de colarinho branco”, que também são realizados de forma organizada e não poucas às vezes possuem autores que também concorrem como chefes de organizações criminosas assumidas.

⁷ <http://www.youtube.com/watch?v=XVs9y1IXfZQ>

As palavras do Padre Antônio Vieira, em 1955, ainda se encontram atuais:

Os ladrões que mais própria e dignamente merecem este título são aqueles a quem os reis encomendam os exércitos e legiões, ou o governo das províncias, ou a administração das cidades, os quais já com manha, já com força, roubam e despojam os povos. — Os outros ladrões roubam um homem: estes roubam cidades e reinos; os outros furtam debaixo do seu risco: estes sem temor, nem perigo; os outros, se furtam, são enforcados: estes furtam e enforcam.

O perfil dos criminosos mudou e evoluiu-se, sendo que hoje, eles estão ao nosso lado, frequentando os mesmos lugares, além de que, não raras às vezes, são possuidores de elevado conhecimento jurídicos e de destaque social, fato que auxilia muito na dissimulação de suas condutas, colaborando para a impunidade.

O prejuízo causado pela corrupção possui três faces, pois, além dos valores desviados, que não voltam aos cofres públicos e a conseqüente deficiência na prestação dos serviços públicos, causado pela redução ou má utilização dos recursos, há também o aumento da falta de credibilidade no Estado, quando a população toma conhecimento.

Tendo em vista esta realidade social, argumenta Luis Flávio Gomes (1997, p. 66-67) que o atual Direito Penal é ineficaz, pois os meios repressivos definham frente à força das organizações criminosas:

Argumenta-se que o Direito Penal Clássico, assim não seria o instrumento adequado para o controle do crime organizado. Colocam em relevo que ele tem por base a responsabilidade individual, que é pouco adequada para conter a criminalidade de pessoas jurídicas; o Direito Penal da culpa é incompatível com a punição de organizações; a individualização da pena torna-se muito difícil diante de grandes associações comandadas por planejadores que nunca aparecem; os crimes de perigo concreto ou de lesão são refutados para a criminalidade organizada baseada em riscos abstratos a taxatividade dos tipos penais é contestada como válida para a moderna e complexa criminalidade [...].

Trazendo este aspecto ao tema do trabalho, nota-se a necessidade de tratamento diferenciado àqueles que se organizam, possuindo assim, o conhecimento e os

meios para praticarem crimes e não serem punidos por eles, utilizando-se da legislação criada para o controle da criminalidade como escudo para suas práticas delituosas.

As organizações criminosas assumidas, assim como aquelas formadas por pessoas acima de qualquer suspeita, atuam premeditadamente, já com o intuito de cometimento dos crimes de forma que não sejam possível a admissão de provas contra elas. Maria Cecília Pontes Carnaúba (2000, p. 86-87) defende este pensamento da seguinte forma:

A inadmissibilidade intransigente no processo das provas obtidas por meios ilícitos também engendra violência, na medida em que legaliza arbitrariedades do individualismo sobre o bem comum. Os crimes que lesam o erário público, observe-se, são na sua maioria, cometidos com abuso do próprio direito à privacidade. Nos casos de superfaturamento de obras e serviços públicos, por exemplo, os acordos criminosos acontecem em ambientes sigilosos. Na maioria das vezes não há como fazer prova do ocorrido a não ser através de gravações ou filmagens clandestinas. Se esse procedimento para obtenção de prova for inadmissível de forma, a impunidade estará assegurada e, com ela, o estímulo ao cometimento de outros crimes semelhantes.

Neste âmbito é pertinente o debate sobre admissibilidade de provas ilícitas, pois, até quando o Estado vai continuar beneficiando alguns em detrimento da grande massa da população, pela rigidez da norma penal.

5.3 RESPOSTA DO DIREITO PENAL DO INIMIGO

Partindo da teoria de Jakobs, sobre a diferenciação de indivíduos e pessoas, os que se encontram envolvidos pela sociedade, mesmo que tenham praticado atos delituosos, mas que se mantiveram dentro do estado democrático de direito, continuarão com seus direitos, ao contrário daqueles que não se mantiveram no papel de cidadão, que não terão os benefícios, pois não podem ser considerados como pessoa.

Faz-se necessário a aplicação do Direito Penal do Inimigo aos autores de ilícitos relevantes de terrorismo, tráfico de drogas, crimes contra a economia e pela participação em organizações criminosas ou ocupação criminosa habitual, pela caracterização de não pessoa.

Utilizando o Direito Penal do Inimigo para combater a criminalidade, Alexandre Rocha Almeida de Moraes (2011, p. 196), demonstra a possibilidade da extinção de alguns direitos e garantias:

Para o enfrentamento dos 'inimigos', as sociedades modernas tem recorrido a regulações jurídicas de características tais que permitiriam identificá-las facilmente como típicas de um 'Direito Penal do Inimigo'. Seriam elas:

- a) Antecipação da punibilidade com a tipificação de atos preparatórios, criação de tipos de mera conduta e perigo abstrato;
- b) Desproporcionalidade das penas;
- c) Legislações, como nos explícitos casos europeus, que se auto-denominam de 'leis de luta ou de combate';
- d) Restrições de garantias penais e processuais;
- e) Determinadas regulações penitenciárias ou de execução penal, como o regime disciplinar diferenciado recentemente adotado no Brasil.

Neste sentido, a questão da admissibilidade de provas obtidas com violação ao direito material ou legal, vedada pela Constituição Federal, seria possível quando o acusado se tratar de uma não pessoa, pois a este indivíduo poderia não ser aplicável algumas das garantias fundamentais do artigo 5º da Constituição Federal.

Segundo o Professor Alexandre Salim, em aula do programa Saber Direito da TV Justiça, a teoria do direito penal do inimigo já vem sendo utilizada no ordenamento jurídico brasileiro, exemplificando com a Lei do Tiro de Destruição - Lei nº. 9614/98, que autoriza o abate de aeronaves, pois, ao autorizar o abatimento de uma aeronave, apenas pela suspeita de estar transportando drogas, decreta, conseqüentemente, a morte do piloto e possíveis passageiros, violando assim, um direito fundamental previsto no artigo 5º, XLVII da Constituição Federal, que veda a pena de morte, com exceção de guerra declarada. No mesmo sentido, há o exemplo da aplicação do Regime Disciplinar Diferenciado, previsto na Lei de Execuções Penais, pois, apenas pela suspeita do preso pertencer a uma organização criminosa ou suspeita de estar proporcionando risco à segurança da sociedade ou dos demais

presos, institui uma espécie de “solitária”, restringindo o direito de visita e laser, que, para os críticos, é a aplicação do direito penal do inimigo na execução penal.⁸

Assim, com a separação entre o Direito Penal do cidadão e Direito Penal do inimigo, as provas proibidas devem ser admitidas, não como regra, mas como uma medida de exceção, pois, o Estado tem o dever de proporcionar segurança, as admitindo como medida de combate ao inimigo e não como sanção ao delinquente-cidadão.

6 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Desde a Antiguidade Clássica, a proporcionalidade está presente no ordenamento jurídico, como se verifica na expressão da Lei de Talião “olho por olho, dente por dente”, em que a todo mal causado poderia ser imposto uma resposta proporcional.

Atualmente, o princípio da proporcionalidade se apresenta como a melhor ferramenta para a solução do conflito entre direitos e garantias, conforme o pensamento de Alexandre Rocha de Almeida Moraes (2011, p. 306):

Assim, o princípio da proporcionalidade vem sendo invocado para solucionar esses conflitos, sopesando os valores para se aferir qual deverá prevalecer em determinado caso, sendo, portanto, possível o sacrifício de um direito ou garantia constitucional em prol de outro direito ou garantia, quando houver preponderância destes últimos.

Por mais valioso que seja um direito, ele não será ilimitado e absoluto, pois poderá encontrar limite em outro de igual valor, devendo um ser sacrificado em prol do outro, conforme conclui o raciocínio, as palavras de César Dario Mariano da Silva (2007, p. 22), sobre a relativização de direitos fundamentais:

Pela teoria ou princípio da proporcionalidade as normas constitucionais articulam-se em um sistema, havendo a necessidade de harmonia entre

⁸ <http://www.youtube.com/watch?v=z-5chrnlf7M>

elas. De tal sorte, não se faz possível a 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 desses 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 a vida, que 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 de antijuridicidade, que poderão autorizar que a vida seja ceifada, quando presentes alguns requisitos elencados no próprio código.

Outra demonstração de que em nosso ordenamento jurídico a ponderação está positivada é a liberdade de escolha de uma futura mãe, vítima de estupro, que tem prevalência sobre a continuidade da vida do nascituro, amparada no artigo 128 do Código Penal. Assim como, em relação à proibição à pena de morte, que é consagrada no artigo 5º, inciso XLVII da nossa Constituição, tem previsto no próprio dispositivo a possibilidade, de forma excepcional, do sacrifício da vida, em caso de guerra declarada, nos termos do artigo 84, inciso XIX do mesmo ordenamento.

Desta forma, Alexandre Rocha Almeida de Moraes (2011, p. 307), completa que “sempre será possível o sacrifício de um direito em prol de outro de igual ou superior valia, dada a relatividade dos direitos e garantias constitucionais”.

O princípio da proporcionalidade, em relação a admissão de provas ilícitas, também pode ser utilizado, conforme entendimento de Guilherme de Souza Nucci (2007, p. 330), o princípio da proporcionalidade, “tem por finalidade equilibrar os direitos individuais com os interesses da sociedade, não se admitindo, pois, a rejeição contumaz das provas obtidas por meios ilícitos”.

6.1 SUBPRINCÍPIOS

Para a aplicação adequada do princípio da proporcionalidade, faz-se necessário uma análise de seus elementos estruturais, também chamados de subprincípios, que tiveram, assim como a teoria, origem na doutrina e jurisprudência alemã.

Com a finalidade de auxiliar, no caso em concreto, pois, a decisão de qual direito prevalecerá, raramente, em caso de conflito estará explícito no ordenamento jurídico, o princípio da proporcionalidade pode se desmembrar em três outros princípios ou subprincípios:

6.1.1 Adequação

Este princípio também é conhecido como o da idoneidade ou da conformidade, que de acordo com o pensamento de Joaquim José Gomes Canotilho (1998, p. 262), “impõe que a medida adotada para realização do interesse público seja apropriada à prossecução do fim ou fins a ele subjacentes. Trata-se, pois, de controlar a relação de adequação medida-fim”.

O princípio da adequação demanda que se verifique qual o melhor meio a ser utilizado, no caso em concreto, para se alcançar o resultado pretendido, sem que ocorra exagero na mitigação do direito, ou seja, o fim pretendido deve ser de maior relevância que o direito mitigado, pois, caso contrário, não será adequado.

Neste sentido, não se justificaria utilizar-se da prisão preventiva como meio mais adequado para garantir o fim da efetiva aplicação da lei penal, caso a conduta praticada não tivesse pena privativa de liberdade.

Isto posto, temos que é necessário uma verificação prévia da gravidade do crime para depois escolher a forma mais adequada de medida a ser aplicada.

6.1.2 Necessidade

Conforme o subprincípio da necessidade, restringir o direito de um indivíduo somente deverá ocorrer quando for realmente necessário, pois, vigora em nosso ordenamento jurídico o princípio da intervenção mínima. Assim, a aplicação do direito penal apenas ocorrerá quando não for possível solucionar o problema de outra forma.

Completa este entendimento as palavras de Suzana de Toledo Barros (2000, p. 79), “o pressuposto do princípio da necessidade é o de que a medida restritiva seja

indispensável para a conservação do próprio ou outro direito fundamental e que não possa ser substituída por outra igualmente eficaz, mas menos gravosa”, assim, para que uma medida seja considerada inaceitável, ou seja, ofenda ao princípio da proporcionalidade, deve-se indicar uma outra medida que alcance os mesmos resultados, ou ainda mais vantajosos, que seja menos gravosas.

Contudo, ao analisar a Constituição Federal, não se verifica a positivação expressa do princípio da necessidade ou de um critério objetivo que estabeleça quais os bens jurídicos são os de maior ou os de menor relevância.

Mariângela Gama de Magalhães Gomes (2003, pg. 84), bem nos esclarece que “o fundamento material do princípio da necessidade, na Constituição brasileira, pode ser apreendido a partir do reconhecimento da dignidade da pessoa humana e do pluralismo político como fundamento do Estado Democrático de Direito”.

Sobre o subprincípio da necessidade, Sylvia Marlene de Castro Figueiredo (2005, p. 190), expõe:

Com base nesse subprincípio em tela, o cidadão tem direito à menor desvantagem possível para a obtenção de determinado fim. Portanto, o meio eleito deve ser, simultaneamente, eficaz e menos desvantajoso, ou melhor, mais suave para os cidadãos. A medida, para ser admissível, deve ser estritamente necessária ao alcance do interesse público visado, ou não deve exceder os limites indispensáveis ao fim que almeja.

Ao atender à relação de custo-benefício, caso o magistrado tenha vários meios de produção de uma prova, que atinjam ao mesmo resultado, deverá optar pelo meio que menos restrinja o indivíduo ou lhe cause menos danos, como no exemplo se for possível obter uma prova por meio de requisição de um documento a um órgão público, não seria justificável a determinação de uma busca domiciliar para obter o mesmo documento.

Portanto, não basta uma adequação entre o meio e o fim, pois, além do meio ser idôneo e capaz de levar ao resultado esperado, este deve causar a menor mitigação possível.

6.1.3 Proporcionalidade em sentido estrito

O juízo de adequação e a necessidade, na maioria das vezes, não são suficientes para a aplicação de uma medida restritiva, pois pode resultar em uma sobrecarga ao indivíduo, que poderá não conformar com a justa medida, assim, a proporcionalidade em sentido estrito é um complemento dos princípios da adequação e necessidade, sendo de suma importância para decidir se o meio utilizado possui razoável proporção com o fim almejado, (BARROS, 2000, p. 82-83).

Desta forma, este princípio tem o fim de avaliar a coerência de se utilizar ou não determinado meio, através do juízo de ponderação entre o fim e o direito restringido.

Consoante a essa observação, Joaquim José Gomes Canotilho (1998, p. 263) destaca:

[...] os meios e fins são colocados em equação mediante um juízo de ponderação, como objetivo de se avaliar se o meio utilizado é ou não desproporcionado em relação ao fim. Trata-se, pois, de uma questão de 'medida' ou 'desmedida' para se alcançar um fim: pesar as desvantagens dos meios em relação às vantagens do fim.

Salienta Daniel Sarmiento (2002, p. 89):

O subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito convida o intérprete à realização de autêntica ponderação. Em um lado da balança devem ser postos os interesses protegidos com a medida, e no outro, os bens jurídicos que serão restringidos ou sacrificados por ela.

6.2 ADMISSIBILIDADE DE PROVAS ILÍCITAS

Tratando-se especificadamente da admissibilidade de provas ilícitas no processo penal, o princípio da proporcionalidade é o fundamento que possui a melhor aceitação, pois, é utilizado no caso concreto para decidir se prevalecerá o direito estatal de apurar os fatos, sempre em busca da verdade real, e assim, proporcionar

uma resposta a sociedade, ou a proteção dos direitos do acusado, que teria alguns de seus direitos violados, caso ocorra a admissão de provas ilicitamente obtidas.

No direito brasileiro, conforme já tratado anteriormente, predomina a admissão de provas ilícitas em favor do réu, denominada como prova ilícita *pro reo*, conforme pronuncia Fernando Capez (2009, p. 306):

A aceitação do princípio da proporcionalidade *pro reo* não apresenta maiores dificuldades, pois o princípio que veda as provas obtidas por meio ilícitos não pode ser usado como um escudo destinado a perpetuar condenações injustas. Entre aceitar uma prova vedada, apresentada como único meio de comprovar a inocência de um acusado, e permitir que alguém, sem nenhuma responsabilidade pelo ato imputado, seja privado injustamente de sua liberdade, a primeira opção é, sem dúvida, a mais consentânea com o Estado Democrático de Direito e a proteção da dignidade humana.

Oportuno destacar que somente será admitida quando as provas ilícitas forem o único meio de se comprovar a inocência de um acusado, pois, caso contrário, é vedada a sua utilização.

Para a admissão de provas ilícitas *pro reo* é utilizado o argumento de contraposição de direitos humanos, ou seja, liberdade do acusado em face do direito afetado com a produção da prova, porém, se este argumento é plausível para admissão em favor do acusado, também deve ser aceitável quando utilizado contra o réu, ou seja, em favor da sociedade, conforme dispõe Camargo Aranha (1996, p. 56):

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 sequestrador foi a gravação de uma conversa telefônica interceptada: absolve-se, preservando-se um princípio constitucional, ou condena-se, preservando a sociedade?

Busca-se evitar com esta medida que criminosos de alta periculosidade permaneçam impunes, pondo em risco a segurança da sociedade, pois, de acordo

com o exemplo acima exposto, não seria aceitável proteger a intimidade do acusado, que tivera violado direitos de elevada importância.

No mesmo sentido, César Dario Mariano da Silva (2010, p. 19), disserta:

E se a prova que incriminasse sequestradores fosse a interceptação de uma correspondência, que, segundo parte da doutrina e jurisprudência, não pode ser interceptada mesmo com autorização judicial? Seria razoável não condenar pessoas perigosas e perniciosas à sociedade em atenção à proibição da utilização da prova ilicitamente obtida? Ora, se simplesmente formos interpretar aquela norma proibitiva de maneira totalmente garantista para os sequestradores, eles teriam de ser soltos e a sociedade estaria à mercê de indivíduos que certamente iriam praticar outros sequestros, pondo em risco valores constitucionais tão ou mais importantes que o direito à intimidade.

Fernando Capez (2011, p.351), em favor da ponderação pro sociedade, completa:

Entendemos não ser razoável a postura inflexível de se desprezar, sempre, toda e qualquer prova ilícita. Em alguns casos, o interesse que se quer defender é muito mais relevante do que a intimidade que se deseja preservar. Assim, surgindo conflito entre princípios fundamentais da Constituição, torna-se necessária a comparação entre eles para verificar qual deva prevalecer. Dependendo da razoabilidade do caso concreto, ditada pelo senso comum, o juiz poderá admitir uma prova ilícita ou sua derivação, para evitar uma mal maior, como, por exemplo, a condenação injusta ou a impunidade de marginais. Os interesses que se colocam em posição antagônica precisam ser cotejados, para escolha de qual deva ser sacrificado.

Os professores Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho, Antonio Scarance Fernandes (2011, p. 129), visando, em determinados casos, admitir as provas ilícitas, explanam sobre a importância da aplicação da proporcionalidade:

A teoria, hoje dominante, da inadmissibilidade processual das provas ilícitas, colhidas com infringência a princípios ou normas constitucionais, vem, porém, atenuada por outra tendência, que visa a corrigir possíveis distorções a que a rigidez da exclusão poderia levar em casos de excepcional gravidade.

Trata-se do denominado *Verhältnismässigkeitsprinzip*, ou seja, de um critério de proporcionalidade, pelo qual os tribunais da então Alemanha Federal, sempre em caráter excepcional e em casos extremamente graves, tem admitido a prova ilícita, baseando-se no princípio do equilíbrio entre valores fundamentais contrastantes.

É importante observar que o princípio alemão da proporcionalidade recorda a construção jurisprudencial da razoabilidade, tão importante e significativa nas manifestações da Suprema Corte americana.

A doutrina e a jurisprudência majoritária ainda não admitem a utilização de provas ilícitas em desfavor do réu, porém, não é absoluto, pois há julgados que contrariam este entendimento majoritário, colocando a defesa dos direitos da sociedade acima do direito individual.

No Habeas Corpus nº 3982/RJ, o Superior Tribunal de Justiça, assim decidiu:

EMENTA: Constitucional e Processo Penal. Habeas Corpus. Escuta telefônica com ordem judicial. Réu condenado por formação de quadrilha armada, que se acha cumprindo pena em penitenciária, não tem como invocar direitos fundamentais próprios do homem livre para trancar ação penal (corrupção ativa) ou destruir gravação feita pela polícia. O inciso LVI do artigo 5º da Constituição, que fala „são inadmissíveis as provas obtidas por meio ilícito“, não tem conotação absoluta. Há sempre um substrato ético a orientar o exegeta na busca de valores maiores na construção da sociedade. A própria Constituição Federal Brasileira, que é dirigente e programática, oferece ao juiz, através da „atualização constitucional (verfassungsaktualisierung), base para o entendimento de que a cláusula constitucional invocada é relativa. A jurisprudência norte-americana, mencionada em precedente do Supremo Tribunal Federal, não é tranquila. Sempre é invocável o princípio da „Razoabilidade“ (Reasonableness). O „princípio da exclusão das provas ilicitamente obtidas“ (Exclusionary Rule) também lá pede temperamentos. Ordem denegada” (Acórdão da 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, publicado no DJU de 26.02.96, p. 4.084, rel. Adhemar Maciel, autos do HC nº 3982/RJ, v.u.)⁹

Entendimento que deveria ser seguido, principalmente, se analisarmos a recente crise na segurança pública paulista, onde o princípio da proporcionalidade poderia colaborar como ferramenta de combate aos criminosos que diuturnamente afrontam o Estado e a sociedade.

Outro exemplo da aplicação da ponderação de valores ocorreu em recente decisão do Supremo Tribunal Federal sobre o caso conhecido como “novela mexicana”, que envolveu a mexicana Glória Trévi, gerando a reclamação nº 2.040/DF, onde confrontava os valores da moral administrativa, segurança pública, imagem e honra

⁹ Disponível em:

<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=%28%28%22ADHEMAR+MACIEL%22%29.m in.%29+E+%28%22Sexta+Turma%22%29.org.&processo=3982&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=1#>

dos policiais federais em face dos direito à intimidade e respeito à integridade física e moral da presa, previstos nos incisos X e XLIX do artigo 5º da Constituição Federal.

A cantora Glória Trévi teria ficado presa no distrito de Brasília, na Superintendência da Polícia Federal, aguardando o seu processo de extradição por 19 (dezenove) meses, período que se engravidou, devido ter sido vítima de um estupro, que não foi representado à autoridade competente, de acordo com a denúncia à revista de circulação nacional “IstoÉ”, (FILHO, 2001). Todavia, a poucos dias do parto, sabendo do pedido do juiz federal da 10ª Vara do Distrito Federal de que se fosse colhido parte do líquido amniótico no momento do parto, com a finalidade de utilizar o material genético para realizar exames de paternidade, Glória recorreu ao Supremo Tribunal Federal, invocando proteção aos direitos constitucionais, pois, tratava-se de violação a intimidade de sua vida privada, assim como, tal investigação refletiria negativamente em sua vida e na de seu futuro filho.¹⁰

Diante disto, o Supremo decidiu a favor do interesse do Estado e do nascituro em ter a identidade de seu genitor descoberta, autorizando a realização de exames de DNA, como única forma de desvendar a veracidade dos fatos, conforme segue:

EMENTA: - Reclamação. Reclamante submetida ao processo de Extraditanda n.º 783, à disposição do STF.

2. Coleta de material biológico da placenta, com propósito de se fazer exame de DNA, para averiguação de paternidade do nascituro, embora a oposição da extraditanda.

3. Invocação dos incisos X e XLIX do art. 5º, da CF/88.

4. Ofício do Secretário de Saúde do DF sobre comunicação do Juiz Federal da 10ª Vara da Seção Judiciária do DF ao Diretor do Hospital Regional da Asa Norte - HRAN, autorizando a coleta e entrega de placenta para fins de exame de DNA e fornecimento de cópia do prontuário médico da parturiente.

5. Extraditanda à disposição desta Corte, nos termos da Lei n.º 6.815/80. Competência do STF, para processar e julgar eventual pedido de autorização de coleta e exame de material genético, para os fins pretendidos pela Polícia Federal.

6. Decisão do Juiz Federal da 10ª Vara do Distrito Federal, no ponto em que autoriza a entrega da placenta, para fins de realização de exame de DNA,

¹⁰ Disponível em:

http://www.jusbrasil.com.br/filedown/dev0/files/JUS2/STF/IT/RCL-QO_2040_DF%20_21.02.2002.pdf

suspensa, em parte, na liminar concedida na Reclamação. Mantida a determinação ao Diretor do Hospital Regional da Asa Norte, quanto à realização da coleta da placenta do filho da extraditanda. Suspenso também o despacho do Juiz Federal da 10ª Vara, na parte relativa ao fornecimento de cópia integral do prontuário médico da parturiente.

7. Bens jurídicos constitucionais como "moralidade administrativa", "persecução penal pública" e "segurança pública" que se acrescentam, - como bens da comunidade, na expressão de Canotilho, - ao direito fundamental à honra (CF, art. 5º, X), bem assim direito à honra e à imagem de policiais federais acusados de estupro da extraditanda, nas dependências da Polícia Federal, e direito à imagem da própria instituição, em confronto com o alegado direito da reclamante à intimidade e a preservar a identidade do pai de seu filho.

8. Pedido conhecido como reclamação e julgado procedente para avocar o julgamento do pleito do Ministério Público Federal, feito perante o Juízo Federal da 10ª Vara do Distrito Federal.

9. Mérito do pedido do Ministério Público Federal julgado, desde logo, e deferido, em parte, para autorizar a realização do exame de DNA do filho da reclamante, com a utilização da placenta recolhida, sendo, entretanto, indeferida a súplica de entrega à Polícia Federal do "prontuário médico" da reclamante.

(Rcl 2040 QO, Relator(a): Min. NÉRI DA SILVEIRA, Tribunal Pleno, julgado em 21/02/2002, DJ 27-06-2003 PP-00031 EMENT VOL-02116-01 PP-00129)¹¹.

Com estes importantes julgados, seguindo o pensamento de alguns doutrinadores, nota-se que a admissão de provas ilícitas por parte da jurisprudência já não é absurda. Porém, o que não pode ocorrer, dependendo do caso concreto, é a impunidade dos responsáveis pela violação dos direitos do acusado, fato que prejudicaria a segurança do ordenamento jurídico.

Assim, admitir provas ilícitas, não pode ser considerado inadequado ou inconstitucional, quando for o único meio de absolver ou condenar um acusado, desde que se tenha realizado a ponderação dos direitos conflitantes.

¹¹ Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000098855&base=baseAcordaos>

7 CONCLUSÃO

Desde os primórdios da sociedade, até hoje em dia, o Estado se preocupa com a defesa de seus súditos, porém, atualmente, pode ser visto que o acúmulo de direitos vem causando empecilhos na aplicação da lei penal, fato que acaba gerando um estímulo a criminalidade, devido à sensação de impunidade.

A prova é essencial em nosso ordenamento jurídico e pode ser considerada como a alma do processo, que quando a este se junta, o direito ganha vida. Assim, não haverá materialização da Justiça, caso não se possa utilizar a prova como meio de motivar uma decisão.

Como visto no desenvolvimento do trabalho, o tema da admissão das provas ilícitas é polêmico, pois, de um lado está parte da doutrina e jurisprudência que defende a interpretação literal e inflexível dos dispositivos constitucionais e legais, não as admitindo, e de outro, aqueles que admitem as provas ilícitas, parcela esta da doutrina que se divide em admitir somente *pro reo*, majoritária, ou também *pro societate*.

É inegável o caráter protetivo da inadmissibilidade das provas obtidas sob violação de direitos, devendo ser mantida, por corroborar com o protecionismo de nossa constituição, contudo, admiti-las deve ser uma hipótese que não pode ser descartada, pois, desde que se tenha alcançado a justiça e o crime tenha sido combatido, o dever do Estado de atuar de forma eficaz na promoção da segurança da sociedade e preservação de seus direitos e garantias foram alcançados.

Mesmo que expressamente previsto na Constituição Federal e norma infraconstitucional que são inadmissíveis, estes dispositivos não devem ser interpretados como absolutos, mas sim como a regra, que poderá ter desfecho diferenciado, dependendo do caso concreto, pois, não é aceitável que um criminoso seja absolvido por não ter conhecida a única prova em seu desfavor, mesmo que o magistrado esteja convencido de sua conduta delituosa, mas em observância ao princípio do livre convencimento motivado não possa condená-lo, devido ao princípio da inadmissibilidade das provas ilícitas.

A melhor forma de resolver esta problemática está na atuação estatal de ponderar as vantagens e desvantagens à disposição em nosso ordenamento jurídico, empregando o meio menos oneroso para o cidadão, mas sem deixar de atingir os fins do “contrato social”, previsto na Constituição Federal.

Em suma, caberá ao magistrado, ao realizar o sopesamento de qual direito deve ser protegido no caso em concreto, a decisão de admitir ou não a prova proibida, podendo utilizar-se como embasamento para tal, os princípios do direito penal do inimigo, por se trata de um não-cidadão, ou da proporcionalidade, quando a impunidade for mais maléfica que a lesão causada pela admissão da prova.

Obviamente, a utilização de tais princípios não pode ser de forma irrestrita, aplicando condenações a qualquer preço, mas sim, quando estritamente necessária para impedir que cresça a impunidade.

REFERÊNCIAS

ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

AVOLIO, Luiz Francisco Toquato, **Provas ilícitas: interceptação telefônica e gravações clandestinas**, atualizada em face da Lei 9296/96 e da jurisprudência / Luiz Francisco Torquato Avolio. – 2. ed. ver., atual. – São Paulo: Editora Revisa dos Tribunais, 1999.

BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. 2. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

BONHO, Luciana Tramontin. **Noções introdutórias sobre o direito penal do inimigo**. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1048, 15 maio 2006. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/8439>>. Acesso em: 15 jul. 2013.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: Martin Claret, 2002-2006.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.
_____. **Curso de processo penal**. 10.ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
_____. **Curso de processo penal**. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
_____. **Curso de processo penal**. 18 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CAMARGO ARANHA, Adalberto José Q. T. **Da prova no processo penal**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1994 - 1996 - 2006.

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

CANCIO MELIÁ, Manuel, in JAKOBS, Günter; CANCIO MELIA, Manuel, **Direito Penal do Inimigo, moções e críticas**. Org. e Trad.: André Luis Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

CASTRO, Raimundo Amorim de. **Provas ilícitas e o sigilo das comunicações telefônicas**. Curitiba: Juruá, 2007.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998.

COSTA, Priscyla. **Estado é condenado a indenizar família de juiz assassinado**. site da Revista Consultor Jurídico. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2008-mai-20/estado_indenizar_familia_juiz_assassinado>. Acesso em: 10 mar. 2013.

FIGUEIREDO, Sylvia Marlene de Castro. **A interpretação constitucional e o**

princípio da proporcionalidade. São Paulo: RCS, 2005.

FILHO, Mario Simas. **Novela mexicana.** Fonte, Editoração Eletrônica – Istoé, 2001. 1677 ed. Disponível em:

< http://www.istoe.com.br/reportagens/43460_NOVELA+MEXICANA > Acesso em: 03 jun. 2013.

FRANCO, Alberto Silva. **Crimes Hediondos: notas sobre a lei 8.072/90.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

GOMES, Luis Flávio; CERVINI, Raúl. **Crime organizado: enfoques criminológico, jurídico (lei 9034/95) e político criminal.** 2. ed. ver. Atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. **O princípio da proporcionalidade no direito penal.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Direito à prova no processo penal.** São Paulo: RT, 1997.

_____. **A Prova no processo penal: (comentários à Lei 11.690/2008).** Organizador. São Paulo: Premier Máxima, 2008.

GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. **As nulidades do processo penal.** 12 ed. ver e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

HOBBS, Thomas. **Leviatã ou Matéria, Forma e Poder de um Estado eclesiástico e Civil.** Trad. João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. Ed. Nova Cultural, 1997.

_____. **Leviatã ou a matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil.** São Paulo: Martins Claret. 2002 - 2004.

_____. **Do cidadão.** São Paulo: Martin Claret, 2004.

JAKOBS, Günter; MELIÁ, Manoel Cancio. **Direito Penal do Inimigo: noções e críticas.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003 - 2007 - 2012.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**, vol. I – 2ª ed., Niterói, RJ: Impetus, 2012.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo penal.** 16. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

MALATESTA, Nicola Framino Dei. **A lógica das provas em matéria criminal**, tradução da 3ª edição de 1912. Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller Ltda, 1996.

MENDONÇA, Andrey Borges de. **Instituições de direito público e privado.** 8 ed. São Paulo: Atlas, 2008.

LAVORENTI, Wilson; SILVA, José Geraldoda. **Crime Organizado na Atualidade.** 1º ed. Campinas: Bookseller, 2000.

MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. **Direito Penal do Inimigo: a terceira velocidade do direito penal**. 1ª Ed. 2ª reimpressão. Curitiba: Juruá, 2011.

MUCIO, Hidejalma. **Curso de Processo Penal**. Jaú: HM Editora, 2003.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 3 ed.; São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. **Código de Processo Penal Comentado**. 9 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na constituição federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

SILVA, César Dario Mariano da. **Provas ilícitas: princípio da proporcionalidade, interceptação e gravação telefônica, busca e apreensão, sigilo e segredo, confissão, Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) e Sigilo**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

_____. **Provas ilícitas**. 6. ed. São Paulo. Atlas, 2010.

SILVA, Eduardo Araújo da. **Crime organizado**. Procedimento probatório. São Paulo: Atlas, 2003.

VIEIRA, António. **Sermão do Bom Ladrão 1655**. Fonte, Editoração Eletrônica, Verônica Ribas Curcio. Disponível em:

<<http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/fs000025pdf.pdf>>. Acesso em: 05 mai. 2013.

WOLOSZYN, André Luis. **Ação do PCC Pede lei antiterror**. Site do jornal Folha de São Paulo, 2006. Disponível em:

<<http://www1.folha.uol.com.br/folha/cotidiano/ult95u124910.shtml>>. Acesso em: 29 mai. 2013.