

SERVIÇO PÚBLICO FEDERAL
UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARÁ
CAMPUS DE MARABÁ
COLEGIADO DE DIREITO

RELEVÂNCIA DAS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS NO COMBATE AO CRIME

JÚLIO PAIXÃO DA SILVA JÚNIOR

MARABÁ

2010

RELEVÂNCIA DAS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS NO COMBATE AO CRIME

JÚLIO PAIXÃO DA SILVA JÚNIOR

Monografia apresentada ao Curso de Direito da UFPA-

Universidade Federal do Pará, como requisito final à
obtenção do título de Bacharel em direito.

Orientador: Prof.: Francille Pires Duarte Sommer

Marabá

2010

FOLHA DE AVALIAÇÃO

A MONOGRAFIA INTITULADA: *RELEVÂNCIA DAS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS NO COMBATE AO CRIME*, DE AUTORIA DO ALUNO JÚLIO PAIXÃO DA SILVA JÚNIOR, MATRÍCULA 05210001207, FOI APRESENTADA E AVALIADA POR UMA BANCA DE EXAMINADORES, OBTENDO O CONCEITO FINAL_____.

Marabá, de dezembro de 2010.

A BANCA QUE AVALIOU A DEFESA DA MONOGRAFIA FOI COMPOSTA PELOS SEGUINTESS PROFESSORES:

Prof^a. Francille Pires Duate Sommer

(Orientador) - UFPA

Marabá

2010

Dedico este trabalho ao meu Senhor e Salvador Jesus Cristo, digno de Toda honra, pois sem ele eu não teria chegado até aqui, à minha família, em especial à minha esposa Jucileide, companheira e amiga de todas as horas, aos nossos filhos Jeissikelly e Jonas Paixão, por terem me proporcionado tanta alegria, aos meus pais Júlio e Arlinda Paixão, que sempre me amaram e me deram a educação dentro de suas possibilidades, aos meus irmãos, Josivan, Josenilde, Josivânio e Félix pela amizade que temos uns pelos outros, aos meus Pastores Janilson e Sônia Rêgo, os quais têm lugar especial na minha vida, a minha intercessora Domingas Félix, a minha irmã em Cristo, Jaqueline Dayane, pela imensurável ajuda na digitação deste trabalho; aos meus sogros José Raimundo e Domingas, a Prof^a. Francielle Pires Duarte Sommer, pelo auxílio intelectual e moral de grande valia para a realização desse projeto.

RELEVÂNCIA DAS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS NO COMBATE AO CRIME

RESUMO

Nas últimas semanas, a sociedade brasileira ficou perplexa com as notícias dos meios de comunicação que a todo instante noticiava a ousadia dos “foras da lei”, onde várias facções criminosas se reuniram para propagar o terror na capital do Rio de Janeiro. Várias lojas foram arrombadas, quartéis metralhados, carros queimados, etc. a situação nesse momento parece estar sob controle. Porém foi preciso a junção de várias forças nacionais para a prisão dos malfeitores, pois vários foram presos, inclusive o acusado de ter participado no assassinato do repórter Tim Lopes da Rede Globo. Percebemos que a comunicação teve um papel de suma importância para o sucesso da missão. E a comunicação sempre será eficiente para a prisão daqueles que andam no “mundo” da criminalidade. Exemplo disso é a Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996, que regulamentou a interceptação telefônica. A temática da inadmissibilidade da Prova ilícita tem os mais fortes argumentos provindos da teoria norte- americana *fruits of the poisonous tree*, segundo a qual a prova obtida por meios ilícitos não pode absolutamente ser admitida em juízo, bem como, as dela derivadas, porque contamina todo o processo. Qual o efeito da inadmissibilidade da prova ilícita? Podem ser admitidas no processo as provas formalmente lícitas, mas derivadas de provas materialmente ilícitas? A inadmissibilidade da prova ilícita e sua conseqüente rejeição pelo Poder Judiciário têm relevante significado para o direito probatório, não obstante as aplicações éticas e políticas, decorrentes dos direitos fundamentais, que de um lado, num posicionamento garantista, protege o indivíduo contra o abusivo intervencionismo estatal, e por outro lado, reconhece a limitabilidade destes direitos fundamentais. Qual é o posicionamento do Supremo Tribunal Federal com relação a inadmissibilidade das provas ilícitas? No campo das proibições da prova, a tônica é dada pela natureza processual ou substancial da redação: como se distingui a prova ilegítima da prova ilícita? A Lei nº 9.296/96, das interceptações telefônicas, foi editada para pacificar as controvérsias dos tribunais e atender reclamos de setores jurídicos. Este diploma legal visa resguardar o direito à intimidade. Importante ressaltar que o sigilo das comunicações é a regra das quais a interceptação telefônica, legalmente autorizada pela autoridade judiciária, é a exceção.

PALAVRAS – CHAVE: Prova ilícita. Interceptação Telefônica. Inadmissibilidade. Limitações.

ABSTRACT

In recent weeks, the Brazilian company was baffled by the news media that all the time denounced the daring of the "outlaws", where several criminal factions gathered for spreading terror in the capital of Rio de Janeiro. Several shops were broken into, strafed barracks, burned cars, etc.. right now it seems the situation is under control. But it took the addition of various national forces for the arrest of criminals, because several were arrested, including accused of having participated in the murder of journalist Tim Lopes of Globo TV. We realize that communication played a critical to mission success. And communication is always efficient for the arrest of those who walk in the "world" of crime. An example is the Law No. 9296 of July 24, 1996, which regulated the interception. The issue of admissibility of evidence unlawfully has the strongest arguments from the theory American fruits of the poisonous tree, under which evidence obtained by unlawful means absolutely can not be admitted in court, and the derived, because it infects the whole process. What is the effect of the inadmissibility of illegal evidence? May be admissible evidence in the proceedings formally lawful, but evidence derived from illegal material? The inadmissibility of illegal evidence, and its consequent rejection by the judiciary have an important meaning for the law of evidence, despite the ethical and political applications, derived from fundamental rights, on one hand, a placement guarantee, protect individuals against abusive state interventionism and on the other hand, recognizes the limited value of these rights. What is the position of the Supreme Court regarding the admissibility of illegal evidence? In the field of the prohibitions of proof, the tone is given by procedural or substantive nature of writing: how to distinguish illegitimate evidence of illegal evidence? Law No. 9.296/96, of telephone intercepts, was released to pacify the controversies of the courts and legal sectors to meet claims. This statute seeks to protect the right to privacy. Importantly, communication secrecy is the rule which the interception, legally authorized by judicial authority, is the exception.

KEY - WORDS: Proof illegal. Telephone interception. Permissible. Limitations.

SUMÁRIO

1- INTRODUÇÃO	9
1.1- EVOLUÇÃO HISTÓRICA DAS PROVAS	10
1.2- DIREITO ROMANO	11
1.3 – DIREITO GERMÂNICO	12
1.4 – DIREITO ROMANO-CANÔNICO	13
1.5 – DIREITO HUMANÍSTICO	13
1.6- ESCOLAS CLÁSSICAS DO DIREITO	15
1.7- DIREITO POSITIVO	16
1.8- DAS PROVAS	16
1.9- A PROVA : CONSIDERAÇÕES GERAIS	16
1.10- CONCEITOS FINALIDADES	17
1.11- OBJETOS DA PROVA	20
1.12- MEIOS DE PROVA	21
1.13- FINALIDADE DA PROVA	22
1.14- SOCIABILIDADE DA CONVICÇÃO (GRAUS DE PROBABILIDADE)	23
2. ÔNUA DA PROVA	24
2.1- PRESUNÇÕES E INDÍCIOS	24
2.2- ASPECTOS SUBJETIVOS E FORMAIS DAS PROVAS	25
2.3- PROVA REAL E PESSOAL	25
2.4- PROVA TESTEMUNHAL	26
2.6- PROVA PERICIAL	27
2.7- PROVA DOCUMENTAL (PROVA EMPRESTADA)	29
2.8- ESTADO DE DIREITO LIMITATIVO CONTRA O ARBÍTRIO NA PRODUÇÃO DE PROVAS ILÍCITAS	30
2.9- O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE E A PROIBIÇÃO DE ILICITUDE DAS PROVAS CRIMINAIS	31
2.10- EMBASAMENTO CONCERNENTE À PROVA ILÍCITA	32

2.11- O DEVIDO PROESSO LEGAL E PROVA ILÍCITA	32
2.12- O DIREITO À INTIMIDADE E A VIDA PRIVADA	34
2.13- DAS PROVAS ILÍCITAS	36
2.14- CONSIDERAÇÕES GERAIS	36
2.15- DISTINÇÃO ENTRE PROVAS ILÍCITAS, ILEGÍTIMA E MORAL.	38
3. A PROPORCIONALIDADE E A PROVA ILÍCITA	42
3.1- A PROVA ILÍCITA A FAVOR DO RÉU (favor do rei ou Pro reo)	43
3.3- ASPECTOS PROCESSUAIS DA LEI 9.296/96	49
3.4- A PROVA EM INVESTIGAÇÃO E INSTRUÇÃO CRIMINAL (PROVA EMPRESTADA)	49
3.5- PRESUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE : NATUREZA DA INTERCEPTAÇÃO E A LEI 9.296/96	51
3.6- PROCEDIMENTO DA LEI Nº 9.296/96	52
3.7- PROVA ILÍCITA OBTIDA NO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO (INQUÉRITO POLICIAL)	53
3.8- VALOR DA PROVA ILÍCITA NO PROCESSO	53
3.9- OS EFEITOS DA ADMISSIBILIDADE	55
3.10- INSTRUMENTO DE COMBATE À VIOLÊNCIA	59
3.11- CONCLUSÃO	63
SUGESTÃO	65
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	66

ANEXO *entrevista ministros do STF sobre a escuta telefônica*

1. INTRODUÇÃO

O presente estudo tem por objeto: **Relevância da Interceptação no Combate ao Crime**, com base no texto da Constituição Federal, art.5º, incs. LVI e XII, cuja regulamentação foi dada pela lei nº 9.296/96.

Em primeiro momento, observamos que o constitucionalismo evoluiu desde a estruturação formal do poder político Aristóteles passando pelo *movimento iluminista*, onde, a Constituição e o direito processual ganharam forças associadas à ideologia revolucionária do

liberalismo econômico do século XVIII, fundada na exaltação do homem como indivíduo. Posteriormente, o relacionamento indivíduo- Estado convergiu para uma necessidade de normas que garantissem os direitos fundamentais do ser humano contra o forte poder estatal intervencionista.

A experiência histórica nos leva a afirmar que o constitucionalismo, passo a passo, foi estabelecendo a limitação do poder político, e o direito processual penal estruturando a tutela das liberdades individuais que garantem a ordem constitucional. Hodiernamente o constitucionalismo tem como cerne da principiologia a dignidade da pessoa humana. Como se processou a travessia do direito processual penal para principiologia axiológica constitucional?

A história nos ensina que prevalecia nas sociedades primitivas o costume e a religião; nesse estágio a moral e a religião se confundiam. Embora as regras e as instituições evitassem as controvérsias e os conflitos, quando se queria impedir que estes não se envolvessem pela violência, recorria-se a uma autoridade, seja de ordem política ou religiosa. Sob este aspecto sobrepôs a prova como meio de dominação. Durante muitos séculos legitimaram-se em comandos divinos, os meios probatórios mais indignos: praticavam-se a tortura e outros métodos cruéis e degradantes, principalmente no período medieval onde prevaleceram as ordens de Deus.

A teoria geral das provas nas suas aplicações objetivas antecedeu à prova ilícita em sentido *stricto sensu*, delineando os conceitos, as nuances, a natureza, os meios de provas, encargos e os graus de probabilidade. Estabelecidas estas diretrizes, adentramos os aspectos subjetivos da prova: pertinentes à consciência do juiz de julgar; e formais, que é afirmação perante o juiz na forma de testemunha ou documento.

O Estado de direito constitucional do poder político e a garantia dos direitos fundamentais envolvem, como a doutrina e a jurisprudência vem demonstrando, o princípio da proporcionalidade. Qual a distinção entre Estado de direito e Estado democrático de direito? Desde o iluminismo esse pensamento de proporcionalidade vem nortear o próprio conceito de direito. Depois de firmemente ancorado no campo penal, associado ao princípio da culpa; no direito administrativo ligado à problemática do poder discricionário e do regime de bens, ele transmigraria para o direito constitucional onde ganhará força e relevância. Qual a função da ponderação (proporcionalidade *stricto sensu*) no contexto da Constituição?

1.1- EVOLUÇÃO HISTÓRICA DAS PROVAS

Entre todos os povos, mesmo os ínfimos na escala da civilização, têm curso certas noções sobre a economia da prova, conseqüentemente sobre os meios dados ao acusador e ao acusado para convencerem ao juiz da verdade de suas alegações, meios de prova sobre que se pode firmar uma sentença¹.

Nos primórdios, convém assinalar que a prova buscava tão somente a verdade formal, isto é, apoiava-se em certos motivos de pura fórmula. Observa-se que a apuração da verdade passava pelo sobrenatural, diante da crença de interferências dos deuses nos assuntos humanos.

O processo Hindu e o Hebraico se assemelhavam. Tinha um caráter essencialmente acusatório, onde o ofendido e o réu litigavam em audiência pública, sem, contudo haver qualquer atividade suplementar desenvolvida pelo órgão julgador, no caso uma assembleia, para produção de provas. No antigo Egito, predominava um sistema inquisitório, onde a administração da justiça era confiada aos sacerdotes, mediante um procedimento sigiloso e escrito².

Na Grécia, estabeleceu-se, como na sociedade hebraica, um procedimento oral, público e contraditório, demonstrando características de um sistema acusatório. Na Cidade-Estado Atenense, foram encontrados indícios de tortura como meio de prova praticada contra escravos, tendo em vista que, a estes não era permitido prestar juramento de verdade, restando como garantia de verdade o depoimento sobre tortura. O Código de Hamurabi, datado de 1750 a.C., nos traz notícia de um regramento pertinente à produção de provas³.

A prova nos tribunais populares atenienses poderia fazer-se por escrito. Nos arbitrais eram informais. Os juízes, visto que leigos e membros de assembleias, podiam testemunhar sobre os fatos, quando deles tivessem conhecimento. Sua decisão não precisava-se as provas trazidas pelas partes, pois, sabendo da coisas que haviam ocorrido, julgavam segundo sua consciência. Aristóteles nos deixou uma classificação das provas que fazia sentido nesse sistema: elas eram naturais ou artificiais. Naturais eram as provas da existência da lei, testemunhas, contratos juramentos. Em outras palavras, as provas naturais eram evidências empíricas. As artificiais são fornecidas por Nossa invenção e descoberta procedem de nosso raciocínio: são indícios e presunções pelos quais passamos daquilo que sabemos. A eloquência fornece estas provas.

1.2- DIREITO ROMANO

A organização política romana passou por modificações radicais, que podem ser distribuídas nas três grandes fases: a) a Realeza (754 a.C a 510 a.C.); b) a República (510 a.C. a 27 a.C.); c) o Império: c.1) Principado (27 a.C. a 284 d.C.), e, c.2) Dominato (284 a 565 d.C).

As transformações políticas se refletiram no Direito Público e no Privado; as lutas sociais deram margens a profundas repercussões no Direito Privado. O Direito que regeu na realeza, uma pequena cidade sobre o Palatino, não poderia ser o mesmo a configurar um imenso Império, que se estendeu da Britânia à Ásia menor, com zonas de dominações no norte da África⁴

Na Roma antiga, durante o período da República, as fontes do Direito são: os costumes, as leis, os senatusconsultos, os editos dos magistrados e a jurisprudência.

No início da República, os costumes tiveram maior relevância. Não havia ainda codificação do Direito, que veio a efetivar-se com a elaboração da lei decenviral. As leis provindas da Realeza não satisfaziam mais, na sua totalidade, a nova ordem estabelecida com a queda da monarquia tarquinia. E o que se aproveitou dessas leis depois reapareceu nas XII Tábuas⁵.

A todo aquele que estudar as disposições da lei romana sobre a prova em matéria criminal, é fácil certificar-se de que, nenhuma regra especial fizeram parte do sistema de

processo seguido durante a república. Neste tempo era o povo quem pronunciava reunido, nos comícios por centúrias ou por tribos, e bem se vê, portanto, que não era coisa possível uma apreciação jurídica das provas⁶.

Meira escreve que:

Augusto instituiu o Principado, primeira fase do Império, que se estende de 27 a.C. até o ano de 284 da era cristã. Concentraram-se, portanto, em suas mãos, os poderes de chefe do exército, as atribuições dos tribunos e dos procônsules e, ainda, os de pontífice máximo. O consulado ficou reduzido a poucas funções de justiça criminal e presidência do senado, eis que a direção das coisas públicas se transferiu para imperador⁷.

Mittermaier enfatiza:

Durante o Império caem em desuso os antigos tribunais populares. Não se vê, ainda, um sistema de provas legais. Todavia, vemos que os imperadores traçam em suas Constituições algumas regras de prova, muitas vezes recusam o testemunho de certas pessoas; declaram alguns que tal ou tal gênero de prova (por exemplo, o depoimento de uma só testemunha) não pode bastar para formar uma convicção. Inúmeros fatores concorreram para a decadência e desintegração do, outrora, poderoso Império: os imperadores absolutistas e improvisados, a tetrarquia Diocleciana⁸, a dificuldade de administração, a invasão dos bárbaros e os exageros fiscais.

1.3 – DIREITO GERMÂNICO

Com o declínio do Império Romano, em decorrência das invasões bárbaras, o processo penal passa por mais uma significativa transformação, resgatando o sistema acusatório, onde o exercício da acusação era realizado por funcionário público.

Muitas controvérsias foram suscitadas se a base do processo criminal no antigo direito germânico recepcionava um sistema legal de provas. Não havia e nem podia haver, é bem verdade, um sistema de prova, como hoje o entendemos. A verdade material não era a preocupação principal, e pouco se importava que as testemunhas fossem interrogadas com escrupulo e consciência. Demais, isso se concebe: então o acusado tinha direito de justificar-se pelo juramento; então os conjuradores, que representavam a família, a associação ou a antiga comunidade vinha assisti-lo em juízo; os juízos de Deus, as ordálias e a duelo decidiam do bom e do mau fundamento da imputação. Estas práticas de barbárie consistiam em provas de água fervente e de ferro em brasa. Como tais provas eram puramente formais, acreditava-se na intervenção direta da divindade ou em crenças da mesma natureza. O predomínio da prova formal estendeu-se até a Idade Média.

-
- 1- MITTERMAIER, C.J.A. **TRATADO DA PROVA EM MATÉRIA CRIMINAL**, P.16.
 - 2- GRINOVER, Ada Pellegrini. **Liberdades Públicas e Processo Penal**, p. 28.
 - 3- RANGEL, Ricardo M. B. **A prova Ilícita e a Interceptação Telefônica no Direito Processual Penal Brasileiro**, p. 04.
 - 4- MEIRA, Sílvio A. B. **Curso de Direito Romano – Histórias e Fontes**, p. 13.
 - 5- Idem, p. 53.
 - 6- Idem, *ibidem*.
 - 7- MEIRA, Sílvio A. B. **Curso de Direito Romano**, p.105.
 - 8- MEIRA, Sílvio A. B. **Curso de Direito Romano**, p.136.

1.4 - DIREITO ROMANO-CANÔNICO

Na Idade Média, sob a influência decisiva da Igreja Católica, surge a maior força operante de natureza universalista. Assimilando o Direito Romano e adaptando este às novas condições sociais, o Direito Romano-Canônico exerceu seu papel de relevância na evolução jurídica dos povos. Sob o ponto de vista processual o direito canônico do século XIII determinou a adoção do processo escrito, abolindo o duelo judiciário e o ritualismo excessivo. Introduz-se a prova escrita com o reconhecimento notorial. Sobreleva-se a figura do juiz, que deve inquirir as partes e interrogar as testemunhas.

Os juízes escolásticos julgavam de acordo com a lei. Aos poucos os doutores canônicos, cegamente guiados pelo método escolástico, desenvolvem um sistema de interação de regras de mandamentos bíblicos com passagens dos juriconsultos romanos.

José Reinaldo Lopes comenta:

Os canonistas e a legislação pontifícia ou apostólica introduzem os princípios de aceitabilidade das provas: probabilidade, relevância, materialidade. O novo sistema deveria descartar provas supérfluas (o que já se sabia ou já estava provado no processo), as provas impertinentes (que não diziam respeito ao que se discutia), obscuras (chamadas de inconclusivas, das quais nada se poderia com segurança deduzir), excessivamente gerais (que seriam também inconclusivas), ou inacreditáveis e antinaturais⁹.

A estruturação do sistema probatório europeu-continental, cujos traços essenciais ainda influenciam os ornamentos contemporâneos, está fundamentalmente ligada à crise da sociedade feudal e das primeiras monarquias ocidentais; interessados na repressão dos delitos, como forma de fazer prevalecer sua autoridade sobre a dos senhores feudais, os reis não podiam empenhar-se pessoalmente, nem através de seus procuradores, nos mecanismos de provas até então utilizados¹⁰.

A confissão do acusado representava, portanto, o objetivo primordial do procedimento inquisitório, pois, somente ela podia fornecer a certeza moral a respeito dos fatos investigados; a tortura era seu instrumento. Evidente, entretanto, o vício epistemológico que aí se continha, pois o inquisidor era alguém comprometido *a priori* com a tese da culpabilidade, que procurava demonstrar; a pesquisa cedia à confirmação de uma verdade já estabelecida.

1.5 – DIREITO HUMANÍSTICO

É no decorrer do iluminismo, movimento que pregou a reforma das leis e da administração da justiça penal no fim do século XVIII, que se inicia o denominado Período Humanitário do Direito Penal. É nesse momento que o homem moderno toma consciência crítica do problema penal como problema filosófico e jurídico que é. Os temas e torno dos quais se desenvolve a nova ciência são, sobretudo, os do fundamento do direito de punir e da legitimidade das penas.

Os ideais iluministas, a propósito da atividade processual repressiva, encontraram consagração firme, conquanto passageira, nas primeiras leis que se seguiram à Revolução Francesa. Neste período, a inovação principal foi a regulamentação do procedimento para o julgamento por jurados em matéria criminal.

No que se refere à produção das provas, a grande novidade consistia na consagração irrestrita da oralidade, em aberta oposição à escriturário sistema precedente; os depoimentos eram prestados pelas testemunhas de viva voz, tanto perante o júri de acusação como de julgamento; e os jurados, embora tivessem acesso a determinadas peças escritas dos autos, jamais poderiam consultar as transcrições de testemunhos tomados nas fases precedentes¹¹.

Em seqüência, acrescenta:

À luz da teoria contratualista de Rousseau e das novas idéias a respeito da organização do poder; institutos fundamentais do sistema penal e processual do ancien regime, como a pena de morte e a tortura, passaram a ser continuamente contestados, em nome de uma

nova concepção das relações entre o Estado e o cidadão, como testemunha o clássico opúsculo Dei delitti e delle pene, de Beccaria”¹².

Consoante a lição de Mittermaier:

É o espírito universal de Beccaria que espaço às novas indagações; estabelece o princípio de que a certeza, exigida como coisa essencial em matérias criminais, não se pode encerrar em regras científicas ou legais, mas repousa no senso íntimo e inato do homem nos atos importantes da vida; e, portanto, são os jurados os melhores juizes do crime¹³.

A primeira referência história de proibição legal de tortura ocorreu na Itália, mais precisamente no Tribunal de Nápoles (1730). A Suécia aboliu esta nefasta espécie de prova em 1734, seguida pela França (entre 1780 e 1788), Bélgica (1795) e Suíça (1851).

9-LOPES, José Reinaldo de Lima. **O Direito na História: Lições Introdutórias**, p. 103-104.

10-GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Direito à Prova no Processual Penal**, p. 20.

11-MIRABETE, Júlio Fabrini. **Manual de Direito Penal**, v. I, p. 38

12-GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Direito á Prova no Processo Penal**, p.29

A Independência das treze Colônias Americanas e a Revolução Francesa, foram a primeira a primeira com a declaração, embora circunscrita ao povo americano e com bases de concretude. A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, proclamada pela Revolução Francesa com amplitude universalista, introduzindo nos procedimentos a assistência obrigatória do advogado, a publicidade das audiências, o juiz natural e o júri.

Na esteira dessas mudanças liberais, ressalta Grinover:

(...) o Código Austríaco de 1873 permitia ao imputado fazer-se acompanhar de seu defensor. O Código Alemão salientava que, o acusado podia fazer-se acompanhar de um defensor em qualquer fase do processo. O Código Norueguês estabeleceu, em 1877, como princípio geral, a

publicidade dos atos instrutórios e a possibilidade da efetiva participação das partes mediante a formulação de observações e perguntas que julgassem oportunas ¹⁴.

1.6- ESCOLAS CLÁSSICAS DO DIREITO

O binômio inquisitório e acusatório, introduzido pelo Código de instrução criminal francês, teve grande aceitação, influenciou os ordenamentos continentais e, representa até os dias atuais o modelo para a maioria das legislações.

Neste período surgiram várias divergências doutrinárias entre o sigilo e a escritura na fase inicial de colheita de provas, e o julgamento por íntima convicção, peculiar ao debate contraditório, público e o oral. Francesco Carrara, o maior expoente da escola clássica, insistia na afirmação de que a íntima convicção tem sua racionalidade conjugada à instituição do júri, ao mesmo tempo em que ressaltava os benefícios das provas legais¹⁵, em face da iniquidade da repressão. Carmignani admitia a prova legítima, em oposição à verdade moral, vinculando a legalidade na valoração das provas ao próprio ideal de igualdade entre os homens.

Em oposição á teoria das provas legais que tinha, até então, seu valor reconhecido, embora com seus exageros, a doutrina elaborou a teoria das provas legais negativas que estabelecia restrições ao livre convencimento quando se tratasse de condenar.

Era uma teoria híbrida que, além de admitir a culpabilidade sem o convencimento moral do juiz se basearia no mínimo de prova, de acordo com as prescrições do legislador, vinculando o princípio da legalidade.

13- Idem, p. 24.

14-GRINOVER, Ada Pellegrini. **Liberdade Públicas e Processo Penal**, p. 41-42.

15- MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**, v. I, p. 39-40

1.7- DO DIREITO POSITIVO

Á preocupação garantista dos clássicos contrapôs-se o pensamento de autores ligados à denominada Escola Positiva e as outras correntes posteriores, que enfatiza a orientação do direito penal e do processo penal para a defesa da sociedade contra os criminosos; assim, a partir das últimas décadas do século passado, desenvolveu-se expressiva corrente doutrinária, cuja ideologia estava centrada na repressão e que teve influência na codificação facista de 1930 e, por reflexo, no nosso estatuto processual-penal de 1941¹⁶.

Do paradoxo junto ao sistema da íntima convicção na apreciação das provas, evidenciou o interesse público. Partindo do referencial técnico, inúmeras críticas foram levantadas, como: julgamentos populares à presunção de inocência, ao contraditório, à publicidade, em geral, às formalidades do processo.

Em nosso ordenamento vigente, foi adotado o sistema da livre convicção. O Código de Processo Penal, no seu art. 157, a contempla, quando no Tribunal do Júri, os jurado julgam sem necessidade de fundamentar. Condenam ou absolvem o réu.

Após este passeio, enfocando a evolução história das provas, observa-se o dinamismo e a voracidade com que se desenvolvemos fatos, nos dando a história à compreensão de uma autêntica autofagia de Saturno-Chronos¹⁷ com a sua carruagem do tempo, qual vórtice demolidor, de homens e civilizações. Dentro deste contexto, permanece o Direito enquanto fenômeno cultural, uma vez que os homens passam, mas suas idéias dignificantes se perpetuam.

1-8- DAS PROVAS

1.9- A PROVA: CONSIDERAÇÕES GERAIS

Revela-se fascinante o estudo da Teoria Geral da Prova, frente às inúmeras circunstâncias que envolvem seu conhecimento e a sua praticidade aplicada no processo. Daí, a importância de iniciarmos este estudo sobre as provas, partindo das indagações: o quê? Quem? Para que? E quando se prova?

Zelanis enfatiza que

(...) a generalidade do estudo do direito, com precisão científica na denominada Teoria Geral do Processo, concebida dentro de padrões científicos aceitáveis e em constante desenvolvimento. Com este avanço, certos institutos passaram a ser estudados com maior profundidade e atenção, com certa autonomia, como no presente caso da Teoria Geral das Provas Judiciárias¹⁸.

Todos os ramos do direito têm uma conexão íntima com a filosofia, e o direito processual penal tem, mais ainda, que qualquer outro das ciências jurídicas. Acrescenta Antonio Dellepiane:

El derecho de procedimientos se relaciona con la filosofía por múltiples partes; y esa anastomosis se hace especialmente estrecha, hasta revestir el carácter de una verdadera dependencia del uno a la otro, em todo lo que atañe a la prueba judicial, puede decirse ES um mero capítulo de lógica aplicada, y como tal, entraña el conocimiento o la referencia de problemas de psicología y hasta metafísica¹⁹.

Observada essa interação de dependência em suas ramificações, entre as normas processuais relativas às provas por uma, e a filosofia em geral e a lógica aplicada em especial. Enfatiza Dellepiane que *"es curioso e sensible notar que el estudio de las citadas normas se verifica em las facultades de derecho desde un punto de vista jurídico y exegetico, antes que o filosófico"*, isto acarretam no espírito do estudante um vazio e confusões inevitáveis.

Para sanar tais discrepâncias, impõe-se um exame de conjunto, estudar as leis racionais que regem a verificação do fato da criminalidade, ainda, as fórmulas judiciais que melhor concretizam e garantem a certeza do fato, com amplitude de espírito crítico, científico e

filosófico. Naquela a ciência, nesta, a arte de julgar, o garantismo, onde se assenta a liberdade dos cidadãos.

À medida que as modernas legislações abandonaram, pouco *a pouco*, as formas do processo inquisitorial, a antiga teoria das provas, avaliadas *a priori* pela lei, foi tomando seu lugar, sendo substituída pela convicção íntima do juiz. Isto se constituiu em um fator de grande progresso para a justiça criminal. Assim, ao interpretar a norma ao caso concreto, além do aspecto jurídico exegético do juiz intérprete, não de se projetar à visão subjetiva, as crenças e os valores deste.

Em crítica criminal, podem ser considerados como provas, em sentido genérico, todos os itinerários pelos quais a verdade pode chegar ao espírito, incluindo-se nela, impropriamente, o caso em que a verdade se apresenta diretamente à percepção do juiz.

Dada a complexidade e a importância que encerram, a prova é imprescindível para a certeza do convencimento do juiz. Nela se busca a adequação real dos fatos sobre as questões a serem decididas no processo. Cabe salientar que, a despeito do processo civil que tem recebido muito mais atenção nos aspectos doutrinários por partes dos juristas, nossa literatura jurídica ainda é muito tímida com relação às provas no processo penal.

1.10- CONCEITOS E FINALIDADES

A finalidade do direito processual em geral e do direito processual penal em particular é reconhecer e estabelecer uma verdade jurídica: e tal fim é alcançado pelas provas que se assumem e valoram segundo as normas prescritas pela lei de procedimento é o método, ou seja, o conjunto de regras na base da qual a ação judicial se desenvolve. Mas as provas, como exatamente se tem dito, em sua origem e em sua essência íntima, dependem mais da lógica que da lei.

18-ZELANIS, Paulo, et al, *Elementos para Uma Nova Teoria Geral do Processo*, p.

19-DELLEPIANE, Antonio. *Nueva Teoria de la Prueba*, p. 11-12.

O Código de Processo Penal Brasileiro trata das provas em seu Título VII, distribuídos em dez Capítulos, abrangendo os arts. 155 ao 239.

Como afirmava Giovanni Brichetti: “ *em efecto, ‘probar’ significa hacer conocer a otros una verdad conocida por nosotros, y los medios de prueba son precisamente los medios que nos suministran el conocimiento verdadero de hechos*”²⁰.

Em geral, a palavra *prova* é um termo polissêmico que abrange uma multiplicidade de sentidos, no aspecto léxico vem do étimo latino *probatio* tendo por significado verificação, demonstração, exame, argumento. No contexto jurídico, a prova assume omnicompreensibilidade de significados: é o centro do processo, é através dela que as partes convergirão ao juiz, na tentativa de convencê-lo da verdade do fato já ocorrido; serve também para expressar várias direções e momentos da mesma, isto é, a matéria a provar; seu objeto; seus meios empregados na busca da verdade de um fato ou de uma conclusão; e finalmente o

resultado da prova, sua eficácia, seu valor. Cumprindo esta última operação a mente chega ao conhecimento, porque conhecer significa valorar, efetuar um exame crítico.

Numerosa têm sido as definições de provas judiciais dadas pelos juristas, algumas das quais reproduzimos em nota, no propósito de compará-las e expressar nossa opinião.

Para Brichetti, a prova judicial pode definir-se como *“el proceso demostrativo, o inventivo, mediante el cual el juez llega al conocimiento de la conexión que tiene lugar entre varios elementos, y que produce en su ánimo la certeza em torno a la verdad de um hecho”*.

Sustenta Chioyenda, em sua irrepreensível asserção, que provar significa *“formar a convicção do juiz a existência, ou não, de fatos relevantes no processo”*²¹.

O emérito processualista italiano Francesco Carnelutti, com a maestria que lhe é peculiar, afirma que a prova *“es el procedimiento dirigido a la verificación de um juicio”*²².

para Nicola Framarino Dei Malatesta, a prova é *“a relação particular e concreta entre a verdade e a convicção racional”*²³.

Afirma Frederico Marques, que a prova é, assim, *“elemento instrumental para que as partes influam na convicção do juiz, e o meio que este se serve para averiguar sobre os fatos em que as partes fundamentam suas alegações”*²⁴.

Na esteira do magistério de Tourinho Filho, provar é antes de tudo, *“estabelecer a existência da verdade; e as provas são os meios pelos quais se procura estabelecê-la”*²⁵.

Para Mirabete, a prova é *“a demonstração a respeito da veracidade ou falsidade da imputação, que deve gerar no juiz a convicção de que necessita para o seu pronunciamento”*²⁶.

Todos estes conceitos nos parecem em consonância com a moderna processualística. O juiz, no processo penal, aproveita os materiais que as partes lhes oferecem; mas não esgota com sua função, senão que deve investigar por si mesmo se existem outros meios ademais dos oferecidos para chegar ao conhecimento da verdade.

1.11- OBJETOS DA PROVA

A abordagem do objeto passa necessariamente pela classificação das provas; obrigatoriamente citamos Malatesta por ser a mais feita, conhecida e prestigiada pelos doutrinadores e pela jurisprudência. Para Malatesta, a prova pode ser considerada sob três aspectos igualmente essenciais: quanto ao objeto, ao sujeito e à forma. Quanto ao objeto, a prova se divide em prova direta e indireta; quanto ao sujeito, em pessoal e real; quanto à forma, em testemunhal, documental e material.

Para Frederico Marques, o objeto da prova, ou *thema probandum*, é *“coisa, fato, acontecimento ou circunstância que deva ser demonstrado no processo”*²⁷. Afirma Tourinho Filho, que são todos os *“fatos, principais ou secundários, que reclamem uma apreciação judicial e exijam comprovação”*²⁸. Somente os fatos que possam dar lugar à dúvida, isto é, que exijam uma comprovação, é que constituem objeto de prova. Desse modo, excluem-se os fatos

notórios. Sustenta Malatesta que “na relação da prova com a coisa provada assenta o conteúdo ou objeto da prova”²⁹.

Isto nos leva a premissa de que a prova reflete no espírito humano a verdade objetiva; é através dela que chegamos à posse da verdade. A coisa ou a pessoa probante, reproduzindo no nosso espírito sua relação com a verdade, faz-nos também perceber esta.

Nem todos os fatos constantes dos autos exigem prova. É desnecessário provar as evidências e os fatos notórios. Notoriedade é um termo vago, cujo conceito é relativo, pois o que é evidente para uns, poderá ser duvidoso para outros, em função das circunstâncias de tempo, lugar, grau de cultura.

Os fatos incontroversos, pelo que preceitua o art. 334, III do Código de Processo Civil, não dependem de prova. O mesmo não ocorre no processo penal, pois o juiz deverá formar sua convicção baseada no próprio exame que faz das provas e não na conclusão das partes.

Frederico Marques acrescenta que

*(...) o juiz presume sobre o aplicar, os atos instrutórios só se refere à prova das **questiones facti**. O juiz deve conhecer o Direito, obrigação essa que é necessária para o exercício da*

20-BRICHETTI, Giovanni. La Evidencia em el Derecho Procesal Penal, p.07.

21-CHIOVENDA, Giuseppe. **Intuições de Direito Processual Civil**, p. 109.

22-CARNELUTTI, Francesco, apud, BRICHETTI. **La Evidencia em el Derecho Processal Penal**, p.11.

23-MALATESTA, Nicola Framarino Dei. **A Lógica das provas em Matéria Criminal**, p. 90

24-MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal**, v. IV p. 330.

25-TOURINHO FILHO, Fernando Costa. **Manual de Processo Penal**, p. 370.

26-MIRABETE, Júlio Fabrinni. **Código de Processo Penal Interpretado**, p. 398.

1.12- OBJETOS DA PROVA

A abordagem do objeto passa necessariamente pela classificação das provas; obrigatoriamente citamos Malatesta por ser a mais feita, conhecida e prestigiada pelos doutrinadores e pela jurisprudência. Para Malatesta, a prova pode ser considerada sob três aspectos igualmente essenciais: quanto ao objeto, ao sujeito e à forma. Quanto ao objeto, a prova se divide em prova direta e indireta; quanto ao sujeito, em pessoal e real; quanto à forma, em testemunhal, documental e material.

Para Frederico Marques, o objeto da prova, ou *thema probandum*, é “coisa, fato, acontecimento ou circunstância que deva ser demonstrado no processo”²⁷. Afirma Tourinho Filho, que são todos os “fatos, principais ou secundários, que reclamem uma apreciação judicial e exijam comprovação”²⁸. Somente os fatos que possam dar lugar à dúvida, isto é, que exijam

uma comprovação, é que constituem objeto de prova. Desse modo, excluem-se os fatos notórios. Sustenta Malatesta que “na relação da prova com a coisa provada assenta o conteúdo ou objeto da prova”²⁹.

Isto nos leva a premissa de que a prova reflete no espírito humano a verdade objetiva; é através dela que chegamos à posse da verdade. A coisa ou a pessoa probante, reproduzindo no nosso espírito sua relação com a verdade, faz-nos também perceber esta.

Nem todos os fatos constantes dos autos exigem prova. É desnecessário provar as evidências e os fatos notórios. Notoriedade é um termo vago, cujo conceito é relativo, pois o que é evidente para uns, poderá ser duvidoso para outros, em função das circunstâncias de tempo, lugar, grau de cultura.

Os fatos incontroversos, pelo que preceitua o art. 334, III do Código de Processo Civil, não dependem de prova. O mesmo não ocorre no processo penal, pois o juiz deverá formar sua convicção baseada no próprio exame que faz das provas e não na conclusão das partes.

Frederico Marques acrescenta que

*(...) o juiz presume sobre o aplicar, os atos instrutórios só se refere à prova das **questiones facti**. O juiz deve conhecer o Direito, obrigação essa que é necessária para o exercício da jurisdição. Essa regra geral está, no entanto, sujeita a algumas exceções. O direito estrangeiro e o direito consuetudinário podem ser objeto de prova. E o mesmo se diga do direito singular emanado das autarquias no uso do seu poder regulamentar”³⁰.*

Os fatos presumidos, em regra, não precisam ser provados. Há duas espécies de presunções: a absoluta (*juros et de jure*), que não admite prova em contrário e a presunção relativa (*juris tantum*), que pode ser afastada quando há prova que a contraria.

27-MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal**, v. IV, p. 331

28-Idem, v IV, p. 370-371.

29-MALATESTA, Nicola Framarino Dei. *A Lógica das Provas em Matéria Criminal*, p.147.

30-MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal**, v. IV, p. 371.

1.13- MEIOS DE PROVA

Pontes de Miranda elucida que “*meios de prova são as fontes probantes, os meios pelos quais o juiz recebe os elementos ou motivos de prova*”³¹. É também, tudo quanto possa direta ou indiretamente justificar os fatos que se investigam ou influenciar a comprovação da certeza que se busca no processo.

Os arts. 158 a 250 do Código de Processo Penal exaurem todos os meios de prova? Não. É impossível ao legislador prever todas as hipóteses. Devido ao caráter público do direito processual penal brasileiro, de certa forma, é ilimitado o meio probatório. Dissemos *de certa forma*, uma vez que o nosso estatuto processual apresenta algumas exceções. O exemplo dessa não-taxatividade é art. o 155, do Código de Processo Penal, III, reza:

Art. 155 No juízo Penal, somente quanto ao estado das pessoas, serão observadas as restrições à prova estabelecida na lei civil

Art. 6° (...).

III- Colher todas as provas que servirem para o esclarecimento do fato e suas circunstâncias.

Com o advento da Carta Magna de 1988, em que a dignidade da pessoa humana foi situada como centro irradiador de todo o ordenamento jurídico, profundas vedações foram constituídas, em decorrência da principiologia axiológica constitucional, nas provas que atendem contra a moralidade e dignidade da pessoa humana.

Entre as vedações, não se admitem as provas obtidas mediante torturas, art. 5°, inc. XLIII da Constituição Federal de 1988, regulamentada pela Lei 9.455/97. As provas não permitidas advindas de captação clandestina de conversações telefônicas, por violação ao direito de intimidade, art. 5°, inc. XII da Constituição Federal de 1988. Tourinho Filho acrescenta:

(...) o juiz penal não pode determinar a realização de provas a respeito de questões prejudiciais heterogêneas (Código de Processo Penal, artigos 92 e 93); o juiz penal, não pode fazer pesquisa sobre validade da falência (Código de Processo Penal, artigo 511). A reincidência só se prova mediante a certidão da sentença condenatória com a nota explicativa de haver transitado em julgado. O juiz penal não pode decretar extinta a punibilidade pela morte do agente, se não for juntada aos autos a respectiva certidão de óbito, nos termos do artigo 62 do Código de Processo Penal. Outras restrições existem, haja vista as normas que se contêm nos artigos 207; 233; 243, § 2° e 158 do Código de Processo Penal ³².

Ainda, as provas propriamente ilícitas, art. 5° LVI da Carta Magna que serão tratadas no Capítulo VI desta dissertação.

31-Miranda, Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, t. IV p.327

32-Idem, p. 374.

1.14- FINALIDADES DA PROVA

Malatesta em sua sapiência leciona que *“a verdade em geral, é conformidade da noção ideológica com a realidade; a crença na percepção desta conformidade é a certeza”*³³.

A prova tem por finalidade a formação da convicção do juiz acerca dos elementos essenciais para o deslinde da causa. Sustenta Tornaghi que, *“a convicção do juiz, no processo inquisitório, é seu escopo único”*. No acusatório, visa demonstrar ao juiz a veracidade ou falsidade da imputação feita ao réu e das circunstâncias que possam influir no julgamento da responsabilidade e da periculosidade, na individualização das penas e na aplicação das medidas de segurança, que se faz à prova.

Denomina-se *apreciação da prova* a atividade que o juiz exerce para pesar o valor das provas, medir-lhe força probatória, adicionando ou subtraindo valores, eliminando algumas partes e aproveitando outras.

Pelo resultado que se pretende conseguir com a prática dos meios de prova, em relação ao convencimento do julgador Miguel Fenech, as distingue "(...) *em plena y semiplena. La plena aquella que se encamina a conseguir plena convicción del juzgador sobre la verdad de um hecho relevante para el proceso. Semiplena es la que tiene como fim conseguir la creencia em la probabilidad de la verdad del hecho*"³⁴.

Pontes de Miranda ensina: "*Para essa atividade apreciadora da prova, em que entram percepção, representação, memória, imaginação, raciocínio, supõe-se no juiz certo grau, médio de cultura e um plus, que é o exigido para a função de julgar, segundo as convicções do povo, em seu estágio de civilização material e intelectual*"³⁵.

1.15- SOCIABILIDADES DA CONVICÇÃO

A convicção é o resultado de muitos motivos predeterminados e funda-se em uma série indefinida e imprevisível de pequenas circunstâncias. Mesmo que o legislador, em paciente trabalho, tivesse a pretensão de pôr de lado todas as variedades possíveis na contingência das provas, depois de ter produzido um Código com milhares de artigos, encontrar-se-ia necessariamente na imprevisão de não ter tudo previsto.

A sociabilidade da convicção é garantida pela fundamentação das decisões e na publicidade do juízo. A primeira destas garantias, a motivação, torna possível o controle com juízo sucessivo ao pronunciado. A segunda, a publicidade, torna possível o controle da sociedade, com juízo contemporâneo ao pronunciado.

A sociabilidade da convicção está expressa na Constituição Federal, art.93, IX, que indica:

33-MALATESTA, Nicola Framarino Dei. *A Lógica das Provas em Matéria Criminal*, p.25.

34-FENECH, Miguel. *Derecho Procesal Penal*, V. I, p. 711-712.

35-Pontes de Miranda. *Comentários ao Código de Processo Civil*. P. 329, t. IV.

Art. 3º (...) - 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 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.*

Observando a convicção judicial, destaca-se outra condição natural da sociabilidade. Isto é, a convicção não deve ser a expressão de uma condição subjetiva do juiz; há de ser tal que os fatos e as provas submetidas e seu julgamento, se submetessem ao juízo desinteressado de qualquer outro homem de razão, deveriam produzir também neste aquela mesma certeza produzida no juiz.

É importante frisar que, a conformidade entre a convicção do juiz e o hipotético juízo social não se reduza a um estéril desejo, é necessário que as provas se apresentem à apreciação contemporânea do público, ensejando a outra regra das provas: sua *publicidade*.

1-16- GRAUS DE PROBABILIDADE

A problemática consistente em determinar a existência de um fato, passado e atual, e estabelece outro problema prévio: o da possibilidade ou impossibilidade de tal existência. Do exposto, observa-se claramente que antes de toda prova e em virtude de sua natureza, todo fato traz envolto em si, ou vai acompanhado de um coeficiente de possibilidade de existência.

A diferença entre probabilidade e certeza, com motivos divergentes, que é a probabilidade percebe os motivos convergentes e divergentes e os julga todos dignos de serem levados em conta, se bem que, mais os primeiros e menos os segundos. A certeza acha ao contrário, que os motivos divergentes da afirmação não merecem racionalmente consideração e, por isso, afirma.

Não há de se confundir a certeza com probabilidade. A possibilidade objetiva do contrário não está na natureza de certeza, mas da probabilidade. A graduação da probabilidade, relativamente a determinado objeto, consiste: probabilidade mínima, verossímil; média, o provável e uma máxima, probabilíssimo³⁶.

O verossímil, segundo a etimologia, não é o pode ser uma verdade real, mas o que tem semelhança com ela. É verossímil o que nos parece simplesmente possível, mas o que, por uma razão mais ou menos determinada, nós nos inclinamos a julgar real.

É importante ressaltar que, em 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. Contudo, não há de ser dizer que as provas de probabilidade devem ser banidas do processo criminal, podem servir, ainda, em seu conjunto, à constituição de uma prova cumulativa de certeza, capaz de legitimar a condenação.

36- DELLEPIANE, Antonio. *Nueva Teoria de la Prueba*, p. 54-55.

2- ÔNUS DA PROVA

Malatesta escreve que *“o princípio supremo regulador da prova é ontológico: o ordinário se presume, o extraordinário se prova”*³⁷. E esse princípio se funda em que o ordinário, como tal, apresenta-se por si mesmo, com um elemento de prova, que se assenta na experiência comum, enquanto o extraordinário, ao contrário, apresenta-se destituído de todo princípio de prova. Por isso lhe compete a obrigação da prova, quando se encontra em antítese com aquele³⁸.

O Código de Processo Penal, em seu art. 156, Express que *“a prova da alegação incumbirá a quem a fizer”*. Isto é uma evidência de que nosso Código recepcionou o ônus da prova.

O termo ônus vem do étimo latino e significa carga, fardo. Sendo que ônus da prova não se constitui em uma obrigação para a parte acusada, mas a faculdade de demonstrar o que se alega.

Mirabete enfatiza que este princípio do ônus *proubandi* decorre, “*não só de uma razão de oportunidade e na regra de experiência fundada no interesse à afirmação, mas na equidade, na paridade de tratamento das partes*”³⁹.

Capez ensina que “*a principal diferença entre obrigação e ônus reside na obrigatoriedade. Na obrigação a parte tem o dever de praticar o ato, sob a pena de violar a lei, no ônus o adimplemento é facultativo*”. A consequência da não utilização dessa faculdade de demonstrar o alegado redonda em prejuízo decorrente de sua inércia, ou deixará de obter os benefícios que adviriam de sua atuação.

Já disse anteriormente que o ordinário se presume, o extraordinário se prova, este princípio regulador da prova relaciona especificamente o ônus da prova relativamente ao dolo e à culpa. No processo penal condenatório oferecido denúncia ou queixa, cabe ao acusador a prova do fato e autoria (tipicidade) e ainda, ad causas aumentadoras das penas (qualificadoras, agravantes). Ao acusado, cabe a prova da causa excludente da antijuridicidade, da culpabilidade e da punibilidade, bem como, das causas de diminuição das penas (atenuantes causas privilegiadoras).

Essa regra do ônus *proubandi*, prescrita no art. 156, não é absoluta, pois no curso da instrução, ou antes, de proferir a sentença, o juiz, não pacificado seu convencimento, poderá excepcionalmente determinar diligências nesse sentido.

2.1- PRESUNÇÕES E INDÍCIOS

O exame de duas espécies de argumento probatório deve conduzir a duas classes da prova indireta: prova indireta em relação à identidade, presunção; e a prova indireta quanto à causalidade, indício.

37-MALATESTA, Nicola Framarino Dei. *A Lógica das Provas em Matéria Criminal*, p. 136-137.

38- Vide item 3.3, supra.

39-MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Processo Penal*, p. 251.

Malatesta sustenta que “*(...) o ordinário da espécie, quanto aos sujeitos em si e em seus atributos, faz presumir o particular do indivíduo: eis a árvore genealógica de todas as presunções. Quanto à relação de causalidade, entre diversos sujeitos, faz com que as coisas, individualmente, indiquem a outra, eis os indícios*”⁴⁰.

Para facilitar a compreensão deste tópico, os doutrinadores têm examinado as presunções e os indícios do ponto de vista silogístico, partindo de uma premissa maior e uma premissa menor, chega-se a uma conclusão. O ordinário é a base comum, tanto para as presunções como para os indícios. Na presunção, atribui-se uma qualidade ao sujeito, por achar-se ordinariamente aderente aos sujeitos daquela espécie. O indício é aquele argumento probatório indireto, que deduz o desconhecido do conhecido por meio da relação de causalidade.

O indício figura no Código de Processo Penal apenas em um artigo, 239. Ressalta Maria Thereza Rocha de Assis Moura, conquanto inserido no Título: *Da Prova* e presente no dia-a-dia da vida forense, os doutrinadores quase não têm dedicado ao indício atenção especial.

Moura discorda desta posição silogística de que, o indício não pode concluir apenas da máxima de experiência, como ocorre na presunção, fazendo-se imprescindível à existência do elemento particular, que irá ligar-se à regra geral, depois, ser aplicada ao caso concreto.

Este enfoque teórico das provas na generalidades, até agora abordado, nos dá suporte para adentrarmos as provas nos seus aspectos: subjetivos pertinentes à consciência do juiz de julgar; e formais, que é afirmação na presença do juiz na forma de testemunho ou documento (prova material).

2-2-ASPECTOS SUBJETIVOS E FORMAIS DAS PROVAS

2.3-PROVA REAL E PESSOAL

A prova, do ponto de vista do sujeito, apresenta-se em duas espécies: afirmação da coisa ou prova real e afirmação de pessoa ou prova pessoal. Malatesta acrescenta que *"(...) a coisa produz afirmação apresentando inconscientemente à percepção de quem quer investigar, as modalidades reais que sofreu relativa ao fato a ser verificado. A pessoa produz afirmação, revelando conscientemente as impressões psíquicas conservadas em seu espírito, relativamente ao fato a ser verificado* ⁴¹.

As provas reais estão vinculadas a uma causa que, quando tenham produzido um fato, podem servir para sua prova. A esta espécie de provas, no sujeito a que se ligam, umas causalidades do fatos, pertencem todas as provas indiretas que no processo penal compreende os indícios de causalidade do delito.

40-MALATESTA, Nicola Framarino Dei. *A Lógica das Provas em Matéria Criminal*, p.190.

41-MALATESTA, Nicola Framarino Dei. *A Lógica das provas em Matéria Criminal*, p. 280.

Nos crimes que consistem na palavra, como injúria e ameaça, a palavra constitutiva do crime, suponhamos que seja pronunciada diante do juiz, não será mais que uma prova real. Trata-se de um fato típico, cuja substância de fato está na materialidade do pensamento.

2.4-PROVA TESTEMUNHAL

No trato da problemática da prova, já se disse: que quanto ao objeto, quer direta ou indireta, figuram como sujeito uma pessoa ou coisa. Qualquer prova se apresenta como afirmação de pessoa ou coisa.

O pensamento humano pode exteriorizar-se de duas formas: pela articulação de palavras fônicas, que nasce e morre com o som da voz humana, e que tem forma passageira. E através da grafia escrita, forma permanente onde se fixa o pensamento e, por sua vez, é distinta da pessoa, física atestante. Destas proposições deduz-se: a afirmação de pessoa, oralidade e testemunho. Da afirmação escrita advém o documento.

Todo pensamento dos homens, no curso dos séculos teve por antecedente outro homem, este pensamento subsiste sempre e aprende continuamente. Esta fé nas afirmações alheias surge inconsciente na alma humana. Um exemplo tão evidente é o da dialética do conhecimento, partindo da crença da exposição do pensamento alheio: crendo nisto, apoiando-se nisto, que nosso pensamento investigativo voa mais longe e alcança o mais alto.

Todo avanço civilizatório advém desse acreditar e ser acreditado, essa troca confiante do pensamento é que impulsiona a humanidade para a conquista do progresso moral e científico.

Com base na verdade humana, presumimos que quem narra um fato de interesse para a justiça não omitiria a verdade sobre ele. Malatesta sustenta com sua sapiência:

*(...) a presunção, portanto, de que os homens em geral percebem e narram a verdade, presunção que serve de base a toda vida social, é também base lógica da credibilidade genérica de toda prova pessoal e testemunho em particular. Esta credibilidade genérica, pois, que se funda na presunção da veracidade humana, é concretamente aumentada, diminuída ou destruída pelas condições particulares, inerentes ao sujeito individual do testemunho ou a seu conteúdo individual ou à sua forma individual*⁴².

Mirabete ressalta que *“no sentido legal, testemunha é a pessoa que, perante o juiz, declara o que sabe acerca dos fatos sobre os quais se litiga no processo penal”*.

Os doutrinadores apontam alguns caracteres do depoimento prestado pela testemunha, entre estes citamos Alsina:

a) se trata, desde luego, de una prueba circunstancial, ya que, por lo general, el testigo ha presenciado el hecho accidentalmente (...); b) efectivamente, el testimonio se funda em uma doble presunción: la de la conformidad del conocimiento del testigo com la realidad y la de su fundamento moral (...); c) el testimonio no es una declaración de voluntad sino una manifestación del pensamiento (...) ⁴³.

Pela regra do art. 206 do Código de Processo Penal, estão dispensados de depor: o cônjuge, o ascendente ou o irmão e os afins em linha reta, em decorrência de suspeição.

As pessoas apontadas o art. 207 são proibidas de depor em razão de ministério, ofício ou profissão. O sacerdote, no ministério sacerdotal, por determinação canônica, não pode revelar segredo ouvido no confessional. O médico e o advogado também podem recusar-se a depor como testemunha em decorrência de sua profissão. Os deputados e os senadores também não estão obrigados a testemunhar sobre informações recebidas em função o mandato, conforme preceitua o art. 53, § 5º da constituição federal. Também predomina na jurisprudência a inadmissibilidade de ser testemunha de um acusado o co-réu no processo ⁹⁰.

O depoimento de apenas uma testemunha não é suficiente para o convencimento do juiz e conseqüentemente a condenação criminal do réu. A finalidade da pena é restaurar a tranqüilidade social perturbada pelo delito. Ora, poder condenar sob a palavra de uma só testemunha, em vez da pacificação social que é um dos fins do direito, perturbaria mais, e ainda, a consciência social. A proibição de limite de unicidade da testemunha remonta aos tempos bíblicos, em Deuteronômio, cap. 19, vers. 15: *“uma só testemunha não é o bastante contra uma*

*pessoa, por qualquer pecado, ou falta ou delito que tiver cometido. Pelo depoimento de duas ou três testemunhas é que constará o fato*⁴⁴.

O número de testemunhas varia com tipo de processo. No processo comum: cada uma das partes pode arrolar até oito testemunhas, no máximo (art. 398 o Código de Processo Penal); no processo sumário: permite-se o máximo de cinco testemunhas (art. 539 do Código de Processo Penal); o plenário do júri: admite o máximo de cinco (arts. 417,§ 2º e 421, parágrafo único do Código de Processo Penal); e o sumaríssimo: aceitam o máximo três testemunhas (Lei 9.099/95).

A testemunha por imposição legal, estabelecida no art. 218 do Código de Processo Penal tem o dever de comparecer ao local determinado, no dia e hora designados. A violação a este dever pode acarretar a testemunha falante se justa causa, a condução coercitiva e incorre no crime de desobediência. Deve prestar seu depoimento; caso silencie, seu silêncio pode ser interpretado como uma das modalidades do crime de falso testemunho, previsto no art. 342 do Código Penal.

2.5- PROVA PERICIAL

Capez define *perícia* como originário do latim *peritia* (habilidade especial), é um *“meio de prova que consiste em um exame elaborado por pessoa, em regra profissional, dotada de formação e conhecimentos técnicos específicos acerca dos fatos necessários ao deslinde da causa”*. Como o juiz não vê tudo, por conseguinte, não sabe tudo. Afirmo Carnelutti que *“a área ilimitada das regras de experiência, que são instrumentos de dedução”*. Enquanto se trate somente de experiência comum provável que o juiz a possua; porém quando se trate de experiência técnica (não comum), as probabilidades militam ao contrário, tanto mais positivo quanto que toda ou quase toda sua preparação se esgota na área jurídica. Além o processo indutivo que apresenta o perito como instrumento de percepção, também incorre este, no processo de dedução. A doutrina italiana, e também a francesa, assinala sempre como objeto da função pericial a aplicação das regras de experiência (técnica), expor ao juiz as deduções que devem ser extraídos objetivamente dos fatos observados pertinentes ao caso concreto.

Entre as variantes que constitui o corpo doutrinário da prova pericial, Malatesta ressalta as seguintes opiniões:

- A) há os que acreditam que a perícia não seja propriamente uma prova, não encontrando nela mais que um reconhecimento de prova; b) só deve recorrer a perito senão quando é incapaz de julgar ele próprio; c) muitos outros há, que consideram a prova pericial o mesmo que inspeção judicial, premissa errônea, pois, confunde as pessoas do juiz e do perito; d) por fim, afirmam que o perito é testemunha e juiz*⁴⁵.

Destes posicionamentos doutrinários, concordamos com Mirabete escudado no Código de Processo Penal, que afirma *“a perícia não é um simples meio de prova”*. O perito é um apreciador técnico, assessor do juiz, com uma função estatal destinada a fornecer dados instrutórios de ordem técnica e a proceder à verificação e formação do corpo de delito. A perícia é um elemento subsidiário, emanado de um órgão auxiliar da Justiça, para valoração da prova ou solução da prova destinada a descoberta da verdade. Por isso, o Código de Processo Penal inclui os peritos entre os *auxiliares da justiça*, sujeitando-os à disciplina judiciária (art. 275) e à suspeição dos juízes (art. 280), impedindo ainda que as partes intervenham na sua nomeação (art.276).

O exame do corpo de delito direto é indispensável nos crimes que deixam vestígios materiais. Este é elaborado por peritos para provar a materialidade do crime, a inobservância acarreta a pena de nulidade, como já consagrada na jurisprudência.

42- Idem, p. 321.

43- ALSINA, Hugo. Tratado Teórico e Prático de Derecho Procesal Civil y Comercial, p. 531.

44- Bíblia Sagrada, p. 196.

45- MALATESTA, Nicola Framarino Dei. *A Lógica das Provas em Matéria Criminal*, p. 525-527.

2.6- PROVA DOCUMENTAL

Aranha ensina que *“o termo documento tem a sua origem em **documentum**, do verbo latino **doceo**, significado ensinar, mostrar, indicar, vale dizer, tudo aquilo que tem em si virtude de fazer conhecer outra coisa”*⁴⁶. A natureza específica do documento está inserida dentro da divisão formal das provas.

Num sentido genérico, a palavra *documento*, como bem define a lição magistral de Carnelutti, *“é uma coisa que forneça imediatamente a imagem do fato a apreciar através da figura”*. No aspecto jurídico, do ponto de vista da prova criminal, proficientemente indica o mestre Malatesta, *“documento é afirmação pessoal consciente, escrita e irreprodutível oralmente, destinada a fazer fé sobre a verdade dos fatos afirmados”*. Isto significa que a materialidade do documento está na sua escrita. O documento escrito é também denominado instrumental, sendo que o instrumento é assim, nesse sentido de prova literal, a meio ou coisa em que a representação documental adquire forma. Sustentamos com Malatesta que, o documento, sendo

prova pessoal, e em decorrência disto, não se pode obter sem a consciência da própria afirmação da pessoa do afirmante.

A prova documental ganhou grande impulso no século XV, com a invenção da imprensa por Gutemberg. Aos poucos, a prova documental foi prevalecendo, em prestígio, por ser mais segura e menos corruptível que a prova testemunhal.

Salienta Mirabete que

*(...) para o Código de Processo Penal, documento é o escrito, instrumento, papel público ou particular. Nestes termos, instrumento é o destinado à prova, ou seja, confeccionado para provar determinados fatos (probatórios ou escritos **ad probationem**), entre eles, os escritos para criar o ato na forma exigida pela lei (constitutivos **ad substantem** ou **ad solenitatem**), como, por exemplo, o pacto antenupcial, que só existe por escritura pública (artigo 134, I do Código Civil). Papéis são documentos eventuais, escritos não produzidos para provar um fato, que podem, entretanto, ainda servir de prova⁴⁷.*

O Código estabelece que os documentos podem ser públicos ou particulares. Os públicos são os formados e lavrados por quem estejam no exercício de uma função pública. Os particulares, elaborados por particular sem interferência de funcionário público.

Os documentos públicos são de per si, autênticos, tendo em vista a presunção de fé que a lei atribui aos servidores. Já os particulares não gozam de tal eficácia devendo ser autenticados.

2.7- VALOR DA PROVA EMPRESTADA

Discute-se que a prova produzida num processo pode ser aproveitada de outro, se para ele for levada por meio de certidão. Embora atenda aos reclamos da economia processual, deve ser recebida com as devidas cautelas pelo juiz, pois não foi produzida sob o crivo do contraditório do processo que tomou por empréstimo. O Supremo Tribunal Federal assim se posicionou: *“a prova emprestada no processo penal condenatório tem valor precário quando produzida sem a observância do princípio constitucional do contraditório. Embora admissível e questionável a sua eficácia jurídica”⁴⁸.*

A prova emprestada tem sido com restrições e reservas sob a alegação de que o juiz somente poderá se basear nas *provas do processo*, isto é, daquele processo em que está funcionando e não de outro que não presidiu. A prova emprestada somente pode surtir efeito se originariamente colhida em processo entre as mesmas partes ou no qual figure como parte quem por ela será atingido. Em hipótese alguma, por violar o princípio constitucional do contraditório, gerará efeitos contra quem não tenha figurado como uma das partes do processo originário. A jurisprudência ensina que a impossibilidade de reprodução é requisito indispensável para o aproveitamento de prova emprestada.

Morais enfatiza: *“(...) se os elementos da prova emprestada de outro processo colidirem com os obtidos nos próprios autos, força é concluir pela prevalência destes. Se, contudo, se harmonizarem com o conjunto probatório e desde que sejam atendidos os requisitos já indicados, nenhuma razão séria existe para desprezar a prova emprestada”⁴⁹.*

Após enfocamos a parte geral do denominado direito probatório, tratado como *Das Provas e Aspectos Subjetivos e Formais das Provas*, objetos dos Capítulos III e IV, sem a

pretensão, é claro, de esgotar vastíssima e rica matéria científica, já entendemos que o estudo das provas é o centro do processo, uma vez, que é através das provas que o julgador reúne as condições necessárias para uma interpretação autêntica, concretizando o direito em abstrato. As provas são instrumentos necessários para o juiz estabelecer sua convicção. Daí, a máxima: *“O que não está provado nos autos não está no mundo jurídico”*.

Achamos necessária essa abordagem teórica das provas, em sua generalidade, para melhor compreendermos a inadmissibilidade da prova ilícita, enquanto espécie.

46-ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. *Da Prova no Processo Penal*, p. 235.

47-MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Código de Processo Penal Interpretado*, p. 526.

48-Habeas Corpus 67707/RS –Rel. Min. Celso de Mello -1ª Turma- j. em 07.11.89 –DJU 14.08.92- Disponível em: <http://www.stf.org.br> – acesso em: 13 ago. 2002.

49- LOPES, João Batista; MORAIS, Paulo Heber de. *Da Prova Penal*, p 47.

2.8- ESTADO DE DIREITO COMO SUPEDÂNEO LIMITATIVO CONTRA O ARBÍTRIO NA PRODUÇÃO DE PROVAS ILÍCITAS

2.9- O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE E A PROIBIÇÃO DE ILICITUDE DAS PROVAS CRIMINAIS

A maturidade política de um povo é que estabelece suas próprias limitações, no que se constitui o Estado de Direito. Essas limitações vêm prescritas em normas que traduzem o império da lei, ou o princípio da legalidade. À medida que evoluía o constitucionalismo, em contraposição ao absolutismo, sedimentava-se o Estado de Direito. Todavia, sua materialização revelou que a lei elaborada para gerir as ações do Estado poderia ser tão tirânica quanto a vontade livre dos dirigentes das cidades antigas. Constatou-se que o princípio da reserva legal, isoladamente, era incapaz de conferir aos cidadãos segurança jurídica, embasada no respeito à sua personalidade.

Este princípio da reserva legal evoluiu para outros subjacentes, manifestando estreitamente nas construções do direito administrativo, tais como o da moralidade, da impessoalidade, da publicidade. A Constituição Federal de 1988 delineou os princípios regentes da administração pública no art. 37, *caput*:

Art.37 A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

A idéia inicial, subjacente ao cânone da legalidade, resultou numa preocupação maior com o conteúdo das normas legais. Enfatiza Carnaúba, essa evolução foi fundamental à classificação das provas processuais penais como lícitas e ilícitas, considerando que o conceito de ilicitude tem ligação direta com o de moralidade, baseado na idéia de que as leis proibitivas são casuísticas, porque há direitos inerentes à pessoa humana que não são e nem precisam ser outorgados pelo Estado.

O princípio da moralidade administrativa não se confunde com a moralidade comum; implica um conjunto de regras de boa administração, que não se limita à distinção entre o bem e o mal, devendo ser acrescida da idéia de que o fim é sempre o bem comum.

Tendo como referencial o acima exposto, concordamos com Carnaúba: *“assim também no pertinente às provas do processo sob a alegação de ilicitude favorece a impunidade de ações imorais, a prova deve ser considerada lícita em virtude dos princípios da moralidade e da legalidade”*⁵⁰.

Procurando explicitar mais o princípio da legalidade como pilastra onde se assenta o Estado de Direito, enquanto garantia fundamental no constitucionalismo moderno, com relação ao modo de coletas de provas se constitui em restrição, uma vez que, limita a atuação dos operadores do direito ao princípio da reserva legal em que estão incluídos os princípios da moralidade e da finalidade dos atos da administração. É do princípio da legalidade que advém a segurança jurídica, os cidadãos devem conhecer antecipadamente as regras prescritas a que serão submetidos, possibilitando a abertura para a discussão da ilicitude das provas processuais.

50-CARNAÚBA, Maria Cecília Pontes. *Prova Ilícita*, p. 18.

2.10-EMBASAMENTO CONCERNENTE À PROVA ILÍCITA

Goyard- Fabre, comentando Carré de Malberg, subscreve a teoria da autolimitação permanente do Estado, uma vez que toda limitação extrínseca do Poder do Estado oriunda, por exemplo, de imperativos morais ou considerações religiosas, seria uma ideologia que falsificaria o direito público⁵¹.

O Estado de Direito, ao concentrar a ordem e a liberdade, não parece ser um regime político, mas uma modalidade constitucional onde se articulam a universalidade ou generalidade da regra jurídica e a singularidade da existência individual. Foi este conjunto que propiciou o surgimento das limitações legais à forma e as coletas de provas, possibilitando assim, a classificação em lícitas e ilícitas.

Dentro deste contexto de autolimitação jurídica do Estado, de parte a parte, confere-lhe sua vocação de proteção aos cidadãos. Estaria realizada, em conformidade ao idealismo do iluminismo encarnado pelas Declarações norte-americana e francesa de 1787 e 1789, a síntese onde a positividade é a matriz da ordem pública e das liberdades individuais como glória do individualismo humanista.

Tendo como referencial o acima exposto, simetricamente, podemos dizer que a legalidade e as liberdades públicas estão aptas a receber as restrições de coletas de provas, particularmente as provas ilícitas. Para que o Estado de Direito se efetive, é indispensável que os cidadãos estejam armados de uma ação em justiça, que lhes permite atacar os atos viciosos que lesariam seu direito individual. Decorrentes da inalienabilidade dos direitos fundamentais reconhecidos ao homem, que é um princípio básico do Estado de Direito.

Como se observa destes pressupostos: restrição e interferência estatal na esfera individual e dos indivíduos entre si, que a Constituição brasileira de 1988 inscreveu em seu texto o inc. LVI do art. 5º, estabelece a inadmissibilidade das provas ilícitas no processo.

2.11-O DEVIDO PROCESSO LEGAL E A PROVA ILÍCITA

Partindo de uma abordagem histórica, e embora sucinta da cláusula do devido processo legal, ou *due process of Law*, necessário se faz ressaltar dois aspectos relevantes a ele pertinente. Primeiro, sua aparição, sua origem mesma, do direito inglês, mais precisamente na *Magna Charta*, outorgada por João Sem-Terra, em 1215, e, posteriormente, introduzida já (a cláusula) com a expressão hoje conhecida (devido processo legal) por Edward III, no seu Estatuto de 1354. E em segundo lugar, a sua integração ao direito norte-americano, já com outra abordagem, uma vez que nascido de motivações e princípios diferentes.

No direito inglês o *due process of Law* não vinculava o Poder Legislativo, em face do princípio da supremacia do Parlamento. As colônias da América do Norte conferem ao princípio maior extensão, por vincular todos os poderes do Estado. No período revolucionário, "*a cláusula passa ao direito federal como V Emenda constitucional*"⁵².

Mas o *Bill of Rights* protegia as liberdades individuais apenas contra lesões de órgãos federais; sentiu-se mais tarde a necessidade de confiar aos mesmos órgãos federais a garantia dos indivíduos contra abusos praticados pelo poder estatal. Nova emenda, nesse sentido, incorporou-se em 1868 à Constituição, sob o número XIV.

E através de interpretação evolutiva da cláusula – tida, inicialmente, como garantia de legalidade; depois, como garantia de um processo segundo a *common Law*; e posteriormente ainda, como garantia de justiça –, a XIV Emenda representa hoje elementos fundamentais do sistema constitucional.

O princípio do *due process of Law*; caracteriza-se pela trinomia vida-liberdade-propriedade, vale dizer, tem-se o direito de tutela àqueles bens da vida em seu sentido mais amplo e genérico. Tudo o que disser respeito à tutela da vida, liberdade ou propriedade está sob a proteção da *due process clause*.

O conceito do *devido processo* foi-se modificando no tempo, sendo que, a doutrina e jurisprudência alargaram o âmbito de abrangência da cláusula de sorte a permitir interpretação mais clássica, o mais amplamente possível, em nome dos direitos fundamentais do cidadão. Manifesta-se em todos os campos do direito, em seu aspecto substancial.

A doutrina desenvolveu as conseqüências nascidas da vigência desses princípios, firmando-se em síntese, para a sua integral efetivamente, aos seguintes postulados:

- a) Ninguém pode ser afetado no âmbito de seu círculo jurídico sem ser ouvido, pelo que, sem essa condição, não pode receber sentença condenatória nem mesmo prolatada por juiz natural;
- b) O contraditório processual é comportamento de natureza essencialmente democrática, por simbolizar a eficácia do direito fundamental da igualdade de todos perante lei;
- c) Além do devido processo legal compreender a proteção judiciária (o denominado direito ao processo), ele abrange o direito à completa proteção jurídica, ou a uma proteção processual razoável e adequada à situação do jurisdicionado, todas as vezes que necessitar ser ouvido em juízo.

A cláusula constitucional do *due processo of law* – que se destina a garantir à pessoa do acusado contra ações eventualmente abusivas do Poder Público – item, no dogma na inadmissibilidade das provas ilícitas, uma de suas projeções, na medida que o réu tem o impostergável direito de não ser denunciado, de não ser julgado e de não ser condenado com apoio em elementos instrutórios obtidos ou produzidos de forma incompatível com os limites impostos, pelo ordenamento jurídico, ao poder persecutório e ao poder investigatório do Estado.

50-CARNAÚBA, Maria Cecília Pontes. **Prova Ilícita**, p. 18.

51- MALBERG, Carré de; *apud*, GOYARD-FABRE, Simone. **Os Princípios Filosóficos do Direito Político Moderno**, p. 318.

52- LOCKHART, William B. **Constitutional Law: Cases, Coments and Questions**, p. 319.

2.12- O DIREITO À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA

Com o avanço da tecnologia, que facilita integração do homem ao mundo globalizado, satélites circulam em órbita do planeta, quais olhos de Argos, colaborando, em muito, para a espionagem privada, vasculhando a intimidade alheia. José Laércio Araújo comenta: *“ainda é um grande desafio estabelecer com precisão os limites, o conteúdo e a dimensão do que deve ser tutelado – e em que medida – no que respeita à preservação da intimidade ou vida privada de cada ser humano”*⁵³.

Todo ser humano traz consigo informações que não deseja partilhar com este ou aquele semelhante. O motivo é levado pela ausência de vontade que prescinde de qualquer explicação. No volver a si, o direito de estar só, pode significar o cultivo e o aperfeiçoamento das virtudes, e o empuxo das forças internas. E disso o homem se ressentido, cada vez mais. A tecnologia traz o conforto, mas também a invasão de privacidade, fazendo o universo próprio, escolhido por cada ser humano.

É inconcebível um indivíduo que torne irrelevante o conhecimento de tudo aquilo é, porta, pratica, almeja, alcança ou não alcança. A soledade é ingrediente para o desenvolvimento sadio da personalidade, de seus valores físicos e psíquicos.

O direito à intimidade, como um desdobramento do direito de personalidade, são partes do direito à vida, sendo tema de importância atual, diante da preocupação de se buscar maior proteção e efetividade dos direitos individuais.

Pela relevância e atualidade, o direito à vida privada e à intimidade está expresso no art. 5º, inc. X da Constituição Federal de 1988, quando reza:

Art. 5º (...).

X – São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurados o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

O direito à vida privada é um agregado que reúne a manifestação livre eficaz da personalidade, porque o resguardo da privacidade do indivíduo constitui inegável alimento no desenvolvimento sadio de sua potencialidade. Esse respeito à sua esfera íntima, à subtração da curiosidade é a razão para o bem-viver e progresso da pessoa. Por isso que o direito à vida privada é corolário de outro valor supremo que é dignidade da pessoa humana.

Do ponto de vista mais técnico, o direito à vida privada posiciona-se num patamar genérico ao qual estão imbricados os direitos à intimidade e o direito ao segredo. A vida privada concentra, em escala decrescente, outros direitos relativos à restrição de vida pessoal de cada um, importam na medida em que a intimidade se for restringido.

Na coerente divisão dos juristas alemães, a teoria das esferas se constitui de três círculos concêntricos que abrangem o resguardo da pessoa. O primeiro, de maior amplitude, representa a esfera privada (*privatsphäre*) ou *sphere of privacy* dos norte-americanos. Na Itália corresponde ao *diritto alla riservatezza ou diritto alla privatezza e ao diritto della vita privata*. Desta esfera excluem-se do conhecimento de terceiros aspectos específicos da pessoa; o segundo, a *intimsphäre*, constitui-se-ia no âmbito determinado da intimidade ou esfera confidencial, cujo acesso passa ser mais restrito, permitido apenas àqueles indivíduos com quem a relação pessoal se desenvolve de forma mais intensa; o último dos círculos concêntricos *geheimsphäre* abrange a reserva, o sigilo, as mais profundas manifestações espirituais da pessoa, caracterizadora da vida íntima, em sentido estrito.

O direito à vida privada encontra origem não muito remota, através de decisão da Suprema Corte norte-americana no julgamento do caso Louis Brandeis e Samuel Warren, invocando, em 1890, *o the right to be let alone* (direito de ser deixado só). O caso relata a experiência vivenciada por um dos autores (Warren), cuja intimidade fora devassada pela imprensa de Boston, divulgando os mexericos do salão de sua esposa. Gilberto Haddad Jabur, enfatiza, que o pioneirismo da expressão do direito de intimidade tenha sido conhecido pela primeira vez em 1878.

As restrições ao direito de intimidade, no âmbito internacional, são notados já em 1967, durante a Conferência Nórdica sobre o Direito à intimidade realizada em Estocolmo, onde se reconheceu que este direito não é absoluto, uma vez que a vida é uma coexistência que se deve exercitar tendo por mira inafastável que nada pode justificar medidas que estejam em contradição com a dignidade física, mental, intelectual ou moral da pessoa humana.

Naquela conferência, ficou estabelecido que, em termos subjetivos, as limitações só se justificariam para defender os interesses da segurança nacional, da segurança pública ou do bem-estar econômico da nação para impedir a desordem ou o crime; para resguardar a saúde ou a moral pública, ou para proteger os direitos e as liberdades de terceiros. A doutrina tem entendido que, por motivo de interesse social, impõe-se restrição ao direito de intimidade. Assim sendo, a limitação nasce quando os interesses do indivíduo são superados em "grau de prioridade pelos interesses da coletividade.

Nesse sentido, apontando as finalidades, observa-se que o direito de intimidade pode sofrer intromissões do poder público em duas vertentes: a primeira, da autoridade pública, decorrente do poder de polícia ou de atividade judiciária; a segunda, já não sofre interferências de autoridade, mas de outros indivíduos, advindo do progresso tecnológico. A meta de nosso trabalho é abordar os aspectos polêmicos desta primeira vertente da intromissão do poder público na esfera privada dos indivíduos.

O Estado de Direito, enquanto governo de leis e não de homens, é uma matriz onde se articulam as exigências antagônicas que refletem as idéias de liberdade e de lei, pela óptica da comunidade social. Neste contexto, a lei não pode ser concebida como produto do arbítrio, mas, de uma vontade geral compromissada em garantir os direitos fundamentais dos indivíduos. O Estado Democrático de Direito, conforme preceitua o art. 1º da Constituição Federal de 1988, afirma inequivocamente os princípios de unidade, coerência ou concordância prática e a força integradora da Constituição.

53-ARAÚJO, José Laércio. *Intimidade, Vida Privada e Direito Penal*, p. 15.

2.13- DAS PROVAS ILÍCITAS

2.14- CONSIDERAÇÕES GERAIS

A problemática das provas ilícitas é um tema relevante, assaz, cheio de controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais que sobre ele se estabelece. A partir de agora, iniciamos o estudo verticalizado do objeto da discussão propriamente dito; por isso vamos estudá-lo em profundidade, em compreensão; tomamos o cuidado de destacar o vocabulário, o ponto de vista, os exemplos, a exposição dos argumentos e a confrontação das idéias e dos pontos de doutrina com abordagem jurisprudencial, apresentando justificações de tão relevante tema do direito probatório.

Toda polêmica sobre as provas ilícitas gira em torno dos direitos fundamentais do homem e a principiologia que norteia o moderno processo constitucional a busca da verdade material, que de um lado, garante a proteção à sociedade e do outro, efetiva o ideal de justiça, corolário da razão teleológica do direito.

O conceito das provas ilícitas e sua inadmissibilidade são revestidos de uma transcendência imensa sob a ótica da humanização da justiça, se desvencilhando da herança do autoritarismo que os tempos obscuros deixaram, buscando assim, uma tutela eficaz da pessoa

humana, de seus direitos fundamentais, dos princípios mais importantes não somente do direito probatório e do direito processual em geral, mas também do direito como um todo.

Nesta linha de argumentação, Hernando Devís Echandia escreve:

*(...) não se trata de uma simples teoria abstrata, não se trata de apresentar elucubrações sem mais interesses que o acadêmico; pelo contrário, se trata de um conceito que deve ter aplicação prática nos processos de todas as classes: civis, penais, administrativos. E daí sua importância tão grande, porque, quando se olvida ou não se aplica, se produz deformações na administração da justiça, que a corrompem e que a convertem, de instrumento de tutela das pessoas, em instrumento para violação de sua vida, de seu direito, de sua dignidade*⁵⁴.

Tendo a cláusula constitucional do *due process of Law* (devido processo legal) princípio-matriz agasalhado outros princípios subjacentes como direitos de ação, de defesa e do contraditório, que são indispensáveis na fundamentação do direito à prova, tal direito não é absoluto. Em todo Estado Democrático de Direito, cujo poder emana do povo e em nome do povo deve ser exercido, a ordem constitucional e legal deve ser obedecida, especialmente quando se tratar da postulação em juízo. Sendo a busca da verdade real um objetivo do processo penal, certos limites devem ser obedecidos, quando da produção probatória.

O Estado, sendo o detentor do poder organizador da sociedade, é promotor da persecução criminal, de forma a efetivá-la. Com isto, as pessoas serão beneficiadas com a segurança de que necessitam para viverem harmoniosamente. O objetivo teleológico do Estado é assegurar bem-estar de seus cidadãos, atendendo-lhes as necessidades básicas.

É sob esta ótica que se inclui a questão processual penal constitucional da prova ilícita, de um lado, *o jus puniendi* e do outro, *o jus libertatis*. Daí, o aparente conflito entre o interesse de punir o Estado, na promoção da justiça e respeito à dignidade dos cidadãos. Ao mesmo tempo fixa limites à intromissão estatal na esfera privada, buscando assim a pacificação social.

Embora os direitos de índole constitucional sejam imprescindíveis a produção da prova (direito de ação, de defesa e do contraditório), tais direitos, como já dito anteriormente, não absolutos. Esses limites podem ter caráter extraprocessual, visando à preservação de outros direitos e dando lugar à inadmissibilidade processual das provas obtidas com violação do direito material (prova ilícita), ou processual, quando diz respeito à correção do julgamento e o controle as partes sobre o material probatório introduzido no processo.

A maioria das Constituições contém um catálogo de direitos fundamentais positivados, que são interpretados pela ciência dos direitos fundamentais. Sendo esses direitos aparentemente conflitivos, tem de conviver harmoniosamente com outros direitos numa sedência recíproca, de tal forma que nenhum deles seja irrelugarmente exercido e venha colocar em risco a ordem pública e segurança jurídica dos cidadãos.

No mesmo diapasão, Robert Alexy escreve: todavia, na interpretação dos direitos fundamentais choca-se logo com limites. Uma razão para isso é a colisão de direitos fundamentais. Exemplificando, a interceptação telefônica para investigação criminal de um seqüestro; é dever do Estado proteger os direitos de seus cidadãos, obriga-o a produzir uma medida tão ampla quanto possível deste bem. Isso, porém, não seria possível sem intervir na liberdade daqueles que prejudicam ou ameaçam a segurança pública.

Reconhecida a existência do direito à prova em nosso ordenamento processual-penal constitucional, é importante ressaltar que este direito abrange todas as fases do procedimento probatório. Preliminarmente, envolve o direito das partes à proposição das provas; num segundo momento, observa-se a admissão das provas propostas; ingresso no processo dos elementos informativos à produção da prova; e finalmente, o momento culminante do procedimento, a avaliação das provas.

Celso Ribeiro Bastos afirma que,

(...) antes da Constituição de 1988, a legislação processual já contemplava a previsão de diversas hipóteses de inadmissibilidade de provas, não apenas restringindo-se ao campo do lícito e do legítimo. Exemplos: a proibição exclusivamente testemunhal para comprovar a existência de contrato (art. 401 do Código de Processo Civil); a admissão por meios legais e legítimos (art. 332 do Código de Processo Civil); e ainda, o Código Penal militar, que permitiria a produção de qualquer espécie de prova, desde que esta não atentasse contra a moral, a saúde ou a segurança individual ou coletiva ou contra a hierarquia e disciplina militares (art. 285 do Decreto-lei 1.002, de 21 de outubro de 1969⁵⁵).

Em decorrência da crescente escalada das organizações criminosas, o tema da prova ilícita vem conquistando espaço entre as preocupações fundamentais do direito probatório processual moderno.

54- ECHANDIA, Hernano Devis. *Prueba Ilícitas*, p. 82.

55-BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*, p. 228.

2.15-DISTINÇÕES ENTRE PROVAS ILÍCITAS, ILEGÍTIMA E MORAL

É interessante ressaltar que o ordenamento jurídico brasileiro antes da Constituição de 1988, apresentava duas correntes pertinentes às provas ilícitas e ilegítimas: uma corrente admitia a introdução de meios ilícitos e ilegítimos no processo e a outra corrente era contrária admissibilidade de meios probatórios. Em que consiste esta diferença? E de natureza ou de grau?

Luis Alberto Thompson Flores Lenz, comentando Adherbal de Barros, escreve que

*(...) a corrente contrária à admissibilidade das provas ilícitas e ilegítimas defendia a tese: a finalidade básica do processo, e principalmente do processo penal, não é apenas a descoberta da verdade material. Para ele, objetivo do processo e a realização do direito. E tecendo considerações sobre tais meios probatórios acrescenta que colidem com o fim do processo penal. A repressão à criminalidade exige uma postura ética por parte da autoridade policial. Esta não pode ser valer dos mesmos meios empregados pelos delinquentes que combate*⁵⁶.

Graças ao pioneirismo da professora Ada Pellegrini Grinover, através da obra inaugural **Liberdade Públicas e Processo Penal**: a Interceptação Telefônica, admitia-se a tese da inadmissibilidade, contudo, em virtude da lacuna existente em nosso ordenamento tanto material como substancial, defendia a necessidade de uma regra constitucional para colmatá-la. Seguindo, por sua vez, orientação aurida do magistério de Nuvolone, *“em que a prova é vedada sempre, que for contrária, em sentido absoluto ou relativo, a uma específica norma legal, ou a*

um princípio do direito positivo”, estes conceitos doutrinários influenciaram consideravelmente os constituintes 1988, no concernente à inadmissibilidade das provas ilícitas.

Pela admissibilidade de introdução, no processo, de meios probatórios ilícitos ou ilegítimos figuram:

Nelson Hungria que partiu da concepção de que o atributo do livre convencimento vigora amplamente no processo; João Carlos Pestana de Aguiar Silva, que referindo à aplicabilidade do art. 332 do Código de Processo Civil, tanto às provas nominadas e inominadas, ambas estão submetidas aos mesmos princípios da legalidade e moralidade; Pontes de Miranda que admitia que não interessa a modalidade da prova. O essencial é seu conteúdo, se este viola ou não norma material ou constitucional⁵⁷.

Dado às complexidades e assimetrias que o tema das provas ilícitas propõe, o que longe de diminuir tal complexidades, redonda pelo contrário, no seu aumento, pois, não se encontra zona da vida jurídica positiva onde os caminhos da doutrina principalmente no tocante ao conceito, se encontram cobertos de controvérsias. Nelson Nery Júnior, seguindo a orientação de Nuvoilone, questiona: o que é prova ilícita? E escreve:

(...) há alguma confusão reinando na literatura a respeito do tema quando se verifica o tratamento impreciso que se dá aos termos: prova ilegítima, prova ilícita, prova ilegitimamente admitida, prova obtida ilegalmente. Preliminarmente mister se faz discorrer acerca das diferenças entre as provas: ilícitas, ilegítimas e imorais que são equivocadamente consideradas iguais, mas têm sentidos distintos⁵⁸.

Na mesma posição, a Professora Ada Pellegrini escreve:

(...) a doutrina usa de nomenclatura heterogênea, que pode dar margem à confusão: às vezes essas provas são qualificadas como ilícitas, outras vezes são chamadas ilegítimas, outras ainda, proibidas; alguns falam em provas ilegalmente admitidas, outros em provas ilicitamente produzidas, estabelecendo assim as distinções mais diversas, a complicar o entendimento da matéria⁵⁹.

Para facilitar a compreensão, exemplificaremos as provas: ilícita, ilegítima e imoral. Sabe-se que com a edição da Lei 9.296/96, as interceptações telefônicas tornaram-se provas processualmente legítimas, entretanto, se a interceptação for efetuada sem autorização judicial, violando o dispositivo da lei supra, não pode ser introduzida no processo criminal por ter sido obtido por meio ilícito. Por outro lado, César Dario Mariano da Silva ensina: *“nunca poderá haver a realização da reconstituição de um crime de estupro, que, em tese, seria outro crime contra os costumes, sendo tal prova materialmente ilícita, por violar norma de direito penal, além de imoral”*. 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’”*.

Inovando a terminologia concernente às provas ilícitas, pela perspectiva da Deontologia jurídica, Adauto Suannes utiliza-se da expressão: *provas eticamente inadmissíveis* e, justifica seu pensamento: *A expressão ‘provas eticamente inadmissíveis’ parece-nos expressar mais adequadamente a reação das mentes bem informadas a certos procedimentos que, em juízo ou fora dele, viciam a colheita da prova, pois sua aceitação implicaria, em última análise, em permitir o julgador que o Estado faça “ou fazer ele mesmo” justamente aquilo que por haver sido cometido por particular, deu ensejo à investigação ou à ação penal de que se cuida⁶⁰.*

Antonio Scarance Fernandes, seguindo a terminologia de Nuvolone, afirma que *“a prova é vedada em absoluto quando o direito proíbe, em qualquer caso, sua produção”*. Haverá prova vedada em sentido relativo quando, embora admitido o meio de prova, condiciona-se a sua legitimidade à observância de determinadas formalidades. E acrescenta: *“a violação de uma vedação será sempre ilegal, mas a violação de natureza substancial torna o ato ilícito, enquanto a violação de impedimento, de natureza processual, faz com que o ato seja ilegítimo”*.

Nery Júnior classifica a prova que pode ser *“ilícita em sentido material e em sentido formal”*. A ilicitude material ocorre quando a prova deriva de um ato contrário ao direito e pelo qual se consegue um dado probatório (invasão domiciliar, violação do sigilo epistolar, quebra de segredo profissional, subtração de documentos, escuta clandestina, constrangimento físico ou moral na obtenção de confissões ou depoimentos testemunhais, etc.). E acrescenta: *“(…) há ilicitude formal quando a prova decorre de forma ilegítima pela qual ela se produz, muito embora seja lícita sua origem. A ilicitude material diz respeito ao momento formativo da prova; a ilicitude formal, ao momento introdutório da mesma”*.

Quando à questão inadmissibilidade de provas imorais no processo, do ponto de vista da justiça criminal: a inadmissibilidade não é recepcionada, justamente em nome do lastro ético que a define como justiça e lhe outorga a necessária legitimação processual e material.

O Código de Processo Civil Brasileiro, em seu art. 332, menciona que na produção da prova utilizar-se-ão *“os meios legais e os moralmente legítimos”*, com isso, veda a admissibilidade do uso de meios de prova, considerados imorais.

E conclui-se que a ilegalidade é a característica comum entre a prova ilícita e ilegítima. Conquanto aquela seja obtida com violação de direito material e esta seja obtida com violação das normas de direito processual. E que o conceito de moralidade, do ponto de vista temporal, varia de acordo com os fatores étnicos e culturais de uma sociedade, contudo, numa consideração mais ampla das coisas, dificilmente se compreenderia que na execução de suas tarefas, o Estado passasse de boa consciência por sobre as normas que balizam a ilicitude penal, violando o mínimo ético para aplicação de uma penalidade.

3.- TEORIA DA PROPORCIONALIDADE E SUA APLICAÇÃO NA ADMISSIBILIDADE DAS PROVAS ILÍCITAS

3.1- PROPORCIONALIDADE

A problemática das provas ilícitas repousa exatamente nas hipóteses de colisão de direitos fundamentais, conforme analisado alhures. A doutrina é uníssona quanto a sua vedação no processo penal, mormente para evitar o exercício arbitrário do direito de punir do Estado.

Contudo, não se pode olvidar que, a aplicação sem ressalvas do princípio constitucional da inadmissibilidade das provas ilícitas, pode acarretar em um positivismo exacerbado e dar ensejo a grandes injustiças, de acordo com o caso concreto avaliado.

Antes de adentrarmos no cerne do tema, cumpre analisar a teoria, ou princípio, da proporcionalidade e seus subprincípios, bem como, estabelecer a diferença entre o referido princípio e a razoabilidade.

A teoria em tela teve origem no Direito Alemão, advindo da crescente evolução histórica dos direitos fundamentais, culminando com a Revolução Francesa de 1789.

56- BARROS, Adherbal de; *apud*, LENZ, Luis Aberto Thompson Flores. **Os Meios Moralmente**

Legítimos de Prova, p. 276

57- LENZ, Luis Aberto Thompson Flores. **Os Meios Moralmente Legítimos de Prova**, p. 277.

58-NERY JÚNIOR, Nelson. **Justiça Penal: Críticas e Sugestões – Provas Ilícitas e Reforma Pontual**, p.20-21.

59- GRINOVER, Ada Pellegrini. **Provas Ilícitas**, p. 97-108.

60- SUANNES, Adauto. **Provas Eticamente Inadmissíveis no Processo Penal**, p. 78.

A Constituição Federal possui uma série de princípios, direitos e garantias de observância obrigatória, dentro do Estado Democrático de Direito em que vivemos. Contudo, a despeito de estarem em igualdade de condições na hierarquia de normas, todas no âmbito constitucional, tais princípios devem coexistir dentro dessa ordem. Elas fazem parte de um sistema harmônico, de maneira que, será possível a ocorrência de conflitos entre estas garantias, e é aí que entra a proporcionalidade, para preservar essa harmonia, cotejando os bens jurídicos envolvidos no caso.

Roberto Pacheco Antunes pronuncia-se afirmando:

Pela Teoria ou Princípio da Proporcionalidade as normas constitucionais articulam-se em um sistema, havendo a necessidade de harmonia entre elas. De tal sorte não se faz possível 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 deste último⁶¹.

A proporcionalidade está intimamente ligada à existência harmônica das normas constitucionais e sua aplicabilidade ao caso concreto.

Para melhor entender como se aplica esta teoria, mister será conhecer os seus elementos estruturais. A doutrina chama-os de subprincípios, são eles: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

O princípio da adequação preocupa-se em investigar a necessária sincronia entre meios e fins, ou seja, no caso concreto, diante de um conflito de normas, deve-se perquirir se o meio adotado é útil para atingir o fim colimado, se é prudente restringir esse ou aquele direito fundamental para alcançar a finalidade perseguida.

No princípio da necessidade, como o próprio nome diz, verifica-se a medida que enseje um menor prejuízo possível. Destarte, afere-se que seja efetivada uma mínima ingerência no exercício do direito fundamental; também se investiga a hipótese de haver uma medida mais branda a ser tomada, bem como, deve-se ponderar em juízo de dimensão empírica para constatar o meio menos gravoso.

Por último, mas não menos importante, temos o princípio da proporcionalidade em sentido estrito. Manifesta-se pela ponderação de bens ou nas palavras de Roberta Pacheco Antunes, citando Canotilho, que aduz: “Os meios e fins são colocados em equação mediante em juízo de ponderação, como objetivo de se avaliar se o meio utilizado é ou não desproporcional em relação ao fim”.

A proporcionalidade em sentido estrito, nada mais é do que a coordenação entre meios e fins.

Cumpra agora consolidar a diferença entre razoabilidade e proporcionalidade. A doutrina brasileira refere-se a eles como sinônimos, contudo, são institutos divergentes, conforme será demonstrado. Parte dos juristas entende que essa divergência está somente na origem, porém, não encontra respaldo somente nela tal antagonismo.

Realmente, enquanto a proporcionalidade tem origem no Direito Alemão, desenvolvido a partir da doutrina e jurisprudência daquele país, a razoabilidade surgiu nos Estados Unidos, advinda do direito anglo-saxão, sistema do *Common Law*, como reflexo do *due process of Law*.

Aparenta-se, ainda, que a proporcionalidade possui uma função positiva de atuação em relação ao Estado, pois, além de coibir o abuso do poder, a prática de excessos, vincula que o ente estatal se utilize de métodos para harmonizar as medidas exatas a fim de dirimir os conflitos os conflitos no caso concreto.

Na razoabilidade encontra-se uma função negativa, consubstanciada no intuito de impor ao Estado que se abstenha de praticar atos excessivos, arbitrários ou abusivos em desfavor dos direitos fundamentais dos indivíduos, buscando o equilíbrio entre eles e o exercício do poder estatal.

3.3- A PROPORCIONALIDADE E A PROVA ILÍCITA

Vimos que a teoria da proporcionalidade, reconhecida pelos juristas como preceito constitucional, não só na seara processual penal como em outros ramos jurídicos, colisão de direitos fundamentais. Para atingir tal finalidade, seria necessário o perecimento de um destes direitos em benefício do outro, mediante uma avaliação do julgador, no caso concreto, sobe qual direito deve sobrepujar.

Não é fácil prejudicar um princípio constitucional, mesmo que seja para preservar outro, sob pena de tolher os preceitos mais basilares do Estado Democrático de Direito.

Destarte, ao falarmos sob a prova ilícita dentro do processo penal, indubitavelmente, teremos que percorrer o caminho da proporcionalidade, posto que, a temática da ilicitude probatória sempre ocasionará o contraste de direitos fundamentais, de acordo com o explanado

alhores, e, sendo assim, esta é a única forma de admiti-la como objeto e meio idôneo a gerar efeitos no cerne do processo.

Recapitulando, a Carta Magna de 1988 veda, peremptoriamente, a utilização de qualquer prova obtida por meio ilícito, ou seja, colhida com infração de direitos fundamentais do cidadão, em qualquer processo, judicial ou administrativo. Diante de tal circunstância, o socorro à teoria da proporcionalidade será a maneira mais adequada de coibir a incidência taxativa do princípio constitucional em estima e, com isso, rechaçar o verdadeiro espírito de justiça que deve nortear os ditames da sociedade.

Novamente, retornando ao problema do aspecto, eminentemente, subjetivo de avaliação por parte do julgador, quando este aplica a teoria da proporcionalidade. O magistrado, ao analisar a viabilidade de admitir a prova obtida por meio ilícito no processo penal, deve ponderar os bens jurídicos envolvidos no caso sob sua apreciação. Obviamente, que tal discricionariedade pode ser perigosa e imprudente, mormente se o juiz não traçar um equilíbrio perfeito entre o que se deva entender por atuação discricionária e postura arbitrária.

Expondo acerca do tema, Sergio Demoro Hamilton, ensina com maestria:

Haveria, evidentemente, critérios balizadores para a atuação do juiz nesse terrível campo minado, não me parecendo que a aplicação do princípio da proporcionalidade deva ser estendida a todo preço e para qualquer caso. Somente em casos excepcionais e de extrema gravidade é que se justificaria o acolhimento da prova ilícita. Permito-me, à guisa de exemplo e poderia encontrar aplicação, indicar os chamados crimes hediondos, como aqueles em que o juiz poderia não deixar impune o criminoso, aproveitando a prova obtida por meio ilícito. Acaso não seria mais justo sacrificar a intimidade de um seqüestrador para chegar-se à punição do criminoso?

Nenhum direito do homem pode ser visto como absoluto, na medida em que o indivíduo dele se vale para atentar contra a vida, a liberdade ou a segurança de outrem⁶².

Aqui repousa o cerne do tema, através deste método, ponderação dos bens jurídicos pelo critério da proporcionalidade, o julgador avaliará os direitos fundamentais em litígio e, sopesando-os, estabelecerá a relevância de um ou uns em detrimento dos outros, seja quando a colisão ocorrer entre direitos fundamentais individuais, ou, destes com os coletivos, com o fito de aceitar ou vedar a utilização da prova ilícita no processo penal.

3.4-A PROVA ILÍCITA EM FAVOR DO RÉU (FAVOR REI OU PRO REO)

Finalmente, entraremos em uma das principais questões que ensejam grande discussão na doutrina e jurisprudência pátrias, a hipótese da admissibilidade da prova, em observância ao princípio da inadmissibilidade da prova obtida por meio ilícito (insculpido no art. 5º, LVI da CF/88), e, que a aceitação de tal espécie probatória é uma exceção que só se admite em casos extremos, por meio da aplicação do princípio da proporcionalidade, com escopo de estabelecer o equilíbrio entre os direitos fundamentais conflitantes.

Com o fito de melhor entender esta assertiva, vejamos o seguinte exemplo: um cidadão está sendo processado por corrupção ativa (art. 333 do CP), e encontra-se na iminência

de ser condenado pela prática desta infração penal. Contudo, o “acusado” possui uma gravação telefônica clandestina (aquela que é gravada por um dos interlocutores sem o conhecimento do outro), a qual contém em seu bojo a prova cabal que outra pessoa perpetrou a conduta ilegal, sendo que a única forma de evitar a condenação do cidadão em referência seria admitindo esta prova no processo. Qual dos bens jurídicos será o mais importante neste caso, o direito à intimidade do verdadeiro criminoso ou o direito à liberdade de um cidadão idôneo? Seria correto condenar um inocente nesta situação? O princípio da inadmissibilidade da prova ilícita deve ser observado a qualquer custo? Obviamente, este é um caso em que, a aplicação sem restrições do princípio constitucional que veda a prova ilícita, afrontará claramente os legítimos objetivos do Estado de Direito.

61- ANTUNES. O princípio da proporcionalidade e sua aplicabilidade na problemática das provas ilícitas em matéria criminal.

62- HAMILTON. As provas ilícitas, a teoria da proporcionalidade e a autofagia do direito.

Neste sentido, vale a lição de Fernando Capez:

A aceitação do princípio da proporcionalidade pro reo não apresenta maiores dificuldades, pois o princípio que veda as provas obtidas por meios ilícitos não pode ser usado como um estudo 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 humana⁶³.

O papel do julgador é preponderante a fim de coibir as injustiças que poderão advir da incidência taxativa do princípio em tela.

No caso acima mencionado, o juiz, através da proporcionalidade, apreciará os bens jurídicos em litígio, o direito à intimidade do legítimo criminoso (direito fundamental individual), e, o direito à liberdade do “acusado” no processo penal (direito fundamental individual), observa-se aqui a ocorrência da colisão de direitos fundamentais em sentido estrito, de acordo com o exarado alhures. O magistrado fará o cotejo entre estes direitos, analisará segundo a discricionariedade que a utilização do aludido princípio outorga-lhe e, após, decidirá pela admissibilidade ou não da prova ilícita e, por corolário, pela condenação ou absolvição do “acusado”. Não é difícil imaginar qual a decisão mais justa e equânime no presente caso.

Alexandre de Moraes, ao falar sobre a aplicação da proporcionalidade em favor do réu, conclui:

Na jurisprudência pátria, somente se aplica o princípio da proporcionalidade pro reo, entendendo-se que a ilicitude é eliminada por causas excludentes de ilicitude, em prol do princípio da inocência. Desta forma, repita-se que a regra deve ser a inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos, que só excepcionalmente deverão ser admitidas em juízo, em respeito às liberdades públicas e ao princípio da dignidade da pessoa humana na colheita de provas e na própria persecução penal do Estado⁶⁴.

A jurisprudência do SFT posiciona-se segundo o entendimento acima esposado, no sentido de admitir a prova ilícita em favor do réu, bem como, vedar a prova ilícita por derivação, consoante a atual posição da Suprema Corte Pátria (item 2.5), destarte, aduz o que segue:

PROVAS ILÍCITAS POR DERIVAÇÃO. INADMISSIBILIDADE COMO PROVA. "Advogado acusado de crime de exploração de prestígio (CP, art. 357, parág. único), por haver solicitado a seu cliente (preso em penitenciária) determinada importância em dinheiro, a pretexto de entregá-la ao juiz da causa. O testemunho do cliente, a qual se chegou devido à ilegal escuta telefônica encontra-se contaminado pela ilicitude da prova originária" (SFT, 2ª T., rel. Min. Maurício Corrêa, j. 12 jun. 1996). Também pela ineficácia da prova ilícita, mas derivada da ilícita:⁶⁵

A despeito de lograr grande espaço pelo último doutrinador supra e, da desmesurada maioria na doutrina e jurisprudência admitir somente a prova ilícita *pro reo*, a afirmação consignada acima não deve prosperar em sua integralidade, haja vista que, existem decisões, embora bem escassas, que admitem a utilização da proporcionalidade como meio idôneo a aceitar o uso da prova proibida em favor da sociedade e, conseqüentemente, em detrimento do réu.

Neste viés, é totalmente possível que seja admitida, no processo penal, a prova ilícita em favor da sociedade, posto que, conforme já exposto, podem ocorrer colisões entre direitos fundamentais individuais e coletivos e, portanto, a utilização, em caráter excepcional, da prova vedada será permitida *pro reo* ou *pro societate* (benefício do réu ou da sociedade).

Esta hipótese, aceitação da prova ilícita *pro societate*, base do presente trabalho monográfico, bem como, os efeitos que esta espécie probatória pode gerar, quando admitida no processo penal, serão compulsadas nos tópicos que seguem.

Ao verificarmos a situação que poderá ensejar a admissibilidade da prova ilícita em benefício do réu, vislumbra-se com clareza o conflito dos bens jurídicos dos indivíduos envolvidos.

Entretanto, quando falarmos em admitir a prova ilícita em prol da sociedade, a questão avulta de complexidade, pois tal circunstância abrangerá não apenas direitos fundamentais individuais, mas também, os coletivos, o que não significa dizer que sempre colidirão o direito ao sigilo (direito à intimidade, constitucionalmente assegurado), com o direito da acusação á prova.

Oportuno ressaltar o ensinamento de Fernando Capez:

Mais delicada, portanto, é a questão da adoção do princípio da proporcionalidade *pro societate*. Aqui, não se cuida de um conflito entre o direito ao sigilo e o direito da acusação á prova. Trata-se de algo mais profundo A acusação, principalmente a promovida pelo ministério público, visa resguardar valores fundamentais para a coletividade, tutelados pela norma penal. Quando o conflito se estabelecer entre a garantia do sigilo e a necessidade de se tutelar a vida, o patrimônio e a segurança, bens também protegidos pela nossa Constituição, o juiz utilizando seu alto poder de discricionariedade, deve sopesar e avaliar os valores contrastantes envolvidos (...)⁶⁶.

O Estado, munido do direito de punir (*jus puniendi*), deve buscar a eficaz preservação do bem estar social, por meio da proteção dos valores acima declinados pelo eminente jurista, bem como, a repressão à criminalidade, como forma de suprimir qualquer ato que atente contra as liberdades públicas dos cidadãos.

63- CAPEZ, 2006, p. 37.

64- MORAES, 2005, p. 97.

65- SFT, 2ª T., HC 74. 116-SP, rel. Min. Néri da Silveira, DJU, Séc. I, 14 mar. 1997, p. 6903.

Novamente, nota-se a presença da teoria da proporcionalidade para cotejar o conflito de interesses que determinados casos podem engendrar, com o escopo de propiciar, o uso da prova ilícita também em favor da sociedade.

Cite-se quanto ao tema em tela, uma situação muito explanada pelos doutrinadores pátrios, no que tange à garantia constitucional disposta no art. 5º, inciso XII, especificamente à tutela do sigilo da correspondência epistolar. Os presos de uma penitenciária, habitualmente, se comunicam com sua família, e outras pessoas, por meio de cartas que transitam de dentro para fora da prisão, e vice-versa. O diretor do presídio desconfia que um, ou alguns, dos presos estão mantendo contato com um grande líder do crime organizado, traficante de drogas altamente influente na criminalidade, e apreende uma dessas cartas de maneira ilícita.

Na hipótese vertente, qual seria o direito mais importante, o sigilo da correspondência do criminoso? Que dele utiliza-se com fins de dar continuidade à sua vida de crimes, prejudicando milhões de jovens, que acabarão por adentrar no mundo das drogas e, por corolário, a fim de sustentar o vício, tornar-se-ão bandidos da pior índole, ou, o direito da coletividade? Que eliminando essa poderosa quadrilha e, com isso, trazendo um grande benefício à sociedade que se verá livre desta rede de tráfico, abrandará um pouco mais a preocupante e crescente onda de criminalidade que assola os bens jurídicos coletivos. Com efeito, diante das circunstâncias do caso em apreço, a ilicitude da prova deve ser rechaçada a fim de que a sociedade possa prevenir-se de um mal maior, a impunidade.

O SFT, no Habeas Corpus 70.814-5, prolatou acórdão nos seguintes termos:

A administração penitenciária, com fundamento em razões de segurança pública, pode, excepcionalmente, proceder à interceptação da correspondência remetida pelos sentenciados, eis que a cláusula da inviolabilidade do sigilo epistolar não pode constituir instrumento de salvaguarda de práticas ilícitas⁶⁷.

A situação acima descrita preconiza uma das hipóteses em que pode ocorrer a aceitação da prova proibida em prol da sociedade, porém, vale analisar mais um exemplo, desta vez, quando o cidadão está na qualidade de acusado, sofrendo a persecução penal, haja vista que, no caso supra, ele se encontra na condição de condenado, na fase de execução da pena.

Para atingir tal desiderato, utilize-se um exemplo baseado no que fora registrado no tópico antecedente, concernente ao direito à intimidade.

Supõe-se que o Ministério Público interpõe uma ação penal por crime de homicídio em desfavor de "X", com base em uma prova, colhida ilicitamente, capaz de atestar cabalmente que "X" desferiu mais de 20 golpes de faca sobre a vítima e, sendo que o laudo cadavérico constatou que, esta veio a falecer em decorrência das facadas.

No caso sob exame, o interesse direto pela condenação do criminoso seria da família da vítima, mas, por via reflexa, a sociedade, como um todo, seria beneficiada com a sanção cominada a "X", que matou a vítima, tirando-lhe um dos direitos fundamentais mais basilares, até acima da Constituição, por pertencer ao direito natural, que é o direito à vida.

Consoante o exposto no tópico anterior, o insigne doutrinador, Alexandre de Moraes, afirma que somente será admitida a proporcionalidade *pro reo*. Todavia, oportuno consignar a lição do referido jurista, que preceitua:

Exemplificando, poderíamos apontar a possibilidade de utilização de uma gravação realizada pela vítima, sem o conhecimento de um dos interlocutores, que comprovasse a prática de um crime de extorsão, pois o próprio agente criminoso, primeiramente, invadiu a esfera de liberdades públicas da vítima, ao ameaçá-la e coagi-la. Essa, por sua vez, em legítima defesa de suas liberdades públicas, obteve uma prova necessária para responsabilizar o agente (...)⁶⁸.

Examinado o exemplo supra, constata-se que a hipótese, peremptoriamente, não se trata da aplicação do princípio da proporcionalidade em favor do réu, tendo em vista que, o jurista em evidência está explanando acerca da possibilidade da convalidação das provas ilícitas com o fito de defender as liberdades públicas, situação em que se caracteriza uma espécie de legítima defesa e, portanto, aduz sobre a possibilidade de admitir a prova vedada no processo penal, mesmo que seja em face do acusado.

Prosseguindo-se com o exemplo do agente "X", caso o magistrado decida pela admissibilidade da prova proibida, utilizando a proporcionalidade, não restará dúvida de que "X" será condenado pela infração cometida e, conseqüentemente, dar-se-á relevância ao bem jurídico maior no presente caso, a vida, perfazendo-se a verdadeira justiça.

Obviamente, na circunstância aludida, não é só a vítima do crime perpetrado pelo agente que será privilegiada pela admissão da prova ilícita, mas, indiretamente, toda a sociedade.

Ancorando-se na mesma vertente, e se o agente que praticou o crime de extorsão fizer parte de uma quadrilha que, corriqueiramente, utiliza destes atos deletérios criminosos para locupletar-se em detrimento do cidadão de bem. Certamente, com a aceitação de tal prova e, conseqüentemente, pelo processo e condenação dos bandidos, a sociedade, sem dúvida, acabará agraciada com a prisão da quadrilha.

No entanto, somente uma doutrina minoritária defende a possibilidade de admitir a prova proibida *pro societate*.

O grande jurista, Barbosa Moreira, é um defensor veemente desta corrente.

Ele entende que, a busca pelo equilíbrio entre a supressão da prova vedada e a necessidade que o interesse público tem de assegurar ao processo um fim justo, é difícil, quicá impossível.

Uma das grandes críticas levantadas à situação da prova ilícita em desfavor do réu, seria que este, por ser muito frágil e despreparado diante do arcabouço de que se reveste o Estado, detentor do direito de punir, o munido dos mais eficientes aparelhos de repressão ao crime, merecia uma maior proteção contra abusos e atos arbitrários. Tem-se aqui, uma visão do réu em caráter de vulnerabilidade em relação ao Estado.

Rebatendo a esta crítica, Barbosa Moreira, citado por Denílson Feitoza Pacheco, aduz:

O raciocínio é hábil e, em condições normais dificilmente se contestará a premissa da superioridade de armas da acusação. Pode suceder, no entanto, que ela deixe de refletir a realidade em situações de expansão e fortalecimento da criminalidade organizada, como tantas que enfrentam as sociedades contemporâneas. É fora de dúvida que atualmente, no Brasil, certos traficantes de drogas estão muito mais bem armados que a polícia e, provavelmente não lhes será mais difícil que a ela, nem lhes suscitará maiores escrúpulos, munir-se de provas por meios ilegais. Exemplo óbvio é o da coação de testemunhas nas zonas controladas pelo narcótico: nem passa pela cabeça de ninguém a hipótese de que algum morador da área declare à polícia, ou em juízo, algo diferente do que lhe houver ordenado o "poderoso chefão" local⁶⁹.

"Em verdade, assiste razão o argumento supra, posto que, hodiernamente, assistimos a uma crescente expansão da criminalidade organizada, dando azo a uma sociedade do crime", ante a infiltração, cada vez mais relevante, dos criminosos em vários setores da sociedade.

A jurisprudência esmagadora, também se inclina para a aplicação da proporcionalidade em favor do réu. Porém, o STJ, em uma decisão surpreendente, admitiu a prova ilícita *pro societate*, nos termos seguintes:

PROCESSUAL PENAL – RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA – ESCUTA TELEFÔNICA – ORDEM JUDICIAL – PROVA – DESENTRANHAMENTO – CF/88, ART. 5º, LVI: "Constitucional e Processual Mandato de Segurança. Escuta telefônica com ordem judicial. Réu condenado por formação de quadrilha amada, que se acha cumprindo pena em penitenciária, não tem como invocar direitos fundamentais próprios do homem livre para desentranhar prova (decodificação de fita magnética) feita pela polícia. O inciso LVI do art. 5º da Constituição, que fala que '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 precedentes do Supremo Tribunal Federal, não é tranqüila. Sempre é invocável o princípio da 'razoabilidade' ('reasonableness'). O 'princípio da exclusão das provas ilicitamente obtidas' ('exclusionary rule') também lá pede temperamentos. Recurso ordinário improvido"⁷⁰.

Não se trata de condenar a admissibilidade da prova proibida em favor do acusado, haja vista que, em determinados casos, certamente, esta será a melhor medida a ser tomada pelo Magistrado. O próprio Barbosa Moreira afasta a idéia de repúdio à aplicação da proporcionalidade *pro reo*, mas, de acordo com o acima exarado. Alerta para a existência de casos em que, evidentemente, o julgador deverá seguir o caminho oposto e decidir em defesa da sociedade.

66- CAPEZ, 2006, p. 38-39 passim.

67- SFT, HC 70. 814-5, rel. Min. Celso de Mello, DJU, 24 jun. 1994, p. 16649.

3.5- ASPECTOS PROCESSUAIS DA LEI 9.296/96

3.6-CONSIDERAÇÕES SOBRE A LEI 9.296/96: FINALIDADES.

Visando harmonizar as controvérsias nos tribunais, bem como atender aos reclamos de setores jurídicos doutrinários, foi editada a Lei 9.296 de 24.07.96, aos quais veio regulamentar o inc. XII, parte final, do art. 5º Carta Magna de 1988; até então, prevalecia na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que o Código Brasileiro de Telecomunicações não fora recepcionado pela Constituição, bem como, o entendimento de que havia necessidade de lei, devido à redação do inc. XII, parte final do art. 5º, que permitia a interceptação *“na forma da lei e nos casos previstos em lei”*. Aqui o legislador constituinte estabeleceu as restrições ao direito de intimidade, através de uma lei infraconstitucional.

O art. 1º explicita a finalidade de aplicação da lei: *Interceptação de Comunicações Telefônicas, de Qualquer Natureza, e Interceptação de Comunicações em Sistemas de Informática e Telemática*.

Antonio Fernandes esclarece:

(...) ao se referir às interceptações de comunicações telefônicas de qualquer natureza, abrange aquelas feitas por terceiro, com ou sem consentimento de um dos interlocutores. Não abarca a gravação de conversa telefônica por um interlocutor sem o conhecimento do outro, que fica fora do regime da lei, sendo permitida como prova quando houver justa causa, como sucede nas gravações em caso de seqüestro: conversas entre os seqüestradores e familiares da vítima⁷¹.

Com relação à interceptação do fluxo de comunicações em sistema de informática e telemática, a telemática engloba qualquer uma das modalidades de telecomunicação, interagindo com o computador. Neste caso específico, só são admitidas aquelas feitas pelo sistema modem, como a exclusão de entrada em computador alheio, para acesso aos dados nele registrados, pois configura flagrante de violação do direito de intimidade.

3.7-PROVA EM INVESTIGAÇÃO CRIMINAL E INSTRUÇÃO PROCESSUAL: A QUESTÃO DA PROVA EMPRESTADA

Atualmente, a doutrina processual moderna vê o processo pela perspectiva de um todo, formando uma unidade, sendo que os ramos dicotômicos do processo civil e penal visam uma compreensão didática. Entretanto, é visível o tratamento diferenciado às interceptações telefônicas, por força do art. 5º, inc. XII, da Constituição Federal, onde o legislador constituinte estabeleceu diferença entre o processo civil e o penal, expressando taxativamente que só será admissível a interceptação para fins de investigação penal e instrução processual penal.

Cumpra observar que as razões desta diferença ainda não estão muito bem esclarecidas. Alguns doutrinadores entendem que o processo civil busca a verdade formal, e que o processo penal, a verdade material.

71- FERNANDES, Antonio Scarance. *Provas Ilícitas e Reforma Pontual*, p. 54.

Roberto de Vasconcelos sabiamente diz:

*(...) a diferença estabelecida na Constituição entre o tratamento das interceptações em sede de processo civil e penal, igualmente não resiste quando exposta a questões como a da prova emprestada e a da execução civil da sentença penal condenatória transitada em julgado. Quando à última, não será possível discutir mais a questão da prova, pois já há o manto da coisa julgada*⁷².

Ada Grinover, em seu magistério, conceitua: *“entende-se por prova emprestada, aquela que é produzida num processo para nele gerar efeitos, sendo depois transportada documentalmente para outro, visando a gerar efeitos em processo distinto”*⁷³.

E, em seguida, acrescenta:

*(...) a prova emprestada, somente poderá surtir efeito, se originalmente colhida em processo entre as mesmas partes no processo originário. A esse primeiro indispensável requisito constitucional de admissibilidade, há que acrescentar outro, em face do princípio constitucional do juiz natural, enquanto juiz competente para processar e julgar (art. 5º, inc. LIII da Constituição Federal)*⁷⁴.

O Supremo Tribunal Federal, por votação unânime, indeferiu o pedido de *Habeas Corpus* 78.749/MS, 1ª Turma, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, DJ 25.06.1999; ementa:

Prova emprestada e garantia do contraditório. *A garantia constitucional do contraditório – ao lado, quando for o caso, do princípio do juiz natural – é o obstáculo mais frequentemente oponível à admissão e à valoração da prova emprestada em outro processo, no qual pelo menos, não tenha sido parte aquele contra quem se pretenda fazê-la valer; por isso mesmo, no entanto, a circunstância de provir a prova de procedimento, a que estranho, a parte contra qual se pretende utilizá-la só tem relevo, se cuida de prova que – não fora o seu traslado para o processo, nele se devesse produzir no curso da instrução contraditória, com a presença e a intervenção das partes (...)*⁷⁵.

Concordamos com Antonio Fernandes, quando afirma:

(...) a área de atuação da lei é exclusivamente criminal, sendo possível a interceptação na fase de investigação policial e durante a instrução processual. Não pode a prova obtida ser, por isso mesmo, utilizada em processo não criminal como prova emprestada. Será, contudo, cabível seu uso em outro processo criminal em relação ao mesmo réu, porque não haverá ofensa ao princípio do contraditório⁷⁶.

72- VASCONCELOS, Roberto Prado de. **Provas Ilícitas** (Enfoque Constitucional), p.479.

73- GRINOVER, Ada Pellegrini. **Prova Emprestanda**, p.66.

74- *Idem, ibidem*

75- Disponível em: <http://www.sft.org.br>. Acesso em: 13 out. 2002.

76- FERNANDES, Antonio Scarance. **Prova Ilícitas e Reforma Pontual**, p.54.

3.8- PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE: NATUREZA DA INTERCEPTAÇÃO E O ART. 2º DA LEI 9.296/96

As interceptações, quando legalmente autorizadas, o que exclui a ilicitude da prova, são enquadradas pela doutrina processual como *in re* e consideradas como meio de apreensão imprópria. O provimento que autoriza a interceptação tem caráter cautelar, visando a assegurar as provas, pela fixação dos fatos, exatamente como se apresentam no momento em que ocorrem, e o próprio resultado do processo⁷⁷. O art. 2º diz

Art. 2º não será admitida a interceptação de comunicações telefônicas quando ocorrer qualquer das seguintes hipóteses:

I – Não houver indícios razoáveis da autoria ou participação em infração penal;

II – A prova puder ser feita por outros meios disponíveis;

III – O fato investigado constituir infração penal punida, no mínimo, com pena de detenção.

Parágrafo único *Em qualquer hipótese deve ser descrita com clareza a situação objeto da investigação, inclusive com a indicação e qualificação dos investigados, salvo impossibilidade manifesta, devidamente justificada.*

A lei padece de vícios técnicos, quando no art. 2º, optou pela redação negativa, elencando os casos de não admissibilidade da interceptação, em vez de indicar taxativamente onde seria cabível.

Por ser a interceptação uma providência de natureza cautelar, não é admitida quando não satisfizer aos pressupostos do *fumus boni iuris* (inc. I) ou aparência do bom direito, que nesta modalidade exige probabilidades de autoria e existência de infração penal, e do *periculum in mora* (inc. II), o perigo de ser perdida a prova sem a interceptação, onde diz se *a prova puder ser feita por outros meios*, isto deixa claro que a invasão na intimidade é feita somente em casos excepcionalíssimos.

Na redação da Lei 9.296/96, art. 2º, incs. I e II, o legislador utilizou-se de termos indeterminados como: indícios razoáveis e outros meios disponíveis. *“Estes conceitos*

*indeterminados existentes na previsão normativa, não têm outra função que não seja a de tornar determinado, com a sua aplicação ao caso concreto*⁷⁸. Porque a administração está vinculada não só ao fim (em vista do qual pratica o ato), mas também à melhor aplicação do conceito. Em suma, essa margem de discricionariedade dada pelo legislador ao juiz, além de estar vinculado, é para dar efetividade normativa, quando aplicado ao caso concreto.

Luis Alberto David Araujo e Vidal Serrano Nunes Júnior, nesta mesma linha de raciocínio, na perspectiva de máxima efetividade dos direitos fundamentais, asseveram: *“veja-se, no ponto, que a Constituição Federal, ao tratar do tema, cercou-o de cuidados, exigindo não só a reserva legal, mas também a jurisdicional*⁷⁹. Assim, esses requisitos de relevância do crime investigado, necessidade do meio de prova especial de indícios razoáveis de autoria, devem ser submetidos ao prudente arbítrio judicial, que, na dúvida quanto à presença de um deles, deve optar pela medida menos onerosa à esfera individual.

O inc. III estabelece que só será possível a interceptação em crime punido com reclusão. Parte da doutrina considera exagerada essa previsão somente de reclusa; nesta linha de pensamento, Antonio Fernandes se expressa: *“(...) ora, a interceptação é meio de obtenção de prova e, assim, tanto pode ser útil em crimes de maior ou menor gravidade e, por isso, mais importante seria determinar quais as infrações em que a interceptação pode constituir-se em valioso meio de investigação ou instrução processual*⁸⁰.

3.9- PROCEDIMENTO DA LEI 9.296/96: REQUERIMENTO, INTERCEPTAÇÃO EX OFFICIO, EXIGÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO DO PEDIDO, UTILIZAÇÃO DA GRAVAÇÃO E O ART. 3º E SS.

É perfeitamente admissível a iniciativa de ofício ou requerimento da autoridade policial ou do Ministério Público. Antes de ser instaurado o processo, ou durante o processo. Quer por determinação de ofício quer por requerimento, deverá ser descrita com clareza a situação objeto da investigação, incluindo-se a identificação e qualificação dos investigados, salvo impossibilidade manifesta, devidamente justificada.

No pedido de interceptação, que pode ser escrito ou verbal (reduzido a termo), deverão constar a demonstração de sua necessidade e dos pressupostos de sua ilicitude, com a indicação dos meios a serem empregados.

A decisão judicial, devidamente fundamentada sob pena de nulidade, indicará a forma de execução da diligência, (art. 5º) a qual não extrapolará o prazo de 15 dias, renováveis por mais dias, uma vez comprovada a indispensabilidade do meio de prova.

A autoridade policial conduzirá as diligências dentro dos parâmetros estabelecidos pelo juiz, dando ciência ao Ministério Público, que poderá acompanhar a sua realização. A escuta das comunicações interceptadas poderá, ou não, ser gravada. Em qualquer caso, concluída a diligência, deve a autoridade encaminhar o resultado ao juiz, acompanhado de auto circunstanciado que deverá conter o resumo das operações realizadas

77- GRINOVER, Ada Pellegrini. **Nova Tendência do Direito Processual**, p. 64.

78- SOUZA, Antonio Francisco de. **Conceitos Indeterminados no Direito Administrativo**, p. 80.

79- ARAUJO, Luis Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**, p. 101-102.

80- FERNANDES, Antonio Scarance. **Provas Ilícitas e Reforma Pontual**, p. 56.

Devem ser mantidas em absoluto sigilo, as diligências, gravações e transcrições (art. 8º, *caput*). O sigilo das interceptações não se aplica a terceiros, pessoas não envolvidas, isto não quer dizer que o Ministério Público, o indiciado, ou seu advogado, possam ter acesso ao material gravado.

A inutilização (art. 10) poderá, e deverá ser feita sobre parte da gravação que não interessar à prova. É cabível para as partes, o recurso de apelação na hipótese do art. 593, II, do Código Processo Penal, da decisão que determina, ou não, em caráter definitivo a inutilização.

O art. 10 da Lei 9.296/96 considerou criminosas as atividades de interceptação das comunicações telefônicas, ou quebrar o segredo de justiça, sem autorização judicial. Isto está relacionado com a natureza das normas relativas ao procedimento, que, segundo o princípio da instrumentalidade das formas, existem em função de resguardo de determinados bens jurídicos.

3.10- PROVA ILÍCITA OBTIDA NO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO (INQUÉRITO POLICIAL)

Se a prova ilícita foi obtida no inquérito policial, incidirá em duas possibilidades: a) a prova é condição *sine qua non* para o oferecimento da denúncia que, sem ela, não pode ser realizada; ou, b) a prova não impediria a acusação porque havia outros elementos que a justificavam.

Antonio Fernandes esclarece:

*(...) na primeira hipótese, como o Ministério Público sem a prova não conseguiria acusar, o desentranhamento impossibilitará a sua renovação e, assim, pode a parte requerer, deste logo o trancamento do inquérito policial por falta de justa causa para a investigação. Isso pode suceder, por exemplo, quando a apreensão de substância entorpecente foi feita por meio ilícito, pois, sem essa apreensão, considerada ilícita, não haverá como demonstrar a materialidade do crime. Se o juiz negar o **habeas corpus**, cabe recurso em sentido estrito (art. 581, inc. X do Código de Processo Penal)⁸¹.*

O inquérito policial será arquivado, se caso não for impetrado o *writ* pela parte, com o respectivo desentranhamento da prova. Entretanto, havendo acusação, pode o réu impetrar *habeas corpus*, uma vez demonstrada a ilicitude da prova, requerer o seu desentranhamento com o conseqüente trancamento da ação penal por falta de justa causa.

3.11- VALORAÇÃO DA PROVA ILÍCITA NO PROCESSO PELO JUIZ: POLÊMICA SOBRE A INTERCEPTAÇÃO EX OFFICIO

A prova pode ser ilícita em três circunstâncias: em virtude da ilicitude do próprio meio, se este não está em sintonia com a moderna processualística do processo justo, em profundo respeito à dignidade da pessoa humana; quando impossível a sua produção, por se tratar de atos imorais; quando na gênese, padece do vício da ilicitude.

81- Ibidem, p. 66.

A Constituição Federal de 1988 no art. 5º, inc. LVI, expressou taxativamente que não serão admitidas no processo, as provas obtidas por meios ilícitos.

Antonio Scarance Fernandes assevera:

*(...) se a prova é obtida após a denúncia ou queixa, a questão da ilicitude será proposta nas alegações finais, ou através de petição. Acolhida a alegação, deve o juiz, conforme preconizado, determinar o desentranhamento da prova antes da sentença, a fim de evitar que possa influir no julgamento da causa. Não aceita a arguição de ilicitude, se o réu ficar prejudicado poderá impetrar **habeas corpus** para obter o desentranhamento da prova antes da decisão. Não há recurso previsto para o Ministério Público, caso tenha efetuado o requerimento de desentranhamento de prova ilícita. E acrescenta: Se a prova permanecer nos autos e o juiz proferir sentença, poderão as partes impugná-la mediante apelação, levantando nas razões, como matéria preliminar, a questão da ilicitude. Para o tribunal, variam as soluções. Sendo recurso de sentença condenatória interposta pelo réu, se, em virtude do desentranhamento, a prova se torna frágil, deve o réu ser absolvido; não, contudo se, apesar da retirada da prova, ainda há meios para manter a condenação. Quando se trata de recurso de absolvição, entendendo o Ministério Público que a prova produzida pelo réu é ilícita, o tribunal levará em conta o reflexo do desentranhamento: se excluída a prova, os elementos dos autos permitiriam a condenação, a sentença seria reformada; não, todavia, se a situação se mantiver inalterável sem a prova ilícita, pois há outros meios razoáveis para a absolvição⁸².*

No caso das interceptações telefônicas, é muito questionável a inconstitucionalidade do *caput* do art. 3º da Lei 9.296/96, onde possibilita ao juiz determinar a *escuta* de ofício. Lenio Luiz Streck comenta:

(...) ora, tal previsão ofende os mais mezinhos princípios processuais. Aliás, registre-se que equivoco deste quilate – juiz que toma a iniciativa da prova – já tinha sido cometido pelo mesmo ‘legislador’ quando, de afogadilho, aprovou a lei do combate ao crime organizado, circunstância que a levou à absoluta ineficácia. Desnecessário lembrar que, mesmo sendo o princípio da imparcialidade uma ficção, tem este a função de garantir às partes que o juiz não se compromete, de antemão, com nenhum dos contentores⁸³.

Tal entendimento não escapou à percuciente análise de Luiz Flávio Gomes, que, quanto à inconstitucionalidade da *escuta de ofício*, escreveu:

(...) não constitui obstáculo ao que vem sendo sustentado (inconstitucionalidade do art. 3º, no ponto em que vem permite a determinação da interceptação telefônica ‘de ofício’ de juiz) o disposto no art. 156 do Código de Processo Penal: ‘A prova da alegação incumbirá a quem a fizer; mas o juiz poderá, no curso da instrução, ou antes, de proferir sentença, determinar, de

ofício, diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante'. Cabe observar, desde logo, que o texto legal em destaque não permite que o juiz tome a 'iniciativa' na produção da prova. Só autoriza diligências para 'dirimir dúvida' sobre ponto relevante⁸⁴.

82- *Ibidem*, p. 66-67.

83- STRECK, Lenio Luiz. *As Intercepções Telefônicas e os Direitos Fundamentais*, p.81.

84-CERVINE, Raul; GOMES, Luiz Flávio. *Intercepção Telefônica: Lei nº 9.296/96*, p. 207.

Observa-se pela dicção do art. 156 do Código de Processo Penal, que este não confere total discricionariedade ao juiz para a arregimentação da prova. Mesmo porque, o ônus da prova cabe a quem alega. O juiz age supletivamente, para esclarecer eventual dúvida nascida exatamente no momento da valoração da prova já fixada em juízo.

A valoração do conteúdo da prova passará necessariamente, pelo sistema da persuasão racional, o confronto com as demais provas e, inclusive, a confiabilidade de quem a colheu. No caso de intercepção, observar-se-á a idoneidade técnica da prova, no caso de gravação, não fica excluída a possibilidade de perícia para a identificação de vozes e para a verificação da integridade e autenticidade da fita, tudo isto passa filtrado pelo juízo da legalidade.

3.12- OS EFEITOS DA ADMISSIBILIDADE DA PROVA ILÍCITA: SUA INEFICÁCIA

Como já visto anteriormente, a Constituição Federal consagrou a vedação expressa da inadmissibilidade da prova obtida por meios ilícitos. Não estabeleceu nenhum dispositivo explicitando sancionalmente, a possibilidade, embora, proibida, da prova que fora admitido, vindo a ser introduzida no processo.

Em sentido contrário, estabelece o Código de Processo Penal italiano, no seu art. 191, cujo termo inutilizabilidade descreve dois aspectos do mesmo fenômeno. O primeiro aspecto indica o *vício*, que pode conter o ato viciado é submetido, ou melhor, explicitando, a não possibilidade de ser utilizada como valoração pelo juiz.

Paolo Tonini, seguindo esta linha de raciocínio, alega:

(...) a proibição idônea a gerar a inutilizabilidade é somente aquela prevista por uma norma processual. Isso pode ser extraído do 'nomem juris' do art. 191 do Código de Processo Penal, que se refere às provas ilegitimamente adquiridas. Se a proibição tivesse como objeto a violação de uma lei penal substancial, teria sido utilizada a expressão 'prova ilicitamente adquirida'. Em contrapartida, o nomem iuris do art. 191, refere-se às provas 'ilegitimamente adquiridas'. Portanto, as provas obtidas por meio de violação de uma norma da lei penal substancial (denominadas provas ilícitas) são, em regra, utilizáveis; tornam-se inutilizáveis se for violada uma norma processual específica que disponha nesse sentido (exemplo: art. 188 do Código de Processo Penal)⁸⁵.

Na Espanha, o art. 11.1 da lei orgânica do poder judiciário, dispõe:

*Art. 11.1 No surtirán efecto las pruebas obtenidas directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales. El secreto de la comunicaciones, garantizado en el artículo 18.3 de la Constitución española se encuentra dentro de la sección que se ocupa de los derechos fundamentales y de las libertades públicas*⁸⁶.

Ada Pellegrini Grinover, em magistral lição sobre os princípios gerais de atipicidade constitucional que norteiam a hermenêutica, leciona: “ *já se afirmou que a atipicidade constitucional, com relação às normas de garantia, acarreta, em regra, como consequência, sanção de nulidade ‘absoluta’*”. E prossegue: “*O menos que se poderia dizer, portanto, é que o ingresso da prova ilícita no processo, **contra constitutionem**, importa a nulidade absoluta dessas provas, que não podem ser tomadas como fundamento por nenhuma decisão judicial*”⁸⁷.

No colendo Supremo Tribunal Federal, o Ministro Celso de Mello, em voto assim se expressou: “*(...) a prova ilícita é prova inidônea. Mais do que isso prova ilícita é prova imprestável. Não se reveste, por explícita razão, de qualquer aptidão jurídico-material. Prova ilícita, sendo providência instrutória eivada de inconstitucionalidade, apresenta-se destituída de qualquer grau, por mínimo que seja, de eficácia jurídica*”⁸⁸.

Embora haja proibição expressa referente à inadmissibilidade da prova ilícita, a Constituição não estabeleceu sanção, como consequência, à prova ilícita que for introduzida o processo. O legislador constituinte inseriu a nulidade como efeito somente para as decisões judiciais, não fundamentadas (*vide* item 3.6, *supra*), conforme dicção do art. 93, inc. IX da Constituição Federal.

85- TONINI, Paolo. **A Prova no Processo Penal Italiano**, p. 77-78.

86- MAILLO, Alfonso Serrano. **Valor de las Escuchas Telefônicas como Prueba em el Sistema Español: Nulidade de la Prueba Obtenida llegalmente**, p. 17-18.

87- FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; GRINOVER, Ada Pellegrini. **As Nulidades no Processo Penal**, p. 125.

88- Ação Penal 307-3/DF, Relator Ministro Celso de Mello. Disponível em: <http://www.pge.sp.gov.br>>. Acesso em: 10 out. 2002.

LEI Nº 9296. DE 24 DE JULHO DE 1996.

Regulamenta o inciso XII, parte final do artigo 5º da Constituição Federal.

Art. 1º A interceptação de comunicações telefônicas, de qualquer natureza, para prova em investigação criminal e em instrução processual penal, observará o disposto nesta Lei e dependerá de ordem do juiz competente da ação principal, sob sigredo de justiça.

Parágrafo único. O disposto nesta Lei aplica-se à interceptação do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática.

Art. 2º Não será admitida a interceptação de comunicações telefônicas quando ocorrer qualquer das seguintes hipóteses:

- I - não houver indícios razoáveis da autoria ou participação em infração penal;
- II - a prova puder ser feita por outros meios disponíveis;
- III - o fato investigado constituir infração penal punida, no máximo, com pena de detenção.

Parágrafo único. Em qualquer hipótese deve ser descrita com clareza a situação objeto da investigação, inclusive com a indicação e qualificação dos investigados, salvo impossibilidade manifesta, devidamente justificada.

Art. 3º A interceptação das comunicações telefônicas poderá ser determinada pelo juiz, de ofício ou a requerimento:

- I - da autoridade policial, na investigação criminal;
- II - do representante do Ministério Público, na investigação criminal e na instrução processual penal.

Art. 4º O pedido de interceptação de comunicação telefônica conterá a demonstração de que a sua realização é necessária à apuração de infração penal, com indicação dos meios a serem empregados.

§ 1º Excepcionalmente, o juiz poderá admitir que o pedido seja formulado verbalmente, desde que estejam presentes os pressupostos que autorizem a interceptação, caso em que a concessão será condicionada à sua redução a termo.

§ 2º O juiz, no prazo máximo de vinte e quatro horas, decidirá sobre o pedido.

Art. 5º A decisão será fundamentada, sob pena de nulidade, indicando também a forma de execução da diligência, que não poderá exceder o prazo de quinze dias, renovável por igual tempo uma vez comprovada a indispensabilidade do meio de prova.

Art. 6º Deferido o pedido, a autoridade policial conduzirá os procedimentos de interceptação, dando ciência ao Ministério Público, que poderá acompanhar a sua realização.

§ 1º No caso de a diligência possibilitar a gravação da comunicação interceptada, será determinada a sua transcrição.

§ 2º Cumprida a diligência, a autoridade policial encaminhará o resultado da interceptação ao juiz, acompanhado de auto circunstanciado, que deverá conter o resumo das operações realizadas.

§ 3º Recebidos esses elementos, o juiz determinará a providência do art. 8º, ciente o Ministério Público.

Art. 7º Para os procedimentos de interceptação de que trata esta Lei, a autoridade policial poderá requisitar serviços e técnicos especializados às concessionárias de serviço público.

Art. 8º A interceptação de comunicação telefônica, de qualquer natureza, ocorrerá em autos apartados, apensados aos autos do inquérito policial ou do processo criminal, preservando-se o sigilo das diligências, gravações e transcrições respectivas.

Parágrafo único. A apensação somente poderá ser realizada imediatamente antes do relatório da autoridade, quando se tratar de inquérito policial (Código de Processo Penal, art.10, § 1º) ou na conclusão do processo ao juiz para o despacho decorrente do disposto nos arts. 407, 502 ou 538 do Código de Processo Penal.

Art. 9º A gravação que não interessar à prova será inutilizada por decisão judicial, durante o inquérito, a instrução processual ou após esta, em virtude de requerimento do Ministério Público ou da parte interessada.

Parágrafo único. O incidente de inutilização será assistido pelo Ministério Público, sendo facultada a presença do acusado ou de seu representante legal.

Art. 10. Constitui crime realizar interceptação de comunicações telefônicas, de informática ou telemática, ou quebrar segredo da Justiça, sem autorização judicial ou com objetivos não autorizados em lei.

Pena: reclusão, de dois a quatro anos, e multa.

Art. 11. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 12. Revogam-se as disposições em contrário.

3.13 – INSTRUMENTO DE COMBATE À VIOLÊNCIA

A doutrina e jurisprudência brasileira estão muito sintonizadas com as garantias processuais, o que justifica o posicionamento garantístico preponderante nos tribunais. Por outro lado, a sociedade está muito angustiada diante da crescente escalada da violência e das atividades de organizações criminosas. Este fenômeno tem como pano de fundo as exclusões sociais, a hipertrofia e a corrupção estatal. Só no Brasil, são cerca de 50 milhões de excluídos.

Neste avanço progressivo da criminalidade, a sociedade clama por leis penais e processuais mais rigorosas, setores mais exaltados exigem a pena de morte, outros partem para o linchamento em praça pública; no exercício arbitrário das próprias razões, é inquestionável que vivemos em plena guerra civil.

Se de um lado, temos um aparato policial preventivo despreparado, e em desvantagens aos sofisticados meios que dispõem as organizações criminosas. Por outro lado, temos uma polícia judiciária que pelas competências, deveriam dar efetividade às regras constitucionais, as quais, na apuração dos crimes, utiliza-se de metodologias que afrontam as leis e atentam contra a Constituição.

Diante deste quadro dantesco, a Doutora Ada Pellegrini Grinover chama a atenção enfatizando:

(...) no conflito entre a posição das especialistas e a pressão popular – alimentada por uma imprensa alarmista e sensacionalista –, o legislador brasileiro, principalmente a partir de 1990, preferiu dar satisfação à sociedade civil, tendo produzido leis penais e processuais extremamente rigorosas, freqüentemente desarmônicas (enquanto fruto de circunstâncias contingências)⁹⁹ numa linha páleo-repressiva de políticas criminais duras, tendo por base, o mito da eficiência da repressão da lei penal¹⁰⁰.

É gravíssima a atuação do crime organizado no Brasil, narcotraficantes têm poderes de vida e de morte sobre populações indefesas, a indústria dos seqüestros aterrorizam, a exploração de menores facilitam as atividades dessas organizações, e os chamados *crimes do colarinho branco* que juntamente com o narcotráfico, formam uma rede internacional, onde se transferem vultosas cifras através da *lavagem de dinheiro*.

A polícia está desaparelhada em face do poderio das organizações criminosas. O sistema carcerário é extremamente corrupto. O Ministério Público não dispõe de meios operacionais de forma global, face ao combate da criminalidade. Graves esquemas de corrupção dentro dos órgãos policiais, ainda, a atuação de ex-policiais que se vinculam incontinentes às atividades criminosas, dando ao quadro uma moldura apocalíptica.

Na busca de soluções para o problema, foram editadas diversas leis, onde o legislador tenta anular a atuação das organizações criminosas. Entre estas, está a Lei 9.034/95, fora muito festejada pela mídia, que acreditava que ela ensejaria a instauração de uma *Operação Mãos Limpas* em nosso país, nos moldes da operação já realizada na Itália. Contraditando tal pretensão, Frederico Nogueira se expressa:

(...) uma operação em tal sentido, nos rincões brasileiros, não teria condições de funcionamento nos mesmos moldes, peninsulares; em primeiro lugar, porque o Ministério Público de nosso país, infelizmente, não possui estrutura nem meio legais e administrativos para um combate eficiente e adequado àquilo que se convencionou chamar de crime organizado. Em seguida acrescenta: entendo que uma operação nacional destinada ao dismantelamento das organizações criminosas prescindiria, antes de tudo, de um novo Código de Processo Penal, não bastando remendos legislativos⁹¹. Como os que vêm ocorrendo há alguns anos, num processo de transformação do atual Código de Processo Penal – que é de 1941 – em verdadeira ‘colcha de retalho’, despida de sistematização e de rigor científico⁹².

Na Itália, essa operação moralizadora só foi possível depois da promulgação do novo Código de Processo Penal, incorporando a legislação referente ao combate à Máfia e ao terrorismo.

O combate à criminalidade passa, necessariamente, pelo fortalecimento das instituições públicas, que estão diretamente ligadas ao seu combate. Observa-se que a estratégia das organizações criminosas consiste na paralisação do braço que há de combatê-la, corrompendo todo o aparato estatal envolvido.

Podemos distinguir dois tipos de criminalidade: a organizada e a de massas. Neste sentido, Winfried Hassemer assevera: *“Estas tienen em sus condiciones de origem muy poco que ver entre sí y requieren estrategias diferentes de prevención y represión. Esta diferenciación puede también disminuir la presión dirigida a la agravación de las medidas que existen actualmente em el ámbito del combate de la criminalidad organizada”⁹³.*

Hassemer defende o posicionamento de que, a segurança da população e o crescente temor ante o delito são influenciados, em maior medida, pela criminalidade de massas (roubos em casas e veículos, assaltos nas ruas, violência entre jovens e estranhos) e muito menos pela criminalidade organizada, a qual, todavia, representa um fenômeno obscuro e que apenas afeta a experiência cotidiana. Em seqüência, enfatiza: *“(...) o aumento e agravação dos instrumentos jurídicos de combate estão dirigidos à criminalidade organizada e não contra a criminalidade de massas. A justificação de sua existência é justificada, no âmbito da política, de ameaça procedente da criminalidade organizada”⁹⁴.*

No Brasil, tem sido muito desigual o combate à criminalidade, entre os órgãos de persecução estatais e as organizações criminosas. A mídia vem todos os dias falando do poder paralelo dos narcotraficantes. Hodiernamente, toda sociedade brasileira está pagando pelos desmandos administrativos de um poder estatal que sempre vagou à deriva das vantagens e das propinas, e esqueceu as políticas sociais eficientes, que teriam evitado as exclusões sociais desumanas, as quais estão submetidas as populações periféricas das grandes metrópoles e da zona rural.

Este fenômeno do empobrecimento é internacional; cada vez mais, a riqueza está se concentrando em mãos de poucos. As controvérsias entre trabalho e capital estão longe de se equacionarem.

Guerra Filho, seguindo esta linha de raciocínio, questiona:

(...) diante desse quadro, que esperança se pode ter na redenção do gênero humano de um trabalho alienante que é obrigado a fazer – quando ainda se tem a felicidade de encontrá-lo, para não se ver constrangido a realizar atividades criminosas –, satisfazendo assim necessidades básicas? Que alternativa se oferece para que o ‘fim do mundo e do trabalho’ não

resulte em extermínio do trabalhador? Não há uma resposta pronta para estas questões. Só nos resta o exercício constante da crítica à situação, tal como ela se nos apresenta, para com isso, tentar revertê-la⁹⁵.

E acrescenta o consagrado mestre cearense:

(...) talvez nunca se colocou de forma tão clara, a opção entre socialismo (= fim do capitalismo) ou barbárie (= fim do mundo) como agora, quando parece não haver outra alternativa ao capitalismo. Isso assusta, mas não nos pode imobilizar. Tentemos compreender melhor a situação em que nos encontramos, explorando as possibilidades explicativas de concepções teóricas sistêmicas, aplicada ao estudo da sociedade e de seus sistemas, com ênfase no estudo jurídico. Como essa teoria, considera-se os diversos sistemas sociais como autônomos, autopoieticos, mas também interligados, 'estruturalmente acoplados', transformações em um deles afeta os demais. Vejamos, então, se a partir do diagnóstico da situação em que nos encontramos e da descrição do modo como se estrutura funcionalmente o sistema jurídico, podemos atinar para as mudanças que ele pode operar, para que se transformem os demais sistemas, evitando assim, o fim do todo englobante dos sistemas e de seu ambiente, que é o mundo⁹⁶.

Com a finalidade de situar a temática da violência, que tem estreita relação com as condições econômicas dos desfavorecidos, passando pelo crivo das exclusões sociais, o Brasil reconhecido no cenário financeiro internacional, como a oitava economia do mundo, confrontado com o paradoxo do subdesenvolvimento, ainda traz em sua realidade econômica: o baixo nível de renda, a falta de investimentos na pesquisa científica e tecnológica, os níveis de educação deficientes, a submissão aos bancos estrangeiros, os pactos com as multinacionais, as péssimas condições de vida, alimentação e moradia, entre outros fatores que colocam nosso país em grau de miséria comparável com as mais pobres regiões do planeta.

Com relação ao fenômeno das exclusões sociais, João Maurício Adeodato, em sua sapiência, chama atenção:

(...) aqui a descendência dos excluídos permanece excluída e as condições de vida permanecem as mesmas por gerações, sendo quase nulo o espaço para o mérito e as circunstâncias individuais. E salienta: a incapacidade do Estado para desempenho das diversas funções que se arvora, enseja ainda dois fenômenos importantes de mencionar nestas sugestões para descrição da sociedade brasileira contemporânea: o crescimento da violência a níveis de guerra civil e o conseqüente e inusitado papel social desempenhado por grupos marginais organizados⁹⁷.

A flexibilidade das fronteiras da corrupção é grande; o dilema está em não se poder precisar a partir de que ponto ela deixa de ser uma estratégia de denominação e legitimação e passa ser prejudicial ao sistema social, no seu conjunto, ou mesmo para o sistema jurídico estatal em particular; mas para todos os efeitos, ela deve ser controlada.

A corrupção não é um fenômeno só brasileiro, mas internacional. Mesmo que esteja camuflada nas malhas do poder e não ser de toda eliminada, nos países desenvolvidos, ela não deve aparecer em público sem ser devidamente investigada e punida. Contrariamente, nos países subdesenvolvidos, a corrupção não só deixa ser punida como, pode institucionalizar-se, isto é, assumir um papel social compensatório e se tornar um elemento de significação nos procedimentos decisórios de grupos inteiros.

A revista Veja publicou uma matéria assinada por Marcelo Carneiro, onde retrata a ousadia e o poder dos narcotraficantes, bem como, o comprometimento de autoridades

governamentais do Rio de Janeiro com o crime organizado. Sobre uma busca realizada pelo Ministério Público daquele Estado, nas dependências do presídio Bangu I, Carneiro se expressou:

(...) de dentro da maior penitenciária de segurança máxima do país, os bandidos chefiados por Luís Fernando da Costa, o 'Fernandinho Beira-Mar', encomendavam armas, entre elas granadas e até um míssil, controlavam a venda de drogas, combinavam subornos a policiais e ainda faziam ameaças de morte e desafetos. A operação, comandada pelo Ministério Público do Rio, a partir de gravações telefônicas com autorização judicial, foi um dos episódios de maior repercussão no combate ao crime nos últimos anos⁹⁸.

Concordamos que os órgãos de persecução estatal devem utilizar-se de instrumentos tecnológicos para combater o crime organizado. Entretanto, o direito de intimidade que o art. 5º, inc. XII da Constituição proclama, é a regra. A limitação prescrita na Lei 9.296/96, somente para fins de investigação policial e instrução criminal, é a exceção. Mas, o que se presencia é a violação reiterada dessa garantia constitucional, por parte dos chamados *arapongas*. Observa-se que entre os meios tecnológicos, está a interceptação telefônica, como uma dessas possibilidades de combater o crime organizado.

Luciana Fregadolli ressalta que, a interceptação tem se revelado o principal, senão o único, meio de prova disponível para a constatação da materialidade de determinados delitos e de sua autoria, principalmente quanto àqueles que não deixam rastros materiais a serem identificados por outros meios. Diante da sofisticação e do profissionalismo de certos criminosos, tal medida tem se mostrado eficiente para a descoberta da materialidade e autoria delitiva.

Esta intrigante realidade que defrontamos no cotidiano de nosso país, confrontado com o que acontece no resto mundo, nos faz refletir sobre o futuro da humanidade. O padrão ético imposto pela sociedade neo capitalista, não passa de sofismas e, certamente, tem agravado a violência contra os excluídos. Há alguns doutrinadores que argumentam não haver sentido em discutir as liberdades públicas ou democráticas, sem antes acertar a economia. Todo poder emana do povo e em seu nome é exercido, mas este povo, ilustre desconhecido, é inacessível às regras do jogo e aos procedimentos políticos.

As situações limites advindas do alto grau de violência, na luta pela sobrevivência, nos obrigarão necessariamente, a fazer uma releitura destes padrões éticos, a partir não de regras predeterminadas e impostas pelo poder econômico numa misantropia enganadora que faz com que o homem tenha horror do próprio homem, mas colocando no centro desse universo o homem com sua dimensão dignificantes; talvez, a saída esteja em novos padrões que já foram esquecidos: como o homem se reconciliar com sua própria humanidade, buscando uma postura ética mais solidária.

92- Disponível em: <http://www.fredericonogueira.adv.br/estudos>. Acesso em: 01 out. 2002.

93-HAMESSER, Winfried. *Limites del Estado de Derecho para el Combate Contra la Criminalidad Organizada*, p. 27.

94- *Idem*, p. 27.

95-GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Autopoiese do Direito na Sociedade Pós-Moderna: Introdução a Uma Teoria Social Sistêmica*, p. 19.

96- *Idem*, p. 19.

97- ADEODATO, João Maurício. *Uma Teoria (Emancipatória) da Legitimação para Países Subdesenvolvidos*, p. 222-223.

98- CARNEIRO, Marcelo. *Granada, Metralhadora e Agora Míssil*, p. 22.

CONCLUSÃO

Após o desenvolvimento dos três Capítulos, foi percorrido tema tão apaixonante, entretanto, ensejador de polêmicas, tecemos as seguintes considerações finais:

O constitucionalismo, respaldado nas concepções do liberalismo, fazia do Estado uma vez que a sua construção legislativa e doutrinária, transformou uma espécie de máquina capaz de atender a toda e qualquer emergência histórica. O direito se tornou solidário com uma concepção política do Estado e, graças a isso, alargava os seus domínios até chegar à concepção hodierna de um Estado de Direito Democrático, em que a política passara a dever obediência ao direito, onde a colaboração do homem político e da comunidade são imprescindíveis para a efetivação de uma ordem imanente, a que todo o ordenamento deve se circunscrever e sujeitar.

O resgate histórico das provas, nos levou a uma compreensão do mundo que se transforma tumultuosamente, não só nas formas aparentes, como em toda sua ordem fundamental de valores. O direito é um fenômeno cultural, e toda cultura aspira a durar. Pode-se afirmar que a cultura não é, senão, um esforço para vencer as contingências do tempo e instaurar uma ordem que sobreviva à marcha incessante da história, que domine e absorva o novo dos acontecimentos.

A teoria geral do direito convergiu para uma teoria geral do processo, concebida dentro de padrões científicos aceitáveis e em constante desenvolvimento. Entre os institutos que passaram a ser estudados com maior atenção e autonomia, está a teoria geral das provas judiciais.

Todos os ramos do direito têm uma conexão íntima com a filosofia, e o direito processual penal, por tutelar as liberdades públicas, sendo que a teoria geral das provas depende mais da lógica aplicada, que da lei.

No processo penal, o que se busca é a certeza ética processual, e a prova é um instrumento para que as partes influam no convencimento do juiz, e o meio de que este se serve para averiguar os fatos em que as partes fundamentem suas alegações. A busca da certeza ética processual e o sistema de livre convencimento do juiz conduzem ao princípio da liberdade probatória, visando efetivar um processo justo. E levam a doutrina a concluir que, os artigos preceituam os meios para a obtenção da prova no processo penal, de regra, são ilimitados. As exceções a este princípio se apresentam como uma ressalva de indeclinável interesse da modalidade ou da disciplina social. Não são admissíveis os meios ofensivos do pudor, os que se subvertem a ordem pública e os atentatórios à dignidade da pessoa humana.

A ilegalidade é uma característica comum entre a prova ilícita a ilegítima. Entretanto, a prova ilícita é aquela obtida com a violação de direito material e a prova ilegítima é obtida com violação das normas de direito processual. O meio mais ilícito de se obter uma prova é através da tortura. Porém não é o único meio ilícito.

A Constituição Federal de 1988, no seu art.5º, inc.LVI,vedou expressamente a admissibilidade de carrear ao processo as provas obtidas por meios ilícitos. Assim, a Carta Magna, ao repelir a doutrina do *male captum, bene retentum*, - o que foi mal colhido no momento material, foi bem conservado no momento processual- taxativamente optou pela inadmissibilidade de sua válida utilização, as provas com os vícios de ilicitude e ilegitimidade.

A doutrina e jurisprudência brasileira estão muito sintonizadas com as garantias processuais, o que justifica o posicionamento garantístico preponderante nos tribunais. Por outro lado, a sociedade está muito angustiada diante da crescente escalada da violência e das atividades de organizações criminosas. Este fenômeno tem como pano de fundo as exclusões sociais, a hipertrofia e a corrupção estatal. Só no Brasil, são cerca de 50 milhões de excluídos.

Neste avanço progressivo da criminalidade, a sociedade clama por leis penais e processuais mais rigorosas, setores mais exaltados exigem a pena de morte, outros partem para o linchamento em praça pública; no exercício arbitrário das próprias razões, é inquestionável que vivemos em plena guerra civil.

Se de um lado, temos um aparato policial preventivo despreparado, e em desvantagens aos sofisticados meios que dispõem as organizações criminosas. Por outro lado, temos uma polícia judiciária que pelas competências, deveriam dar efetividade às regras constitucionais, as quais, na apuração dos crimes, utiliza-se de metodologias que afrontam as leis e atentam contra a Constituição.

Diante deste quadro dantesco, a Doutora Ada Pellegrini Grinover chama a atenção enfatizando:

(...) no conflito entre a posição das especialistas e a pressão popular – alimentada por uma imprensa alarmista e sensacionalista –, o legislador brasileiro, principalmente a partir de 1990, preferiu dar satisfação à sociedade civil, tendo produzido leis penais e processuais extremamente rigorosas, freqüentemente desarmônicas (enquanto fruto de circunstâncias contingências)⁸⁹ numa linha páleo-repressiva de políticas criminais duras, tendo por base, o mito da eficiência da repressão da lei penal⁹⁰.

É gravíssima a atuação do crime organizado no Brasil, narcotraficantes têm poderes de vida e de morte sobre populações indefesas, a indústria dos seqüestros aterrorizam, a exploração de menores facilitam as atividades dessas organizações, e os chamados *crimes do colarinho branco* que juntamente com o narcotráfico, formam uma rede internacional, onde se transferem vultosas cifras através da *lavagem de dinheiro*.

A polícia está desaparelhada em face do poderio das organizações criminosas. O sistema carcerário é extremamente corrupto. O Ministério Público não dispõe de meios operacionais de forma global, face ao combate da criminalidade. Graves esquemas de corrupção dentro dos órgãos policiais, ainda, a atuação de ex-policiais que se vinculam incontinentes às atividades criminosas, dando ao quadro uma moldura apocalíptica.

Na busca de soluções para o problema, foram editadas diversas leis, onde o legislador tenta anular a atuação das organizações criminosas. Entre estas, está a Lei 9.034/95, fora muito

festejada pela mídia, que acreditava que ela ensejaria a instauração de uma *Operação Mãos Limpas* em nosso país, nos moldes da operação já realizada na Itália. Contraditando tal pretensão, Frederico Nogueira se expressa:

(...) uma operação em tal sentido, nos rincões brasileiros, não teria condições de funcionamento nos mesmos moldes, peninsulares; em primeiro lugar, porque o Ministério Público de nosso país, infelizmente, não possui estrutura nem meios legais e administrativos para um combate eficiente e adequado àquilo que se convencionou chamar de crime organizado. Em seguida acrescenta: entendo que uma operação nacional destinada ao desmantelamento das organizações criminosas prescindiria, antes de tudo, de um novo Código de Processo Penal, não bastando remendos legislativos⁹¹. Como os que vêm ocorrendo há alguns anos, num processo de transformação do atual Código de Processo Penal – que é de 1941 – em verdadeira ‘colcha de retalho’, despida de sistematização e de rigor científico⁹².

SUGESTÃO:

Até mesmo o mais incrédulo dos brasileiros, sonha em um dia viver num país melhor, mais justo, igualitário, que valorize o homem, onde todos possam ter oportunidades de educar seus filhos, sem ter que está trancado dentro de seu próprio lar atrás de grades de proteção.

Porém, para que isso aconteça é preciso que os nossos governantes, juntamente com a comunidade consciente, envidem esforços para que a criminalidade que assola o nosso país venha a ser diminuída, ou senão atenuada. À sociedade cabe denunciar, à polícia cabe prender, e cabe aos nossos legisladores fazerem leis semelhantes à Lei 9.296/96 que tem tirado vários facinoras das ruas e colocado nas cadeias, pois somente assim, poderemos dizer que vivemos no país do futuro.

Todavia o mais importante não é investir em meios de segurança, como equipamentos para a polícia, armamentos, maior quantidades de policiais nas ruas etc. Essas são preocupações de segunda categoria, e não irá jamais resolver o problema da criminalidade. Este problema só será resolvido quando os nossos governantes começarem a investir no ser humano, ou seja, na capacitação do cidadão, numa educação de qualidade para todos, oferecendo dessa forma, oportunidade de crescimento para todos os setores sociais.

Somente assim poderemos dizer que realmente vivemos no país do futuro, e torço e sonho muito com esse tempo de transformações e quero de qualquer forma contribuir para o crescimento do nosso país

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 2007.

MIRABETE, Júlio Fabrine. **Manual de Direito Penal**. 10. Ed. São Paulo: Atlas, 2006.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 7º Ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Nova Tendência do Direito Processual**. São Paulo: Atlas, 2004..

SOUZA, Antonio Francisco de. **Conceitos Indeterminados no Direito Administrativo**, Revista dos Tribunais. São Paulo: 2003

ARAUJO, Luis Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Provas Ilícitas e Reforma Pontual**. Revista dos Tribunais. São Paulo: 2003

DAMÁZIO, E. de Jesus. . **Manual de Direito Penal**. 10. Ed. São Paulo: Atlas, 2006. São Paulo: 2003.

STRECK, Lênio Luiz. **As Interceptações Telefônicas e os Direitos Fundamentais**. Porto Alegre : Livraria do Advogado,2001.

CHIMENTE, Ricardo Cunha. **Curso de direito constitucional**. São Paulo : Saraiva, 2004.

