

**CENTRO UNIVERSITÁRIO
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO

**ASPECTOS GERAIS DA PROVA ILÍCITA: PRINCÍPIO DA
PROPORCIONALIDADE E BREVES COMENTÁRIOS À NOVA LEI DO
CRIME ORGANIZADO**

Camila Colnago Picolo

Presidente Prudente/SP

2014

**CENTRO UNIVERSITÁRIO
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO

**ASPECTOS GERAIS DA PROVA ILÍCITA: PRINCÍPIO DA
PROPORCIONALIDADE E BREVES COMENTÁRIOS À NOVA LEI DO
CRIME ORGANIZADO**

Camila Colnago Picolo

Monografia apresentada como requisito parcial de
Conclusão de Curso para obtenção do grau de
Bacharel em Direito, sob orientação do Prof. Mário
Coimbra.

Presidente Prudente/SP

2014

**ASPECTOS GERAIS DA PROVA ILÍCITA: PRINCÍPIO DA
PROPORCIONALIDADE E BREVES COMENTÁRIOS À NOVA LEI DO
CRIME ORGANIZADO**

Trabalho de Conclusão de Curso aprovado como
requisito parcial para obtenção do Grau de Bacharel
em Direito.

MÁRIO COIMBRA

DEYVISON HEBERTH DOS REIS

FERNANDA DE MATOS LIMA MADRID

Presidente Prudente, 24 de Novembro de 2014

Que os vossos esforços desafiem as impossibilidades, lembrai-vos de que as grandes coisas do homem foram conquistadas do que parecia impossível.

Charles Chaplin

Dedico este trabalho a minha família, base da minha formação pessoal e profissional.

AGRADECIMENTOS

Agradeço, primeiramente, a Deus pelo dom da vida que me concedeste e por nunca ter desistido de mim, mesmo sabendo de minhas falhas.

Aos meus pais por todo o amor incondicional que sempre tiveram por mim e por meus irmãos; por serem fonte de orgulho da qual me inspiro; e por serem a base da minha existência.

Aos meus irmãos por terem dividido os momentos mais importantes de nossas vidas. Meus eternos companheiros.

Ao meu sobrinho e afilhado Leonardo por ser a alegria da minha vida.

Ao meu namorado por todo amor e compreensão durante este trabalho.

Ao meu orientador Mário Coimbra pela disposição e orientação, bem como por ter dividido comigo os desafios desta etapa.

A Professora Fernanda de Matos Lima Madrid por ter aceitado meu convite para compor a banca e por ser exemplo de dedicação profissional.

Ao Dr. Deyvison Heberth dos Reis por ter aceitado compor minha banca e, principalmente, por ter me dado a oportunidade de fazer estágio no lugar mais privilegiado. Obrigada pela confiança depositada e por ter contribuído para a minha formação profissional.

RESUMO

No presente trabalho de conclusão de curso a autora debate sobre as provas em gerais, dando enfoque naquilo que se refere às provas ilícitas. O presente trabalho trata, também, da possibilidade de sua utilização frente ao princípio da proporcionalidade nos casos envolvendo crime organizado, tema polêmico nos dias atuais. Inicialmente, passa-se por uma passagem histórica internacional e nacional, na tentativa de demonstrar a evolução processual de cada lugar, mais precisamente no que se refere às provas e aos sistemas utilizados. Segue-se um breve estudo acerca dos princípios mais importantes, os sistemas processuais e os poderes instrutórios do Juiz, temas correlatos com o tema principal. Aborda-se, sucintamente, a teoria geral das provas. Em razão de expressa vedação constitucional, bem como do surgimento da teoria da proporcionalidade, a utilização de provas ilícitas ganha espaço na doutrina, sendo tema bastante controverso. É neste aspecto em particular que o presente trabalho busca um estudo sobre a possibilidade de utilização das provas ilícitas no crime organizado, notadamente a sua admissibilidade em prol da sociedade, questão ainda não aceita pela doutrina e jurisprudência.

Palavras-chaves: Processo Penal. Provas. Provas Ilícitas. Princípio da Proporcionalidade. Crime Organizado.

ABSTRACT

In this work of course conclusion the author debate on the evidence in general, focusing on what refers to illegal evidence. This work also discuss the possibility of its use based on the principle of proportionality in cases involving organized crime. To Begin, this work deals with international and national historic with the purpose of demonstrate the procedural evolution of each place, specifically with regard to evidence and the systems used. Also, this work briefly deals with the most important principles, procedural systems and instructive powers of judge, themes related to the main theme. The use of illegal evidence is disscussed in the doctrine and its a very controversial topic because of the express constitutional prohibition and the appearance of the principle of proportionality. This is the particular aspect that this work tries to study about the possibility to use illegal evidence in organized crimes, notably its admissibility in favor of society that is still not accept in the doctrine and jurisprudence.

Keywords: Criminal Procedure. Evidence.Illegal Evidence.Principle of Proportionality.Organized Crime.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 HISTÓRIA INTERNACIONAL DO DIREITO PROCESSUAL PENAL	12
2.1 História Processual Penal da Grécia	12
2.2 A História Processual Penal Romana	13
2.3 A História Processual Penal no Direito Germânico.....	15
2.4 A História do Processo Penal no Direito Romano-Canônico	16
2.5 A História do Processo Penal em Portugal	17
3 HISTÓRIA BRASILEIRA DO PROCESSO PENAL	20
3.1 O Processo Penal e o Brasil Colonial	20
3.2 O Processo Penal e o Brasil Independente	21
4 DOS PRINCÍPIOS PROCESSUAIS PENAIS	25
4.1 Do Devido Processo Legal.....	25
4.2 Da Igualdade Processual, do Contraditório e da Ampla Defesa	26
4.3 Do Princípio da Verdade Real (ou Material) e da Verdade Formal	27
4.4 Da Inadmissibilidade das Provas Obtidas por Meios Ilícitos	28
4.5 Da Motivação das Decisões Judiciais	29
4.6 Princípio do Juiz Natural e da Imparcialidade do Magistrado	29
4.7 O Princípio do <i>In Dubio Pro Reo</i> e da Presunção do Estado de Inocência.....	30
5 OS SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS E O PODER INSTRUTÓRIO DO JUIZ	32
5.1 Sistema Inquisitório.....	32
5.2 Sistema Acusatório	33
5.3 Sistema Misto	34
5.4 O Sistema Processual Brasileiro.....	34
5.5 Iniciativa Instrutória do Juiz.....	35
6 DAS PROVAS	38
6.1 Conceito, Finalidade e Objeto da Prova	38
6.2 Ônus Probatório.....	39
6.3 Meios de Prova	40
7 DAS PROVAS ILÍCITAS	42
7.1 Do Princípio da Inadmissibilidade das Provas Ilícitas	42
7.2 Das Teorias Oriundas das Provas Ilícitas	43
7.2.1 Teoria dos frutos da árvore envenenada (<i>fruits of the poisonous tree</i>) ou Teoria das provas ilícitas por derivação	44
7.2.1.1 Teoria da fonte independente e teoria da descoberta inevitável	45
7.3 As Provas Ilícitas no Direito Comparado.....	46
7.3.1 Itália	46

7.3.2 Espanha.....	47
7.3.3 Estados Unidos da América.....	47
7.3.4 Alemanha.....	48
8 DAS PROVAS ILÍCITAS NO CRIME ORGANIZADO	50
8.1 Breve Histórico do Crime Organizado no Brasil.....	50
8.2 Evolução do Conceito de Crime Organizado	51
8.3 Aplicação das Provas Ilícitas no Brasil e o Princípio da Proporcionalidade	54
8.3.1 Princípio da Proporcionalidade: Conceito e Previsão Legal.....	54
8.3.2 Requisitos de aplicabilidade.....	55
8.3.3 Princípio da Proporcionalidade <i>In Dubio pro Reo</i>	56
8.3.4 Princípio da Proporcionalidade <i>In Dubio pro Societate</i>	57
9 CONCLUSÃO	63
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	65

1 INTRODUÇÃO

As provas são elementos fundamentais de um processo, haja vista que sustentam a pretensão de cada parte na medida em que conseguem convencer o Juiz acerca de suas alegações.

Porém, como nenhum direito é absoluto, a própria Magna Carta incumbiu-se de estabelecer o limite da vedação probatória em seu artigo 5º, inciso LVI, ao proibir a utilização de provas ilícitas no processo.

Esta proibição também não possui caráter absoluto, posto que doutrinadores e aplicadores do direito entendem possível a sua utilização em prol do réu.

A maior discrepância, contudo, encontra-se na possibilidade de utilização das provas ilícitas *pro societate*. Neste quesito, é quase que unânime o posicionamento dos estudiosos em não admiti-la no processo.

Diante dessa não aceitação, o presente trabalho procurou, através do método dialético, confrontar as teses majoritárias na doutrina no sentido de inadmitir provas ilícitas *pro societate*, estabelecendo a sua possibilidade de sua utilização nos casos em que direitos de elevada importância estão sendo violados.

São, pois, os casos envolvendo as organizações criminosas que apresentam grande problemática ao Estado no seu controle e também por colocar em risco a paz, a segurança pública, bem como outros direitos inerentes à sociedade.

O tema foi escolhido por ser de suma importância para o direito e, principalmente, por retratar a realidade brasileira atual, da qual a maioria dos doutrinadores não se importou, ainda, em dedicar-se profundamente.

Nesse viés, importante anotar que, embora a pesquisa tenha se efetivado em livros doutrinários, a presente trabalho encontrou-se limitado por diversas razões, entre elas, a recente alteração da Lei que tratava sobre as organizações criminosas (alteração dada pela Lei n.º 12.580/13), não havendo grande quantidade de livros críticos a respeito do tema envolvendo provas; e a rápida abordagem e contrário entendimento dos doutrinadores acerca do princípio da proporcionalidade *pro societate*.

Diante disso, o foco dado à admissibilidade das provas ilícitas no crime organizado, restou pelo paralelo feito entre os requisitos da proporcionalidade e sua respectiva adequação às características destas organizações.

Antes, porém, foram estudados os aspectos históricos de alguns países, inclusive, o Brasil, na tentativa de demonstrar a evolução processual e a utilização, em alguns casos, das provas violadoras de direitos no processo penal.

Em seguida, os princípios, os sistemas processuais e a iniciativa instrutória do Juiz foram abordados por tratarem-se de linhas mestras na produção probatória e por incorporarem, de certa forma, a estrutura de todo e qualquer processo.

Foram abordadas, também, noções gerais das provas, a fim de se chegar ao estudo das provas ilícitas.

No que concernem às provas ilícitas em si, foi dada ênfase ao princípio que a norteia, bem como destacadas as teorias correspondentes e as visões de sua aplicabilidade no direito estrangeiro.

Na sequência, passou-se ao estudo da prova ilícita no crime organizado, fazendo referência ao princípio da proporcionalidade. Estudou-se a possibilidade de utilização em benefício do réu, assim como em desfavor dos membros da organização criminosa.

Por fim, concluiu-se que, embora todos sejam dotados de direitos e garantias individuais, nem sempre estes direitos se sobreporão sobre os direitos coletivos no caso da inadmissibilidade das provas ilícitas, precipuamente, se aqueles forem inerentes aos próprios indivíduos responsáveis por colocar em risco a paz, a ordem e a segurança coletiva.

2 HISTÓRIA INTERNACIONAL DO DIREITO PROCESSUAL PENAL

Inegável a existência de legados internacionais no Código de Processo Penal brasileiro e em todo o ordenamento jurídico, razão pela qual se faz necessário um estudo, ainda que breve, acerca do histórico processual de alguns países que foram significantes na elaboração de nossa legislação.

2.1 História Processual Penal da Grécia

Para os gregos havia uma divisão entre o direito processual público e o privado, sendo que, para aqueles, por haver lesão a sociedade, o direito de acusar pertencia a qualquer pessoa. Já no direito processual privado, ainda que importante, não o era tanto quanto os crimes de natureza pública, ficando a sua punição restrita a iniciativa das partes.

O processo tinha início com a apresentação da denúncia, promovendo o magistrado, em seguida, a designação da composição de juízes. Posteriormente, passava-se ao colhimento de provas, para, só depois, passar-se a fase do julgamento. Nesta fase, era necessária a presença do acusado, pois, caso contrário, o réu seria “julgado pela simples exposição do acusador” (ALMEIDA JUNIOR, 1959, p. 34). Cada parte tinha um tempo para falar e inquirir suas testemunhas. A fase decisória, por sua vez, era composta de duas decisões: uma em que decidia-se pela condenação ou absolvição, e a outra, sobre a quantificação da reprimenda. Após, prosseguia-se a execução, nos casos de condenação.

As características mais acentuadas do direito processual penal grego, de acordo com o entendimento de Almeida Junior (1959, p. 25-26), eram:

- 1.º O direito popular de acusação e de julgamento;
- 2.º A publicidade de todos os atos do processo, inclusive o julgamento;
- 3.º A prisão preventiva;
- 4.º A liberdade provisória sob caução, salvo nos crimes de conspiração contra a pátria e a ordem pública;
- 5.º O procedimento oficial nos crimes políticos e a restrição do direito popular de acusação em certos crimes que mais lesavam o interesse do indivíduo do que o da sociedade.

Por fim, cumpre mencionar os respeitáveis tribunais da época: a Assembléia do Povo, o Areópago, Tribunal dos Éfetas e o Tribunal dos Heliastas. Cada qual tinha uma função diferente, cabendo ao primeiro julgar os delitos políticos mais graves. Segundo Tourinho Filho (2011, p. 108), neste tribunal “não havia nenhuma garantia para o acusado”. No Areópago, competia-lhe julgar os crimes apenados de morte, dentre eles, os homicídios já premeditados, as traições e os envenenamentos. O Tribunal dos Éfetas estava restrito ao julgamento dos homicídios culposos, em que os crimes ocorriam sem o agente estar imbuído de vontade. Por fim, e não menos importante, o Tribunal dos Heliastas, que nos dizeres de Almeida Junior (1959, p. 22) era a “jurisdição comum dos atenienses”.

2.2 A História Processual Penal Romana

No período monárquico, o processo penal era chamado de *cognitio* e passava por uma fase cuja denominada de *inquisitio*. Como o próprio nome diz, este processo era caracterizado pelo sistema inquisitivo, pois o juiz era o responsável por conduzir as investigações, decidir e, inclusive, impor penas, deixando o acusado sem qualquer tipo de garantia. Na verdade, essa fase “prescindia-se de acusação” (TOURINHO FILHO, 2011, p. 109).

Com o término da Monarquia, a competência foi transferida ao povo, Senado e aos Magistrados com jurisdição própria.

O processo, então, começou a sofrer mudança, pois o juiz deixou de ocupar o lugar de acusador, dando lugar a uma nova fase procedimental: a *accusatio*.

Nesta fase, o início do processo se dava com a apresentação da *postulatio* (espécie de pedido inicial) pela parte acusatória. Importante anotar que “qualquer cidadão tinha o direito de acusar, exceto os Magistrados, as mulheres, os menores e as pessoas “que por seus antecedentes não oferecessem garantias de honorabilidade”” (TOURINHO FILHO, 2011, p. 109). Ainda, ao acusador não era conferida a possibilidade de abdicar da demanda, surgindo para ele a obrigatoriedade de continuar atuando até o final do processo.

Durante a fase probatória, a acusação angariava suas provas e as apresentava, vindo o réu, posteriormente, a se manifestar. Somente depois de um tempo admitiu-se a presença de defensor.

A ausência das partes neste ato processual acarretava distintas consequências para cada um deles. Para o acusador, “caía a acusação e o nome do acusado era riscado do rol dos réus” (ALMEIDA JUNIOR, 1959, p. 33). Ausente o acusado, o processo seguia à sua revelia.

Posteriormente a estes atos, iniciava-se a etapa de julgamento, tendo predominado a votação secreta.

De forma sintética, o doutrinador Almeida Junior selecionou algumas características marcantes dessa época (1959, p. 36):

- 1.º O direito popular de acusação;
- 2.º A obrigação de prosseguir no feito até final sentença;
- 3.º O encargo das diligências da instrução comissionado ao próprio acusador popular;
- [...] 6.º. A completa publicidade de todos os atos de processo;
- 7.º O direito popular de julgamento.

Já no período Imperial, houve o advento de um novo procedimento, a *extraordinária cognitio*. As leis acabaram por restringir o direito à acusação do povo na medida em que ia instituindo acusadores estatais.

Surgiu, também, a figura *inerarchie*, os *curiosi*, os *stationari*, que eram sujeitos semelhantes a nossa atual Polícia Judiciária, cujas funções eram proceder nas investigações.

Veja as principais modificações no direito processual penal de Roma em seu último período:

- 1.º A instrução passou a ser escrita. [...] A instrução dirigida pelo juiz e mesmo os atos preliminares dos últimos tempos – trouxeram a necessidade de provar as provas coligidas; os interrogatórios do acusado e das testemunhas foram reproduzidos nos autos, *apud acta audiuntur* [...] Por outro lado, a ampliação da faculdade de apelar, trazendo a freqüente oportunidade da relação e revisão dos processos e sentenças, teve como consequência a necessidade de fazer constar por escrito o cumprimento das formas do processo [...]
- 2.º Firmou-se o princípio de que o acusado não deve ser julgado na ausência, salvo tratando-se de crimes puníveis com penas leves, até o degraço inclusive e provada a contumácia. [...]
- [...]
- 5.º As restrições indiretas postas ao direito de acusação popular produziram, não só o abandono deste direito, como a indiferença do espírito policial do povo. Das circunstâncias surgiram o procedimento *ex-officio*, e a

incumbência de acusar e seguir os processos, prelúdios do ministério público; [...]
6.º O espírito do cristianismo vai penetrando nas instituições. [...] (ALMEIDA JUNIOR, 1959, p. 47 a 49).

2.3 A História Processual Penal no Direito Germânico

O que mais chama a atenção dessa época eram as penas impostas, os modos de produção de prova e, precipuamente, a publicação de uma Lei escrita, o que não era costume dos germânicos.

Havia pena de morte para quem perpetrava crimes contra a sociedade, bem como dois institutos punitivos chamados de *wehregeld* e *widrigeld*. Estes dois institutos eram aplicados para casos diferentes. O primeiro para delitos perpetrados contra as pessoas, cuja sanção consistia na reparação da ofensa cometida; o *widrigeld*, por sua vez, servia para os crimes contra o patrimônio, tendo função puramente indenizatória.

No que concernem às provas, Tourinho Filho (2011, p. 112) afirma que “a confissão tinha um valor extraordinário”, fato que poderia levar o réu a condenação. Contudo, o acusado poderia negar a acusação que lhe era feita, mas, ainda assim, a simples negativa não convalescia. Era necessária que a negativa fosse respaldada por uma “manifestação divina”, denominada de Juízo de Deus. Tal procedimento ocorria de forma simples, mas não pouco dolorosa. O acusado, quando negava a prática delitiva, era submetido a colocar o braço na água fervente ou segurar um ferro ardente por um tempo. Após o término, ficando o acusado sem qualquer tipo de lesão, este era prontamente absolvido, posto que Deus reconheceu como verdadeira sua afirmação.

Outro fator importante desta época foi a publicação de uma lei escrita pelo Rei Alarico, no ano 506.

2.4 A História do Processo Penal no Direito Romano-Canônico

Na Idade Média, o Direito Romano teve que se adaptar a nova força e intervencionismo da Igreja Católica, surgindo, assim, o Direito Romano Canônico.

O processo, nesta nova fase, tornou-se escrito, além de ficar impedido de prosseguir na ausência do réu. Para Tourinho Filho (2011, p. 113), “o processo era de tipo acusatório: não havia juízo sem acusação”.

Admitia-se a prova testemunhal que, inclusive, tinha grande poder probatório, bem como as provas obtidas através do Juízo de Deus. Esta última, contudo, foi proibida no século IX, pelo Papa Estevão V.

Para que houvesse qualquer decisão, o juiz deveria estar pautado em uma certeza, seja ela obtida pela confissão do acusado ou, no mínimo, por duas testemunhas coesas.

Foi no século XIII, que o Direito Processual Penal Canônico começou a se tornar de peculiaridades inquisitoriais, havendo a possibilidade de o Juiz iniciar o processo de ofício.

No final do século XIII, em 1298, a mudança foi radical. Bonifácio VIII tornou o processo sumário e secreto, estabelecendo, inclusive, pena de excomunhão a quem o tornasse público. As inquirições *ex officio*, que só podiam ser feitas assim em virtude de um crime que provocasse grande clamor, passou-se a ser generalizada e utilizada para quaisquer crimes.

Ainda, Bonifácio VIII concedeu mais poderes as jurisdições eclesiásticas, fato que enriqueceu e fortaleceu demasiadamente o sistema inquisitório. Porém, muito receio tinha-se deste sistema implantado, razão pela qual concedeu-se aos juízes o poder de retratação de suas decisões. É o que se pode extrair dos ensinamentos de Almeida Junior (1959, p. 80):

As formas antigas da acusação, a publicidade dos debates, ficaram, desde então, definitivamente abolidas nas jurisdições eclesiásticas. O juiz eclesiástico, logo que tinha conhecimento de um delito que entrasse nos limites de sua competência, começava uma informação secreta, ouvia testemunhas e autenticava por escrito suas declarações: estas declarações escritas eram depois científicas às partes ocultando-se os nomes dos depoentes; as partes forneciam, em seguida, os seus memoriais de defesa; terminado isto, tinha lugar o julgamento. Mas, tal era a desconfiança, que ficou como princípio estabelecido que os juízes e tribunais eclesiásticos poderiam sempre retratar as suas sentenças criminais. (Grifo nosso).

Posteriormente, em meados do século XV, criou-se o famoso Tribunal da Inquisição, onde eram utilizadas a tortura e outros meios cruéis, a fim de obter provas, mais especificamente a confissão do acusado, o que enrijeceu ainda mais este sistema.

Por óbvio, nem sempre a jurisdição eclesiástica se manteve por muito tempo de forma incontestada. Desde o início, havia disputas cerradas com as justiças seculares, com o fim de tomarem para si os julgamentos dos crimes.

Destarte, pode-se afirmar que os legados processuais penais mais significantes deixados pelos canônicos foram o processo escrito e o sistema inquisitório.

2.5 A História do Processo Penal em Portugal

Em tempos de monarquia Portuguesa também se imperou o sistema inquisitivo processual, inclusive, com predominância da justiça eclesiástica. Todavia, a história do processo penal em Portugal começa a ter nuances próprias com a criação e instituição de juízes permanentes por Afonso III, o qual foi o responsável pela restauração do domínio monárquico.

Posteriormente, subiu ao trono o Rei Afonso IV, responsável por instituir *juízes de fora*, umas das mais célebres ideias já apresentadas. A justificativa era pautada na necessidade de uma imparcialidade, ainda que ínfima. Ademais, era necessário que aludidos juízes fossem letrados para serem tidos como juristas.

Almeida Junior (1959, p. 98), citando a Carta de Lei 1352, acaba elucidando a justificativa de se impor *juízes de fora*:

”Por presumir o direito que, sendo estranhos, sem na terra terem parentes nem amigos, compadres e companheiros, ou bem malquerenças e ódio, com outros, podiam resistir às prepotências dos poderosos, castigas os seus excessos, sem ficarem expostos à vingança dos mesmos poderosos, e assim faziam melhor justiça do que os naturais das terras” (Carta de Lei de 1352).

Ainda, no reinado de Afonso IV, promulgou-se a Lei sobre inquirições devassas. Todos seus atos o levaram a ser “o rei que deu as primeiras leis gerais para o processo criminal” (ALMEIDA JUNIOR, 1959, p. 100).

Na linha sucessória, veio D. Pedro I, cuja função precípua foi limitar a utilização de provas tormentosas, inclusive as denominadas de *juízos de Deus*, estabelecendo, para tanto, o “sistema das inquirições dos homens bons” (ALMEIDA JUNIOR, 1959, p. 102). Daí, então, o inquérito passou a ser presidido por delegados e foi comumente utilizado para a instrução dos processos penais.

Foi durante o reinado de D. Duarte que houve um declínio nas jurisdições senhoriais, a criação de Direitos Reais e o surgimento do Ministério Público.

Almeida Junior (1959, p. 108) leciona:

Para defesa dêstes Direitos Reais, ou antes, para arrecadação dêles, os tabeliães, e depois os procuradores fiscais, se tornaram promotores da justiça, isto é, promoveram as acusações e provocaram a ação dos juízes para o processo dos crimes de que pudesse resultar confiscação. Segundo alguns, deve-se ligar a isto a origem da instituição do Ministério público no juízo criminal.

Durante toda essa época acima mencionada, desde Afonso II, as leis estavam consubstanciadas em forais.

Entretanto, com a evolução da sociedade e, por conseguinte, da necessidade de regulá-la com mais intensidade, fez-se necessária a elaboração de um Código, o qual ocorreu quando Afonso V estava em pleno reinado, daí porque, chamá-lo de Ordenações Afonsinas. Este foi o primeiro Código de Portugal.

Marques (2000, p. 95-96) leciona que “no Livro V desse corpo de leis, vinha regulado o direito e o processo penal, notando-se neste a decisiva influência do direito canônico e de seu procedimento inquisitorial”.

Posteriormente ao reinado de Afonso V, sobreveio o reinado de D. João II, o qual, por sua vez, foi sucedido por D. Manuel. O reinado deste foi marcado por importantes passagens históricas, dentre elas o descobrimento do Brasil e a publicação das Ordenações Manuelinas.

As Ordenações Manuelinas foram extremamente importantes para a época, pois demonstrava cada vez mais a evolução processual, inclusive, a criminal.

Houve uma significativa diminuição de juízes ordinários, sendo estes substituídos cada vez mais por *juízes de fora*. O início do processo pelos clamores foi totalmente abolido, dando lugar somente a denúncia, *querelas juradas* e inquirições devassas.

Ademais, Almeida Junior (1959, p. 123) afirma que “ali já aparece o Promotor da Justiça, com as suas funções de ministério público, quer no cível, quer no crime, bastante acentuadas”.

Quando do reinado de Filipe II, no ano de 1603, as Ordenações Filipinas foram promulgadas. Aludida ordenações eram praticamente composta pelas Ordenações Manuelinas acrescida de novas leis.

No que concernem às provas, houve um regresso no meio da evolução processual penal. Em meados do século XIV, passou-se a admitir, novamente, a utilização de tormentos, em que pese a sua utilização não ser da mesma maneira como o era. Exemplo disso, era a possibilidade de apenas o Magistrado usá-la.

Conceituando, “os tormentos eram perguntas judiciais feitas ao réu de crimes graves, a fim de compeli-lo a dizer a verdade por meio de tratos do corpo. Ao próprio trato chama-se também tortura; e esta expressão é a mais vulgar” (ALMEIDA JUNIOR, 1959, p. 136).

Em seguida, vinha a prolação da sentença, ocasião em que se fazia presente o sistema da prova legal, “devendo, portanto, o juiz decidir de acordo com o alegado e provado, embora outra coisa lhe ditasse a consciência” (MARQUES, 2000, p. 99).

Quando da fixação das penas, na hipótese de previsão legal, o juiz não poderia aplicar a seu arbítrio ou, simplesmente, esquivar-se dela. Em caso de omissão ou ausência de expressa determinação legal, “o arbítrio do juiz deveria ser regulado pela analogia de Direito, sempre devendo, segunda a regra já então desenvolvida pelos praxistas do tempo, antes moderar do que ampliar o rigor da lei” (ALMEIDA JUNIOR, 1959, p. 139).

3 HISTÓRIA BRASILEIRA DO PROCESSO PENAL

A história do Processo Penal no Brasil é dividida em duas partes em razão de ter havido dois momentos históricos distintos.

3.1 O Processo Penal e o Brasil Colonial

Assim que o Brasil foi descoberto por Portugal, no reinado de D. Manuel, este mandou ao Brasil a pessoa de Martim Afonso de Sousa, que “fundou algumas vilas, com juízes ordinários, vereadores, almotacés, alcaides pequenos, tabeliães e mais oficiais, tudo na forma das Ordenações, e em 1533 voltou para Portugal, deixando como seu delegado o padre Gonçalo Monteiro” (ALMEIDA JUNIOR, 1959, p. 140).

Após, o Brasil foi fracionado em doze capitanias hereditárias por D. João III, ocasião em que outorgou prerrogativas aos donatários, inclusive, jurisdição civil e criminal.

Não tendo obtido o resultado almejado, D. João III instalou aqui uma espécie de governo geral, criando figuras importantíssimas, dentre elas, o governador geral, que exercia o cargo de chefe de governo e ficava incumbido de questões administrativas; e o ouvidor geral, cujas funções, basicamente, são trazidas por Almeida Junior, em sua obra *O Processo Criminal Brasileiro* (1959, p. 141 e 142):

Em geral, os regimentos dos *ouvidores gerais* nomeados para o Brasil davam-lhes as seguintes atribuições: de conhecer, por ação nova, nos lugares de sua jurisdição onde estivessem, e cinco léguas ao redor, de tôdas as causas cíveis e crimes, e de sentenciar os feitos finalmente, dando apelação para a Relação do Estado do Brasil, nos casos que não coubessem na sua alçada, assim como para a mesma Relação e não para o Capitão seguiam os instrumentos de agravo e as cartas testemunháveis; conheciam, em grau de apelação, das sentenças dos ouvidores, das capitanias do seu distrito e dos juízes ordinários das vilas, lugares e povoações de sua ouvidoria [...]

Em 1808, quando D. João VI veio para o Brasil, de pronto criou o “Supremo Conselho Militar e de Justiça”, bem como outros órgãos. Ainda, “deu à Relação do Rio de Janeiro a categoria de Casa de Suplicação, constituindo-a o Superior Tribunal de Justiça” (ALMEIDA JUNIOR, 1959, p. 145).

Com o passar do tempo, já em meados de dezembro de 1815, o Brasil passou a ter autonomia de suas justiças, assim como passou a ser um Reino, que foi governado pelo Príncipe D. Pedro de Alcântara.

No ano de 1822 é que surgiram importantíssimos avanços em termos processuais. D. Pedro “manda que os juízes criminais observem o que se contém na Constituição da monarquia portuguesa de 10 de março de 1821” (MARQUES, 2000, p. 101) e concede importantes direitos aos réus, dentre eles, aqueles que protegem a liberdade. Nesse sentido, ficou determinado que não haveria prisão para aquele que não fosse considerado culpado.

Como se não bastasse, nesta época, D. Pedro estabelece o Direito Penal como última *ratio* ao determinar que “lei alguma, notadamente a penal, será imposta sem absoluta necessidade”; trata da proporcionalidade entre penas e crimes, bem como institui o dever de que a pena não deve passar do infrator (MARQUES, 2000, p. 101).

Percebe-se daí, o início de alguns dos princípios adotados pelo atual ordenamento jurídico brasileiro.

Em 07 de setembro de 1822, finalmente, o Brasil consegue superar a resistência portuguesa e declarar-se independente. Porém, o Brasil ainda continuava com “os mesmos juízes e tribunais, assim como o mesmo processo, até que a Constituição Política do Império determinasse outras bases” (Almeida Junior, 1959, p. 155).

3.2 O Processo Penal e o Brasil Independente

Sendo um país independente, o Brasil, em 25 de março de 1824, se encarregou de elaborar uma Constituição do Império, a qual trouxe preceitos relativamente importantes à época. Dentre esses preceitos, pode-se destacar a instalação de juízes e jurados, ambos com jurisdição no cível e no crime. Apenas os

juízes de direito eram perpétuos e tinham como função a aplicação da lei. Os jurados, por sua vez, se limitavam apenas a matéria de fato.

Antes de iniciar o processo deveria tentar-se uma conciliação entre as partes. Na impossibilidade, passava-se a execução dos atos processuais, dando publicidade a estes.

Ficou regulamentado que o Tribunal de Justiça seria composto por juízes doutos e teriam como função, em suma, examinar os erros cometidos por ministros, bem como decidir sobre a questão de conflitos de competência e jurisdição.

Não foram apenas questões processuais que se instalaram. Regularam-se, também, direitos, como a inviolabilidade a liberdade, propriedade e segurança nacional. Estabeleceram a casa como asilo inviolável e a não perseguição por motivos religiosos, desde que os indivíduos respeessem a estatuída pelo Império.

Ficou estabelecido que o Poder Legislativo elaborasse as regras processuais, bem como organizaria a justiça. Incluiu-se a figura do juiz de paz, concedendo-lhe funções cíveis, criminais e policiais. Além disso, a prisão preventiva foi regulada, e ficaram estabelecidos os casos em que o processo seguia a ausência do acusado.

Foi no ano de 1830, no dia 16 de dezembro, que se publicou o Código Criminal do Império. Seguindo a linha temporária, em 1832, promulgou-se o Código Processual Criminal, um dos mais importantes diplomas considerados. Fazendo menção a esta passagem histórica, Marques (2000, p. 102) leciona:

Com a fundação do Império, abre-se, para o nosso processo penal, um período de reação às leis opressoras e monstruosas da monarquia portuguesa, e do qual o Código de Processo Criminal, de 1832, constitui o diploma legal culminante e mais expressivo, síntese que é dos anseios humanitários e liberais que palpitavam no seio do povo e nação.

Com o advento do Código de Processo Criminal, “perdurou, nas leis nacionais, um acentuado espírito antiinquisitorial que nos preservou o processo penal de certos resíduos absolutistas, que ainda existem nos códigos europeus” (MARQUES, 2000, p. 102).

Nas comarcas, havia juízes de direito na quantidade proporcional a população. Eles deveriam ter idade superior a vinte e cinco anos, serem bacharéis

em Direito, além de ter um ano de experiência no foro. Não bastava. Tinham que ser escolhidos pelo Imperador.

Quanto aos procedimentos, em suma, restringiu-se a queixa, na qual cabia ao ofendido iniciar o processo, ou, na impossibilidade deste, poderiam seus pais, cônjuge, curador ou tutor. Havia também outro meio, a denúncia, que passou a ser útil para qualquer pessoa, inclusive, ao Ministério Público. Presente nesse contexto histórico, a permissão para atuação de ofício pelo Juiz.

Foi instituído o júri para os crimes que tinham pena superior a seis meses, com características de publicidade e oralidade, bem como o *habeas corpus*.

Em 20 de setembro de 1871, criou-se a Lei nº. 2.033, a qual estabeleceu a separação definitiva da polícia e da justiça, “estabelecendo regras para a prisão preventiva, fiança, extensão da defesa no sumário da culpa, inquérito policial, extensão do habeas-corpus, etc.” (ALMEIDA JUNIOR, 1959, p. 210).

Em 15 de novembro de 1889, têm-se um Brasil Republicano, ocasião em que elevaram as províncias ao patamar de estado federativo, concedendo a cada um autonomia para legislar sobre matérias processuais penais e civis. Para não criar grande disparidade e desordem, ficou estabelecida a necessidade de subordinação aos princípios constitucionais.

Com o passar do tempo, a autonomia estatal concedida para deliberar sobre matéria processual não surtiu grandes efeitos, razão pela qual, em 1934, devolveu-se a União esta competência. Em razão disso, se fez necessária a elaboração de um Código Processual Penal de aplicabilidade nacional.

Foi em 1935 que iniciou-se a elaboração deste Código, o qual detinha peculiaridades importantes. Ocorre, no entanto, que esse projeto foi barrado em 10 de novembro de 1937 por um golpe do Estado, momento em que se promulgou uma nova Constituição.

Em 1941, foi elaborado o próximo e, até então, último Código de Processo Penal, sendo este, o nosso “atual” diploma. Atual, no sentido de vigorar entre nós até o presente momento, pois como se observa de sua origem, de novo nada têm.

Marques (2000, p. 111-112), fazendo menção ao conteúdo deste Código expõe:

O novo Código não se afastou de nossas tradições legislativas. Manteve o inquérito policial, configurando-o tal como herdamos do Império através da reforma de 1871; e obediência a um mandamento constitucional, estabeleceu a instrução plenamente contraditória e separou de vez as funções acusatória e julgadora, eliminando quase por completo o procedimento *ex officio*, que só permaneceu para o processo de contravenções; restringiu, ainda mais, a competência do Júri, e plasmou todas as formas procedimentais sob fiel observância do sistema acusatório.

Uma nova Constituição Federal foi publicada em 1946 norteando o Código Processual, bem como todos os outros diplomas legais. Aludida Constituição trazia preceitos fundamentais, como o contraditório, juiz natural, devido processo legal, entre outros.

Nada foi diferente com a Constituição de 1988; e “hoje, sob o pálio das garantias de uma Constituição realmente democrática, encontramos a salvo de toda e qualquer justiça de exceção” (MARQUES, 2000, p. 114).

4 DOS PRINCÍPIOS PROCESSUAIS PENAIS

Os princípios são extremamente importantes para as ciências, posto que configuram “mandamentos de otimização em face das possibilidades jurídicas e fáticas” (ALEXY, 2008, p. 117).

São, na verdade, normas que apontam para um estado ideal a ser alcançado, sem, contudo, apresentar o modo de se chegar a ele. Em razão de não traçar com rigidez as condutas a serem observadas, podem ser facilmente flexibilizados pelos juristas.

Ainda, de acordo com Nucci (2012, p. 41), são normas de “conteúdo abrangente, servindo de instrumento para a integração, interpretação, conhecimento e aplicação do direito positivo”.

Os princípios, se previstos expressamente na Constituição, serão tratados como constitucionais e, portanto, irradiarão por todo o ordenamento jurídico. Serão de natureza infraconstitucional se incidirem diretamente em normas específicas, devendo-se subordinar aos princípios constitucionais.

O presente capítulo tratará, de forma sucinta e conjuntamente, dos principais princípios constitucionais e processuais penais.

4.1 Do Devido Processo Legal

De fundamento constitucional (artigo 5º, inciso LIV, da Constituição Federal) e considerado cláusula pétrea, o princípio do devido processo legal “coroa os princípios processuais, chamando a si todos os elementos estruturais do processo penal democrático” (NUCCI, 2012, p. 69).

Exige para a sua configuração, a necessária observância dos demais princípios, como o do contraditório, da ampla defesa, da igualdade processual, da imparcialidade do juiz, da inadmissibilidade das provas ilícitas e da busca pela verdade real.

Exige, outrossim, a observância dos ditames da lei, de modo a efetivar os direitos fundamentais das partes.

Há que se salientar que o devido processo legal pode ser dividido em duas vertentes, as quais devem coexistir harmonicamente. Uma delas trata-se do devido processo legal formal que preceitua uma sucessão de atos processuais conforme manda a lei, a fim de legitimar uma decisão estatal. Daí porque a vocábulo formal: deve-se seguir as “formas” processuais estabelecidas pelo legislador. A outra vertente é chamada de devido processo legal material, a qual “reclama, no campo da aplicação e elaboração normativa, uma atuação substancialmente adequada, correta, razoável (*substantive dueprocessoflaw*)” (TÁVORA e ALENCAR, 2013, p. 68).

Vale transcrever os ensinamentos de Nucci (2007, p. 90) acerca do aspecto duplo do princípio do devido processo legal:

Materialmente, o princípio liga-se ao Direito Penal, significando que ninguém deve ser processado senão por crime previamente previsto e definido em lei, bem como fazendo valer outros princípios penais, que constituem autênticas garantias contra acusações infundadas do Estado. Processualmente, vincula-se ao procedimento e à ampla possibilidade de o réu produzir provas, apresentar alegações, demonstrar, enfim, ao juiz a sua inocência, bem como de o órgão acusatório, representando a sociedade, convencer o magistrado, pelos meios legais, da validade da sua pretensão punitiva.

Trata-se de princípio de grande importância, pois consagra as garantias constitucionais.

4.2 Da Igualdade Processual, do Contraditório e da Ampla Defesa

Extraído do artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal, o princípio da igualdade processual determina que as partes, embora ocupem pólos diferentes, tenham, em Juízo, os mesmos deveres e direito.

Esse princípio não é absoluto, haja vista que vigora também o “princípio do *favor rei*, postulado segundo o qual o interesse do acusado goza de alguma prevalência em contraste com a pretensão punitiva” (CAPEZ, 2013, p. 64).

A revisão criminal, por exemplo, é um caso de mitigação deste princípio em favor do réu.

O contraditório, por sua vez, é exteriorizado pelos atos relativos à ciência e participação no processo, de modo a permitir que as partes manifestem-se nos autos de forma igualitária.

Para Nucci (2012, p. 313), o contraditório se verifica na “oportunidade concedida a uma das partes para contestar, impugnar, contrariar ou fornecer uma versão própria acerca de alguma alegação ou atividade contrária ao seu interesse” (NUCCI,).

Assegura ao réu, portanto, o direito de impugnar e, por conseguinte, provar os fatos que lhe estão sendo imputados, pelos meios admitidos em direito. Em razão da igualdade processual e da parêmia *audiaturet altera pars* (a parte contrária deve ser ouvida), mencionado princípio não restringe-se apenas ao acusado, atingindo também o órgão acusador.

Para fazer valer o contraditório, ao réu também é garantido o princípio da ampla defesa. Já que ele deve contraditar a acusação, deve, além da defesa técnica (ter presente um advogado que acompanhe os atos processuais e garanta o devido processo legal), esta necessária e obrigatória, utilizar-se, se bem entender, da auto defesa (defesa pessoal), nitidamente exercida, a depender da vontade do acusado, em seu interrogatório.

O princípio da ampla defesa também possui previsão constitucional juntamente com o contraditório e a sua violação pode ensejar a nulidade do processo.

4.3 Do Princípio da Verdade Real (ou Material) e da Verdade Formal

O princípio da verdade formal encontra-se neste título apenas para fins de diferenciação com o princípio da verdade real, já que ele pertence, propriamente, ao processo civil.

Isso não quer dizer, contudo, que a verdade formal não se faz presente no processo penal. Neste, busca-se além daquilo que encontra-se nos autos, visa-se a reconstrução da verdade dos fatos.

Brevemente, pelo princípio da verdade formal, deve-se o Magistrado ater-se aquilo que está no processo e as provas que foram produzidas pelas partes para solucionar a lide. Aqui, não há que se falar em produção de provas *ex officio* pelo Juiz, pois o que está nos autos será o suficiente para acolher ou rejeitar a pretensão inicial.

Já o processo penal, dentre outras tantas finalidades, tem por fim garantir a justiça, uma vez que lida arduamente com direitos indisponíveis, como a liberdade do acusado. Em razão disso, deve e vigora -se o princípio da verdade material.

A verdade real é aquela que mais se aproxima da realidade fática, possibilitando um juízo de certeza no Magistrado e, por conseguinte, a melhor aplicação da Justiça possível.

Pode o Juiz, no entanto, entender que as provas constantes nos autos não reproduziram fielmente o que de fato ocorreu, não ficando convencido acerca da responsabilidade penal do agente. Assim, ao invés de decidir, de plano, pela absolvição, deve o Juiz “buscar provas, tanto quanto as partes, não se contentando com o que lhe é apresentado, simplesmente” (NUCCI, 2007, p. 97), porquanto também preza pelo “interesse público na exata apuração do crime” (MOSSIN, 1998, p. 65).

4.4 Da Inadmissibilidade das Provas Obtidas por Meios Ilícitos

De previsão constitucional (art. 5º, inciso LVI, da Constituição Federal), o princípio da vedação das provas ilícitas veio consagrado expressamente também em lei infraconstitucional, tal como dispõe o artigo 157, do Código de Processo Penal.

Seja por sua importância e também por sua problemática envolvendo a violação dos direitos fundamentais, esse princípio será abordado em capítulo específico, juntamente com as provas, cujo tema é objeto do presente trabalho.

4.5 Da Motivação das Decisões Judiciais

Inerente a toda decisão oriunda do Poder Judiciário, o princípio da motivação das decisões judiciais encontra fundamento na Constituição Federal, em seu artigo 93, inciso IX, bem como no Código de Processo Penal, no título referente à sentença (art. 381, inciso III).

Trata-se do momento em que o Juiz, de forma imparcial, mostra as partes e a sociedade, salvo nos casos de segredo de justiça, suas razões jurídicas e os motivos que o levaram a chegar a determinada conclusão.

Através dela, o Magistrado concede às partes a possibilidade de discordância da mesma, para que elas façam uso, se desejar, dos recursos previstos em lei. Ademais, trata-se de uma das formas de concretização do Estado Democrático de Direito e de meio de fiscalização de quaisquer arbitrariedades cometidas pelo órgão jurisdicional.

4.6 Princípio do Juiz Natural e da Imparcialidade do Magistrado

Juiz Natural é aquele “destinado, por critérios legais, antecipados e lógicos, sem artificialismo, a analisar determinada causa concreta, guardando equidistância das partes” (NUCCI, 2012, p. 330).

Fazendo menção a este princípio, Mossin (1998, p. 71) explica:

Entende-se por juiz natural ou constitucional o órgão do Estado que, por previsão constitucional, esteja investido de jurisdição e que exerça este poder de julgar dentro das atribuições fixadas por lei, segundo as prescrições constitucionais. Portanto, para que um órgão se eleve à categoria de juiz natural, podendo assim exercer validamente a função jurisdicional, necessário se torna que este poder de julgar esteja previsto na Magna Carta.

Deste modo, verifica-se o princípio do Juiz Natural no órgão jurisdicional previamente consagrado de poderes pela Constituição, garantindo ao acusado o direito de saber por quem será julgado. Evita, por conseguinte, a instituição de tribunais de exceção.

É importante salientar que a eficácia deste princípio está condicionada a existência do princípio da imparcialidade.

Com efeito, não basta o juiz ser competente legalmente para processar e julgar determinado fato se nele não há o compromisso de ser imparcial. É vedado ao magistrado manter “vínculos subjetivos com o processo de modo a lhe tirar o afastamento necessário para conduzi-lo com isenção” (TÁVORA e ALENCAR, 2013, p. 56). Também não basta a imparcialidade se a ele não for conferido independência. Por isso, a Constituição Federal preocupou-se em estabelecer algumas garantias, tal como dispõe o artigo 95 e seus incisos.

Nesse sentido, Tourinho Filho (2011, p. 63) ensina que:

E a imparcialidade exige, antes de mais nada, independência. Nenhum Juiz poderia ser efetivamente imparcial se não estivesse livre de coações, de influências constrangedoras, enfim, de ameaças que pudessem fazê-lo temer a perda do cargo. Daí as garantias conferidas à Magistratura pela Lei Maior: vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de subsídio. Pela vitaliciedade, no biênio inicial, o Juiz somente perderá o cargo por deliberação do Tribunal a que estiver vinculado e, ultrapassada a fase probatória, só por sentença judicial com trânsito em julgado, o que faz supor que a perda do cargo apenas ocorrerá por fato muito grave. Não era suficiente a vitaliciedade. Era preciso que os Juizes não pudessem sofrer pressões dos governantes, dos sobas ou chefetes políticos do sertão, ameaçando-os com remoção caso não atendessem aos seus pedidos. Daí a outra garantia: a inamovibilidade. Somente em razão de um manifesto interesse público é que será possível a remoção do Juiz. Não bastassem essas garantias, uma terceira serviria de coroamento àquelas: a irredutibilidade de subsídio. Tais garantias conferem ao Juiz a certeza de que, decida como decidir, ainda que contrarie interesses dos potentados, continuará no cargo e seus subsídios não serão reduzidos.

Portanto, quanto mais independente o Magistrado for mais imparcial o será.

4.7 O Princípio do *In Dubio Pro Reo* e da Presunção do Estado de Inocência

Com a redação dada ao inciso LVII, previsto no artigo 5º, da Constituição Federal, é possível extrair dele o princípio da presunção de inocência, também chamado de princípio da não culpabilidade.

Por esse princípio, qualquer indivíduo é consagrado com *status* de inocência até o trânsito em julgado de uma sentença condenatória.

Desse princípio decorre a premissa de que cabe ao órgão acusador o ônus de provar a autoria, materialidade e as circunstâncias do crime, bem como a culpa (*latu sensu*) do autor. Após comprovadas tais situações, deixa-se o estágio de dúvida que conduziria a uma absolvição e passa-se ao estágio de certeza da infração penal.

Entretanto, caso o *parquet* não tenha se desincumbido satisfatoriamente de seu ônus e persista a dúvida no processo, cabe ao órgão julgador militá-la em favor do réu, com base no princípio do *in dubio pro reo*.

Por este último princípio, havendo imprecisão sobre algo, o beneficiário da decisão deve ser o acusado.

5 OS SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS E O PODER INSTRUTÓRIO DO JUIZ

Os sistemas processuais são espécies do sistema persecutório que determinado Estado utiliza para atingir o objetivo do processo penal.

Para nós, o objetivo é vislumbrado quando o “Estado, no processo, torna efetiva, através dos poderes jurisdicionais de que estão investidos os órgãos judiciários, a ordem normativa do Direito Penal, com o que assegura a aplicação de suas regras e preceitos” (MARQUES, 2000, p. 62).

Na definição de Zilli (2003, p. 34) os sistemas processuais “funcionam como uma indicação abstrata de um modelo processual penal constituído de unidades que se relacionam e que lhe conferem forma e características próprias”.

A doutrina majoritária estabelece três tipos de sistemas com características próprias, quais sejam: o sistema inquisitório, acusatório e o sistema misto, que serão vistos detalhadamente abaixo.

5.1 Sistema Inquisitório

Presente em muitos momentos históricos no passado, o sistema inquisitório se revestiu e se reveste, para quem ainda o adota, de características excepcionais.

Neste sistema, há uma fusão de funções entre os órgãos que acusam, defendem e os que julgam, ferindo amplamente a imparcialidade do órgão acusador.

Não há o respeito de garantias, pois o que importa é a busca efetiva dos reais acontecimentos, os quais apenas são vislumbrados pelos meios de obtenção de prova utilizados neste sistema.

Os meios de obtenção de prova concentram-se nas torturas e em outros meios cruéis com uma finalidade específica: obter a confissão do acusado. A confissão, para o sistema inquisitório, é considerada a “rainha das provas” por

possuir valor probatório superior que as demais. Logo, conclui-se que o sistema de apreciação de provas adotado é o da prova tarifada (prova legal).

Conclui-se, outrossim, que, embora as práticas instrutórias afrontem diretamente as garantias individuais, são meios que visam a busca pela verdade real.

E justamente por essas práticas serem incompatíveis com os direitos humanos, os doutrinadores entendem que o acusado, nesse sistema, é tido como objeto processual e não indivíduo, sujeito de direito.

Nesse sentido, é o entendimento de Capez (2013, p. 85-86), o qual afirma que o “réu é visto nesse sistema como mero objeto da persecução, motivo pelo qual práticas como a tortura eram frequentemente admitidas como meio para se obter a prova-mãe: a confissão.”

Também fazendo menção a situação do acusado nesse sistema processual, Tourinho Filho (2011, p. 121) leciona que: “nenhuma garantia se confere ao acusado. Este aparece em uma situação de tal subordinação que se transfigura e se transmuda em objeto do processo e não em sujeito de direito”.

Vigora-se nesse sistema o processo sigiloso e escrito.

5.2 Sistema Acusatório

A sua presença em alguns sistemas persecutórios se justifica por suas próprias características, as quais fundamentam um Estado Democrático de Direito.

Dentre as suas características, Nucci (2007, p. 103) as elenca de forma objetiva:

Possui nítida separação entre o órgão acusador e o julgador; há liberdade de acusação, reconhecido o direito ao ofendido e a qualquer cidadão; predomina a liberdade de defesa e a isonomia entre as partes no processo; vigora a publicidade do procedimento; o contraditório está presente; existe a possibilidade de recusa do julgador; há livre sistema de produção de provas; predomina maior participação popular na justiça penal e a liberdade do réu é a regra.

Extrai-se, portanto, que trata-se de um sistema oposto ao inquisitório, pois atua de forma a garantir os direitos fundamentais do acusado. Ademais, sua

maior distinção com aquele sistema encontra-se na separação de poderes entre acusar, julgar e defender, propiciando-se, assim, a imparcialidade do Juiz.

Aqui, o processo é iniciado por pessoa diversa do Magistrado, sendo “proibido ao *magistratum* provocar sua própria *iurisdictio*” (MOSSIN, 1998, p. 19).

5.3 Sistema Misto

Trata-se de sistema oriundo da fusão entre o sistema inquisitório e o sistema acusatório.

Para Tourinho Filho (2011, p. 123) esse sistema misto é composto por três fases, sendo elas: a de investigação, instrução e julgamento. Porém, diferentemente do que ocorre no sistema inquisitório, nem todas as etapas deste sistema se assemelham àquela.

Apenas as duas primeiras correspondem ao sistema inquisitório, já que não vigoram o contraditório, a publicidade e, tampouco, o devido processo legal.

Já na fase de julgamento, prevalece o sistema acusatório, privilegiando-se o contraditório e a nítida separação de poderes entre acusar, julgar e defender.

5.4 O Sistema Processual Brasileiro

Forçoso reconhecer que o sistema processual pátrio não adotou exclusivamente o sistema acusatório, haja vista a presença de resquícios inquisitórios durante a fase preliminar que, geralmente, antecede ao processo e, também, de alguns “poderes” concedidos ao Juiz durante a instrução.

Fazendo uma interpretação Constitucional, não há dúvidas de que nosso processo é dotado de máximas garantias levando-nos a crer que estamos diante de um sistema acusatório. Da Magna Carta, extrai-se a necessidade de utilização do devido processo legal (art. 5º, inciso LIV), do contraditório (art. 5º, inciso LV), da igualdade das partes (art. 5º, *caput*), da ampla defesa, bem como de

diversos outros preceitos que garantem a divisibilidade de poderes e os direitos fundamentais ao acusado.

De outra banda, olhando pela lei infraconstitucional, o Código de Processo Penal extermina a ideia de que estamos diante de um sistema acusatório puro, haja vista a marcante presença de inquisitorialidade quando da sua elaboração, no ano de 1941.

Tourinho Filho (2011, p. 124) elenca alguns pontos dos quais é possível extrair aspectos do sistema inquisitorial em nosso Código, são elas:

Na verdade, pode o Juiz requisitar abertura de inquérito (art. 5º, II, do CPP); decretar de ofício prisão preventiva (art. 311 do CPP); conceder *habeas corpus* de ofício (art. 654, § 2º, do CPP); ser destinatário da representação (art. 39 do CPP); ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes (art. 156, I, do CPP); determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante (art. 156, II, do CPP); ouvir outras testemunhas além das indicadas pelas partes (art. 209 do CPP) e, inclusive, as referidas pelas testemunhas (§ 1º do art. 209 do CPP) etc.

Assim, extrai-se que tais poderes concedidos ao Magistrado impedem, de certa forma, que o sistema adotado seja o acusatório “puro”.

Contudo, também não é correto afirmar que estamos diante de um sistema misto, em razão das máximas garantias que norteiam o processo brasileiro.

Portanto, trata-se de um sistema “complicado, pois é resultado de um Código de forte alma inquisitiva, iluminado por uma Constituição Federal imantada pelos princípios democráticos do sistema acusatório” (NUCCI, 2007, p. 104).

Logo, há de se concluir pela adoção de um sistema “pouco” misto, mas, também, não totalmente acusatório.

5.5 Iniciativa Instrutória do Juiz

Entre a imparcialidade tão bem defendida pelo sistema acusatório e a busca pela verdade real tão bem visada no processo, encontra-se na doutrina posicionamentos divergentes acerca do poder instrutório do Juiz.

Zilli (2003, p. 113), por exemplo, afirma que “o juiz não é livre para buscar a verdade, devendo concentrar as suas indagações sobre aqueles fatos que uma ou outra parte apontou como juridicamente relevante”.

Ainda, esclarece que a busca pela verdade real “configura, pois, um mito que não se sustenta diante da realidade imposta pela obediência aos métodos de acerto regradados por um Estado de Direito” (ZILLI, 2003, p. 114).

Não obstante, o artigo 156 do Código de Processo Penal é categórico em facultar ao Magistrado a produção de provas urgentes e relevantes, antes do início da ação penal, desde que observados três critérios: necessidade, adequação e proporcionalidade. Como se não bastasse, lhe foi facultado à produção de provas durante a instrução, de ofício, a fim de suprimir dúvida sobre ponto relevante.

Nessa esteira, o artigo 209 do Código de Processo Penal possibilita ao Juiz ouvir as testemunhas que entender pertinentes, bem como aquelas referidas por outras testemunhas (§ 1º, do art. 209, do Código de Processo Penal).

Logo, visível a intenção do legislador em atribuir poder instrutório ao Magistrado focalizado na busca da verdade real ou a mais próxima possível. Todavia, como toda lei infraconstitucional deve ser interpretada sob o prisma Constitucional, o poder instrutório do Juiz ganha limites, sob pena de configurar-se um sistema inquisitorial que, conforme já visto, não é o adotado por nós.

Destarte, “o material colhido por iniciativa do magistrado, obrigatoriamente deve ser submetido à apreciação das partes, fazendo valer o contraditório” (TÁVORA e ALENCAR, 2013, p. 407).

Complementando, Távora e Alencar (2013, p. 408) lecionam:

Não pode o juiz, advirta-se, substituir-se à atuação das partes na produção probatória. O papel do magistrado é complementar, objetivando esclarecer dúvida sobre ponto essencial à demonstração da verdade. A proatividade do julgador em determinar a produção de provas encontra limites na imparcialidade exigida para o julgamento do feito. O sistema acusatório atribui ao titular da ação a diligência necessária na produção probatória. Se não pode o magistrado fechar os olhos à verdade, também não poderá, sob pena de estar maculado subjetivamente, construir por força própria todo o manancial probatório que é levado aos autos. Se o fizer, deve ser afastado, em razão de impedimento (art. 254, IV, CPP) ou suspeição (art. 252, CPP).

No mesmo sentido, Messias (2006, p. 33) se posiciona:

Há uma ampla liberdade probatória para as partes e uma liberdade maior para o magistrado, que poderá perquirir livremente a prova, sem direcionar

esta liberdade para uma posição que busque, francamente, a prova exclusiva que condena ou a que inocenta, porque perderia a isenção e se envolveria em tendenciosidade, ignorando a imparcialidade que deve presidir o seu trabalho. Tem liberdade plena na aferição da prova, mas não pode perder a dignidade do cargo e não pode assumir posições de acusador ou defensor.

Assim, o Juiz deve buscar as provas tanto quanto necessárias, desde que para contribuir com a defesa.

Não pode o Magistrado, no entanto, atuar paralelamente ao Ministério Público, sob pena de perder a imparcialidade. Não pode, outrossim, para nenhuma das partes, ser o único a produzir provas, pois aludida conduta feriria a sua imparcialidade.

6 DAS PROVAS

Levando em consideração que o “processo é um conjunto de atos sequenciais, ordenados, que têm a destinação de apurar determinado fato que tenha relevo, conseqüências ou interesse à esfera penal” (MESSIAS, 2006, p. 31), nada mais apropriado que as partes se valham de instrumentos para demonstrar aquilo que lhe é de interesse.

Assim é que o membro do Ministério Público utiliza-se das provas para fundamentar sua pretensão acusatória inicial e, por conseguinte, ver o autor do delito condenado pela prática delitiva. Já a defesa, procura angariar aos autos as provas capazes de sustentar uma absolvição, seja comprovando que o acusado não é autor e nem participou do delito; seja demonstrando que o fato não constitui crime ou que há excludentes a serem levadas em consideração.

6.1 Conceito, Finalidade e Objeto da Prova

Entende-se por provas o conjunto material e imaterial resultante da ação das partes em tentar demonstrar a (in) veracidade das alegações. No entendimento de Messias (2006, p. 33):

A prova penal é, pois, a demonstração do conjunto de fatos e circunstâncias que convencem da ocorrência de um fato que interessa ao Direito Penal, no tocante à materialidade e à autoria, bem como da existência de causas que justifiquem a ação ou omissão, excluindo a criminalidade ou incidindo na demonstração de maior ou menor intensidade de dolo ou de culpa do agente, para a fixação da responsabilidade criminal.

Para Távora e Alencar (2013, p. 388), a prova “é tudo aquilo que contribui para a formação do convencimento do magistrado, demonstrando os fatos, atos, ou até mesmo o próprio direito em litígio”.

Extrai-se, portanto, que a finalidade das provas é convencer o Magistrado, responsável por dizer a sorte do acusado.

O objeto das provas, por sua vez, restringe-se aos fatos juridicamente relevantes, sobre os quais deve o magistrado “adquirir o conhecimento necessário para resolver a demanda” (TÁVORA e ALENCAR, 2013, p. 389).

Fazendo referência satisfatória ao objeto da prova, Capez (2013, p. 372-373) leciona:

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

O direito, por regra, não precisa ser provado, salvo se se tratar de direito municipal, estadual, estrangeiro ou consuetudinário, e o juiz assim o requerer. É o que se extrai, por analogia, do art. 337, do Código de Processo Civil.

6.2 Ônus Probatório

Trata-se de uma faculdade conferida às partes, a fim de provar algo que lhe é de interesse, sob pena de sofrer as consequências de sua omissão.

Esboçando o mesmo entendimento, Távora e Alencar (2013, p. 405) lecionam:

A demonstração probatória é uma faculdade, assumindo a parte omissa as consequências de sua inatividade, facilitando a atividade judicial no momento da decisão, já que aquele que não foi exitoso em provar, possivelmente não terá reconhecido o direito pretendido.

Pela regra geral disposta no art. 156, *caput*, do Código de Processo Penal, o ônus das alegações cabe a quem as fizer.

Logo, compete ao Promotor de Justiça provar a autoria, materialidade e circunstâncias do crime, já que é ele quem imputa os fatos ao acusado.

O réu, por sua vez, deve comprovar as “causas excludentes da antijuricidade, da culpabilidade e da punibilidade, bem como circunstâncias atenuantes da pena ou concessão de benefícios legais” (CAPEZ, 2013, p. 410).

Assim, quem traz os fatos constitutivos deve prová-los. O ônus se inverte, porém, quando a parte contrária alega uma exceção que importa em impedimento ou modificação das alegações iniciais, de modo que seu reconhecimento exige prova concreta nesse sentido.

Importante consignar que a prova cabal das alegações dos fatos impeditivos ou modificativos importa em absolvição. Do mesmo modo deverá agir o Magistrado quando se deparar com provas que importem em dúvida a respeito dos fatos elencados na inicial acusatória, consagrando, assim, o princípio do *in dubio pro reo*.

6.3 Meios de Prova

Os meios de prova são “todos os recursos, diretos ou indiretos, utilizados para alcançar a verdade dos fatos no processo” (NUCCI, 2007, p. 360).

Dentre esses recursos, destacam-se as provas nominadas e as provas inominadas.

As primeiras são meios de provas que encontram previsão no texto de lei, mais especificamente entre os artigos 158 a 250 do Código de Processo Penal.

Já as provas inominadas, embora não possuam previsão legal, são tidas como meios de provas, desde que consideradas moralmente legítimas e não afrontadoras ao ordenamento jurídico pátrio, fazendo valer o princípio da busca pela verdade real.

Também são meios de provas as obtidas por meios lícitos ou proibidos pelo ordenamento. No entanto, apenas as provas lícitas são admitidas em Juízo, posto que em consonância com o “espírito” da nossa legislação.

As provas proibidas, por sua vez, se subdividem doutrinariamente em provas ilícitas, as quais violam normas de natureza material e/ou princípios constitucionais; e em provas ilegítimas, as quais violam normas de ordem

processual. Por esses motivos, embora configurem meio de prova, não são admitidas no ordenamento jurídico brasileiro.

Exemplificando, são provas ilícitas: a confissão mediante tortura e a busca e apreensão sem determinação judicial.

São exemplos de provas ilegítimas, por sua vez, as elencadas por Capez (2013, p. 375):

(...) o documento exibido em plenário do Júri, com desobediência ao disposto no art. 479, *caput* (CPP), com a redação determinada pela Lei n. 11.689/2008; o depoimento prestado com violação à regra proibitiva do art. 207 (CPP) (sigilo profissional) etc (CAPEZ, 2013, p. 375).

No que concerne às provas ilícitas, o legislador se preocupou em criar dispositivos para fundamentar a sua proibição. O mais importante deles encontra-se na Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso LVI, sendo corroborado pelos dispositivos infraconstitucionais, tais como o artigo 157, do Código de processo Penal.

7 DAS PROVAS ILÍCITAS

As provas no sistema processual brasileiro, assim como o próprio direito a produção delas, encontram limitações, esbarrando-se na vedação das provas ilícitas de previsão constitucional e infraconstitucional.

Por se de grande importância, ao tema foi consagrado o princípio da inadmissibilidade das provas ilícitas.

7.1 Do Princípio da Inadmissibilidade das Provas Ilícitas

Conforme já mencionado, o ordenamento se preocupou em cuidar das provas ilícitas, impedindo que as mesmas sejam utilizadas em Juízo.

Tal premissa decorre do mandamento constitucional extraído do inciso LVI, do artigo 5º, da Constituição Federal:

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

[...]

LVI – são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos;

Como se não bastasse, o Código de Processo Penal reitera o previsto na Constituição e, ainda, determina o desentranhamento do processo das provas ilícitas. É o que se extrai do artigo 157, caput, do Código de Processo Penal: “São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais”.

Fazendo referência a este princípio, Moraes (2007, p. 325) entende que a inadmissibilidade das provas ilícitas “deriva da posição preferente dos direitos fundamentais no ordenamento jurídico, tornando impossível a violação de uma liberdade pública para a obtenção de qualquer prova”.

Não obstante tratar-se de um princípio, a inadmissibilidade das provas não pode ser tratada de forma absoluta, devendo incidir sobre ela o princípio da proporcionalidade nos casos envolvendo o crime organizado.

É certo, como dito pelo aludido doutrinador Moraes, que os direitos fundamentais devem prevalecer-se, acima de tudo, no processo penal para consagrar o Estado Democrático de Direito.

Contudo, em que pese os direitos fundamentais serem concedidos igualmente a todos, eles devem ser analisados isoladamente em cada caso, mormente tratando-se de uma organização criminosa, cujas consequências advindas da prática de crimes praticados por estes sequer comparam-se aos estragos cometidos por um sujeito só.

Nesse mesmo sentido, é o entendimento de Capez (2013, p. 378):

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

A análise da possibilidade de utilização das provas ilícitas é objeto de capítulo próprio conforme se verá no transcorrer do presente trabalho.

7.2 Das Teorias Oriundas das Provas Ilícitas

Da análise das provas obtidas por meios ilícitos, principalmente do princípio que norteia a sua inadmissibilidade, surgiram outras teorias correlacionadas com o tema.

7.2.1 Teoria dos frutos da árvore envenenada (*fruits of the poisonous tree*) ou Teoria das provas ilícitas por derivação

De origem Norte-Americana, a teoria dos frutos da árvore envenenada estabelece a tese de que prova ilícita por derivação é aquela lícita em si mesma, porém, obtida em decorrência da prova originalmente ilícita, as quais se interligam por um nexo causal persecutório.

São, na verdade, “aquelas em si mesmas lícitas, mas produzidas a partir de outra ilegalmente obtida” (CAPEZ, 2013, p. 377).

Exemplo clássico na doutrina é a “confissão obtida mediante tortura, prova embrionariamente ilícita, cujas informações deram margem a uma busca e apreensão formalmente íntegra” (TÁVORA e ALENCAR, 2013, p. 395).

Antes da alteração trazida pela Lei n.º 11.690/08, o entendimento quanto à utilização da teoria dos frutos da árvore envenenada não era pacífico na doutrina brasileira, inclusive, na jurisprudência.

A maioria dos doutrinadores se posicionava favoravelmente a utilização da teoria da inadmissibilidade das provas ilícitas por derivação. A corrente minoritária, por sua vez, se posicionava de forma contrária, sustentando que a Constituição não vedou expressamente as provas ilícitas por derivação, mas apenas as obtidas ilicitamente.

A jurisprudência chegou a consagrar decisões no sentido da corrente doutrinária minoritária quando “admitiu a validade de provas derivadas das provas ilícitas (HC nº 69.912-0/RS – Tribunal Pleno – Rel. Min. Sepúlveda Pertence, 16-12-1993, publicado no DJU, 25 de mar. 1994).” (MORAES, 2007, p. 331).

No entanto, com a alteração da redação do artigo 157 do Código Penal, pela Lei n.º 11.690/08, não há mais dúvidas acerca da possibilidade ou não da utilização desta teoria.

Deste artigo, é possível extrair a intenção do legislador em incorporar mencionada teoria em nosso sistema jurídico. Logo, todas as provas, ainda que em sua essência seja lícitas, não serão admitidas se descobertas em razão de uma prova ilícita.

Sendo assim, as teses que defendem a inaplicabilidade da teoria da prova ilícita por derivação não merecem mais credibilidade. Tanto o é, que a própria

Jurisprudência mudou seu posicionamento quando da alteração do artigo 157 do Código de Processo Penal.

Esboçando o mesmo entendimento, o doutrinador Silva (2010, p. 22) explica:

A jurisprudência dominante é pela não-aceitação da prova derivada da ilícita no processo, tomando por base a solução adotada pela Suprema Corte norte-americana, que a denominou *fruits of the poison tree* (frutos da árvore envenenada), segundo a qual o defeito da árvore transmite-se aos frutos.

Ainda, da análise do artigo 157, § 1º, do Código de Processo Penal, é possível extrair outras duas teorias.

7.2.1.1 Teoria da fonte independente e teoria da descoberta inevitável

A teoria da fonte independente está em um plano paralelo ao da teoria dos frutos da árvore envenenada, configurando, pois, teoria coexistente a esta.

Pela teoria da fonte independente, havendo outras provas, mas alcançadas por meios diferentes, poderão ser utilizadas no processo para comprovar a materialidade e a autoria, porquanto independente das ilícitas.

É o que se extrai dos ensinamentos de Távora e Alencar (2013, p. 396-397):

[...] se existirem provas outras no processo, independentes de uma determinada prova ilícita produzida, não há que se falar em contaminação, nem em aplicação da teoria dos frutos da árvore envenenada, pois, em não havendo vinculação nem relação de dependência, a prova ilícita não terá o condão de contaminar as demais.

Inexiste, neste caso, nexos causal entre as provas, mostrando-se válida a sua utilização.

Por outro lado, a teoria da descoberta inevitável surge com a finalidade de flexibilizar a teoria das provas ilícitas por derivação, na medida em que possibilita a utilização das mesmas, se elas puderem ser conseguidas através de meios legais, quebrando-se, assim, o nexos causal existente entre elas.

Neste caso, “se a prova, que circunstancialmente decorre de prova ilícita, seria conseguida de qualquer maneira, por atos de investigação válidos, ela será aproveitada, eliminando-se a contaminação” (TÁVORA e ALENCAR, 2013, p. 397).

A título de exemplo, imagine uma confissão mediante tortura, na qual se obtém informações de onde está a *res furtiva*. Por ocasião da inquirição de uma testemunha, ainda em sede policial, esta também informa a localização do bem. Assim, a busca e apreensão no local se mostraria válida nesse caso, posto que a confissão sob tortura não foi decisiva para localizar a *res*.

7.3 As Provas Ilícitas no Direito Comparado

A utilização da prova ilícita é tema demasiadamente controvertido mundialmente. Por este motivo, será analisado brevemente em alguns países, notadamente, os mais influentes.

7.3.1 Itália

A Itália, embora tenha se preocupado em estabelecer direitos inerentes aos homens, não se preocupou, dentre eles, em consagrar a vedação das provas ilícitas em sua Constituição.

Assim, os Magistrados faziam o juízo de admissibilidade destas provas, com o fim de chegar-se a verdade real.

Poder-se-ia perceber, então, a grande importância dada aos direitos fundamentais dos homens se a própria Constituição italiana trata-se bem dessa matéria, o que não o fez.

Com isso, passou-se a demonstrar uma “escassa sensibilidade para os valores constitucionais pelos próprios órgãos inquisitivos da Justiça italiana, que supervalorizavam freqüentemente a importância de objetivos como “a busca da verdade real” ou “a defesa da sociedade” (AVOLIO, 1999, p. 48-49).

Não obstante, a doutrina fixou posicionamento em sentido favorável à inadmissibilidade das provas ilícitas, tendo este posicionamento sido incorporado em 1988, no Código de Processo Penal.

Essa vedação, contudo, não têm caráter absoluto, já que os italianos também podem se valer da teoria da proporcionalidade.

7.3.2 Espanha

A doutrina espanhola se posiciona de forma contrária a admissibilidade das provas ilícitas no processo.

Entendem, além disso, que, se por uma falha a prova ilícita vier a constar nos autos, esta não deverá ser considerada para fins de valoração quando da decisão.

No entanto, “reconhecem a aplicação do princípio da proporcionalidade quando se tratar de violação do segredo das comunicações telefônicas, observando-se o grau de lesividade” (CASTRO, 2007, p. 94).

7.3.3 Estados Unidos da América

Os Estados Unidos sempre se manifestaram pela inadmissibilidade das provas ilícitas.

Tal posicionamento se mostrou mais visível quando do julgamento “Mapp v. Ohio”, em 1961, no qual se afastou a utilização das provas obtidas ilicitamente. O caso, em si, “tratava-se de uma busca e apreensão, sem mandado judicial, de material obsceno encontrado na casa da Srta. Mapp, cuja mera posse era proibida pelas leis do Estado de Ohio” (AVOLIO, 1999, p. 54).

Para eles, a prova ilícita, ainda que suficiente para declinar sobre a autoria e culpabilidade, “são excluídas de qualquer procedimento probatório e trazem como consequência a nulidade” (CASTRO, 2007, p. 97).

De grande importância o tratamento do tema dado pelos Estados Unidos da América, pois deles é que deriva a teoria dos frutos da árvore envenenada (*the fruit of the poisonous tree*), a qual integra, entre outros ordenamentos jurídicos, o nosso.

A inadmissibilidade também não é absoluta, porquanto “a jurisprudência da Suprema Corte registra hipóteses em que se admitiu prova ilegalmente obtida, com base na relação custo-benefício” (CASTRO, 2007, p. 97).

Para eles, a mitigação da vedação ao uso das provas ilícitas decorre do princípio da razoabilidade, cuja essência é a mesma que da teoria da proporcionalidade.

7.3.4 Alemanha

A Alemanha, garantidora de inúmeros direitos, preocupou-se, inicialmente, em afastar as concepções doutrinárias defensoras da busca incessante pela verdade real. Para isso, voltou-se “aos novos preceitos constitucionais, para reforçar a perspectiva de que o objetivo principal deve ser a salvaguarda dos direitos do Homem” (AVOLIO, 1999, p. 51).

Desta forma, os legisladores incumbiram-se, imediatamente, em formular leis que sustentasse esse novo posicionamento. Da essência material das leis, Avolio (1999, p. 51) cita a exclusão:

[...] não só dos maus-tratos e a aplicação de sofrimentos físicos, como as substâncias aptas a alterar, reduzir ou oprimir a capacidade de entendimento e as faculdades mnemônicas do sujeito, como também toda forma de violência moral ou pressão dolosa realizada com expedientes inadmissíveis ou promessas de vantagens ilícitas.

Dentre essas garantias, incluíram-se as provas ilícitas.

Posteriormente, inovou-se com o surgimento do princípio da proporcionalidade, o qual foi fator de exceção à teoria da inadmissibilidade das provas ilícitas.

Nesse sentido, leciona Castro (2007, p. 2007):

A construção jurisprudencial dos Tribunais Superiores, nomeadamente do Tribunal Constitucional, há muito reconheceu o princípio da proporcionalidade ou razoabilidade, onde prevalece uma relação de proporção entre os meios empregados e a finalidade visada.

Ilustrando o mesmo entendimento, Avolio (1999, p. 67-68) explica que:

[...] a jurisprudência alemã, além de aplicar certas causas de justificação expressamente previstas sob o plano substancial, como a legítima defesa e o estado de necessidade, admite exceções à proibição geral de admissibilidade (e de utilizabilidade) das provas formadas ou obtidas “inconstitucionalmente”, quando se trata de realizar exigências superiores de carácter público ou privado, merecedoras de particular tutela. Chega-se, portanto, ao princípio da *Güterund Interessenabwägung* (ou seja, o princípio do “balanceamento dos interesses e valores”) e, reflexamente, ao *Verhältnismässigkeitsprinzip* (ou seja, o princípio da proporcionalidade entre o meio empregado e a finalidade pretendida).

Mencionado princípio ganhou carácter internacional, sendo incorporado ou ao menos utilizado, ainda que sem expressa previsão legal, em diversos países, como visto acima. Com o Brasil não foi diferente.

8 DAS PROVAS ILÍCITAS NO CRIME ORGANIZADO

As provas ilícitas, já abordadas amplamente em momento anterior, por regra, são inadmissíveis na nossa legislação brasileira.

No entanto, é sabido que as consequências da prática delituosa do crime organizado não se comparam com os delitos esporádicos que ocorrem por aí. Daí a razão de haver um tratamento desigual para aqueles que se unem para a prática criminosa.

E é exatamente sob o prisma das provas ilícitas que deve-se, pelo menos em tese, dar tratamento desigual.

Antes de tratar do objeto do tema, importante adentrar ao estudo, ainda que básico e superficial, do crime organizado regulado atualmente pela Lei n.º 12.850/13.

8.1 Breve Histórico do Crime Organizado no Brasil

No Brasil, a origem do crime organizado se deu no final do século XIX e começo do século XX, com o movimento cangaço no nordeste brasileiro.

A figura principal dessa época encontrava-se na pessoa de Virgulino Ferreira da Silva, o famoso Lampião. Virgulino foi líder de um bando que tinha como condutas a prática de saques e ataques em Vilas, no Estado de Pernambuco.

Ilustrando a passagem histórica dessa época, Silva (2009, p. 9) explica:

Os cangaceiros tinham organização hierárquica e com o tempo passaram a atuar em várias frentes ao mesmo tempo, dedicando-se a saquear vilas, fazendas e pequenas cidades, extorquir dinheiro mediante ameaça de ataque e pilhagem ou sequestrar pessoas importantes e influentes para depois exigir resgates. Para tanto, relacionavam-se com fazendeiros e chefes políticos influentes e contavam com a colaboração de policiais corruptos, que lhes forneciam armas e munições.

Ainda no século XX, porém, na época de 1970, surgiu as organizações criminosas mais conhecidas nos dias atuais. Oriundas em sua maioria de presídios da cidade do Rio de Janeiro, são elas:

A “Falange Vermelha”, formada por chefes de quadrilhas especializadas em roubos a bancos, nasceu no presídio da Ilha Grande, entre 1967 e 1975; o “Comando Vermelho”, uma evolução da “Falange Vermelha”, comandado por líderes do tráfico de entorpecentes, surgiu no presídio Bangu 1 em meados da década de 70; o “Terceiro Comando”, uma dissidência do “Comando Vermelho”, foi idealizado no mesmo presídio, em 1988, por presos que não concordavam com a prática de sequestros e com a prática de crime comuns nas áreas de atuação da organização; ADA (“Amigos dos Amigos”) surgiu durante os anos 90, aliando-se ao “Terceiro Comando” em 1998, na tentativa de minimizar a influência do “Comando Vermelho”; o “Terceiro Comando Puro”, criado no complexo da Maré no ano de 2002, resultou da extinção do “Terceiro Comando”, após o assassinato de seu líder (SILVA, 2009, p. 10-11).

Em São Paulo, na década de 90, houve a formação da facção criminosa denominada de “PCC” (Primeiro Comando da Capital). Atualmente, atuam principalmente em “roubos a bancos e a carros de transporte de valores, extorsões de familiares de pessoas presas, extorsão mediante sequestro e tráfico ilícito de substâncias entorpecentes, com conexões internacionais” (SILVA, 2009, p. 12).

8.2 Evolução do Conceito de Crime Organizado

Com a evolução da prática criminosa que, em meados do século XIX, era quase que totalmente voltada a delitos individuais, mas que, no século XX expandiu-se, dando ensejo aos crimes complexos, com pluralidade de agentes e afetando diversos bens jurídicos, foi necessária a definição de um conceito para essa organização.

O ordenamento brasileiro, no que concerne a definição de criminalidade organizada, nem sempre se mostrou satisfatório nessa missão, embora soubesse da sua necessidade.

Foi em 1995, com a edição da Lei n.º 9.034, que tratava sobre a “utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas” que o Brasil perdeu grande chance de, desde já, regulamentar sobre o tema, haja vista que em seu artigo 1º deu apenas um tratamento genérico ao caso com a redação: “Esta lei define e regula os meios de

prova e procedimentos investigatórios que versarem sobre crime resultante de ações de quadrilha ou bando”.

Com efeito, aludida Lei:

[...] não partiu de uma noção de organização criminosa, não definiu o crime organizado por seus elementos essenciais, não arrolou as condutas que constituiriam a criminalidade organizada nem procurou aglutinar essas orientações para delimitar a matéria. Optou-se tão-somente, num primeiro momento, por equiparar a organização criminosa às ações resultantes de quadrilha ou bando (art. 1º) (SILVA, 2009, p. 24-25).

Diante disso, tentando regularizar a situação da lei omissa, foi promulgada a Lei n.º 10.217 de 2001, a qual alterou a redação do artigo 1º, supracitado. Com a alteração, a redação modificou-se para: “Esta lei define e regula os meios de prova e procedimentos investigatórios que versarem sobre ilícitos decorrentes de ações praticadas por quadrilha ou bando ou organizações ou associações criminosas de qualquer tipo”.

Como se pode observar, em nada de tão relevante contribuiu a alteração da redação. De sorte que com a ratificação pelo Brasil da Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional (Convenção de Palermo), através do Decreto n.º 5.015 de 2004, conseguiu-se extrair dela um conceito para a organização criminosa.

Silva (2009, p. 22) faz referência ao conceito de crime organizado de acordo com a convenção de Palermo. Segundo ele, seria um grupo:

[...] “estruturado de três ou mais pessoas, existente há algum tempo e atuando concertadamente com o propósito de cometer uma ou mais infrações graves ou enunciadas na presente Convenção, com a intenção de obter, direta ou indiretamente, um benefício econômico ou outro benefício material”.

Foi apenas com a Lei n.º 12.694/12 que o sistema brasileiro incumbiu-se da elaboração de uma definição jurídica para a organização criminosa, conceituando-a em seu artigo 2º:

Art. 2º Para os efeitos desta Lei, considera-se organização criminosa a associação, de 3 (três) ou mais pessoas, estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de crimes cuja pena máxima seja igual ou superior a 4 (quatro) anos ou que sejam de caráter transnacional.

Não bastando, a recentíssima Lei n.º 12.850/2013 que “define a organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal” ampliou o conceito trazido pela Lei n.º 12.690/12.

Atualmente, portanto, têm-se por organização criminosa o disposto no artigo 1º, § 1º, da Lei n.º 12.850/13:

Art. 1º Esta Lei define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção de prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal a ser aplicado.

§ 1º Considera-se organização criminosa a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (anos), ou que sejam de caráter transnacional.

Fazendo uma breve análise acerca das duas últimas leis publicadas, percebe-se que o legislador optou por aumentar a quantidade mínima de agentes, passando-os para o número de 04 (quatro), bem como reestipulou os delitos abrangidos por esta lei, admitindo-se, apenas, aqueles cuja pena máxima ultrapasse 04 (quatro) anos. Afastou-se, portanto, aqueles cuja pena máxima se igualava a quatro.

Ainda, importante mencionar o cuidado que o legislador teve em abranger casos que, embora não configurem literalmente o disposto no artigo 1º, § 1º, da Lei n.º 12.850/13, são de extrema importância e, por isso, são submetidos a esta Lei.

Esses casos encontram regulamentação nos incisos I e II, do parágrafo 2º, da Lei n.º 12.850/13. Dispõe:

§ 2º Esta Lei se aplica também:

I – às infrações penais previstas em tratado ou convenção internacional quando, iniciada a execução no País, o resultado tenha ou devesse ter ocorrido no estrangeiro, ou reciprocamente;

II – às organizações terroristas internacionais, reconhecidas segundo as normas de direito internacional, por foro do qual o Brasil faça parte, cujos atos de suporte ao terrorismo, bem como os atos preparatórios ou de execução de atos terroristas, ocorram ou possam ocorrer em território nacional.

8.3 Aplicação das Provas Ilícitas no Brasil e o Princípio da Proporcionalidade

Como já mencionado anteriormente, as provas ilícitas não são aceitas no ordenamento jurídico brasileiro por expressa previsão constitucional (art. 5º, inciso LVI, da Constituição Federal) e infraconstitucional (art. 157, do Código de Processo Penal).

É sabido, porém, que o ordenamento jurídico não é inflexível a ponto de tornar todas as suas regras absolutas.

Desta forma, assim como outros direitos comportam exceção, a inadmissibilidade das provas ilícitas também comporta as suas. E, diga-se de passagem, é através da utilização do princípio da proporcionalidade que se funda esta assertiva.

8.3.1 Princípio da Proporcionalidade: Conceito e Previsão Legal

O princípio da proporcionalidade, de origem alemã, não encontra previsão expressa na Constituição Federal do Brasil e, tampouco, nas legislações infraconstitucionais. Contudo, decorre da própria interpretação sistemática que deve ser dada a Magna Carta.

Do artigo 5º da Constituição Federal, especificamente de seu parágrafo 2º, é possível perceber a possibilidade de existência de conflitos entre normas jurídicas e até mesmo entre princípios, já que a existência de um não exclui a do outro.

Assim, havendo conflitos, é necessário que se faça um juízo de valor das normas e princípios a serem aplicados ao caso em concreto, a fim de possibilitar o melhor tratamento jurídico, fomentando a aplicação do princípio da proporcionalidade.

O princípio da proporcionalidade consiste na “possibilidade do sacrifício de um direito ou garantia constitucional em prol de outro de igual ou superior valia, notadamente quando está em jogo interesse público relevante” (SILVA, 2010, p. 17).

Avolio (1999, p. 64) faz exemplar consideração no que se refere as provas ilícitas:

A teoria da proporcionalidade ou da razoabilidade, também denominada teoria do balanceamento ou da preponderância dos interesses, consiste, pois, exatamente numa construção doutrinária e jurisprudencial que se coloca nos sistemas de inadmissibilidade da prova obtida ilicitamente, permitindo, em face de uma vedação probatória, que se proceda a uma escolha, no caso concreto, entre os valores constitucionalmente relevantes postos em confronto.

Por tratar-se de exceção à regra, é importante que o seu aplicador tenha as devidas cautelas quando da sua utilização, principalmente, em se tratando de provas ilícitas.

Importante anotar, ainda, que mencionado princípio possui requisitos a serem observados para legitimar sua aplicação, não podendo ficar a cargo da boa vontade do aplicador.

8.3.2 Requisitos de aplicabilidade

A doutrina criou alguns requisitos para fundamentar a aplicação do princípio da proporcionalidade de forma mais objetiva. São eles: o da *adequação*, *necessidade e proporcionalidade em sentido estrito*.

Pelo requisito da *adequação*, as provas ilícitas poderão ser utilizadas se o meio empregado (medida restritiva de direitos) for suficiente para alcançar os fins que se almejam.

Pelo requisito da *necessidade*, também chamado de requisito da “mínima intervenção”, o meio utilizado deverá ser o menos gravoso aos direitos fundamentais.

Por fim, a *proporcionalidade em sentido estrito* refere-se propriamente a ponderação de valores no caso em concreto. Verifica-se, portanto, se o interesse punitivo do Estado é proporcional ao direito subjetivo violado.

Silva (2009, p. 48) menciona, ainda, que da *proporcionalidade em sentido estrito* extrai-se outros quatro critérios que a compõe, auxiliando na

valoração dos interesses, a saber: critério da *consequência jurídica; importância da causa*; critério relativo ao *grau da imputação*; e o *êxito previsível da medida*.

Através do critério da *consequência jurídica*, só será proporcional a medida restritiva de direitos a depender da pena cominada ao delito. Esse critério não é observado, por exemplo, em interceptações telefônicas para o fim de apurar contravenções penais. Do mesmo modo, “não se justifica a invasão da privacidade do investigado pela violação de seu sigilo bancário, para a apuração de um crime de lesão corporal leve que, além de ostentar pena reduzida, autoriza a aplicação de sanção alternativa [...]” (SILVA, 2009, p. 48).

A *importância da causa*, por sua vez, relaciona-se com o *modus operandi* da prática delitiva (*gravidade do fato*), com o *interesse público do processo* (em punir o sujeito imiscuído na vala da criminalidade), bem como com o *perigo de reincidência específica* (probabilidade de futuras práticas criminosas análogas).

Estará configurado o critério relativo ao *grau da imputação* se, no caso concreto, houver fortes indícios da autoria delitiva, fato que, futuramente, motivará uma condenação.

O critério do *êxito previsível* da medida confunde-se com o requisito da adequação, posto que refere-se ao alcance da finalidade desejada através da medida restritiva.

8.3.3 Princípio da Proporcionalidade *In Dubio pro Reo*

Quanto à possibilidade de utilização das provas ilícitas para favorecer o acusado, a doutrina e a jurisprudência não divergem.

Távora e Alencar (2013, p. 401), por exemplo, sustentam que “a violação legal para produção probatória, quando estritamente necessária, só se justifica para manutenção do *status* de inocência”.

Inúmeros são os argumentos trazidos pela doutrina para amparar o direito à utilização das provas ilícitas em favor do réu. Dentre eles, destacam-se: a superioridade do direito de liberdade em relação ao *jus puniendi* do estado; a eficácia do princípio da isonomia relacionada com o da ampla defesa (o Estado possui um aparato relativamente mais eficiente na demonstração do crime que o

acusado. Assim, é permitido ao réu valer-se de todos os meios para provar a sua inocência, garantindo a ampla defesa) e; o não interesse do Estado em punir aquele que sabe-se ser inocente.

No que concerne a este posicionamento, efetivamente, não há maiores problemas e nem dúvidas quanto a sua possibilidade de utilização, até mesmo porque, “tem-se entendido que a ilicitude é eliminada por causas de justificação legais da antijuridicidade, como a legítima defesa” (AVOLIO, 1999, p. 72).

A divergência excessiva se dá no âmbito *pro societate*.

8.3.4 Princípio da Proporcionalidade *In Dubio pro Societate*

A doutrina majoritária e a jurisprudência ainda encontram resistência na aplicação deste princípio em favor da sociedade.

Távora e Alencar (2013, p. 401) opõem-se visivelmente à sua aplicação. Aduzem:

Sabe-se, contudo, que já se tem invocado o princípio em exame para tutelar interesses da acusação (*pro societate*). A nosso ver, é uma contradição em termos, pois se é sabido que algumas modalidades de atividade criminosa exigem um aparato de produção probatória mais eficiente, como a realização de interceptação telefônica, a quebra de sigilos, a infiltração de agentes etc., estas ferramentas devem ser utilizadas nos estritos limites da lei. Não se justifica a quebra de garantias constitucionais, num Estado fora da lei, na busca do combate ao crime.

Ainda, salientam:

A proteção da sociedade está melhor amparada pela preservação do núcleo básico de garantias de todos. Afinal, os criminosos integram o corpo social. Flexibilizar os direitos de alguns, como já acontece com o “bode expiatório” das organizações criminosas, que são invocadas toda vez que se quer justificar ilegalidade ou mitigação de direitos, é abrir caminho para o desrespeito à segurança de todos (TÁVORA e ALENCAR, 2013, p. 401).

Despojando do mesmo entendimento, Moraes (2007, p. 335) afirma que “as liberdades públicas não podem ser utilizadas como um verdadeiro escudo protetivo da prática de atividades ilícitas”.

No mesmo sentido são as decisões dos Tribunais brasileiros:

STF – “O Estado não pode, especialmente em sede processual penal, valer-se de provas ilícitas contra o acusado, ainda que sob invocação do princípio da proporcionalidade... Cabe ter presente, ainda, que o princípio da proporcionalidade não pode converter-se em instrumento de frustração da norma constitucional que repudia a utilização, no processo, de provas obtidas por meios ilícitos. Esse postulado, portanto, não deve ser invocado discriminadamente, ainda mais quando se acharem expostos a clara situação de risco, direitos fundamentais assegurados pela Constituição, como ocorre na espécie ora em exame, em que se decidiu, na esfera do Tribunal *a quo*, que a prova incriminadora dos ora recorridos foi produzida, na causa penal, com ofensa às cláusulas constitucionais que tutelam a inviolabilidade domiciliar e preservam a garantia da intimidade” (STF – Rextr. Nº 251.445-4/GO – Rel. Min. Celso de Mello, despacho).

Não obstante essa insistência, há que se manter entendimento diverso, afastando, de plano, o absolutismo que conferem esses doutrinadores aos direitos do Homem.

Como bem salienta Silva (2009, p. 43), “a questão que se coloca hodiernamente, ao menos no plano normativo, não é mais saber se o Estado deve ou não restringir direitos fundamentais, mas em que medida essa restrição deve ocorrer”.

Isto, porque, em razão da disparada do avanço das organizações criminosas, “o ordenamento processual deve saber reagir para salvar antes de tudo a si mesmo” (SILVA, 2009, p. 43).

Assim, não é crível que operadores do direito fechem os olhos para a situação da criminalidade organizada em que vive o Brasil nos dias atuais e a trate como se fossem crimes incomplexos.

É certo que a prática de crimes corriqueiros (entenda-se os incomplexos – excluídos do âmbito organizado) desperte interesse estatal na sua punição. Porém, em havendo provas ilícitas no trâmite processual, estas devem ser afastadas, de modo a consagrar os direitos individuais do acusado, mantendo a regra da inadmissibilidade das provas ilícitas. A justificativa nesses casos, encontra fundamento na ausência dos requisitos de aplicabilidade da teoria da proporcionalidade.

Com efeito, nos casos acima mencionados, na maioria das vezes, os requisitos da adequação, necessidade e, principalmente, da proporcionalidade em sentido estrito não restarão configurados, motivo pelo qual se mostra desnecessária a violação de direitos.

Contudo, os casos que envolvem a prática de crimes pelas organizações criminosas, com mais razão ainda, despertam interesse estatal na sua punição.

Deste modo, as provas ilícitas constantes nesses processos não devem ser afastadas de plano pelo julgador, já que o que se deve ter em mente é a preponderância e a proteção de bens jurídicos mais importantes.

Suponha-se, por exemplo, que uma facção criminosa, cujo líder encontra-se preso em um dos presídios regionais, possua, clandestinamente, um aparelho celular para fins de comunicação com membros exteriores.

Através de uma interceptação telefônica feita regularmente em um dos aparelhos de membros exteriores consiga-se chegar à do líder e obter informações dos agentes responsáveis pela prática de atentados terroristas envolvendo, inclusive, membros da própria penitenciária que agiram em conluio com esta facção.

Todos investigados, indiciados e denunciados. É aceitável que o poder Judiciário absolva os réus, sabendo da gravidade e consequência advindas destes delitos, simplesmente porque houve violação de seus respectivos direitos à intimidade?

E o direito a segurança pública? Não tem resguardo? Ficam a mercê de direitos privados?

Logicamente, não é aceitável que o próprio órgão estatal que representa a justiça, absolva um sujeito que sabe-se ser culpado. A sociedade também precisa de proteção tanto quanto o particular, razão pela qual, nestes casos, o melhor caminho seria optar pela aplicação do princípio da proporcionalidade.

A aceitação de uma absolvição nestes casos, certamente implicaria em grave estímulo a continuidade delitiva por parte das organizações criminosas, fazendo crescer, ainda mais, o sentimento nefasto de insegurança que assola a sociedade deste País.

Como se não bastasse isso, a não punição destes delinquentes levaria transgressão da finalidade do próprio Direito, que é a pacificação social.

Poder-se-ia cogitar, outrossim, sobre a possibilidade de transgressão do princípio constitucional da isonomia de partes ao não aceitar provas ilícitas para condenar membros de organizações criminosas.

Conforme já visto em tópico próprio, a doutrina e a jurisprudência entendem possível o réu se valer de meios ilícitos, os quais afrontam direitos de terceiros, para se livrar de uma condenação. Assim, se o acusado tem o direito de suprimir direitos alheios para salvar os seus, a sociedade também tem o direito de violar os direitos particulares deles para garantir os seus (paz, ordem e segurança nacional).

Ainda, poder-se-ia falar em legítima defesa das liberdades públicas, já que são elas que estão expostas a perigo pelas organizações criminosas, merecendo amparo.

Ademais, examinando particularmente as organizações criminosas, na situação específica de um processo ter sido maculado por uma prova ilícita, verifica-se, pois, o preenchimento do requisito da *adequação*, já que quaisquer medidas restritivas de direito (busca e apreensão, interceptação telefônica ou infiltração de agentes) possibilitariam o conhecimento da verdade real, comprovando a prática delitiva e autoria.

Saliente-se, neste requisito, que na hipótese em tela, não houve prévia apuração para saber-se se a prática da medida chegaria ao seu fim. Aqui, já houve a utilização da medida (por isso, ilícita) que se mostrou adequada.

No que concerne ao requisito da *necessidade*, considerando que além dos estragos oriundos dos crimes a organização criminosa se dedica a “cultura da supressão de provas”, não há outra medida necessária a ser utilizada, senão a admissibilidade das provas ilícitas (se já constante dos autos), para se concretizar o direito de punir.

Indubitável que este requisito aponta para que o meio utilizado seja o menos gravoso aos direitos fundamentais. Porém, há que se levar em consideração que os demais meios de investigação legais (busca e apreensão, interceptação telefônica, infiltração de agentes, entre outros) também afrontam os direitos tanto quanto as provas ilícitas já constantes dos autos. Assim, não há que se falar em meios que violem mais ou menos direitos, porque todos, ainda que validados judicialmente, não deixam de serem afrontadores.

Certamente, a prova obtida mediante tortura (violação do direito à integridade física) ou a prática de meios que colocariam em risco a vida do acusado não passariam por esse requisito, uma vez que tratam-se de circunstâncias máximas de restrição de direitos, deixando-se o estágio de necessidade exigido. Precisa-se

fazer uma análise de proporcionalidade dentro do próprio requisito da necessidade no caso em concreto.

É no requisito da *proporcionalidade em sentido estrito*, especificamente nos critérios da consequência jurídica e da importância da causa, que se verifica o fundamento da ponderação de valores da sociedade e da organização criminosa quando da verificação de uma prova ilícita nos autos.

A *consequência jurídica* só permite a aplicabilidade da proporcionalidade se a pena comina ao tipo penal for razoável para admitir uma violação de direitos.

Considerando que o artigo 1º, da Lei n.º 12.850/13 prevê, dentre outras características (como a quantidade de agentes, forma de organização, finalidade), a necessidade da prática de crimes cuja pena sejam superiores a quatro anos, o critério da *consequência jurídica* para estes casos restou configurado.

Vislumbrando-se, por outro lado, o critério da *importância da causa*, percebe-se que os crimes praticados por esses agentes são de extrema gravidade, indo de roubos a bancos ao tráfico internacional de drogas. Como se não bastasse, esse critério, além da *gravidade do fato*, é composto pelo *êxito do processo* e pela *probabilidade de reincidência específica*. Ao retornar ao conceito de organização criminosa, é possível extrair dele a união de quatro ou mais agentes com a finalidade de praticar habitualmente infrações penais para o fim de obter vantagem de qualquer natureza.

Logo, é visível que esses grupos se unem para delinquir reincidentemente, fazendo surgir no Estado o desejo de punir estas pessoas inseridas na criminalidade.

Quando ao *grau de imputação*, também critério da *proporcionalidade em sentido estrito*, havendo provas ilícitas no processo, mais uma vez estaremos diante de uma verdade real, o que certamente levará a indicação da autoria delitiva, afastando quaisquer dúvidas do Magistrado quanto a participação do sujeito em tela. Portanto, não haverá razões imotivadas para que a pena não seja aplicada se sabe-se quem é o autor da infração e as consequências advindas desta.

Se não bastassem tudo isso, é dever do Estado conceder aos cidadãos uma proteção penal eficiente. Assim, deve combater o crime de forma efetiva, propiciando a boa segurança pública, valendo-se, se necessário, das provas ilícitas.

Deste modo, se a utilização das provas ilícitas se mostrar eficaz à tutela de algum bem jurídico, elas deverão ser levadas em consideração para resguardá-lo, principalmente, se envolver bem jurídico coletivo.

9 CONCLUSÃO

É certo que direitos e garantias fundamentais são fatores importantes para consolidar um Estado Democrático de Direito. E se hoje o tratamento dado é assim, é porque, no passado, não havia resguardos desses preceitos, fazendo-se imperar, muitas vezes, a vontade soberana de alguém ou de uma classe, como foi a dos Militares.

Nesse contexto é que muitas provas ilícitas eram utilizadas para o fim de legitimar uma decisão estatal.

No entanto, com o surgimento da Constituição Federal, marco histórico no Brasil, consolidou um Estado Democrático, estabelecendo princípios e regras garantidoras de direitos, os quais possibilitaram a existência de um parâmetro para a atividade persecutória estatal.

Assim é que surgiu o disposto no artigo 5º, inciso LVI, da Constituição Federal, determinando a inadmissibilidade de provas obtidas por meios ilícitos no processo.

No entanto, em que pese a Constituição ter vedado a sua utilização, atualmente, ela é largamente aceita e utilizada no processo quando for para favorecer o réu, imperando o *status libertatis* do indivíduo.

Por outro lado, embora não aceito e amplamente criticado pela doutrina e pela jurisprudência, as provas ilícitas também devem ser utilizadas em casos específicos para condenar o réu.

Para isso, deve o órgão jurisdicional se valer do princípio da proporcionalidade, respeitando seus requisitos, os quais, conforme já vistos, restam preenchidos nos casos que envolvem integrantes das organizações criminosas.

Ademais, além da exata adequação aos requisitos, o bem de maior valor deve se sobrepor ao de menor, restando evidente que os direitos inerentes à coletividade devem imperar-se nesses casos.

Sendo assim, a violação de um direito privado, mais precisamente os de intimidade e liberdade de um líder de facção criminosa, não pode ser tido como mais importante que a segurança de todos os cidadãos.

Logo, havendo esse tipo de prova no processo que comprove a participação e a prática do crime pelo agente, ele deve ser responsabilizado pela infração cometida.

Saliente-se, ainda, que não se pretendeu com o presente trabalho ignorar o preceito trazido no artigo 5º, inciso LVI, da Magna Carta e legalizar a prática ilícita de investigação criminosa pelo Estado. Para isso, o Estado já conta com os meios legais para tanto.

Porém, é sabido que estas organizações criminosas estão avançando cada vez mais, promovendo no Estado uma debilidade de apuração das infrações penais. Como se não bastasse, as facções atuam suprimindo provas na tentativa de deixar impunes seus agentes, o que não pode e nem deve ser admitido pelo Estado.

Assim, os Magistrados, como representantes da Justiça estatal, devem sim, analisados os casos em concreto, promover a aceitação das provas ilícitas, levando em consideração o grau de periculosidade do agente, o delito cometido e a sua respectiva pena. Deve, outrossim, valorar o direito individual do acusado que está sendo violado e o direito da sociedade que está em jogo, para, assim, promover a Justiça.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALMEIDA JUNIOR, João Mendes de Almeida. **O processo criminal brasileiro**. Vol. 1.4 ed., Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1959.

ALVES, Leonardo Barreto Moreira. **Capítulo II: Princípios do processo penal**. Disponível em: <<http://www.editorajuspodivm.com.br/i/f/PROC.%20PENAL-%20OAB-%20SITE.pdf>>. Acesso em: 29 ago. 2014.

AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas ilícitas: interceptações telefônicas e gravações clandestinas**. 2 ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 20. ed. de acordo com a Lei n. 12.736/2012 – São Paulo: Saraiva, 2013.

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

CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Crime organizado: Comentários à nova lei sobre o crime organizado – Lei nº 12.850/2013**. Salvador: Editora JusPodivm, 2013.

FACULDADES INTEGRADAS “ANTONIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”. **Normalização de apresentação de monografias e trabalhos de conclusão de curso**. 2007 – Presidente Prudente, 2007, 110p.

GRECO FILHO, Vicente. **Manual de processo penal**. 7. ed., rev., atual. e ampl., São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **LEI Nº 9.034, DE 3 DE MAIO DE 1995**. Dispõe sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas. Brasília: Senado, 1995. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccvil_03/leis/l9034.htm>. Acesso em: 20 out. 2014.

_____. **LEI Nº 12.694, DE 24 DE JULHO DE 2012.** Dispõe sobre o processo e o julgamento colegiado em primeiro grau de jurisdição de crimes praticados por organizações criminosas; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e as Leis nºs 9.503, de 23 de setembro de 1997 - Código de Trânsito Brasileiro, e 10.826, de 22 de dezembro de 2003; e dá outras providências. Brasília: Senado, 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12694.htm>. Acesso em: 20 out. 2014.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal.** 2 ed., Campinas: Millennium, 2000.

MESSIAS, Irajá Pereira. **Da prova penal.** 3 ed., Campinas: Impactus, 2006.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional.** 7 ed. atualizada até a EC nº 55/07, São Paulo: Atlas, 2007.

MOSSIN, Heráclito Antônio. **Curso de processo penal.** Vol. 1. 2 ed., São Paulo: Atlas, 1998.

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

_____. **Princípios constitucionais penais e processuais penais.** 2. ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal.** 15 ed., rev. e atual., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

SILVA, César Dario Mariano da. **Provas ilícitas: princípio da proporcionalidade, interceptação e gravação telefônica, busca e apreensão, sigilo e segredo, confissão, Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) e sigilo.** 6 ed., São Paulo: Atlas, 2010.

SILVA, Eduardo Araujo da. **Crime organizado: procedimento probatório.** 2 ed., São Paulo: Atlas, 2009.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. 8 ed., rev., ampl. e atual., Salvador: Editora JusPodivm, 2013.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. Volume 01, 33 ed. rev. e atual., São Paulo: Saraiva, 2011.

ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. **A iniciativa instrutória do juiz no processo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.