

**CENTRO UNIVERSITÁRIO
ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO
FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE**

**A (IN) ADIMISSIBILIDADE DAS PROVAS ILÍCITAS DENTRO DO PROCESSO
PENAL
GABRIEL DUTRA DE SOUZA**

**PRESIDENTE PRUDENTE
2016**

**CENTRO UNIVERSITÁRIO
ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO
FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE**

**A (IN) ADIMISSIBILIDADE DAS PROVAS ILÍCITAS DENTRO DO PROCESSO
PENAL
GABRIEL DUTRA DE SOUZA**

Monografia apresentada como requisito parcial de conclusão de curso para obtenção do grau de bacharel em Direito sob a orientação do Professor MSC Marcelo Agamenon Goes de Souza.

Presidente Prudente
2016

A (IN) ADIMISSIBILIDADE DAS PROVAS ILÍCITAS DENTRO DO PROCESSO PENAL

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Marcelo Agamenon Góes de Souza

Glauco Roberto Marques Moreira

Wilton Boigues Corbalan Tebar

Presidente Prudente / SP

“ Desse modo, você será bem-sucedido em seus empreendimentos e sempre terá sucesso. Sou eu que estou mandando que você seja firme e corajoso. Portanto, não tenha medo e não se acovarde, porque Javé seu Deus esta com você aonde quer que você vá. ”

Josué, 1: 8-9

AGRADECIMENTOS

Primeiramente queria agradecer a Deus, por me dar a possibilidade e a oportunidade de poder acreditar e ir atrás de meu sonho, que é a conclusão de uma faculdade de direito e que, em meio a tantos obstáculos sempre me deu forças para que eu continuasse e nunca desistisse de concluir essa etapa em minha vida.

A palavra maior seria gratidão a meus pais, Mauricio e Silvia, gratidão por sempre acreditarem em mim e sempre me apoiar e não me deixar desistir de meus sonhos e sempre me incentivando e trabalhando duro para me proporcionar as melhores condições para que eu pudesse concluir. Com todo amor, carinho e apoio, caminharam comigo lado a lado nessa etapa de minha vida.

Agradeço também a minha irmã Camila, seu esposo Amarildo e a minha sobrinha Flavia por todo apoio, carinho e que sempre também acreditaram em mim.

Agradeço a minha namorada Izadora, por estar sempre ao meu lado e me apoiar nos momentos difíceis do curso e caminhar junto comigo nesse trecho, sendo uma ótima namorada e entendendo os momentos difíceis e passando eles comigo.

Também vai meu agradecimento à banca examinadora composta pelo ilustríssimo delegado Glauco Roberto Marques Moreira e pelo ilustríssimo advogado e presidente da OAB da seção de Presidente Prudente Rodrigo Lemes Arteiro, que avaliaram e me ajudaram na conclusão e aprovação do projeto de monografia.

Agradecimento maior também, ao Professor Marcelo Agamenon Góes de Souza que abraçou meu projeto de monografia, e dedicou seu tempo para me orientar, acreditando no meu projeto e sempre me auxiliando da melhor forma possível com toda atenção e paciência para que eu pudesse finalizá-lo com toda segurança.

RESUMO

O pretexto do seguinte estudo é fazer uma análise sobre a aplicação das provas ilícitas no direito brasileiro, via processo penal, a fim de garantir às partes a verdade dos fatos, de forma mais semelhante como a verdade real, possibilitando ao juiz uma certeza, ainda que relativa suficiente para motivar e sustentar a sua decisão. Destaca também os princípios dentro do processo penal, diretamente relacionados às provas, demonstrando, ainda, o direito à prova e suas limitações. Revela, também, a divergência doutrinária acerca da aceitação, ou não, da prova ilícita, bem como a aplicação da teoria da proporcionalidade pela jurisprudência, desde que favorável ao réu, bem como a admissão da prova pela exclusão da ilicitude. Aborda, ainda, a teoria dos frutos da árvore envenenada e a prova emprestada em nosso ordenamento jurídico. Tendo em vista que, em determinados casos taxados como excepcionais, poderá ocorrer à colisão de direitos fundamentais, o que possibilita a utilização da ponderação de valores na análise do caso concreto.

Palavras-chave: Provas. Ilicitude. Proporcionalidade. Inadmissibilidade. Princípios. Processo Penal.

ABSTRACT

The pretext of the following study is to make an analysis on the application of illegal evidence in Brazilian law, via criminal proceedings in order to ensure the parties the truth of the facts, more like how the real truth, allowing the judge a certainty, yet that concerning enough to motivate and support their decision. It also highlights the principles within the criminal proceedings directly related to the tests, demonstrating also the right to evidence and its limitations. It also reveals the doctrinal disagreement about the acceptance or not of illegal evidence, and the application of proportionality theory of the case law, since favorable to the defendant and the admission of evidence by precluding wrongfulness. Addresses also the theory of the fruits of the poisoned tree and proof borrowed in our legal system. Given that, in certain cases rated as exceptional, it may cause the collision of fundamental rights, which enables the use of weighting values in the analysis of the case.

Key words: Evidences. Unlawful. Proportionality. Inadmissible. Principles. Criminal proceedings.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	8
2 DA PROVA NO PROCESSO PENAL	9
2.1 Conceito, Finalidade E Evolução Histórica Da Prova	9
2.2 Objetos Da Prova	11
2.3 Classificações Das Provas	13
2.4 Meios De Prova.....	14
2.5 Sistemas De Avaliação Das Provas	15
3 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS SOBRE PROVAS	17
3.1 Princípio Da Auto Responsabilidade Das Partes	18
3.2 Princípio Da Publicidade	18
3.3 Princípio Da Audiência Contraditória.....	19
3.4 Princípio Da Verdade Real	19
3.5 Princípio Da Comunhão Das Provas.....	20
3.6 Princípio Da Oralidade	20
3.7 Princípio Do “in dúvida pro reo”	21
3.8 Princípio Do Livre Convencimento Motivado.....	22
3.9 Princípio Da Liberdade Probatória	23
3.10 Princípio Do Contraditório	23
4 DA PROVA PROIBIDA NO PROCESSO PENAL	24
4.1 Conceito	25
4.2 Requisitos Da Prova Ilícita	27
4.3 Estudo Comparado E As Provas Ilícitas.....	27
4.4 Interceptação, Gravação E Escuta (telefônica e ambiental).....	29
4.5 Consequências Processuais Da Prova Ilícita	33
5 DIREITOS, GARANTIAS E CONFLITOS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	35
5.1 Conceituação	36
5.2 – Relativização	38
5.3 – Conflitos Dos Direitos	38
6 - PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE	Erro! Indicador não definido.
6.1 - Distinção Entre Princípio e Norma	40
6.2 – Conteúdo Ou Subprincípios	42
6.3 – Fundamentos	43
6.4 – Princípio Da Razoabilidade	43
6.5 - Aplicabilidade Da Proporcionalidade.....	45
7 - PROVAS ILÍCITAS NO PROCESSO PENAL	46
7.1 - Princípio Da Proporcionalidade E As Provas Ilícitas	46
7.2 - Princípio Da Proporcionalidade E As Provas Ilícitas Por Derivação	50
7.3 - Prova Ilícita Pro Reo	52
7.4 – Prova Ilícita Pro Societate	53
8 CONCLUSÃO	55
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	56

1 INTRODUÇÃO

A monografia estuda a questão ainda da utilização ou não das provas ilícitas dentro do processo penal brasileiro, assunto muito polêmico e que causa grandes discussões dentro do ordenamento brasileiro.

Apesar da previsão expressa da Constituição Federal, onde se aplica a inadmissibilidade da utilização das provas ilícitas, ainda é nebuloso o assunto dentro da jurisprudência e da doutrina.

O numero de discussões se acentua cada vez mais pelo fato do conflito existente entre os interesses do Estado de direito e das necessidades desejadas pela coletividade brasileira em defesa da dignidade da pessoa humana.

Muito, porém, a prova ilícita é produzida por meios que violem direitos e garantias constitucionais fixadas em plena Constituição, em determinados eventos é indispensável à ligação desse tipo de prova no processo com a finalidade da efetivação e confirmação da justiça naquele caso aplicado.

Com isso, com a busca insaciável do processo penal pela busca da verdade real dentro do processo, ao julgador, é possível valer-se de certos tipos de provas para que satisfaça e motive sua decisão. Surge assim, o mecanismo do principio da proporcionalidade o qual se questiona a aplicabilidade do principio no emprego das provas ilícitas, visto que às vezes é comum o conflito de normas que fixam direitos constitucionais.

Deste modo, embora deva se dar o respeito aos direitos e garantias elencados na Constituição, em casos excepcionais faz-se necessário à utilização do principio da proporcionalidade, vista que o direito de maior valia aplica-se ao caso concreto do processo, do mesmo jeito a melhor forma de aplicação faz-se através da harmonização destas elencadas no próprio artigo da inadmissibilidade, relacionados, como direito a vida, liberdade, segurança, etc.

O estudo elenca o conceito de provas, os princípios constitucionais que tratam delas dentro do processo penal, a questão as provas proibidas, as garantias e os direitos individuais e por fim o principio da proporcionalidade de um modo geral, uma vez onde a discussão sobre o tema pelo mesmo.

O presente trabalho toma base a análise em legislação, apontamentos doutrinários, jurisprudências, pesquisas na internet sobre o assunto e o conhecimento e orientação do professor Marcelo Agamenon orientador.

2 DA PROVA NO PROCESSO PENAL

O segundo tópico do presente trabalho irá elaborar questões sobre o quesito da matéria da prova no processo penal, ou seja, alguns temas serão elevados, como conceito, objeto, evolução histórica, meios, sistema de avaliação das provas.

2.1 Conceito, Finalidade e Evolução Histórica da Prova

Desde as sociedades mais antigas, os povos que habitavam naquela época já possuíam certa noção, uma percepção mesmo que precária da importância da prova na solução dos conflitos, ainda que de maneira rudimentar, ou seja, já percebiam que para a solução de um conflito era necessária que provasse aquilo que estava sendo debatido para chegar à verdade.

Com o passar do tempo, apareceu à chamada “Lei de Talião”, que sua origem se dá no Direito Babilônico em 1684 a.c, onde aquele que fosse lesado sofresse algum prejuízo comprovado, poderia fazer justiça com as próprias mãos, ou seja, é o famoso ditado do “olho por olho, dente por dente. ”

Nessa época, a vida social de um homem, na sua própria visão era delimitada ao extremo. As atividades eram consideradas ofensas às divindades, assim havia uma desproporcionalidade na punição de um conflito, tendo em vista que “aquele que acusasse e não provasse a culpabilidade do imputado, também, sofria a mesma pena que a este seria infligida, caso a acusação fosse verdadeira”. (AQUINO, Jose Carlos, 1995, pág. 4-5).

O Código de Hamurabi era utilizado para pacificar os conflitos, sendo um de seus principais elementos a Lei de Talião. Ocorre que, o código de Hamurabi era tido como uma forma de punição muito rigorosa, o que acarretava na severa punição aos acusados de um crime.

No decorrer do tempo, a prova penal passou a assumir uma natureza peculiar, com a queda do império romano e inicialmente a prova era sustentada em base de superstição, ou seja, o homem possuía uma visão muito limitada da vida social e era acostumada com o conceito de delito interligado a ofensa de alguma divindade.

Naquele tempo, predominava a chamada prova mística, que sujeitava os acusados a determinados processos bárbaros e desumanos, com isso a prova adivinha da superstição do juízo de Deus, que enviaria a resposta sobre a inocência ou acusação do caso em concreto que estava sendo discutido. “ Para tanto, os suspeitos tinham de suportar todo sofrimento, pois se resistissem a eles, provariam assim sua inocência, era o meio chamado de ordália” (AQUINO, José Carlos, 1995, pág. 3.).

O tribunal da Santa Inquisição foi criado em 1200 D.C., só que era tanto quanto carrasco, pois bastava que alguém praticasse algum tipo de magia ou fosse herege que teria sua punição a base da fogueira.

No entanto, fica visível o tratamento desumano para com o acusado, pois, ainda que pudesse ocorrer a inocência de um culpado por possuir maior capacidade de resistência e a condenação de um inocente em virtude de sua fragilidade.

Natural que, com o passar do tempo à sociedade foi evoluindo e os meios de produção de prova também foram se aprimorando, destaque que, com a Revolução Francesa de 1789, ocorreu a devida apreciação das provas. Desta forma a percepção das provas lícitas e ilícitas para condenação ou absolvição de um acusado começaram a ser algo possível.

As provas e os princípios constitucionais foram evoluindo, passando a vetar formas ilegais de aquisição da prova, havendo mais rigor na apreciação perante o órgão julgador, passando a serem mais rigorosas e no Brasil, somente com a constituição política do império em 1824, a prova esteve inserida no texto constitucional, inclusive vedando alguns meios ilícitos de produção de prova.

Quanto a sua conceituação, primeiramente é básico alencar algumas considerações relevantes sob a prova, esta sendo de grande e maior importância para a conclusão probatória no direito processual penal.

Sempre bom lembrar, que para um indivíduo ser considerado culpado da prática de um ilícito penal, faz-se necessário que os fatos dessa conduta sejam levados a conhecimento do juiz para que este aplique a sanção adequada a tal conduta. E esses fatos são baseados nas provas, para que o juiz possa delinear o caráter verdadeiro e possa utilizá-las para sua motivação em sua decisão final.

Conforme o ilustre Heráclito Antônio Mossin (1998, p. 195) trás a seguinte definição:

A palavra prova derivada do latim probare (pro, as, are) implica demonstrar, reconhecer, formar juízo de. Sob forma ampla, no sentido jurídico, entende-se a demonstração que se faz, pelos meios legais, da existência ou veracidade de um fato material ou de um ato jurídico, em virtude do qual se conclui por sua existência ou firma a certeza a respeito da existência do fato ou do ato demonstrativo.

Segundo o que leciona Antônio Milton de Barros (2001, p. 1) “A prova constitui, assim, numa primeira aproximação, o instrumento por meio do qual se forma a convicção do juiz a respeito da ocorrência ou inoocorrência de certos fatos.”.

Sendo assim, as partes arcam com a incumbência de provas, suas argumentações sob o ocorrido, tem-se que, a função essencial da prova é demonstrar que um fato existiu e de que forma existiu e como existiu.

Leciona Vicente Greco Filho (2009, p. 186):

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

Concluimos assim que a finalidade da prova é formar o convencimento do juiz perante os fatos expostas pelas partes, ou seja, quanto à ocorrência ou não dos fatos tem o próprio juiz como destinatário da causa.

2.2 Objetos Da Prova

Acontece no processo penal que, a regra, todos os fatos devem ser provados, haja vista que a exceções, como nos fatos impertinentes, uma vez que esses podem ser deixados de lado, pois o que interessa pra nós são os fatos relevantes que possuem força probatória e que corroborem na busca pela verdade real a todo o momento.

Para Vicente Greco Filho (2009, p. 187):

O objeto da prova são os fatos, nem todos os fatos, porem devem ser submetidos à atividade probatória. Em primeiro lugar, apenas, os fatos pertinentes ao processo é que suscitam o interesse da parte em demonstrá-los; os fatos impertinentes, isto é não relacionados à causa, devem ter sua prova recusada pelo juiz, sob pena de se desenvolver atividade inútil.

Leciona Norberto Avena (2010. P 198.):

Por objeto da prova compreendem-se todos os fatos que, influenciando na apuração da existência ou inexistência de responsabilidade penal, são capazes de gerar dúvida no magistrado, exigindo, por isso mesmo, a devida comprovação.

Em razão da importância da demonstração de um direito que se afirma, este se perfaz por meio dos fatos, sendo então objetos das provas. Nesse mesmo sentido, podemos citar como exemplos de fatos impertinentes, aqueles fatos notórios, que são fatos públicos e de conhecimento de todos e os fatos axiomáticos, que são aqueles evidentes por si só que não precisam ser provados.

Em relação aos fatos que possuem veracidade ou presunção legal de existência, independem de provas uma vez que, presumir é fixar como verdadeiro algo. A própria lei da como verdadeira um fato, tornando a parte dispensada de ter que prova-lo, neste caso, estamos diante da presunção absoluta, de outrora, temos a presunção relativa, quando a parte não precisa provar o direito alegado , passando o ônus para a parte contrária se quiser provar.

Exemplifica ainda mais Antônio Milton de Barros (2001 p 5):

Também não há necessidade de provar uma presunção legal. Ela é a conclusão decorrente de lei, podendo ser absoluta (*jure et de jure*) ou condicionada (*juris tantum*).

Contudo, para Vicente Greco, no processo penal os fatos notórios que tiverem conteúdo sobre elementares do tipo penal necessitam sim da realização de provas, como é o caso da morte de um indivíduo, sendo imprescindível o exame de corpo de delito.

Acrescenta ainda Heráclito Antônio Mossin (1998 p 194.):

O vínculo do processo e a prova é extremamente estreita. Aquele como relação jurídica desenvolve-se catalisando elementos probatórios capazes de formar a persuasão racional do magistrado, o que verifica com a exata demonstração de como os fatos efetivamente ocorreram e quem é o responsável por ter causado tais fatos.

Concluimos, portanto, que cabem as parte o ônus de trazerem ao processo os fatos pertinentes à solução da lide, objetivando a persuasão do magistrado de que tais fatos, realmente, existiram e como e porque ocorreram.

2.3 Classificações Das Provas

Existem vários tipos de classificações que podem ser utilizadas, porém, destaca-se aquela utilizada por Nicola Framarino Dei Malatesta, pois é a mais utilizada dentro do nosso ordenamento jurídico:

Leciona assim Malatesta (1996. P 111.):

Toda classificação que, sem fazer uma classe particular da prova direta, põe o indicio como uma espécie probatória ao lado do testemunho, confissão e documento, é uma classificação absolutamente heterogênea e incompleta e só pode gerar confusão. Não podemos, por isso, aderir a semelhante método de classificação.

Ainda é possível observar que, a classificação adota três critérios tidos basicamente como os principais, que seriam: quanto ao sujeito, quanto à forma e quanto ao objeto ou conteúdo.

Quanto ao critério do sujeito, é basicamente classificado como dois sujeitos, aquele que produz a prova ou pode apresentar-se como sendo ela ou a coisa perante a consciência de quem apurar. Acrescenta ainda duas subdivisões quanto ao sujeito, que seriam: a primeira prova pessoal ou verificação de pessoa, que tem sua origem na própria declaração do indivíduo; a segunda a prova real ou verificação de coisa, que se estabelece na coisa exterior.

Já em relação à forma, possui também subdivisões, só que dessa vez se subdivide em três classes: a primeira diz sobre a prova testemunhal, que é onde o indivíduo faz um breve relato do que aconteceu no caso através de depoimento; a segunda é a prova documental que se concretiza através de documentos, com a intenção de identificar o ocorrido por meio de algo material; e em terceiro, e último, prova material, seria aquela prova em concreto mesmo, o objeto do crime, como ex: exame de corpo de delito, exames de vistorias ou quaisquer perícias.

Última classificação, quanto ao objeto, esta se subdivide em duas classes: a prova direta que se conclui diretamente do fato que se extrai o fato ocorrido e a prova indireta, que é constituída por indícios e presunções.

Há também outra classificação da prova, mas esta é bem minoritária e não possui muito efeito no ordenamento. É a classificação relativa ao efeito da prova, onde a prova plena é capaz de produzir um estado de veracidade ao juiz, ou seja, o efeito que trás sobre o poder de convencimento do juiz.

Vale ainda lembrar, não menos importante, a existência da prova emprestada, que se dá por meio de uma prova testemunhal, documental ou pericial, produzida em outro processo, cuja existência se faz necessária para o processo atual em andamento, tornando prova trasladada por empréstimo ao processo atual, utilizada para que resolva este do mesmo modo.

2.4 Meios De Prova

Temos em vista que a prova tem o principal objetivo de provar a ocorrência de uma situação que tenha ocorrido. Os meios de prova vem então, para nada mais que, ser os recursos pessoais ou materiais, diretos ou indiretos utilizados por ambas as partes do processo, para demonstrar o que de fato ocorreu e assim provar a sua inocência ou que o réu é culpado.

Leciona Heráclito Antônio Mossin (1998 p 210.):

Meios de prova são fontes donde promanam os elementos ou motivos da prova, a exemplo do que acontece com as declarações da vítima, depoimento de testemunhas, acareações, conteúdo de um documento, objeto apreendido.

Com tudo, os meios de prova então, são utilizados para comprovar a veracidade dos acontecimentos e constituir o convencimento do magistrado, acerca daquilo que foi demonstrado, para que ele forme seu convencimento e possa proferir a sentença.

O meio de prova que poderão constar dentro do processo penal na prática, são aqueles que estão expressamente positivados em lei. Porém, são admissíveis as chamadas provas inominadas ou atípicas dentro do processo, como a prova emprestada, por exemplo, que não foi produzida dentro daquele processo, mas poderá ser utilizada. Ou seja, as provas são admissíveis, desde que tenha a ligação com a cultura do processo moderno.

Porém essa liberdade probatória é relativizada, como exemplo pode citar o artigo 155 do código de processo penal:

O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvados às provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.

Leciona Tourinho Filho sobre o assunto (2007 p 220):

Podemos afirmar que a tendência, hoje, é no sentido de abolir a taxatividade, tendo-se, contudo, o cuidado de se vedar qualquer meio probatório que atente contra a moralidade ou violento o respeito à dignidade humana.

E, embora a doutrina venha entendendo cada vez mais que é possível essa ampliação do rol de outros meios de prova legais, sendo assim então não mais taxativo, mas um rol exemplificativo, tal posicionamento acaba sendo esbarrado com a Constituição Federal, que trás a vedação das provas ilícitas, no seu artigo 5 inciso LVI.

2.5 Sistemas De Avaliação Das Provas

Depois de finalizada a etapa da produção das provas, caberá ao magistrado avaliar as provas necessárias, produzidas ao caso concreto, devendo este observar o sistema de avaliação das provas para que possa proferir a sua decisão final.

Por mais que as partes proporcionem evidências para tentar motivar a decisão do magistrado, somente ele mesmo quem poderá valorá-la. Cabe a ele decidir se utilizara ou não e qual o meio que será utilizado para concluir aquele processo.

Esse meio de avaliação, que são os sistemas, é bem antigo, vem desde o tempo das Ordálias, onde os juízes eram tidos como fiscais das provas. E com isso, acreditavam nos juízos de Deus, pois era na fase de produção de prova que se revelaria o estado de culpabilidade ou inocência daquele individuo que estava sendo julgado.

Em razão da antiga época, o sistema de avaliação era muito precário e toda prova era fundada apenas na crença religiosa dos povos, submetendo os supostos denunciados a um tratamento desumano e bárbaro, na tentativa de obtenção de alguma prova, a chamada tortura, limitando-se apenas aos juízes julgar com as provas que fossem obtidas, os seus resultados e não o meio pelo qual foram alcançadas.

Leciona Norberto Avena (2010 p 201-204.):

Três são as possibilidades existentes no direito comparado, são elas: sistema do livre convencimento do juiz, sistema da prova tarifada e sistema da intima convicção. O código de processo penal adotou, como regra, o primeiro deles.

° O sistema do livre convencimento esta previsto no artigo 155 do CPP, ou seja, não limita o juiz aos meios de prova regulamentados em lei; caracteriza-se pela ausência de hierarquia entre os meios de prova e exige para fins de condenação, que as provas nas quais se fundar o juiz, tenham sido produzidas em observância as garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

° O sistema da prova tarifada, a lei estabelece o valor de cada prova, não possuindo o juiz discricionariedade para decidir contra a previsão legal expressa. No CPP há algumas exceções em que o magistrado pode utilizar esse sistema, seria o caso do artigo 62 do CPP.

° O sistema da intima convicção, trata-se do sistema que confere ao julgador total liberdade na formação de seu convencimento, dispensando-se qualquer motivação sobre as razões que o levaram a esta ou aquela decisão, sendo irrelevante, inclusive, a circunstância de encontrar-se ou não a prova nos autos.

Já no método das provas legais, vigora sistema contrario, onde o magistrado deve tomar sua decisão com base nas provas existentes no processo, pois existem pré-valores determinados a serem aplicadas as provas ou ainda, a forma de como um fato deve ser provado.

E com essa análise, a principal característica do sistema é a não ocorrência de um valor em relação à prova, o que possibilita ao juiz decidir de acordo com seu conhecimento, estão ou não as provas presentes nos autos daquele devido processo.

Já no método das provas legais, entra em vigor o sistema contrario do que foi explicada a cima, leva-se em conta que, para o magistrado tomar sua decisão, é com base nas provas existentes no processo, pois existem pré-valores. Determinados a serem aplicadas as provas, ou ainda, a forma de como um fato deve ser provado. Leciona assim Heráclito Mossin (1998 p 230):

Por esse sistema tarifário, que foi muito empregado na época do inquisitório medievo, o legislador fixa qual o valor a ser atribuído para cada prova, devendo o juiz, rigidamente aplica-los.

Desse modo, o juiz da causa, fica adstrito às provas realizadas no processo, pois não é permitida a exteriorização da sua convicção pessoal quanto à avaliação das provas, sendo vedado no curso do processo, que o mesmo traga

elementos de carácter pessoal para solucionar a causa daquele processo e busque a verdade real dentro do processo.

Em resumo, o presente sistema da livre convicção é uma mistura tanto do sistema da intima convicção quando referente do sistema de regras legais, onde o magistrado é concedido o livre arbítrio de aferir as provas e atribuir-lhes valores de acordo com a convicção subjetiva, não vinculados a pré-estabelecimentos em lei. Do outro lado, quando a decisão já é proferida, deve ser feita e elaborada de forma justificada, sob fundamento de que as provas adquiridas foram fundamentais para elaborar a tal decisão.

E o marco do descobrimento da verdade no processo, bem como da fundamentação, é o artigo 155 do código de processo penal, que possui a seguinte redação: “ O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial. ”

3 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS SOBRE PROVAS

O processo penal brasileiro é regido por diversos princípios, possuindo as provas alguns pertencentes diretamente a elas. As provas possuem princípios próprios, onde são premissas que envolvem todo o ordenamento jurídico.

Vejamos a seguir alguns dos princípios os quais estão vigentes dentro do processo penal:

3.1 Princípios Da Auto Responsabilidade Das Partes

Esse princípio quer dizer que as partes devem arcar com as consequências de suas condutas dentro do processo, sendo responsáveis assim pelos atos que praticarem no processo, assumindo assim as consequências de sua inatividade, erro ou negligência.

Logo em uma ação penal pública, se o Ministério Público não providenciar as devidas provas para concretizar a materialização do crime, a solução será a absolvição do indivíduo.

3.2 Princípio Da Publicidade

Por esse princípio, considerando que as questões atinentes ao processo penal são de grande importância, eles têm que ser tratadas publicamente por esse fato. Por isso, os atos que compõe todo o procedimento, inclusive as produções de prova, não devem ser feitas secretamente e devem ser públicas para que a sociedade tenha acesso, mostrando assim a efetividade do magistrado, prestando contas à sociedade.

Embora essa seja a regra, existem situações que serão tratadas como exceção e será decretado segredo de justiça, presentes na Constituição Federal e no Código de Processo Penal, que são os artigos:

Artigo 93, IX da CF: "todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação."

Artigo 792, §1º do CPP: "Se da publicidade da audiência, da sessão ou do ato processual, puder resultar escândalo, inconveniente grave ou perigo de

perturbação da ordem, o juiz, ou o tribunal, câmara, ou turma, poderá, de ofício ou a requerimento da parte ou do Ministério Público, determinar que o ato seja realizado a portas fechadas, limitando o número de pessoas que possam estar presentes. ”

Artigo 201, §6º do CPP: O juiz tomará as providências necessárias à preservação da intimidade, vida privada, honra e imagem do ofendido, podendo, inclusive, determinar o segredo de justiça em relação aos dados, depoimentos e outras informações constantes dos autos a seu respeito para evitar sua exposição aos meios de comunicação.

Desse modo, nada do que acontece dentro do processo deve ser escondido da sociedade, o processo em si, além de por em prática que o direito seja aplicado, também é uma forma de prestar contas à sociedade de que o magistrado está em atividade no processo brasileiro.

3.3 Princípio Da Audiência Contraditória

Prevalece este princípio pelo fato de que toda a prova admite a contraprova, não sendo possível a produção de uma delas sem o conhecimento da outra parte, e as provas produzidas então dentro do processo, pertencem a ambas as partes, em decorrência do princípio do contraditório e da ampla defesa, que vem descrito no artigo 5º, LV da Constituição Federal.

3.4 Princípio Da Verdade Real

O magistrado está autorizado pela legislação brasileira a buscar sempre a verdade real dos fatos podendo requisitar diligência tanto em pró-defesa, quanto em pró-acusação, desde que satisfaça sua pretensão e possa adequadamente decidir a demanda.

É certo que obter uma verdade absoluta é quase impossível, contudo a atividade probatória deve ser sempre investigar a verdade real como o fato ocorreu e buscar uma aproximação o quanto possível da reconstrução dos fatos e circunstâncias relevantes para que o juiz forme seu convencimento.

Deste modo, como o processo penal trata de direitos indisponíveis, toda acusação deve ser pautada na efetiva veracidade do fato alegado e não simplesmente na verdade formal do caso.

Porém pode sofrer algumas limitações em busca dessa verdade real, onde em casos de extrema excepcionalidade, o juiz pode aderir ao caso à verdade

formal, quando não dispor de recursos e meios necessários para assegurar a verdade real do caso, podendo absolver o réu em pauta do artigo 386, VI do CPP, quando inexistência insuficiência de prova.

Tais limitações citadas acima vêm de princípios constitucionais que visam assegurar a dignidade da pessoa humana e outras garantias fundamentais elencadas.

3.5 Princípio Da Comunhão Das Provas

As provas produzidas dentro do processo penal não pertencem mais as partes, ainda que produzidas exclusivamente por elas e nem mesmo ao magistrado julgador da causa. Uma vez apresentada dentro do processo, ela passa a pertencer a este, em busca da verdade real dentro do processo. Não pertence às partes a prova e sim o ônus de produzi-la apenas.

Assim leciona Norberto Avena (2010 p 199.).

Uma vez trazidas aos autos, às provas não mais pertencem à parte que as acostou, mas sim ao processo, podendo desse modo, ser utilizadas por quaisquer dos intervenientes, seja o juiz, sejam as demais partes. Em nome dessa sistemática, por exemplo, é que não se pode admitir a desistência da oitiva de testemunha arrolada por um dos polos sem a anuência do outro, pouco importando se quem a arrolou foi à acusação ou a defesa.

Ou seja, mesmo as partes sendo as que produzam todas as provas que irão convencer o magistrado a levar a tal sentença em seu favor, uma vez estas provas apresentadas ao processo, passam a pertencer tão somente a ele, não possuindo mais, as partes, o poder de ter a provas consigo.

3.6 Princípio Da Oralidade

Existe a preferencia dentro do processo penal é a da prova falada, sendo verificada no meio de depoimentos e debates, com essa preferencia para que discorra mais rapidamente dentro do processo, no entanto nada impede que possa ser feita de outros meios como o escrito, por exemplo.

No entanto não é a prova falada que predomina dentro do processo penal, ela é feita de forma falada pra um meio mais rápido, porém tudo o que é

debatido e falado é reduzido a termo, tem que ser passado expressamente escrito para ficar mais fácil a comprovação do que ocorreu.

Contudo a sua exceção, como é o caso do júri, dos juizados especiais criminais e também nos crimes de abuso de autoridade, onde esse é proibido à aplicação do princípio da oralidade e tem que ser feito de forma escrita, como regra.

Valendo sempre lembrar que essa análise da oralidade é sob o aspecto apenas da produção de provas, pois o procedimento dominante no ordenamento jurídico é o da prova escrita.

3.7 Princípio Do “in dúbio pro reo”

Toda e qualquer acusação dentro do processo penal deve ser pautada por provas concretas para que haja uma condenação justa e concreta, para que não haja dúvidas em relação ao réu que está sendo condenado.

E essa dúvida é chamada de “in dubio pro reo”, ou seja, implica que na dúvida, interpreta-se em favor do acusado, onde havendo dúvida referente à culpabilidade do acusado deverá ser absolvido por falta de provas prevalecendo a sua inocência. Pois o direito fundamental de liberdade deve prevalecer sobre a pretensão punitiva do Estado.

Sobre tal tema, disserta Heráclito Mossin (1998 p 203).

Só a certeza absoluta quanto à criminalidade provinda do conjunto probatório é que pode autorizar a imposição da *sanctio poenalis*. Se houver qualquer dúvida, por mínima que seja, impõe-se a absolvição por falta de prova.

A adoção implícita desse princípio pode ser observada dentro do Código de Processo Penal, na regra escrita no artigo 386:

O juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça:

II- Não haver prova da inexistência do fato

VII- não existir prova suficiente para a condenação.

A carta magna também, no seu artigo 5º. Inciso LVII, diz que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença condenatória. Com isso, se houver qualquer dúvida ao julgar-se pela inocência do acusado, este deverá ser posto em liberdade.

Desse modo, não conseguindo o Estado mostrar provas suficientes da materialidade e autoria do crime, não conseguindo provar a sua não participação no crime, restando dúvidas no conjunto das provas no que tange a autoria e materialidade do crime, deve-se aplicar então o princípio do “in dubio pro reo”.

3.8 Princípio Do Livre Convencimento Motivado

O juiz julgador tem a faculdade de motivar sua decisão por meio das provas apresentadas dentro daquele processo, como o próprio código de processo penal, em seu artigo 155, diz:

O juiz formara sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvados às provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.

Ou seja, consagra no ordenamento jurídico o sistema que confere ao juiz a liberdade para valorar as provas, sem que exista um valor pré-determinado ou legal.

Apesar do princípio estipulado em lei, isso não quer dizer que o magistrado não deva ficar ligado às provas produzidas nos autos, pois, não pode se desvincular das provas produzidas, e se basear na ocorrência de fatos externos ao processo.

Através desse princípio, as partes e toda a sociedade ficam protegidas da arbitrariedade, sendo assim, o juiz tem a liberdade de motivar sua decisão porém se limita na apreciação das provas, dando valor total ao material probatório existente nos autos, limitando somente a eles, e assim possa fundamentar a sua decisão e proferir a sentença definitiva.

Porém, tal princípio também sofre algumas limitações restringindo assim a liberdade do magistrado sim, como é o caso do exame de corpo de delito para infrações que deixam vestígios, conforme descreve o artigo 564, inciso III, linha B, do Código de Processo Penal e a indispensabilidade da prova documental.

Por meio dessas provas então, que o juiz forma livremente seu convencimento, sem despotismo, pois essa decisão é devidamente motivada pelas provas apresentadas a ele dentro do processo penal.

3.9 Princípio Da Liberdade Probatória

É chamada de decorrente do princípio da verdade real encontrada no direito processual penal.

Temos que ao juiz, é dado o dever de buscar a real situação fática das provas que lhe são apresentados, com o fim de aplicar a norma jurídica correta quando esta for violada, visando dar a cada um aquilo que lhe é direito.

Os meios de prova admitidos no processo encontram-se nos artigos 185 e 239 do Código de Processo Penal. Ele não é absoluto, sob o fundamento de que se aplicam as mesmas limitações ao princípio da verdade real.

Desta forma, tal princípio tem que ser respeitado, devendo o magistrado na busca da verdade real, observar esses meios de prova, sob pena de ferir preceitos constitucionais, que violam a garantia da pessoa humana em uma simples prova. No entanto a doutrina e a jurisprudência já vêm admitindo alguns meios novos de provas, para serem utilizados, que não ferem a Constituição Federal.

3.10 Princípio Do Contraditório

Garantido as partes o direito de contraditar toda prova apresentada pela parte contrária, dando assim a devida oportunidade de se pronunciarem sobre qualquer fato ou ato que vierem a surgir dentro do processo e sendo inadmissível a produção de qualquer prova sem o conhecimento da outra parte.

Efetivamente, o contraditório representa uma garantia para as partes que compõem a relação jurídica processual, porquanto a decisão do magistrado somente poderá dar-se com esteio nas provas produzidas pelos sujeitos processuais ou pelo próprio juiz de ofício.

Implica também, o direito do acusado em contestar a acusação que lhe é endereçada pelo querelante, procurando assim resguardar seu *status libertatis* ameaçado pela persecução penal.

Com isso, o contraditório visa à garantia do direito a informação de fatos e alegações contrárias ao interesse das partes e também o direito a resposta, uma maior participação para que a parte possa contradizer as alegações que a si foram impostas, buscando a defesa e uma igualdade processual.

Se não o um dos princípios de maior importância dentro do processo penal por ser considerada uma cláusula de garantia, funcionando como requisito de validade, onde se não cumprido, gera um nulidade absoluta dentro do processo penal a qual o caso esta sendo discutido.

Fechando o principio, do mesmo modo que asseguram as partes o andamento do processo em igualdades de condições, ao juiz é imprescindível que se utilize da sua imparcialidade para julgar a causa.

4 DA PROVA PROIBIDA NO PROCESSO PENAL

Tal capítulo visa abordar a importância de mostrar, detalhadamente, quais são as provas ilícitas, seus preceitos, bem como todo o efeito causado durante o processo.

4.1 Conceito

A definição de prova proibida é muito importante no processo penal, em virtude que são permitidas as partes se valerem da liberdade probatória e ao juiz, se utilizar do seu livre convencimento, com a finalidade de se obter a busca verdadeira da verdade real.

Mas, como vimos à definição do artigo 155 do CPP, podemos chegar a uma conclusão de que, a liberdade de produção de provas é limitada, pois é inconcebível a utilização de provas que contrariem que não são a favor e que ferem a dignidade da pessoa humana e o curso do devido processo legal, ferindo assim preceitos fundamentais do decorrer do processo.

Outra limitação, podemos encontrar na Constituição Federal, onde a definição esta descrita no artigo 5, inciso LVI que possui a seguinte redação: " São inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos. "

Ou seja, somente serão admitidas dentro do processo penal, as provas que são obtidas por meios lícitos, que não são contrarias a moral e aos bons costumes e principalmente a dignidade da pessoa humana, a sua liberdade de expressão da parte contraria do processo.

Ainda completando, se os direitos dos cidadãos forem violados, as provas que se obtenham através de tal violação não poderão ser admitidas no processo, tornando-se assim, proibidas.

Salienta bem em seu livre, a explicação de Aranha (1999 p 51;).

A prova proibida, conceito genérico, é toda aquela que e defesa, impedida mediante uma sanção, impedida que se faça pelo direito. A que ser conservada a distancia pelo ordenamento jurídico, por ser proibida, ofende, molesta, opõe-se ao direito.

Desta forma, diante de todo conteúdo explicado que a prova apresenta, tem-se a necessidade da diferenciação pela natureza jurídica da prova ilícita, diferenciando-se da prova ilegítima.

Quem expressa essa diferença de classificação é Luiz Torquato Avolio (2010 p 50;).

A prova ilegítima é aquela cuja colheita estaria ferindo normas de direito processual. Assim, veremos que alguns dispositivos da lei processual penal contem regras de exclusão de determinadas provas, como, por exemplo, a proibição de depois em relação a fatos que envolvam o sigilo profissional (artigo 207 CPP). Diversamente, por provas ilícita ou ilicitamente obtidas, é de se entender a prova colhida com infração a normas ou princípios de direito material, sobretudo de direito constitucional, por que, como vimos, a problemática da prova ilícita se prende sempre a questão das liberdades publicas, onde estão assegurados os direitos e garantias atinentes à intimidade, liberdade do individuo...

Para entender melhor sobre o explicado por Torquato, quando a prova ferir preceitos estabelecidos pelo direito material existente, classifica-se como prova ilícita. Do mesmo modo, quando há choque entre as provas produzidas com as regras atinentes a direito instrumental teremos as chamadas provas ilegítimas.

Deste modo, é vedada a utilização das provas tidas como ilícitas, pois são oriundas de formas contrarias ao que dita à lei, a moral e aos bons costumes, infringindo a dignidade da pessoa humana, bem como, as ilegítimas que forem colhidas não respeitando o que dispõem a lei segundo o ensinamento.

A punição para a utilização dessas provas tem razão de existir na própria lei, uma vez que em razão da própria natureza material ou processual, é possível visualizar o momento em que se deu a transgressão. Para Adalberto Aranha (1999, p 48) a distinção da natureza da prova é feita da seguinte maneira:

A ofensa ao direito pode ser quanto à obtenção da prova (o modo como foi colhida), molestando, destarte, uma norma de direito material, como exemplo, a confissão obtida mediante sevícia ou sanção. Ou pode ser numa ofensa quanto ao direito da produção da prova, de sua introdução ao processo, atingindo uma norma instrumental, como por exemplo, o uso de testemunhas para provar um fato que deixou vestígios...

Na conclusão do tópico, dar-se-ão as provas ilícitas, como tida na espécie de chamada prova proibida, que abrange tanto as provas ilegítimas como as ilícitas.

4.2 Requisitos Da Prova Ilícita

Para que a prova seja considerada de forma ilícita, primeiro devemos nos atentar ao modo de como ela foi lançada. A prova fornecida em desconformidade com os ditames da lei, tornando-a inadmissível no processo e no ordenamento, inexistindo assim o valor probatório dela para dentro do processo penal.

Não há de se falar em ilegalidade quanto ao meio de produção da prova, quando houver concordância deste meio com a legislação vigente, como é o caso do juiz que determina em uma ordem judicial que seja realizada a prisão de um sujeito considerado foragido da justiça, por exemplo.

Ou seja, a prova ilícita é aquela obtida por meios distintos daqueles previsto em lei, de igual modo, em relação aos princípios fixados na Constituição Federal, como a violação ao devido processo legal, intimidade, invasão de domicílio, e outros meios ilegais.

Embora haja dispositivos que pré-estabeleçam alguns tipos de provas em certos casos, como a prova em relação a perícia, também será permitido outros tipos de provas, desde que não violem o dever de constitucionalidade já estabelecida no sistema legal.

E com isso, também tem o conceito daquilo que não é considerado prova ilícita, que seriam as provas colhidas em violação aos direitos, assegurados constitucionalmente, quando o interessado aceitar a violação e desde que, possuam qualquer relação com bens e direitos disponíveis dentro da constituição e dentro do processo penal, podendo assim ser utilizadas dentro do processo como meio de prova.

4.3 Estudo Comparado E As Provas Ilícitas

Nesse tópico, faremos uma breve exposição de como o direito estrangeiro trata do assunto referente às provas ilícitas no campo do processo penal brasileiro.

Como exemplo inicial, podemos citar a redação da constituição federal portuguesa, onde descreve de forma clara a inadmissibilidade das provas ilícitas dentro do processo, conforme a redação do artigo 32, inciso VIII:

São nulas todas as provas obtidas mediante tortura, coação, ofensa da integridade física ou moral da pessoa, abusiva intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações.

Já com relação à constituição federal vigente no país do Chile, embora seja pacífico o emprego do princípio da liberdade para elaboração das provas, o mesmo sofre algumas limitações, na qual a prova deve ser produzida dentro da observância do que decorre a lei.

E com isso, na constituição, relata no seu artigo 295 a seguinte redação explicando tal princípio:

Todos os fatos e circunstancias pertinentes para adequação da solução da causa, somente poderão ser provados e produzidos em conformidades com a lei.

A não permissão da utilização das provas ilícitas dentro do processo penal, também esta garantia no código de processo penal italiano, em seu artigo 191, inciso 1:

Artigo 191: Provas adquiridas ilegalmente:

Inciso 1: As provas obtidas em violação as proibições estabelecidas por lei, não devem ser usadas.

Também podemos encontrar exemplares das provas, dentro da constituição da Espanha, que dispõe apenas sobre a proibição da tortura e tratamentos desumanos e degradantes, sendo especificado no seu artigo 15 da constituição:

Todos têm direito a vida a integridade física e moral, sem que em nenhum caso, possam ser submetidos à tortura e a penas e ao tratamento desumano degradante. A pena de morte é abolida, salvo nas disposições penais militares em tempos de guerra.

Com todas as comparações feitas com artigos de constituições e códigos de países estrangeiros, podemos perceber que ambas as constituições acima citadas, tratam de forma relativamente igual à questão das provas ilícitas, pois todas elas preceituam a não utilização das provas ilícitas seguida daquelas provas que se perfizerem da degradação da dignidade da pessoa humana.

4.4 Intercepção, Gravação E Escuta.

Nesse tópico iremos abordar sobre intercepções, gravações e escutas telefônicas, só que para adentrar a fundo no tema, temos primeiro que fazer a distinção das nomenclaturas, ou seja, definir o que é cada qual, pois corriqueiramente são tratadas como sinônimos dentro do ordenamento, coisa que é de grave erro, visto que cada uma possui a sua peculiaridade sobre o tema.

A intercepção telefônica é a utilização, obtenção de informações realizadas por um terceiro, mediante uma conversa telefônica alheia na qual os participantes, não tem conhecimento de que estão sendo monitorados, ou seja, essa intercepção somente poderá ser realizada mediante autorização judicial, e por essa razão sua finalidade consiste na materialização das informações obtidas, contribuindo assim para a fixação de uma sentença.

Sobre o assunto, leciona Luiz Flávio Gomes (1997 p 95):

É da essência da intercepção telefônica, no sentido legal, a participação de um terceiro. Interceptar comunicação telefônica, assim, é ter conhecimento de uma comunicação "alheia". Ter ciência de algo que pertence a terceiro sem o devido conhecimento da intercepção. Nela, existe sempre uma ingerência alheia, externa, no conteúdo da comunicação captando-se o que esta sendo comunicado.

Depois de ter-se dado o conhecimento do significado do que é intercepção, passamos a destacar o significado do que é a escuta telefônica. Entende-se por esse assunto, a captação de informações decorrentes de uma conversa onde apenas um dos participantes de ciência da gravação, ou seja, neste assunto, uma das partes tem a ciência de que a captação das informações esta acontecendo enquanto a outra parte não tem a mínima ideia do que esta acontecendo, sendo assim diferenciada da intercepção.

Sobre o assunto, Luiz Flávio Gomez (1997, p 95) também do seu parecer jurídico:

Neste, "um" dos comunicadores sabe da escuta, da captação, logo a ofensa acontece apenas contra um deles, diferentemente da outra, onde concretiza sem o conhecimento dos comunicadores, onde nenhum deles tem o devido conhecimento da violação do direito.

Para analisar sobre o conceito das gravações, podemos utilizar bem o conceito dado pelo doutrinador Alexandre Moraes (2013, p 66) que diz o seguinte:

Gravações são aquelas em que a captação e gravação da conversa pessoal, ambiental ou telefônica, se dão no mesmo momento em que a conversa se realiza, feita por um dos interlocutores, ou por terceira pessoa com seu consentimento, sem que haja conhecimento dos demais interlocutores.

Além das classificações apresentadas, ainda podemos classificar os tópicos também em interceptação telefônica ambiental, escuta ambiental e da gravação clandestina ambiental, na qual se diferenciam pela forma como foram obtidas as informações, perfazendo essas nas conversas presentes, apenas pela via telefônica.

A classificação e exemplificação perfeita feita por Luig Almeida Mota (2003, p 1), podem ser apresentadas como:

Na interceptação ambiental, vale reiterar, terceira pessoa capta sons ou imagens produzidas por duas ou mais pessoas, sem que elas saibam da atuação dessa terceira pessoa, dentro da conversa que esta sendo arrolada.

Na escuta ambiental, terceira pessoa capta sons ou imagens provenientes de duas ou mais pessoas, tendo uma delas conhecimento da atitude do interceptam-te.

Na gravação clandestina ambiental, captação de sons ou imagens é feita por uma pessoa, sem que a outra pessoa comunicante saiba do seu intento. Vale sempre frisar que isso tudo também se aplica a interceptação telefônica, escuta telefônica e gravação clandestina, com a ressalva de que, nestes casos, o que há é uma comunicação realizada através apenas do telefone.

Porém toda essa classificação, aos olhos de Alexandre de Moraes (2013, p 67) é totalmente desnecessária, visto que ele dá a própria distinção e aplica a necessidade em apenas diferenciar as interceptações telefônicas das gravações, que possuem o seguinte significado:

Não se confunde interceptação telefônica com gravação clandestina de conversa telefônica, pois enquanto na primeira nenhum dos interlocutores tem ciência da invasão de privacidade, na segunda um deles tem pleno conhecimento de que a gravação se realiza. Essa conduta afronta inciso X do artigo 5º da Constituição Federal, diferentemente das interceptações telefônicas, que conforme analisado, afrontam o inciso XII do artigo 5º.

Segundo o que leciona o artigo 1º da lei 9.296/96, ao passo que o legislador refere-se à interceptação telefônica de qualquer natureza é nítido que ele

quis dizer que a presente lei se relaciona tanto para as interceptações quanto para a escuta telefônica, pois ambas as espécies consistem em obtenção de comunicação de informações alheias.

Fora isso, no que se refere à escuta telefônica, a gravação clandestina e a interceptação realizada por terceiro, leciona Vicente Greco Filho (2005, p 8) sobre o assunto:

São ir regulamentáveis por que fora do âmbito do inciso XII do artigo 5º da constituição federal, e sua ilicitude, bem como a da prova dela decorrente, dependera do confronto do direito a intimidade (se existente com a justa causa para a gravação ou interceptação, como o estado de necessidade e a defesa de direito, nos moldes da disciplina da exibição da correspondência pelo destinatário).

Sobre tal assunto também, podemos encontrar na doutrina de César Dario Mariano da Silva (2007 p 38):

Embora a escuta clandestina se trate de modalidade de intervenção lato sensu, haja vista a interferência de terceira pessoa na conversação, ela muito se assemelha da gravação clandestina. Assim, como há autorização ou conhecimento de uma dos interlocutores para que a conversa seja percebida e/ou gravada pelo terceiro, independe de ordem judicial, podendo seu conteúdo ser empregado como prova em juízo quando presente a justa causa, do mesmo modo que ocorre com a gravação clandestina.

Com todo esse explícito, inexistindo regulamentação da gravação clandestina, bem como a escuta ambiental, será possível em alguns casos a utilização dessa prova adequada, pois com a lei 9.296/96 referem-se somente as interceptações telefônicas em stricto sensu.

Em base no assunto, pode-se encontrar uma análise da ementa em um recurso de Habeas Corpus proposto na 5ª turma do Superior Tribunal de Justiça, o qual diz:

- 1- a gravação de conversa por um dos interlocutores não é interceptação telefônica, sendo lícita como prova no processo penal.
- 2- Pelo princípio da proporcionalidade, as normas constitucionais se articulam num sistema, cuja harmonia impõe que, em certa medida, tolere-se o detrimento a alguns direitos por ela conferidos, no caso, o direito a intimidade.

Perante o Supremo Tribunal Federal, pelo ministro Celso de Mello, tem o seguinte posicionamento, o qual foi elevado na doutrina de Alexandre de Moraes (2013, p 68) possuem a seguinte ideia:

A gravação de conversação com terceiros, feita através de fita magnética, sem o conhecimento de um dos sujeitos da relação dialógica, não pode ser conta este utilizada pelo Estado em juízo, uma vez que esse procedimento envolve quebra evidente de privacidade, sendo, em consequência, nula a eficácia jurídica da prova coligada por esse meio. O fato de um dos interlocutores desconhecer a circunstancia de que a conversação que mantem com outrem esta sendo objeto de gravação atua, em juízo, como causa obstativa desse meio de prova. O reconhecimento constitucional do direito a privacidade no artigo 5º desautoriza o valor probante do conteúdo de fita magnética a que registra, de forma clandestina, o dialogo mantido com alguém que venha a sofrer persecução penal do Estado. A gravação de diálogos privados, quando executada com total desconhecimento de um dos seus partícipes, apresenta-se eivada de absoluta desvalia, especialmente quando o órgão da acusação penal postula, com base nela, a prolação de um decreto condenatório.

Ademias, para fazer a junção de todas as classificações, o posicionamento que prevalece é do relator Ministro Carlos Velloso, que possui a seguinte redação:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. PENAL. GRAVAÇÃO DE CONVERSA FEITA POR UM DOS INTERLOCUTORES: LICITUDE. PREQUESTIONAMENTO. Sumula 282 STF. PROVA: REEXAME EM RECURSO EXTRAORDINARIO: IMPOSSIBILIDADE; Sumula 279 STF. I.- A gravação de conversa entre dois interlocutores, feita por um deles, sem conhecimento do outro, com a finalidade de documenta-la, futuramente, em caso de negativa, nada tem de ilícita, principalmente quando constitui exercício de defesa. II- Existência, nos autos, de provas outras não obtidas mediante gravação de conversa ou quebra de sigilo bancário. III- A questão relativa às provas ilícitas por derivação "the fruits of the poisonous tree" não foi objeto de debate e decisão, assim não prequestionada. Incidência da sumula 282 STF. IV- A apreciação do RE, no caso, não prescindiria no reexame do conjunto fático-probatório, o que não é possível em recurso extraordinário. Sumula 279 STF. V- Agravo não provido. (AI 503617 Agr./PR – Relator: Min. CARLOS VELLOSO- Julgamento 01/02/2015).

Com todas essas análises, tem que, é ilícita a gravação e a escuta realizada desde que em casos excepcionais em razão de não existir no ordenamento jurídico, uma lei que as regulamente com a finalidade de estabelecer critério para aplicação destas, devendo assim ser admitidas no processo sob olhares do principio da proporcionalidade.

O valor probatório dado a essas provas devem ser resguardados, tendo em vista que não se pode deixar de reconhecer que toda gravação apresenta grandes possibilidades de manipulação dos agentes participantes, através de sofisticados meios eletrônicos de hoje em dia, para burlar o sistema e sair vantajosos dentro do processo penal no qual este será objeto de prova.

A falta de lei no ordenamento jurídico brasileiro, de rol taxativo de infrações em que se admite a interceptação telefônica, dificulta a solução do problema. Mas o juiz poderá guiar-se pelo mesmo critério indicado na gravidade da infração penal, ou seja, para também, com base no direito comparado, adotar para o provimento do resultado da interceptação em processo ou investigação diverso daquele para o qual a ordem foi dada.

Cumprido destacar também, para finalizar o tópico, que a intenção foi elucidar umas considerações de caráter primordial quanto à interceptação telefônica, gravação e escuta, sem, contudo esgotar a análise que é cabível, pois nem mesmo a doutrina e a jurisprudência conseguem concretamente, pacificar o entendimento acerca de todo o tema, principalmente quanto ao modo de aplicação e utilização e regulamentação para que esses meios de provas possam se estabelecer dentro do ordenamento jurídico brasileiro e poderem assim, ser aplicáveis a todos os casos em concreto.

4.5 Consequências Processuais Da Prova Ilícita

Embora o artigo 5º, inciso LVI da constituição federal traga na sua redação o impedimento da utilização das provas ilícitas, o mesmo é totalmente omissão ao que se refere aos efeitos processuais da utilização desse meio probatório para dentro do processo penal, sendo omissivo total, não trazendo nenhuma regulamentação sobre tal assunto.

Assim, não é possível se utilizar, visualizar a consequência real para o prosseguimento da prova ilícita em um processo, como nos casos em que não fora reconhecido o caráter ilícito da prova ou ainda quando o juiz tiver proferido uma sentença de mérito, tendo como base uma prova ilícita.

Deste modo, vem em sua doutrina lecionar sobre o assunto Luiz Francisco Torquato Avolio (2010 p 107,108):

As consequências da atipicidade devem ser buscadas no próprio sistema onde esta se insere: no ordenamento material ou processual. Em se tratando da atipicidade constitucional, na própria constituição ou na unidade do ordenamento jurídico. Ocorrendo, contudo, violação a princípio ou norma constitucional com relevância processual, a sanção poderá ou não advir do texto constitucional. No primeiro caso temos como exemplo a obrigação de motivação das decisões judiciais, onde o próprio artigo 93, inciso IX da constituição federal comina a sanção de nulidade para a inobservância do preceito. Diferentemente do que ocorre no processo, na atipicidade

constitucional com relação às normas de garantia, não há lugar para irregularidade sem sanção. Nem se poderia falar em nulidade relativa, já que essa repercute no estreito âmbito do interesse das partes. As consequências serão, em regra, a nulidade absoluta, ou a inexistência jurídica.

Dessa forma, somente com base nos princípios gerais vigentes é que será possível verificar a consequência real da utilização da prova ilícita, pois não há previsão relatada no processo penal.

Sendo uma prova empregada cujo caráter seja ilícito, teremos como sua consequência a inexistência jurídica do fato ou até mesmo a nulidade absoluta da prova apresentada, pois essa prova não tem o condão de proferir nenhum efeito jurídico ao qual ela se destina de fato.

Sobre o tema, tem um pacífico entendimento jurisprudencial:

Constitucional- Processual penal- prova- meio ilícito de obtenção- Nulidade. A produção de provas precisa obedecer ao procedimento legal. Dai à constituição federal expressa a inadmissibilidade de provas obtidas por meios ilícitos (artigo 5º, inciso LVI.). Não produzem efeito confissão e testemunho resultantes de tortura física e psicológica. Decorre nulidade. Não acarreta absolvição. Enquanto não incidente a prescrição, é admissível produção de prova. (STJ- RHC 2.132-2- DJU 31.05.92) (FRANCO E STOCCO, 1999. PAGINA 1.711.).

Desse modo, quando a prova ilícita é retirada dos autos discute como ficariam a situação das outras provas que se encontram no processo, tendo em vista que embora a prova ilícita tenha sido retirada, a mesma estava no mesmo lugar probatório das demais provas analisadas.

Porém, é tranquilo e pacífico o entendimento que somente serão ilícitas as demais provas que se encontrem no mesmo local que a prova ilícita quando essas resultarem da prova que deveria ser inutilizada, essas provas são tidas como provas ilícitas por derivação, ou quando o juiz proferir uma sentença baseada somente naquela prova que tenha sido produzida de cunho ilícito.

Tem outro entendimento da jurisprudência sobre tal assunto:

Não estando a denúncia respaldada exclusivamente em provas obtidas por meios ilícitos, que devem ser desentranhadas dos autos, não há por que se declare a sua inépcia porquanto remanesce prova lícita e autônoma, não contaminada pelo vício de inconstitucionalidade. (STF- HC 74.807-4/ DJU 20.06.07)

Uma vez então, presente prova ilícita no processo, devem ser imediatamente retiradas dos autos, sem prejuízo para as demais provas, desde que, essas tenham sido produzidas em conformidade com a constituição federal e não tenham sido “infectadas” pela prova ilícita.

Com isso, suponhamos a existência de uma sentença transitada em julgado que tenha como principal elemento para condenação uma prova ilícita que a embase, neste caso, o meio a ser utilizado para combater tal decisão é a revisão criminal. Temos a seguinte solução lecionada por Alda Pellegrini (2011 p 138):

Se a decisão de pronuncia tiver nela se apoiada, poderá ser reformada pela via recursal ou anulada mediante habeas corpus. Mas se consumir a preclusão e o habeas corpus não for impetrado, não compete ao juiz qualquer providencia: o veredicto dos jurados, porem, será irremediavelmente nulo, ate porque a ausência de motivação impede o conhecimento das razoes de julgar. Se as provas ilícitas tiverem ingressado no processo, mas não tiverem sido levadas em consideração na pronuncia, o presidente mandara desentranha-las, antes que tomem conhecimento os jurados.

Poderá essa prova ser desfeita inclusive por meio de ação de revisão criminal, exercitável pelo réu, caso tenha sido condenado.

5 DIREITOS, GARANTIAS E CONFLITOS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.

No presente tópico iremos, em uma tentativa, demonstrar a diferença entre os direitos e garantias contidos na Constituição Federal, tendo em vista que não foram realizados pelo constituinte.

No demais, será abordado também no tópico, questões relativas à relativização entre os direitos, bem como a possibilidade de conflitos entre os tais direitos e garantias elencados.

5.1 Conceituação

O legislador fixou algumas espécies de direitos e garantias constitucionais, e podemos classificar em cinco dessas espécies, que seria: direitos e garantias individuais e coletivos; direitos de nacionalidade; direitos relacionados à existência do ser humano; direitos sociais e por fim direitos políticos. Visto essa classificação, será abordado o conceito alusivo aos direitos e garantias individuais no tange e rege o tema da prova ilícita dentro do processo penal.

Uma importante observação, é que a nomenclatura de direitos e garantias não possui o mesmo significado, uma vez que, o legislador fez questão de separar direitos e garantias pelo E e não utilizando a palavra COM, que ficaria direitos com garantias. Então, existe essa distinção.

Com isso, direito carrega o significado de der, ou seja, é aquilo que a constituição federal proporciona ao indivíduo, por exemplo, o direito a segurança. Porém, não seria razoável dar o direito e não proporcionar um modo de execução desse direito, de efetivação, por isso que entra o papel das garantias, ou seja, de modo a se realiza os direitos fornecidos pela constituição, como é o caso da utilização de habeas corpus, por exemplo.

Alexandre de Moraes (2013, p 34), fala sobre o assunto:

A distinção entre direitos e garantias fundamentais, no direito brasileiro, remonta a Rui Barbosa, ao separar as disposições meramente declaratórias, que são as que imprimem existência legal aos direitos reconhecidos, e as disposições assecuratórias, que são as que, em defesa dos direitos, limitam o poder. Aquelas instituem os direitos; estas, as garantias. Ocorrendo não raro juntar-se na mesma disposição constitucional, ou legal, a fixação da garantia com a declaração do direito.

Já a doutrina moderna, faz questão de dividir a classificação dos direitos fundamentais, em três partes: direitos de primeira geração, segunda geração e de terceira geração, baseando-se na história cronológica em que passam a ser constitucionalmente reconhecidos.

Quanto aos direitos de primeira geração, podem ser entendidos como os direitos e garantias individuais e políticos classificados, surgidos institucionalmente a partir da Magna Carta.

Já em relação aos direitos de segunda geração, são aqueles direitos sociais, econômicos e culturais, surgidos no início do século vigente, onde neste período perfazia-se por condições de igualdade social.

Por fim, os de terceira geração, são chamados de direitos de solidariedade ou fraternidade, mais modernamente falando. Aqui a importância passou a ser em relação à coletividade, de modo a proteger direitos relacionados ao consumidor.

Entretanto, alguns doutrinadores visualizam uma quarta geração que consiste na revolução de meios de comunicação, surgindo assim os direitos a comunicação propriamente dita, como o direito de informação. Acontece que essa ainda não é pacífica na doutrina.

Quanto às garantias fundamentais da Constituição Federal, elas sofrem duas divisões, as chamadas gerais e as específicas.

As garantias fundamentais gerais são as que estão sempre postos a serviço dos indivíduos para condenar o absolutismo do Estado, proibindo assim que o Estado, em seu poder, seja limitado ao passo que não fira os direitos elencados na constituição de cada cidadão brasileiro.

Ao que fala sobre as garantias específicas, utilizam-se os mecanismo que poderão ser utilizados pelos cidadãos para defenderem de possíveis violações colocadas pelo estado em detrimento do seu poder, como por exemplo, o mandado de segurança, habeas corpus, ação popular, etc.

Com tudo isso estabelecido, os direitos e garantias elencados na constituição federal são regramentos que um indivíduo precisa ter para viver, principalmente, com dignidade, o que lhe proporciona mais direitos e proteções a cada dia que passa.

5.2 Relativização

O legislador elencou direitos e garantias dentro da constituição federal para todos, isso quer dizer que esses elementos poderão ser utilizados como excludentes para a prática de condutas ilícitas irregulares, tanto dos indivíduos quanto do próprio Estado.

É aí que entram as limitações dos direitos fundamentais, mesmo estando resguardado na constituição, isso se deve ao fato de que os demais princípios, como exemplo o princípio da relatividade, conhecido como princípio da conveniência da liberdade pública, estabelece um rigorismo à atuação da conduta do Estado.

Alexandre de Moraes (2013, p 30) elenca:

Quando houver conflitos entre dois ou mais direitos ou garantias fundamentais, o intérprete deve utilizar-se do princípio da concordância prática ou da harmonização, de forma a coordenar e combinar os bens jurídicos, evitando o sacrifício total de uns em relação aos outros, realizando uma redução proporcional do âmbito de alcance de cada qual, sempre em busca do verdadeiro significado da norma e da harmonia do texto constitucional com sua finalidade.

Deste modo, a relativização dos direitos tende a constituir parâmetros para o exercício desses meios, sem, contudo anular os direitos já anteriormente fixados pela constituição, com objetivo de não desvirtuem o que fora concedido por tais direitos, sem também elencar comportamentos que não enquadram com a constituição.

5.3 Conflitos Dos Direitos

Em, tratando-se de direitos constitucionais, inevitável seria se não falássemos de conflitos de direitos dentro do ordenamento jurídico brasileiro, tendo em vista que às vezes para solução de um caso concreto, acabe tendo que minimizar a aplicação de outros direitos fundamentais que são totalmente importantes, para a aplicação de outros.

Sobre o assunto, fala Wilson Antônio Steinmetz (2001 p 140):

Somente haverá conflito real se os direitos fundamentais conflitantes forem estatuídos diretamente pela constituição, mediante disposição normativa

expressa, ou se da constituição se puder deduzir as normas de direitos fundamentais conflitantes. Assim, a caracterização da colisão pressupõe a interpretação constitucional.

Uma vez que haja colisão de um mesmo patamar de direitos fundamentais, deve-se utilizar dos mecanismos constitucionais, como a otimização entre esses direitos e a harmonização a qual a constituição federal estabelece, devendo, respeitar a relação que permanece entre eles, tendo em vista que muitas vezes a própria interpretação não é eficaz para o caso.

Nesta ponderação, competirá ao interprete sobrepesar os princípios que estão em conflitos, sem, contudo, excluir aquele que não for passível a solução do caso, pois deve sempre ter em mente que os direitos jamais se aniquilam eles apenas se limitam uns em meios aos outros.

Ademais, quando ocorrer conflitos entre os direitos constitucionais, deve o aplicador de lei se utilizar da ponderação atinente à solução desse fato. No entanto, não é possível que esses direitos surjam princípios que tendem a adequar a aplicação desses direitos, tal como o princípio da proporcionalidade, adequação, poderíamos inclusive concluir pela ineficácia das confusões entre esses direitos, uma vez que basta valermos do aproveitamento desses princípios para uma melhor forma de condução e solução dos conflitos constitucionais.

6 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

O penúltimo capítulo do presente trabalho visa elencar a distinção referente aos princípios e as normas e também elucidar algumas questões quanto o princípio da proporcionalidade dentro do processo penal, por exemplo, destacando a importância da diferenciação existente entre este princípio com o da razoabilidade.

6.1 - Distinção Entre Princípio e Norma

Instituiu-se um grande avanço constitucional no ordenamento, sendo assim essencial a distinção entre princípio e norma, pois desempenham funções importantíssimas e totalmente diferentes dentro do processo penal.

É possível dizer que norma é um gênero, ou seja, que decorrem tanto os princípios e as regras e a junção deles se perfazem nas chamadas normas jurídicas brasileiras, que viabilizam conferir direitos e deveres para cada cidadão a qual a norma será aplicada.

O primeiro parâmetro de diferenciação entre os princípios e as normas é quanto o seu caráter de generalidade. Isso conduz que, as normas geralmente são criadas para conduzir uma determinada situação, específica e determinável, já os princípios são compostos para serem sobrepostos em casos concretos, casos que já aconteceram, e os princípios serão aplicados sobre este concreto, porém são indeterminados, não se consegue deixar positivado sem que o caso concreto ocorra para poder aplicar.

Com base na descrição de norma e princípio Willis Filho (1997, p 17), trás algumas palavras:

Possuem a estrutura logica que tradicionalmente se atribui as normas do direito, com a descrição de um fato, ao que se acrescenta a sua qualificação prescritiva, amparada em uma sanção. Já os princípios, igualmente dotados de validade positiva e de um modo feral estabelecidos na constituição, não se reportam a um fato específico que se possa precisar com facilidade a ocorrência, extraíndo a consequência prevista normativamente.

As normas devem ser efetivadas na relação com o caso concreto, ou seja, ao julgador da lide cabe analisar se a prática daquela conduta perfaz a infringência ou não da norma. Porém, os princípios, não se tem a necessidade da análise restrita de especificar um caso concreto, como a regra, ele é aleatório abrangendo a todos, sendo assim facilmente aplicável em todos os casos.

Embora a natureza dessa orientação seja totalmente diferente entre uma e outro, eles estão interligados, pelo fato de existir a relação jurídica, pois os princípios são também considerados meios de emprego das regras. E se por um acaso, ocorrer à falta de uma norma regulamentadora para a aplicação de um caso concreto, o princípio toma o lugar da norma e se molda ao caso concreto aplicável.

Outro fator que nos permite fazer a distinção das normas aos princípios é que, as normas jamais entrarão em conflito um com o outro, pois as normas apresentam a maneira do tudo ou nada, isso quer dizer que, dado os fatos que uma norma estipula, esta é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita ou não, neste caso em nada contribuiu para a decisão do caso concreto.

Os princípios, por sua vez, possuem uma circunscrição de alcance bem maior devido à dimensão do peso ou importância que eles possuem. Por esse motivo, quando um princípio entra de certa forma, em colisão com outro, só irá prevalecer aquele cujo peso é maior, ou seja, aquele que se amoldar de melhor forma ao caso concreto para que possa ser aplicada da melhor forma possível.

Isso decorre pelo fato que, se é possível nos princípios a utilização da ponderação, ademais, quando os princípios se conflitam, aquele que vai resolver, é aquele que é levado em conta a sua força normativa para ser aplicada dentro do caso concreto.

Mas para aplicar a ponderação dos princípios deverá o legislador, a valer-se do princípio de caráter mais relevante como é o caso do princípio da proporcionalidade, devendo analisar o real caso para melhor aproveitamento dos princípios regulamentados pelo ordenamento jurídico brasileiro, tendo em vista sua real necessidade de ser instituída dentro do processo penal.

Porém, embora o legislador, em um conflito de princípio, aplique aquele que prevalece sobre o outro, isso não quer dizer que devesse ocorrer à extinção do ordenamento, daquele princípio que não foi utilizado no caso. Esse apenas foi deixado de lado naquele caso, e sendo facilmente ser utilizado em outro caso o qual sua aplicação melhor se encaixa.

Leciona sobre o assunto, Joaquim Gomes Canotilho (1997 p 1125):

Saber distinguir regras e princípios é uma tarefa particularmente muito complexa. Vários são os critérios sugeridos, como por exemplo: A) Grau de abstração: os princípios são normas com um grau de abstração relativamente elevado, de modo que as normas possuem uma abstração reduzida. B) Grau de aplicabilidade: os princípios são vagos e indeterminados enquanto as normas são de aplicação direta. C) Caráter de fundamentalidade: princípios não normas de natureza fundamental no ordenamento e com uma posição hierárquica no sistema de fontes do direito.

Levando em conta que os princípios assim como as regras, são gêneros de normas jurídicas e o que as diferem, é o seu modo de aplicação. Os princípios devem ser ponderados, ao passo que deve ser aplicado aquele que melhor se adequa ao caso concreto ao qual esta sendo aplicado. Já as normas, regras, a sua aplicação deve decorrer de sua total relação com o caso e se por ventura ocorrer à existência de duas regras, deve-se utilizar do critério de exclusão, prevalecendo sempre apenas uma, ao caso aplicável.

6.2 – Conteúdos Ou Subprincípios

Para melhor entendermos sobre o princípio da proporcionalidade, temos que nos valer de princípios denominados de subprincípios ou os chamados conteúdos, cuja intenção visa somar os elementos que estruturam a formação correta da aplicação do princípio da proporcionalidade.

Existem basicamente, três subprincípios para aplicar o da proporcionalidade, que seriam: princípio da adequação, princípio da exigibilidade ou necessidade e o princípio da proporcionalidade no sentido estrito.

Quanto ao da adequação, esse princípio fala que se a decisão normativa do direito fundamental oportuniza o alcance da finalidade perseguida, ou seja, trata-se de investigar se a medida é apta, útil, idônea, para o fim perseguido.

Quanto ao da necessidade, são quatro notas que devem ser elencadas: a primeira é a intervenção mínima no exercício do direito fundamental pelo titular do direito. A segunda é que poderia haver uma medida alternativa menos gravosa; a terceira é essencial, é a comparabilidade dos meios de restrição e por ultimo, a dimensão empírica do princípio.

Com isso, ainda tem o princípio da proporcionalidade em sentido estrito, que observa os efeitos que ela produz sobre o direito fundamental que restringe ou é afetada.

No mais, tal princípio tem ligação restrita com a ponderação de bens, tendo em vista que perfaz a ideia de uma justa medida, pois se deve sempre alcançar o fim pretendido observando as vantagens e eventuais desvantagens que possam surgir dentro do processo.

6.3 – Fundamentos

Como é sabido, o princípio da proporcionalidade não possui norma expressa na constituição federal ou em qualquer tipo de lei ou regulamento dentro do ordenamento jurídico, ela é de puro e pacífico entendimento dentro do ordenamento que ela pode ser realmente aplicada dentro do processo ao qual é utilizada.

Desse modo, esse princípio estaria diretamente relacionado com o fundamento do princípio democrático do direito, pois ao estado seria lícita a limitação aos assuntos da coletividade e dos interesses individuais atinentes ao cidadão em razão do próprio interesse privado, sem afastar, contudo a ideia de justiça.

Outro fundamento ligado ao princípio da proporcionalidade estaria intensamente conexo ao próprio direito fundamental, sendo uma continuidade de tais direitos. Tende-se ao princípio da dignidade da pessoa humana, pois aproxima muito da via da proteção do conteúdo essencial dos direitos fundamentais.

Com todas essas explicações fica evidente que mesmo que o princípio da proporcionalidade não esteja realmente positivado dentro do ordenamento jurídico, fica bem claro que ela está implícita dentro dos fundamentos elencados, fazendo assim parte do ordenamento jurídico brasileiro sim, sendo um princípio a ser seguido e regido por tais casos concretos os quais possam ser aplicados.

6.4 – Princípio Da Razoabilidade

Embora não tenhamos uma previsão expressa dentro da doutrina ou na jurisprudência brasileira da diferenciação dos princípios da proporcionalidade

com o da razoabilidade, alguns doutrinadores tentam explicar, perante seu ponto de vista, essa tal diferença.

A proporcionalidade, de origem alemã, tem o intuito jurídico consolidado e de características definidas, enquanto o da razoabilidade tem sua origem norte americana, possui o sentido substantivo, due process of law.

Decorre que, o princípio da razoabilidade e o da proporcionalidade apresenta-se de forma equivalente, ou seja, unificam entre si, sendo este o posicionamento pacífico da doutrina brasileira perante o assunto.

Destaca em sua doutrina, Gilmar Mendes (2010 p 414):

Os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade decorrem do próprio sistema de princípios constitucionais e não necessitam de nenhum dispositivo para ser fundamentado normativamente. Afirma-se que o dever de proporcionalidade está implícito no próprio princípio do Estado. E, também, na qualidade de metanormas ou sobre princípios de interpretação de normas constitucionais e legais, proporcionalidade e razoabilidade não se identificam em dispositivos normativos específicos.

Deste modo, não havendo a previsão normativa expressa sobre tal diferenciação tangente ao assunto dos princípios, existe sim alguma diferença.

Contudo, vejamos antes, mais uma classificação, agora de Wilson Steinmetz (2003 p 198):

Princípio da razoabilidade ainda não apresenta uma definição operacional, o que pode ser constatado de forma cristalina. Já o da proporcionalidade apresenta indicadores de concreção mediante os princípios da adequação, da exigibilidade e da proporcionalidade em sentido estrito. Conclui-se, portanto, que o princípio da proporcionalidade não se confunde com o da razoabilidade e que o da proporcionalidade é apropriado para solução da colisão de direitos fundamentais.

Concluimos então, que em decorrência dos subprincípios aplicáveis ao princípio da proporcionalidade este possui um diferencial, pois da sua aplicação devem ser observados tais princípios. Enquanto o da razoabilidade, quando da decisão decidir a colisão de direitos, basta apenas que esta esteja devidamente motivada, não descaracterizando a relação existente entre o meio e o fim do caso concreto.

6.5 - Aplicabilidade Da Proporcionalidade

Quando ocorrer qualquer conflito referente entre os direitos fundamentais, desde que ambas as normas sejam da mesma hierarquia, podemos nos valer do princípio da proporcionalidade.

É nesse ponto que fica evidente a enquadração do princípio da proporcionalidade dentro do ordenamento jurídico brasileiro, quando apenas ocorrer conflito dos princípios fundamentais, quando um direito limitar a utilização do outro.

E para explicar melhor, quando ocorre o conflito dos direitos fundamentais, Wilson Steinmetz (2003, p 140) trás uma definição:

Há colisão de direitos fundamentais, quando, in concreto, o exercício de um direito fundamental por um titular obstaculiza afeta ou restringe o exercício de um direito fundamental de outro titular, podendo tratar-se de direitos idênticos ou de direitos diferentes; podendo, ainda, ser direito fundamental individual versus direito coletivo fundamental.

Contudo, por ser insuficiente a interpretação constitucional o que ocasiona a colisão, faz-se então, necessário à utilização da ponderação de bens, com a finalidade de sobrepesar o direito ou os bens que melhor solucionar o caso.

No Brasil, é possível verificar a aplicabilidade do princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, conforme texto abaixo no voto do julgamento da ação direta de inconstitucionalidade numero 855 do Relato Ministro Sepulveda Pertence:

Eles servem de um lado – como proficientemente explorados na petição – não só para lastrear o questionamento da proporcionalidade ou da razoabilidade da disciplina legal impugnada, mas também para indicar a conveniência de sustar – ao menos provisoriamente – as inovações por ela impostas, as quais – onerosas e de duvidosos efeitos uteis – acarretariam danos de incerta reparação para a economia do setor, na hipótese – que não e de afastar – de que se venha a final a declarar a inconstitucionalidade da lei.

Finalizando, a aplicação do princípio, se da como um dos meios de ponderação de direitos ou bens, quando realmente ocorrer conflitos de direitos, haja vista que a finalidade se baseia somente na proteção de direitos fundamentais fixados na Constituição Federal, que serão utilizados como base para aplicação do princípio em razão do conflito que se der.

7 - PROVAS ILÍCITAS NO PROCESSO PENAL

Neste último e presente tópico, buscou-se levantar a relação que existe entre as provas ilícitas no processo penal com o princípio da proporcionalidade. Demonstrando que ainda que se tenha a vedação das provas ilícitas pela constituição federal, em alguns casos é possível fazer a sua utilização, tendo em vista que nenhum direito ou garantia é absoluto.

Serão elevados pontos que tentem demonstrar que mesmo que essas provas não sejam aceitas dentro do processo penal, em determinados casos elas poderão ser utilizadas para que resolva a lide processual.

7.1 - Princípio Da Proporcionalidade E As Provas Ilícitas

Embora haja o entendimento pela inadmissibilidade das provas ilícitas dentro do processo penal, ou seja, aquelas provam que foram contraídas mediante alguns meios ilícitos em desacordo com o artigo 5º, inciso LVI da Constituição Federal, surge uma teoria, uma posição minoritária que aduz a possibilidade dessas provas serem admitidas dentro do processo, corrigindo os possíveis erros de origem.

Em casos de extrema gravidade e absolutamente excepcionais, tem-se admitido a utilização desse meio de prova dentro do processo, fundando-se no princípio do equilíbrio e do princípio da proporcionalidade processual.

Surge assim, duas correntes a respeito do devido tema, uma denominada de teoria da admissibilidade da prova ilícita no processo, ou teoria permissiva tendo em vista o princípio da proporcionalidade e a outra pela inadmissibilidade da prova ou a teoria obstativa.

Aqueles que adotam o princípio da admissibilidade, ou seja, que é possível a utilização da prova dentro do processo se valem através do livre convencimento do juiz e o princípio pela verdade real dentro do processo.

Com isso, Fernando Tourinho (2008, p 226), leciona sobre o assunto:

Parte desta entende que nada impede a admissão de provas ilícitas no processo penal. Se a prova foi conseguida com transgressão a normas de direito penal, de direito civil ou de direito administrativo, por exemplo, o seu autor sujeitar-se-á as sanções respectivas, nada impedindo sua admissão no processo. Quem agiu contra jus deve ser punido, mas a provas e

validamente introduzida no processo, toda vez que a lei processual não impeça.

Embora seja o entendimento majoritário pela inadmissibilidade das provas ilícitas dentro do processo, para esta corrente o sujeito que conseguiu a prova ilícita de modo criminoso, esse sim será responsável pela conduta na qual utilizou para conseguir a prova. Ademais, temos que separar esse meio de duas formas, uma coisa é a utilização da prova judicialmente, outra é a apuração da prática delitiva devido a sua obtenção.

Os doutrinadores que se adaptaram a admissibilidade das provas ilícitas dentro do processo penal estariam baseados no fato de que, nenhum direito ou garantia constitucional é absoluto. Assim, sempre que será possível o sacrifício de um direito em prol do outro de igual ou superior valia, dada a relatividade e garantias constitucionais.

Leandro Cadenas Prado (2009, p 15) também discorre no assunto:

Assim, o que importava era a busca incessante pela verdade real dos fatos, não importando se isso levasse a violação dos direitos investigados. O raciocínio contrário levaria a tratar de forma indevida a autoridade policial que, na busca pelas provas, eventualmente se excedesse, em benefício do real criminoso. Porém, apesar de entenderem que a prova ilícita deveria sim ser considerada, propugnam sempre pela responsabilização daquele que produzia de forma indevida tal prova.

Para os que seguem a teoria permissiva, não se visualiza o modo com que a prova foi obtida, mas sim a importância da prova para o processo, para a resolução da lide. Com isso, uma prova só será considerada ilícita quando esta além de ilícita for ilegítima em sua análise, com exceção a prova ilícita que será admitida no processo quando em favor do réu, sendo esta a sua única opção de prova.

Desse modo, não há porque defender que em uma colisão de direitos fundamentais um direito poderá prevalecer sobre o outro, tendo em vista o seu grande valor, seja ele moral ou legal.

Têm-se abaixo dois julgados em relação às provas ilícitas dentro do processo penal, ditos pelo STJ e pelo STF:

STJ:

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS – PROCESSUAL PENAL – CONSTITUCIONAL – ESTELIONATO – GRAVAÇÃO TELEFÔNICA PELA VÍTIMA DE CRIME – PROVA ILÍCITA – INCARACTERIZAÇÃO – 1. "As liberdades públicas não podem ser utilizadas como um verdadeiro escudo protetivo da prática de atividades ilícitas, tampouco como argumento para afastamento ou diminuição da responsabilidade civil ou penal por atos criminosos, sob pena de total consagração ao desrespeito a um verdadeiro Estado de Direito. Dessa forma, aqueles que, ao praticarem atos ilícitos, inobservarem as liberdades públicas de terceiros pessoas e da própria sociedade, desrespeitando a própria dignidade da pessoa humana, não poderão invocar, posteriormente, a ilicitude de determinadas provas para afastar suas responsabilidades civil e criminal perante o Estado (...)" (Alexandre de Moraes, in Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional, 2ª Edição, 2003, São Paulo, Editora Atlas, páginas 382/383). 2. Não há falar em ilicitude da prova que se consubstancia na gravação de conversação telefônica por um dos interlocutores, vítima, sem o conhecimento do outro, agente do crime. 3. Recurso improvido. (STJ – RHC 12266 – SP – 6ª T. – Rel. Min. Hamilton Carvalhido – DJU 20.10.2003 – p. 00298).

STF:

PRÁTICA DELITUOSA (LEI Nº 8.069/90, ART. 241). FOTOS QUE FORAM FURTADAS DO CONSULTÓRIO PROFISSIONAL DO RÉU E QUE, ENTREGUES À POLÍCIA PELO AUTOR DO FURTO, FORAM UTILIZADAS CONTRA O ACUSADO, PARA INCRIMINÁ-LO. INADMISSIBILIDADE (CF, ART. 5º, LVI). - A cláusula constitucional do due process of law encontra, no dogma da inadmissibilidade processual das provas ilícitas, uma de suas mais expressivas projeções concretizadoras, pois o réu tem o direito de não ser denunciado, de não ser processado e de não ser condenado com apoio em elementos probatórios obtidos ou produzidos de forma incompatível com os limites ético-jurídicos que restringem a atuação do Estado em sede de persecução penal. - A prova ilícita - por qualificar-se como elemento inidôneo de informação - é repelida pelo ordenamento constitucional, apresentando-se destituída de qualquer grau de eficácia jurídica. - Qualifica-se como prova ilícita o material fotográfico, que, embora alegadamente comprobatório de prática delituosa fosse furtado do interior de um cofre existente em consultório odontológico pertencente ao réu, vindo a ser utilizado pelo Ministério Público, contra o acusado, em sede de persecução penal, depois que o próprio autor do furto entregou à Polícia as fotos incriminadoras que havia subtraído. No contexto do regime constitucional brasileiro, no qual prevalece à inadmissibilidade processual das provas ilícitas, impõe-se repelir, por juridicamente ineficazes, quaisquer elementos de informação, sempre que a obtenção e/ou a produção dos dados probatórios resultarem de transgressão, pelo Poder Público, do ordenamento positivo, notadamente naquelas situações em que a ofensa atingir garantias e prerrogativas asseguradas pela Carta Política (RTJ 163/682 - RTJ 163/709), mesmo que se cuide de hipótese configuradora de ilicitude por derivação (RTJ 155/508), ou, ainda que não se revele imputável aos agentes estatais o gesto de desrespeito ao sistema normativo, vier ele a ser concretizado por ato de mero particular.

Embora vigore no processo penal, a busca pela verdade real e a liberdade probatória, os meios de provas aos quais são utilizados deveram observar

as normas estabelecidas, entrando em conformidade com a constituição federal, código penal, código processo penal, leis complementares.

Toda prova proveniente de forma ilícita, devera o magistrado excluir tal prova, pois a mesma possui caráter distinto daqueles previstos em lei, afrontando assim diversos princípios como o devido processo legal, a moralidade e os bons costumes entre outros.

Novamente Tourinho (2009, p 223), leciona sobre alguns meios os quais não será permitida a utilização das provas dentro do processo penal:

Não se admitem as provas conseguidas mediante tortura, como os interrogatórios fatigantes, exaustivos, mesmo porque obtidos com preterição da norma contida no artigo 5º, inciso III, da lei maior. Metem-se a rol entre as provas não permitidas aquelas objeto de captação clandestina de conversações telefônicas de microfones dissimulados para captar conversações íntimas o diário onde algumas pessoas registram, com indisfarçável nota de segredo.

Tais provas não podem ser permitidas porque violatorias da vida íntima da pessoa, e como se sabe a constituição da proteção à privacidade, como se constatada pelo artigo 5º inciso X e XII. A advertência extensiva a todos e quaisquer processos que se possam utilizar para a obtenção de prova e que possam produzir alterações do estado físico ou psíquico da pessoa.

Contudo, há também a outra corrente, a da teoria obstativa, ou seja, que vai pela inadmissibilidade das provas ilícitas dentro do processo penal, esta que se subdivide em três correntes:

- 1) Baseia-se na afirmação de que é inadmissível a prova ilícita no âmbito processual, o ilícito desde que reconhecido, contamina todo o direito e não somente partes separadas.
- 2) Pautada o princípio da moralidade dos atos praticados pelo estado, onde o estado tem a obrigação de combater o crime. Como o magistrado segue o Estado, tem que reconhecer a presunção de legalidade e moralidade de todos os atos praticados.
- 3) Baseia-se em que, a prova ilícita afronta a constituição, por ferir valores fundamentais dos indivíduos, é que, toda vez que a prova é colhida ilicitamente, a violação atinge um direito fundamental, inserido dos direitos e garantias individuais.

Diante do que foi demonstrada, a teoria que tem prevalência no ordenamento jurídico é a teoria obstativa, tendo em vista a disposição constitucional.

No entanto, é bom esclarecer que a impossibilidade do emprego das provas ilícitas quando infringir direitos fundamentais estabelecidos pela constituição federal.

Com isso, o posicionamento prevalece é a inadmissibilidade destas provas, porém relação à teoria permissiva, visa apenas corrigir eventuais falhas que se não forem esclarecidas, poderiam trazer prejuízos muito graves para dentro do processo penal.

Tal teoria permissiva é baseada no princípio da proporcionalidade, onde acolhe casos, extremamente excepcionais, quanto à utilização das provas ilícitas, no conflito fundamental de direitos.

7.2 - Princípio Da Proporcionalidade E As Provas Ilícitas Por Derivação

Prova ilícita por derivação ou também como é chamada dentro do ordenamento jurídico brasileiro de *fruits of the poisoned tree*, ou, frutos da árvore envenenada, que exemplifica que uma árvore envenenada não pode dar frutos bons e sim viciados, do mesmo modo em que se estende até as provas, onde uma prova ilícita não poderá sua derivação ser lícita, desse modo, também será ilícita dentro do processo penal.

Exemplificando melhor, essa teoria, a prova que é em si mesma lícita, mas produzida através de um meio ilegal, ilícito, em desrespeito de ser regular, contraria com o vício de origem que a contamina, é ilícita por derivação sua origem.

Torquato (2010, p 114) leciona sobre esse assunto:

As provas ilícitas por derivação, quais sejam, aquelas obtidas de forma lícita, mas a partir da informação extraída de uma prova obtida por meio ilícito, não são admissíveis no processo, ressalvadas à hipótese de sua desvinculação causal da prova ilicitamente obtida.

A prova ilícita por derivação são aquelas provas materialmente e processualmente válidas, mas angariadas a partir de uma prova ilicitamente obtida, a partir de informações extraídas de uma prova de meio ilícito. É o caso, por exemplo, da confissão extorquida mediante tortura, em que o acusado indica onde se encontra o produto do crime, este vem a ser apreendido, só que este foi obtido por meio ilícito, logo não poderá ser utilizado dentro do processo penal pelo princípio da derivação da prova ilícita.

Nos Estados Unidos, onde teve origem tal teoria, é uma prevalência de exceção, onde diz que aquela prova que foi avaliada como ilícita não possui relação com as provas que eventualmente dela se originar, bem como que essa prova ilícita não foi fundamental para a descoberta das demais provas que delas resultar. É a regra que é chamada de exclusionary rule.

No Brasil, mesmo com a adesão a tal teoria, é possível encontrar julgados com tal exceção sendo aplicada:

Ementa: HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. INVESTIGAÇÃO INICIADA A PARTIR DE DENÚNCIA ANÔNIMA. POSSIBILIDADE, DESDE QUE ULTERIOR DILIGÊNCIA PELAS AUTORIDADES PARA VERIFICAÇÃO CONCRETA DOS FATOS ASSINATURA TENHA OCORRIDO. PRETENSÃO DE SE APLICAR IRRESTRITAMENTE

A TEORIA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA (FRUITS OF THE POISONOUS TREE). IMPOSSIBILIDADE. DOCUMENTAÇÃO DOS AUTOS QUE NÃO PERMITE A CONCLUSÃO DE QUE NÃO EXISTE PROVA AUTÔNOMA QUE LEGITIMAMENTE EMBASOU O PROCEDIMENTO PENAL INSTAURADO. FATOS ALEGADOS NA LONGA PETIÇÃO INICIAL FORMULADA. IMPOSSIBILIDADE DE SE PROCEDER A AMPLA E IRRESTRITA ANÁLISE FÁTICO-PROBATÓRIA NA VIA ELEITA. ORDEM DE HABEAS CORPUS DENEGADA. 1. Não se descarta que a investigação não pode ser baseada, unicamente, em denúncia anônima. Entretanto, se a interceptação telefônica foi precedida de constatação de fato concreto, em que se verificou a possibilidade da veracidade das condutas narradas na informação, tal providência torna a persecução e as medidas cautelares requeridas válidas. 2. Se não há na documentação trazida aos autos pela Defesa - a quem incumbe à correta instrução e narração do remédio constitucional do habeas corpus -, a comprovação inequívoca de que o procedimento penal instaurado deu-se única e exclusivamente com base na denúncia anônima, e não com base em outro elemento desvinculado do que se inquina de ilegal, posteriormente produzido pelas autoridades, não ocorre o alegado constrangimento ilegal. 3. Considerações sobre a teoria do fruto das árvores envenenadas (fruits of the poisonous tree) - cuja indistinta incidência não se admite -, e a contaminação das provas derivadas: "[a] imprecisão do pedido genérico de exclusão de provas derivadas daquelas cuja ilicitude se declara [...] levam [...] ao indeferimento do pedido" (STF, HC 80.949/RJ, 1.ª Turma, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE). 4. Ordem de habeas corpus denegada.

Apesar da aplicação na legislação brasileira em base da teoria dos frutos da árvore envenenada, a própria sofre também com as limitações dentro do ordenamento jurídico brasileiro, tendo em vista que essa prova poderá ser utilizada quando a sua descoberta era inevitável para a continuação do processo, ou seja, se de, qualquer modo, essa prova acabaria sendo descoberta para a resolução da lide, esta poderá ser utilizada dentro do processo penal para a solução da lide.

Com isso, nenhum direito e garantia previsto no ordenamento possui de fato, um caráter absoluto e intacto, podendo sofrer alguma tipo de alteração na sua aplicabilidade.

Desse modo, mesmo com essa previsão expressa da inadmissibilidade das provas ilícitas no processo penal e essa vedação do fruto da árvore envenenada, cabe ao magistrado julgador da lide realizar um juízo de valor e verificar qual direito deve prevalecer sobre qual.

7.3 - Prova Ilícita Pro Reo

O tópico elenca que se é possível à utilização da prova em face do réu e a cada dia que passa, vem sendo admitido quase que unanime, o emprego dessas provas em favor do acusado do processo, enfrentando a violação dos direitos humanos estabelecidos na constituição federal.

Mais conhecido como “ princípio em favor do rei “, permite que somente em casos excepcionais devam ser admitidas em juízo e em respeito à dignidade da pessoa humana na utilização das provas.

Convém demonstrar, no entanto que, o Supremo Tribunal Federal é contrario a essa admissibilidade em favor do réu, como podemos ver na doutrina destacada por Alexandre de Moraes (2013 p 145).

É indubitável que a prova ilícita entre-nos, não se reveste da necessária idoneidade jurídica como meio de formação do convencimento do julgador, razão qual deve ser desprezada, ainda que em prejuízo da apuração da verdade, no prol do ideal maior de um processo justo, condizente com o respeito devido a direitos e garantias fundamentais da pessoa humana, valor que se sobreleva, em muito, ao que e representado pelo interesse que a sociedade numa eficaz repressão aos delitos. A constituição brasileira, no artigo 5 inciso LVI, com efeito, dispõe, a todas as letras, que são inadmissíveis no processo, as provas obtidas por meios ilícitos. Ação Penal 307-3. Rel. Min. Ilmar Galvão.

Porém, já é possível encontrarmos julgados dentro do sistema normativo brasileiro, autorizando a utilização dessas provas obtidas por meios ilícitos:

GRAVAÇÃO DE CONVERSA TELEFONICA POR UM DOS INTERLOCUTORES. PROVA LICITA. PRINCIPIO DA PROPORCIONALIDADE. HABEAS CORPUS. RECURSO. 1.1 A gravação telefônica de conversa por um dos interlocutores não e interceptação telefônica. Sendo licita como prova no processo penal. 2. Pelo principio da proporcionalidade, as normas constitucionais se articulam num sistema,

cuja harmonia impõe que, em certa medida, tolere-se o detrimento a alguns direitos por ela conferidos, no caso, o direito a intimidade. 3. Precedentes do STF. 4. Recurso Ordinário, mais não provido. STJ, RHC relator ministro Edson Vidigal.

Podemos elencar nesse tópico que, a utilização do princípio da proporcionalidade nas provas ilícitas admitiu a utilização dessas provas em favor do acusado, contudo, não devem ser vistas como uma inconsequência pelo poder judiciário brasileiro, mas sim como uma forma de tentar evitar injustiças dentro do ordenamento na hora de proferir a sentença.

Elencamos também, a necessidade da prova ilícita ser utilizada somente em casos muito extremos, de altíssimo nível, onde tem que ser feita toda uma análise detalhada para que se possa fazer a comprovação da inocência do réu e a prova seja peça fundamental em tal comprovação.

7.4 – Prova Ilícita Pro Societate

Neste tópico, a prova elencada na visão da sociedade. Onde a justificativa para aqueles que defendem a admissibilidade da prova ilícita a favor da sociedade diz respeito ao fato que a utilização do princípio da proporcionalidade teria o condão de absolver o indivíduo pela prática de um crime, pois a necessidade de uma ação eficaz para o deslinde da causa.

Porém, a prova ilícita em favor da sociedade não tem razão de existir, pois o estado democrático de direito detém de materiais e pessoas adequadas para fazer uma investigação mais adequada e real dos fatos, e com isso não teria tanto sentido admitir em favor deste.

Porém não podemos deixar de lado, a aplicabilidade do princípio da proporcionalidade diante de crimes cada vez mais graves, não podendo assim a utilização de outro modo de obtenção de prova, a não ser esse meio ilícito.

Contudo, embora grande parte da doutrina seja a favor dessa inadmissibilidade, outra parte e a jurisprudência vem admitindo sob o fundamento de solucionar o conflito entre os direitos fundamentais dentro do processo penal.

Fernando Capez (2009, p 267) relata:

O princípio da proporcionalidade deve também ser admitido pro societate, pois o confronto que se estabelece não entre o direito ao sigilo, de um lado,

e o direito da acusação à prova, do outro. Trata-se de algo mais profundo. Quando o conflito se estabelecer entre a garantia, o sigilo e a necessidade de se tutelar a vida, o patrimônio e a segurança, bens também protegidos pela constituição, o juiz utilizando-se do seu alto poder de discricionariedade, deve sopesar e avaliar os valores contrastantes envolvidos.

O aproveitamento do princípio da proporcionalidade nas provas ilícitas deve ser utilizado de modo excepcional, diante da análise feita pelo nobre magistrado de acordo com o caso concreto, para que assim haja uma solução justa e correta para que se possa fazer a aplicação.

Somente com a junção desses princípios com o da proporcionalidade, a aplicação dessas provas ilícitas em favor da sociedade, tendo em vista a prevalência dos interesses coletivos frente aos interesses individuais assegurados pela constituição federal brasileira no artigo 5, inciso LVI.

8 CONCLUSÃO

Conclui-se, no entanto, que o método probatório é um conjunto de regras que garantem os direitos das partes de estabelecer a verdade dos fatos de forma mais semelhante com a realidade histórica. Contudo, tem que ser respeitada as limitações existentes, a fim que proporcionam a motivação do magistrado perante o caso concreto.

O julgador poderá além das normas, valer-se de princípios e fontes para motivar seu convencimento, decidindo substancialmente, aquele caso apresentado. No entanto, a aceitação ou não das provas ilícitas dentro do processo penal, ocorre um divergência doutrinaria.

Alguns entendem que pode admitir, por salvo guardarem interesse maior que a liberdade em detrimento à intimidade e a privacidade, já outros doutrinadores falam totalmente o contrario, defendem que não é possível à utilização pelo simples fato da constituição federal brasileira vedar expressamente a utilização das provas ilícitas dentro do processo penal.

Tem ainda, a corrente da teoria da proporcionalidade, ou seja, que defende a tesa que sendo a única forma apresentada para abrigar valores fundamentais urgentes, seria admissível dentro do processo penal, porém só adotada quando esta está a favor do réu.

Porém, fica a subjetividade do juiz, com análise do caso concreto, avaliar de forma concreta e correta a melhor solução para com a inadmissibilidade ou não da prova ilícita dentro do processo penal, uma vez que esta em pauta é a liberdade do réu.

Deste modo, como a regra adota na constituição federal é pela não aplicabilidade da utilização da prova ilícita, conforme artigo 5, inciso LVI, bem como a prova ilegítima, observa-se a relação existente dessa prova em relação ao princípio da proporcionalidade.

Elencado todo esse trabalho, este tem por objetividade um cunho social, tendo em vista que muitas vezes o individualismo acaba por inferir os interesses coletivos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas Ilícitas: interpretações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas**. 4 ed. São Paulo. 2010

AQUINO, José Carlos G. Xavier. **A prova testemunhal no processo penal brasileiro**. 3 ed. São Paulo. 1995

ARANHA, Adalberto Jose Q. T. de Camargo. **Da Prova no Processo Penal**. 5 ed. São Paulo. Saraiva. 1999.

AVENA, Norberto. **Processo Penal**. 5 ed. São Paulo. 2010

BARROS, Antônio Milton de. **Da prova no Processo Penal: apontamentos gerais**. São Paulo. 2001

CANOTILHO, Joaquim Jose Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**. 4 ed. 1982.

GOMES, Luiz Flávio. **Interceptação Telefônica**. São Paulo. 2003

FILHO, Vicente Greco. **Manual de Processo Penal**. 7 ed. São Paulo. 2001

MALATESTA, Nicola Framarino Dei. **A logica das Provas em Matéria Criminal**. Tradução 3 ed. Rio De Janeiro. 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 5 ed. São Paulo. 2010.

MOSSIN, Heráclito Antônio. **Curso de Processo Penal**. 2 ed. São Paulo. 1998.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 29 ed. São Paulo. 2013

PRADO. Leandro Cadenas. **Provas Ilícitas no Processo Penal: teoria e interpretação dos tribunais superiores**. Rio de Janeiro. 2006.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 29 ed. São Paulo. 2007.

STEINMETZ, Wilson Antônio. **Colisão de Direitos Fundamentais e Principio da Proporcionalidade**. Porto Alegre. 2001.

[Http://vallisneyoliveira.com/arquivos/Trab2%20ESTER%20CARDOSO%20Jurisprud%C3%Aancia%20STJ-STF%20provas%20il%C3%ADcitas%20TGP2%20UnB%201-2013.doc.pdf](http://vallisneyoliveira.com/arquivos/Trab2%20ESTER%20CARDOSO%20Jurisprud%C3%Aancia%20STJ-STF%20provas%20il%C3%ADcitas%20TGP2%20UnB%201-2013.doc.pdf)